



UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

CAIO DE OLIVEIRA CAVALCANTI

POR UMA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Coimbra
Janeiro/2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

POR UMA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

CAIO DE OLIVEIRA CAVALCANTI

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Civilísticas

Área de Especialização em Direito Processual Civil

Orientador: Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita

Coimbra
Janeiro/2014

Dedico este trabalho ao meu pai, Paulo Cavalcanti, simplesmente, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo estímulo desde o primeiro momento. Por terem sempre acreditado no meu potencial e por terem pautado seus ensinamentos na disciplina, no caráter, na decência, na honestidade, mas, principalmente, de modo peculiar em cada um, no amor. A eles, devo, também, o ensinamento de que o caminho adequado para qualquer conquista é o estudo.

Aos meus irmãos, por todo o carinho e auxílio, mesmo em distância continental. Neles, encontrei sempre uma palavra afável de incentivo e amor.

A Maitê Arruda Felinto, pela disposição, paciência e amor incondicional. Companheira do meu dia a dia, com seu otimismo singular, foi ela a responsável por me fazer enxergar sempre o lado positivo do desafio. Manteve-se constantemente presente, sempre com muito amor, respeito e carinho. Foi meu ombro amigo nas horas difíceis, companheira nas noites em claro e ouvido nos momentos de dúvidas. A palavra “sempre” foi digitada inúmeras vezes neste parágrafo, pois descrever o seu papel na minha vida ao longo dessa jornada requer intensidade. A você, Maitê, eu agradeço por não ter me faltado em qualquer hora ou, simplesmente, por ter estado lá.

A minha tia Ceres Almeida, em especial, por não ter deixado faltar o suporte emocional de que precisei quando tive que me ausentar do meu lar, do meu trabalho e da minha família. Em quase dois anos vividos em Portugal, encontrei sempre nela um ouvido dedicado e uma voz serena e sensata.

A todos os meus familiares, pelo suporte nos momentos mais difíceis, sempre com união, carinho, amor e muito respeito. Em especial a Diogo, Eduardo, Pedro Oliveira, Pedro Hans, Valéria, Marco Túlio e Flávia, pela visita ao velho continente quando a saudade familiar mais incomodava.

Aos meus colegas de classe e amigos, que me acolheram e me honraram com suas companhias desde o princípio.

Ao Professor Senhor Doutor Luís Miguel Mesquita, que, na qualidade de docente da disciplina de Direito Processual Civil, mostrou-se sempre um paradigma, um espelho a ser seguido. Víctor Hugo já defendia que “a paixão é a única oradora capaz de persuadir sempre”. Pois, a paixão que o Sr. Dr. Miguel Mesquita devota ao processo civil, o seu empenho nas palestras do mestrado e a sua capacidade em transmitir o saber fazem com que seus alunos desfrutem de elevado e intenso debate jurídico. A ele, também, como meu orientador, não poderia deixar de agradecer pela sabedoria compartilhada e pelos ensinamentos realizados.

À Doutora Suzana Tavares, pela gentileza de me disponibilizar um pouco de tempo, no que concerne à pesquisa bibliográfica constitucional sobre o tema deste ensaio.

A todos os funcionários da biblioteca da faculdade de direito, da biblioteca geral, das salas de leitura, revista e mestrado, que me auxiliaram na busca de todos os livros de que necessitei.

Por fim, agradeço aos meus sócios, advogados e estagiários que fazem ou fizeram parte do escritório Sitônio, Cunha & Cavalcanti Advogados ao longo dos últimos três anos.

"Grandes coisas não se fazem por impulso, mas pela junção de uma série de pequenas coisas".

(Vincent Van Gogh)

RESUMO

O presente trabalho dissertativo teve como objetivo analisar o cabimento, no ordenamento jurídico português, da teoria dinâmica do ônus da prova. O regime de prova, inserido no contexto processual civil contemporâneo, tem se mostrado como uma das mais complexas e instigantes áreas de toda teoria geral do processo, tendo em vista que o triunfo do direito depende, em larga medida, da possibilidade de prova. Nesse contexto, diz-se que as regras de distribuição do ônus da prova é a espinha dorsal do processo. Diante do modelo contemporâneo de prova e das garantias do processo justo no Estado constitucional, a busca pela verdade passa a ser o motivo de existir do processo, o farol que deve norteá-lo e os sujeitos que dele participam. A guinada no modelo processual permite a concretização de valores constitucionais no tecido processual. O juiz assume um papel de verdadeiro empreendedor da justiça no caso concreto. O acesso à justiça passa a ser visto sob o prisma do processo efetivo e socialmente justo. A cooperação entre os litigantes, mandatários e o órgão jurisdicional deixa de ser uma faculdade, transformando-se num dever de agir com lealdade e boa fé, daí a importância do ônus subjetivo da prova, como regra de conduta às partes. A partir da constatação de que o processo assume uma função pública, a doutrina e a jurisprudência passaram a questionar as clássicas regras de distribuição do ônus da prova, caracterizadas por serem, na maioria dos casos, estáticas e abstratas, sem levar em conta as peculiaridades de cada caso concreto. A aplicação inflexível de tais regras tem levado, por vezes, a julgamentos que se afastam da justa composição do litígio. Após uma detida análise crítica do instituto, é inegável que uma parte pode estar em condição de superioridade em relação à outra no que concerne ao material probatório. Atento a isso, a teoria da prova compartilhada defende que quem deverá suportar o ônus da falta de prova é a parte que se encontra em melhor condição em acedê-la. A dinamização do ônus da prova cuidaria de reequilibrar a situação processual dos litigantes. Esse modelo de distribuição dos encargos probatórios, dinâmico e concreto, que leva em conta a situação real de cada litigante, pode e deve ser aceito pela doutrina e aplicado pela jurisprudência portuguesa, pois, nos países que o adotaram, mostrou-se um eficaz instrumento no combate da *probatio diabólica*. Do estudo, concluiu-se que a adoção da teoria da carga dinâmica em Portugal é uma medida necessária para superar o desequilíbrio processual das partes e evitar a prova diabólica. Ainda, que o seu uso deve ser excepcional e dentro de certos limites. Sendo o momento adequado para a dinamização o da audiência prévia, por meio de despacho fundamentado e permitindo às partes o direito ao contraditório, evitando-se o problema da decisão surpresa.

Palavras-chave: Prova. Ônus Dinâmico da Prova. Poderes Instrutórios do Juiz. Processo Cooperativo. Busca pela Verdade. Isonomia Processual

ABSTRACT

The present dissertation aims to analyze how appropriate the dynamic theory of burden of proof is in Portuguese legal system. The burden of proof, a part of the contemporary civil procedure context, has proved to be one of the most complex, instigating areas in the whole general theory of the system considering that a legal triumph leans, in large measure, on the possibility of proof. In this context it is said that the rules of burden of proof distribution are the backbone of the system. In the face of contemporary proof model and of the assurance of a fair legal procedure, the search for truth becomes the primary reason of the procedure - a beacon to guide the procedure and the individuals participating in it. The turn of the procedural model brings about the realization of constitutional values in the procedural fabric. The judge takes on the role of a real justice entrepreneur in a concrete case. Access to justice comes to be seen from the perspective of an effective, socially just procedure. Cooperation between litigators, defense attorneys and the procedural body becomes an obligation to act with loyalty and in good faith rather than a possibility, which attaches great importance to the subjective burden of proof, as a code of conduct between the people involved. After confirming the procedure performs a public function, doctrine and jurisprudence went on to question the classical rules of burden of proof distribution, which, are in most cases, static and abstract, without considering the peculiarities of each concrete case. The inflexible application of such rules has sometimes led to judgments which fail to reach a fair agreement. After a careful critical analysis of the system, it was evidenced that one of the parts can undeniably be in a superior position in relation to the other concerning proof material. Aware of this, the shared proof theory argues that the burden of lack of proof should be supported by the part in better condition to hold it. The dynamics of the burden of proof would balance the procedural situation of the litigators. This dynamic, concrete model of proof duty distribution that takes the real conditions of each litigator into account may and must be accepted by Portuguese doctrine and applied by Portuguese jurisprudence as it has proved to be an effective tool to fight *probatio diabolica*. It was concluded that the adoption of the dynamic charge in Portugal is a necessary measure to fight the procedural imbalance between the parts and avoid *probatio diabolica*, even though it should be used exceptionally and within certain limits. The preliminary hearing is the most suitable moment to apply the dynamic model of proof duty by means of documented determination, granting the parts involved the right to the contradictory, thus avoiding the problem of surprise ruling.

Keywords: Proof. Dynamic Burden Of Proof. Instructional Power Of The Judge. Cooperative Procedure. Search For Truth. Procedural Equality.

SIGLAS E ABREVIATURAS

AC.	— Apelação Cível
Ac.	— Acórdão
Al.	— Alínea
Als.	— Alíneas
Apud	— Citado por
Art.	— Artigo
Arts.	— Artigos
BGB	— <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil Alemão)
BMG	— Boletim do Ministério da Justiça
Caput	— Cabeça (parte inicial do artigo ou lei)
CC	— Código Civil
CDC	— Código de Defesa do Consumidor (Brasil)
CF	— Constituição Federal (Brasil)
Cfr.	— Confira
Coord.	— Coordenação
CPC	— Código de Processo Civil
CPCB	— Código de Processo Civil Brasileiro
CPCC	— Código Procesal Civil y Comercial
CPCCN	— Código Procesal Civil y Comercial de La Nación (Argentina)
CRP	— Constituição da República Portuguesa
Dir.	— Direção
Ed.	— Editora
ed.	— Edição
Ex.	— Exemplo
Idem	— Mesmo autor
In	— Em
In fine	— Parte final
LEC	— Ley de Enjuiciamiento Civil nº 1/2000 (Espanha)
Liv.	— Livro
Nº	— Número

NCPC	— Novo Código de Processo Civil
<i>Op. cit.</i>	— <i>Opus citatum</i> (obra citada)
P.	— Página
Págs.	— Páginas
Proc.	— Processo
Rel	— Relator
Rev.	— Revista
RT	— Revista dos Tribunais
Séc.	— Século
SP	— São Paulo
SS.	— Seguintes
STJ	— Supremo Tribunal de Justiça
STJb	— Superior Tribunal de Justiça (Brasil)
TGP	— Teoria Geral das Provas
Tít.	— Título
Trad.	— Tradução
Trim.	— Trimestre
V. g.	— <i>Verbi Gratia</i> (por exemplo)
Vol.	— Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I.....	14
ALGUNS ASPECTOS DA TEORIA GERAL DA PROVA.....	14
1.1 A Importância da “Prova” para o Direito Processual e o seu Conceito Jurídico.....	14
1.2 Objeto da Prova: da Diferença entre Fato e Alegação de Fato.....	17
1.3 Da Natureza Jurídica do Direito Probatório e a sua Adequada Implantação Legislativa	18
1.4 Sistemas de Valoração das Provas.....	20
1.5 Índícios, Presunções e Máximas da Experiência.....	23
1.5.1 Índícios e Presunções.....	23
1.5.1.1 Presunções Judiciais, Simples, Comuns ou “ <i>Hominis</i> ”.....	26
1.5.1.2 Presunções Legais ou de Direito.....	27
1.5.2 As Máximas de Experiência.....	29
1.5.3 A Prova <i>Prima Facie</i>	31
CAPÍTULO II.....	34
O PROBLEMA DA VERDADE E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PROBATÓRIO	34
2.1 O Problema da Verdade e a Prova.....	34
2.2 Das Garantias do Processo Justo no Estado Constitucional e o Modelo Contemporâneo de Prova. Do Verdadeiro Acesso à Justiça.....	38
2.3 Outros Princípios Reitores do Direito Probatório.....	42
CAPÍTULO III.....	45
DO ÔNUS DA PROVA.....	45
3.1 Conceito de Ônus e Considerações Sobre sua Distinção do Conceito de Obrigação....	45
3.2 Ônus da Alegação e Ônus da Prova.....	48
3.2.1 A Dupla Perspectiva do Ônus da Prova: Ônus Subjetivo e Ônus Objetivo.....	53
3.3 A Incessante Busca por uma Regra Geral de Distribuição do Ônus da Prova: Principais Teorias.....	58
3.4 As Regras de Distribuição do Ônus da Prova no Direito Português.....	63
3.5 Casos de Inversão Legal (<i>ope legis</i>) do Ônus da Prova: Desvios à Regra Geral.....	69

CAPÍTULO IV	76
TEORIA DA CARGA DINÂMICA DA PROVA	76
4.1 Contextualização. A Crise da Doutrina Estática de Distribuição do Ônus da Prova.....	76
4.1.1 O Problema da Prova Difícil ou Impossível (<i>Diabólica</i>).....	82
4.2 Uma Ideia Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova. Surgimento, Conceito e Objetivo	85
4.3 Fundamentos Principiológicos que Justificam a Aplicação da Teoria da Carga Dinâmica da Prova.....	91
4.3.1 O Princípio Dispositivo e os Poderes (ou deveres?) Instrutórios do Juiz: Entre as Liberdades das Partes e o Exercício do Poder Jurisdicional	98
4.3.2 O Princípio da Isonomia Processual e o Direito ao Contraditório	108
4.4 O Adequado Momento da Dinamização do Ônus da Prova	111
4.5 Consagração da Teoria da Carga Dinâmica no Exterior.....	116
4.6 A Possibilidade de uma Distribuição Flexibilizada do Ônus da Prova no Ordenamento Jurídico Português: Inexistência de Obstáculos a sua Aplicação	119
4.7 Jurisprudência e Carga Dinâmica da Prova: Uma Análise Prática.....	128
4.7.1 O Ônus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil da Concessionária de uma Autoestrada	128
4.7.2 O Ônus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil do Médico.....	132
4.7.3 O Ônus da Prova nas Ações de Extinção de Servidão de Passagem por Desnecessidade	135
4.7.4 Outros Casos Jurisprudenciais Julgados com Base nas Regras de Distribuição do Ônus da Prova	137
CONSIDERAÇÕES FINAIS	139
REFERÊNCIAS	143

INTRODUÇÃO

O tema proposto para este ensaio traz à baila um tópico clássico do Direito Processual Civil, que é o ônus da prova. Contudo, o enfoque principal será dado a uma teoria moderna que permite a flexibilização das regras as quais distribuem o ônus da prova na marcha processual, qual seja, a *teoria da carga dinâmica da prova*.

Dissertar sobre ônus da prova é tratar de um dos mais polêmicos, difíceis e relevantes temas de todo o direito processual. Não há dúvidas de que, de todos os ônus processuais, o mais importante é o ônus da prova. Por este motivo, compreender qual parte deverá suportar o encargo de produzir determinada prova, levando-se em conta as particularidades de cada caso concreto, tem-se afigurado uma das mais angustiantes tarefas que enfrenta o órgão jurisdicional.

Para que se compreenda melhor a problemática, antes de tudo, devemos tentar entender o direito processual como um fenômeno cultural. O processo sempre esteve moldado à sua época. A análise que devemos fazer terá como base a ideia de que o processo não está alheio à cultura do seu tempo, muito pelo contrário, está inserido no contexto da moderna visão de realização efetiva dos direitos.

A função das provas está ligada à reconstrução de fatos no processo. Busca-se com elas uma solução correta para o litígio. Assim, devemos analisar se os métodos de distribuição dos ônus probatórios estão em conformidade com a Constituição, tendo em vista que o escopo do processo civil está alinhado ao Estado constitucional. Por isso, diz-se que o direito probatório pode ser considerado um capítulo da história político-constitucional de uma determinada época.

O paradigma a ser quebrado remete-nos a superar os modelos processuais meramente argumentativos e demonstrativos para um modelo que passa a concretizar valores constitucionais no tecido processual, o *formalismo-valorativo*. A tradição liberal cede espaço a uma visão moderna do processo civil, com efetivas garantias a uma ordem jurídica justa.

O processo passa a ser pautado por intensa preocupação com a efetividade da prestação jurisdicional, com a igualdade substancial entre as partes e o direito ao contraditório, com o mais amplo e real acesso à justiça, entendido este sob o prisma de um processo que finaliza com um resultado justo. O modelo cooperativo de estruturação do processo supera os modelos adversarial e o inquisitorial, mostrando-se mais alinhado em

concretizar a busca pela verdade. Processo adequado é processo justo, que permite o esclarecimento da verdade assim como os fatos ocorreram, propiciando a concretização de um direito àquele que realmente o detinha.

Permeado por estas preocupações e influenciado pelo novo enfoque processual, não conformado com um processo apenas legitimado internamente, solucionando-se de modo puramente formal, propusemo-nos a enfrentar a temática do ônus da prova e a melhor forma de distribuição dos riscos probatórios.

O problema que se afere, de antemão, é que, em determinados casos concretos, as regras clássicas de distribuição do ônus da prova não auferem êxito em propiciar ao magistrado um julgamento com convicção sobre a matéria de fato. Em outras palavras, em decorrência da rigidez e abstração das normas sobre a matéria, por vezes, o juiz termina por julgar o processo contra a parte que não se desincumbiu do seu ônus, mesmo sem estar convicto sobre quem tinha razão no litígio.

No ordenamento português, a regra geral de distribuição do ônus da prova está inserida no art. 342º do CC. Importa esclarecer, antes que se entenda mal, que a falibilidade e críticas que a citada norma tem recebido ocorrem em alguns casos específicos, sendo o seu uso legítimo e adequado para a grande maioria dos casos litigiosos.

Pois bem, nestes casos excepcionais, a doutrina e jurisprudência identificaram que somente encontrando-se uma forma de superar as regras estáticas, rígidas e inflexíveis de distribuição dos encargos probatórios é que se poderia fornecer ao magistrado uma instrução probatória mais rica, possibilitando a este julgar com maior convicção e, por conseguinte, com maior probabilidade de acerto.

Reputa-se aos doutrinadores argentinos, sob a direção do importante jurista Jorge W. Peyrano, a sistematização de uma teoria que se preocupou em imputar o ônus da prova à parte que se encontre em melhor condição probatória em relação a determinado fato. Não importa a posição processual que assume, tampouco a natureza do fato em litígio, o que importa é a sua condição em relação ao material probatório, a sua facilidade em acedê-lo e inseri-lo nos autos. Esta doutrina denominou-se Carga Probatória Dinâmica.

A nova teoria – veremos que nem tão nova assim – alinha-se e preocupa-se com temas como: processo cooperativo; constitucionalização dos direitos; Estado social; direito fundamental à prova; poderes instrutórios do juiz; isonomia processual, entre outros temas de estreita relação com um processo judicial pautado na garantia de uma ordem jurídica justa.

A presente dissertação, para analisar o tema com profundidade, utilizou-se dos métodos dialético e histórico de pesquisa, elaborando-se um texto de cunho prático, com o

apoio das pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, a fim de se concretizarem os objetivos do trabalho, entre eles, definir se o ordenamento português compatibiliza-se com os preceitos da teoria da carga dinâmica da prova e se há possibilidade de sua adoção em Portugal.

Com essa missão, dividimos o nosso trabalho em quatro capítulos: no primeiro, debateremos alguns aspectos da teoria geral da prova, pois, para que possamos entender o tema com profundidade, devemos, antes de qualquer outra ação, compreender a função e o papel da prova para o processo; no segundo, será profundo o debate acerca da necessidade de o processo buscar a verdade, para que logre em garantir uma ordem jurídica justa e efetiva; no terceiro, entenderemos o que significa um ônus, a sua dupla função no processo, as teorias clássicas que surgiram na tentativa de distribuí-lo e a regra geral adotada pelo art. 342º do CC português e os seus casos especiais; depois de elaborado o suporte estrutural da dissertação, o quarto capítulo será dedicado a tratar das nuances e peculiaridades da teoria tema central do trabalho, com ênfase na possibilidade de adoção desta técnica em Portugal, por meio de uma análise axiológica e sistemática da norma e de casos jurisprudenciais, o que dará praticidade ao tema dissertativo.

Expostas as razões do presente estudo, cumpre-nos, pois, examinar o problema e apontar soluções, o que passaremos a fazer.

CAPÍTULO I

ALGUNS ASPECTOS DA TEORIA GERAL DA PROVA

1.1 A Importância da “Prova” para o Direito Processual e o seu Conceito Jurídico

Enfrentar o debate de qualquer temática concernente ao direito probatório pressupõe a análise e o conhecimento de diversos conceitos preliminares, sem os quais ficaria prejudicada toda uma compreensão mais adequada sobre o seu funcionamento.

Sendo assim, o entendimento do vocábulo “prova”, em toda sua complexidade, afigura-se fundamental, tendo em vista tratar-se de um dos mais importantes termos utilizados no universo jurídico.

É que o regime de prova é um dos pontos mais importantes de cada código de processo, tendo em vista que o triunfo do verdadeiro direito depende, em larga medida, da possibilidade de prova, motivo pelo qual o citado direito tem se mostrado de importância vital para a prática judicial¹.

Há quase dois séculos, o filósofo e jurista inglês Jeremías Bentham² já bradava que a arte do processo é, essencialmente, a arte de administrar as provas. Isto porque é muito comum, no dia a dia da prática forense, depararmos-nos com casos que nos fazem refletir, a *primo oculi*, de que forma conseguiremos convencer o tribunal acerca dos fatos que serão alegados, para que se chegue a uma justa solução do conflito de interesses que se instaura. É por meio do desenvolvimento desta atividade, do convencimento do tribunal sobre as alegações de fatos apresentadas, sobre a sua veracidade, que se mostra todo o relevo da temática probatória para o direito processual.

Feitas essas considerações iniciais, temos como missão apresentar um conceito jurídico do vocábulo “prova” que melhor explique a sua função no âmbito processual. Dada a vastidão e importância da matéria, inúmeros e infundáveis são os conceitos de prova na doutrina portuguesa e estrangeira, não sendo desígnio deste trabalho esgotar esta temática, apresentando diversos conceitos de forma descritiva, mas apenas sintetizar a posição

¹ JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25ª ed, totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent., trad. de F. Silveira Ramos (título original *Zivilprozessrecht*). Coimbra. Livraria Almedina, 2002, p. 263.

² BENTHAM, Jeremías *apud* ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de La Prueba Judicial*. 5ª Ed, Tomo I. Buenos Aires, Editor Victor P. de Zavallía, 1981, p.13.

doutrinária dominante, de forma a fornecer elementos preambulares que nortearão a compreensão final do trabalho.

Com fulcro no art. 341º do Código Civil Português, as provas têm por função a demonstração da realidade dos fatos.

De forma bastante cristalina, o legislador português expõe o sentido *subjetivo* do termo “prova” quando preconiza *a demonstração da realidade dos fatos*, ou seja, no sentido subjetivo, a definição de “prova” estaria ligada à ideia de *resultado*, corresponderia à verdade considerada pelo julgador no caso concreto.

Parece-nos ser este o entendimento de Rui Rangel³, pois defende que *a demonstração da realidade dos fatos*, do texto legal, tem por finalidade convencer o tribunal da bondade dos argumentos apresentados, influenciando no seu convencimento acerca dos fatos quesitados, daí o seu caráter subjetivo.

Por outro norte, Antunes Varela⁴ identifica, no referido artigo, para além do sentido subjetivo, indícios suficientes do sentido objetivo do termo “prova”. É que, para ele, demonstrar a realidade dos fatos está, intrinsecamente, ligado à *atividade* das partes, do tribunal ou de terceiros, como também a elementos objetivos que permitam tal demonstração.

Dito isto, em sentido jurídico, são basicamente três as acepções em que o termo “prova” pode ser utilizado: a) como *atividade* probatória, para designar o *ato de provar*, no sentido de que quem alega o fato deve efetuar as diligências necessárias com o escopo de demonstrar sua realidade; b) como *meio de prova*, ou seja, através das próprias técnicas que são desenvolvidas para extrair a prova de sua fonte (o documento, a prova testemunhal, a prova pericial, etc.); c) como ideia de *resultado*, relacionado à convicção final do julgador, decorrente da atividade e dos meios de prova empregados pelas partes para fazer prova de suas alegações.

Em exemplar síntese sobre o tema, Eduardo Cambi⁵ lembra-nos que, “juridicamente, o vocábulo “prova” é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se o fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva”.

³ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil*. Coimbra, Livraria Almedina, 2000, p. 19.

⁴ VARELA, João de Matos Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra, Ed. Coimbra, 1985, p. 434.

⁵ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 166.

Em suma, temos que “prova”, no sentido de *atividade* probatória, ou os *meios* com que ela se desenvolve, representam o seu *sentido objetivo*. Por outro lado, quando a utilizamos para demonstrar a convicção formada no espírito do julgador, o seu *resultado* final, temos aí o seu *sentido subjetivo*.

Conceituando o tema, Miguel Teixeira de Sousa⁶ afirma que “*prova*” é a “atividade realizada em processo tendente à formação da convicção do tribunal sobre a realidade dos factos controvertidos”.

Os brasileiros Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁷, em manual conjunto de Direito Processual Civil, entendem que “a prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”.

Analisando as clássicas lições de alguns mestres italianos, temos que, para Carnelutti, as provas são um equivalente sensível do fato para avaliação, ou seja, um conjunto de meios de conhecimento que auxiliam o juiz na análise da demanda, proporcionando, assim, ao avaliador uma percepção mediante a qual lhe é possível adquirir o conhecimento desse fato⁸. Já Chiovenda⁹ potencializa o caráter de resultado da concepção de prova, afirmando que a importância do instituto jurídico é influir no convencimento do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo.

Ainda nessa rápida digressão acerca do conceito de prova mundo afora, imprescindíveis as lições do espanhol Juan Montero Aroca¹⁰, que a define como “a atividade processual que tende a alcançar a certeza do julgador a respeito dos fatos alegados pelas partes, certeza que em uns casos derivará do convencimento psicológico do próprio juiz e em outros das normas legais que fixaram os fatos”.

Através do conceito de “prova”, pela doutrina exposta acima, é fácil notar que a definição do termo varia no tocante à visão adotada pelo direito positivo do país de origem do autor. Por isso, percebemos as diversas acepções do termo (*atividade, meio e resultado*) mais

⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 195.

⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 371. Na mesma obra e página, citando as Ordenações Filipinas, “a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões (Liv. III, Tít. 63) sobre as questões de fato”.

⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de A. Rodrigues Queirós e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, pp. 484 e 485.

⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed, 3º vol., trad. Paolo Capitanio (do original *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*). Campinas/SP, Bookseller, 2000, p. 109.

¹⁰ AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 3ª Ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 39.

acentuadas em alguns juristas, uns dando ênfase ao resultado, outros, ao meio e até mesmo à atividade.

Com base em todos os conceitos expostos, arriscamos formular uma definição própria, na tentativa de sintetizar aqueles. Sendo assim, a “prova” constitui a atividade que resulta na formação psicológica do juiz a respeito da veracidade ou não das alegações de fatos tidas como controvertidas no processo.

Para arrematar o tópico, mister fixarmos a ideia de que, independente de qual seja o critério que se adota, devemos ter em mente que o termo “*prova*”, no mundo jurídico, guarda íntima relação com a *perquirição e a busca da verdade*, sendo certo que será este ideário que nos remeterá ao ponto fulcral deste ensaio.

Mais adiante, teremos a exata noção da importância dessa constatação para a conclusão deste trabalho, tendo em vista que a *busca da verdade* – aqui se entende o termo não como verdade formal ou material, mas como a verdade mais próxima possível da verdade real, sendo certo que esta é intangível – tem sido um dos principais balizadores que norteiam a teoria dinâmica do ônus da prova.

1.2 Objeto da Prova: da Diferença entre Fato e Alegação de Fato

Partindo dos preceitos insculpidos no artigo 410º do Novo Código de Processo Civil, com redação modificada pela recente reforma, temos que a instrução tem por objeto os temas da prova enunciados ou, quando não tenha de haver lugar a esta enunciação, os fatos necessitados de prova.

Embora a redação seja nova, destacamos que a essência do artigo permanece a mesma. Assim sendo, poderíamos extrair que, em regra, é sobre os fatos *essenciais* que integram a causa de pedir ou em que se baseiam as exceções deduzidas que recairá a instrução do processo¹¹ (*thema probandum*). Ideia essa que pode ser compreendida a partir de um dos mais antigos brocardos do mundo jurídico “*da mihi factum, dabo tibi ius*”.

Contudo, antes de adentrarmos na análise do artigo citado, em sede preliminar, necessário compreender a diferença existente entre o conceito de *fato* e de *alegação de fato*.

Coadunado com a doutrina mais moderna acerca do tema, salientamos que tem ecoado a tese de que não é sobre os fatos que recai o objeto da prova, mas sim sobre as *alegações de*

¹¹ Notamos que o novel código utiliza a expressão *fatos essenciais* quando fala dos requisitos da petição inicial (art. 552, nº1, alínea d)) e na contestação (art. 572, alínea c)).

atos. É que, para alguns doutrinadores, o fato é algo imutável, que já aconteceu e encontra-se no passado, de tal forma que não padece de qualquer dúvida sobre sua existência. Enquanto que, no processo, as partes buscam uma solução jurisdicional para um conflito que se instaura e, para tanto, aduzem, através de uma narrativa parcial, alegações de fatos daquilo que almejam ser reconhecido como verdadeiro, através do convencimento do tribunal.

Nesse sentido, provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e que condiz com a verdade. Já o fato, ele existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, portanto, insuscetível de qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas, surgindo, em decorrência, a necessidade de prová-las, de demonstrar que são verazes¹².

Dito isto, retornando a análise do artigo 410º do N.C.P.C., adequando-o ao ideário moderno de *alegações de fatos*, podemos extrair que, em regra, será sobre as alegações de fatos essenciais que recairá a instrução do processo.

Entretanto, não será sobre qualquer fato que incidirá a instrução processual, mas tão somente sobre os fatos *relevantes*¹³ tidos como *controvertidos* ou *necessitados de prova*. Ou seja, não basta que o fato tenha sido afirmado por uma parte e impugnado pela outra, estabelecendo-se uma controvérsia a seu respeito, deve esse fato ser essencial para a solução do litígio, para a decisão da causa.

Quando não houver controvérsia sobre os fatos alegados pelas partes, a questão se resolve com a mera aplicação do direito, sendo certo que a matéria de direito, ou seja, a indagação, a interpretação e a aplicação das regras de direito aplicáveis não são objeto de prova¹⁴.

1.3 Da Natureza Jurídica do Direito Probatório e a sua Adequada Implantação Legislativa

Definido o que é objeto da prova, não podemos prosseguir o trabalho sem antes tomar posição quanto à natureza jurídica das normas que regulam todo o direito probatório.

¹² DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6ª ed., vol. III, São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 58.

¹³ Othmar Jauernig chama o fato relevante de fato *pertinente* e assim conceitua: “pertinente é o facto que for determinante para a decisão. Na acção impropriedade é o caso de qualquer dos factos alegados” (*Direito Processual Civil*. 25ª ed, op. cit., p. 270).

¹⁴ MARQUES, João Paulo F. Remédio. *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*. 2ª ed. Coimbra, Almedina Editora, 2009, p. 542.

Há muito, entre os autores, tem-se discutido acerca desse tema, com opiniões bastante divergentes e contraditórias. Ato contínuo, tem tomado contornos bastante variáveis a sua implantação legislativa nos diversos países.

Defendida por muitos civilistas, uma primeira tese assevera que as normas sobre prova têm *natureza estritamente material*, uma vez que as considera um instrumento de certeza e de segurança do direito, devendo, então, ter lugar cativo nos Códigos Civis.

Em sentido diametralmente oposto, posicionam-se os processualistas que defendem as normas sobre provas como de *natureza exclusivamente processual*, uma vez que destinadas à convicção do juiz dentro do processo, podendo ser extraída tal ideia do brocardo *judici fit probatio*.

Com bastante envergadura ao redor do mundo, uma terceira corrente sustenta que as normas jurídicas sobre prova são de *natureza mista* (processual e material). Para os defensores desta teoria, não se pode negar o caráter processual do tema, entretanto, existem normas que regulam as provas fora do processo e com finalidade extraprocessual, vinculada à existência de situações jurídicas de direito material e à aquisição de direitos substanciais.

Sobre o tema, Carnelutti ensina que o juiz tem necessidade de prova, contudo, também o podem ter as partes. Em decorrência desse pensamento, defende que as provas operam tanto no campo processual como no campo material¹⁵.

No plano legislativo, a natureza jurídica do direito probatório foi amplamente debatida quando dos preparatórios do Código Civil Português de 1966. Amparado nos pensamentos expostos por Vaz Serra, separaram-se duas zonas distintas na positivação do direito probatório: por um lado, reconheceu-se que as normas que regulam o modo como as provas são produzidas, requeridas e recolhidas em juízo fazem parte do *direito probatório formal*; por outro lado, encontram-se no domínio do *direito probatório material*, consagradas no Código Civil de 1966, as normas que disciplinam o ônus da prova, a admissibilidade dos meios de prova e a força probatória de cada uma delas¹⁶.

Em que pese diversos países adotarem a teoria mista no que concerne à implantação legislativa do tema, como Brasil e Portugal, com aspectos substanciais e processuais, parece-nos que é o Código de Processo Civil a sede adequada de sua regulamentação.

Assim se posiciona o processualista colombiano Hernando Devis Echandia, para quem não resta qualquer dúvida de que as provas sofrem uma notável influência do direito

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. op. cit., 2006, pp. 484 e 485.

¹⁶ VARELA, João de Matos Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*, op. cit., pp. 443 - 445.

substancial, uma vez que estão atreladas a atos substanciais que se pretende estabelecer, todavia, isto não afetaria, de modo algum, a sua natureza processual¹⁷.

No mesmo sentido, sustenta o brasileiro Alexandre Câmara¹⁸ que “o direito probatório é o mesmo, qualquer que seja a natureza da matéria de fundo. Em outros termos, são as mesmas as regras sobre provas nos casos em que o processo verse sobre direito privado ou público”. Para este autor, não se pode confundir as normas que regulam o meio pelo qual o juiz formará sua convicção, para exercer sua função jurisdicional, com as normas que regulam a forma de determinados atos jurídicos.

Por tudo que já expusemos, adotamos a tese de que as provas são atos jurídicos processuais. Sendo assim, o ato probatório emana do direito subjetivo que cada cidadão possui de provar suas alegações em juízo, tentando formar a convicção do julgador, independente da matéria de fundo que se trate. Considerando a prova sob o aspecto do resultado que se persegue, da decisão ou do convencimento do tribunal sobre as alegações de fato narradas, igualmente claro nos parece o seu caráter de ato jurídico processual.

1.4 Sistemas de Valoração das Provas

Como sabemos, a finalidade das provas é o convencimento do juiz relativo à bondade dos fatos alegados pelas partes e, por decorrência lógica, também é o magistrado o seu destinatário imediato¹⁹. Partindo dessas premissas, nada mais natural e elementar concluirmos que o processo intelectual destinado a estabelecer a verdade produzida pelas provas seja

¹⁷ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de La Prueba Judicial*. op. cit., Pág. 54. No mesmo sentido, posiciona-se Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra, no manual conjunto *Teoria Geral do Processo*, ao tratar da positivação de matéria probatória no Código Civil Brasileiro (art. 212 e ss.), quando afirmam: “Embora vários temas sobre a prova venham às vezes tratados na lei civil, trata-se de autêntica matéria processual – porque falar em provas significa pensar na formação do convencimento do juiz, no processo. Mas o novo Código Civil invadiu essa área, com disposições de caráter nitidamente processual, o que constitui um retrocesso científico”. op. cit., p. 371.

¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 15ª ed. Vol I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 404 e 405.

¹⁹ Embora se considere o juiz como sendo o destinatário direto das provas, as partes também têm interesse de se convencer da verdade para que aceitem a decisão e, sendo assim, são estes o destinatário indireto das provas. Por outro lado, há forte corrente doutrinária que defende que o próprio processo é o destinatário da prova, uma vez que é possível que o juiz da causa seja substituído, no curso da instrução processual (caso de férias ou aposentadoria), e o juiz que o sucede julgar a causa com os elementos que já estavam no processo, sendo certo que estas provas haviam sido produzidas para o julgador antecessor. Adotaremos um posicionamento conciliador, proposto por Paulo Rogério Zaneti, que identifica o processo como o destinatário mediato da prova e o juiz como seu destinatário imediato (Paulo Rogério Zaneti. *Flexibilização das Regras Sobre o Ônus da Prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 43.).

também realizado por essa mesma autoridade estatal investida de jurisdição, ou seja, quem deve valorar as provas para a decisão é o juiz²⁰.

Todavia, essa valoração da prova, essa avaliação da capacidade de convencer não pode ser praticada de forma arbitrária ou desordenada, devendo o juiz, quando do exercício desse trabalho intelectual, observar um método, critério ou sistema que o oriente nessa tarefa valorativa. É a avaliação da capacidade de convencer – desenvolvimento puramente intelectual do magistrado – de que são dotados os elementos de prova contidos nos autos, que se chama *sistema de valoração da prova*.

Três são os sistemas de valoração de prova mais conhecidos: a) o critério positivo ou da prova legal; b) o sistema da prova livre ou livre convicção; c) o sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado.

No critério legal, existem regras previamente positivadas, estabelecendo os casos em que o juiz deve considerar provado, ou não, um fato. Há o tarifamento das provas, onde cada prova tem como um valor tabelado, do qual o juiz não pode esquivar-se.

Na utilização desse critério, o juiz é praticamente um autômato, apenas afere as provas, seguindo uma hierarquia legal, e o resultado surge automaticamente. Representa a supremacia do formalismo sobre o ideal da verdadeira justiça²¹. Este era o sistema do direito germânico primitivo e do direito medieval, ao tempo em que prevaleciam as ordálias ou juízos de Deus.

É certo que tal critério já foi totalmente superado, entretanto, ainda conseguimos encontrar alguns resquícios do velho sistema em alguns diplomas, por exemplo, o art. 401º do CPC Brasileiro, ou mesmo o art. 607º, nº 5, do Novo Código de Processo Civil Português.

Por outro norte, em sentido diametralmente oposto, surge o sistema da prova livre ou livre convicção, onde, por seu turno, deve prevalecer para o julgador, quando da valoração das provas carreadas aos autos, a sua íntima convicção, não existindo uma regra que imponha o método de avaliação da prova. Portanto, o juiz é livre quanto à indagação da verdade e à apreciação das provas, não estando vinculado a qualquer regra legal²².

²⁰ LESSONA, Carlo. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. 4ª ed., trad. Do original italiano de Henrique Aguilera de Paz. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1957, p. 354.

²¹ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civi*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 43ª ed, 2005, p. 459.

²² Fazendo um paralelo entre os dois sistemas já aqui expostos, Michele TARUFFO leciona com maestria que “el problema es muy simple en sus términos teóricos: la técnica de la prueba legal consiste en la producción de reglas que predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada tipo de prueba. En cambio, el principio opuesto, de la prueba libre o de la libre convicción, presupone la ausencia de aquellas reglas e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación del hecho sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón”. (*La Prueba de los*

Esse sistema chega ao extremo de permitir que o juiz possa julgar de acordo com entendimento extraído extra-autos ou, até mesmo, em sentido contrário a todas as provas contidas no processo, gerando extrema insegurança jurídica e tornando-o inimigo do Estado de Direito²³, uma vez que conflita com princípios modernamente consagrados, como o do contraditório, devido processo legal, etc. Esse método foi superado, contudo, no Brasil, por exemplo, sobrevive nos julgamentos do júri popular.

O terceiro e último sistema que abordaremos – o mais importante para a temática central deste trabalho – é o da persuasão racional ou livre convencimento motivado, que, tendo suas origens no Código Napoleônico²⁴, nega o extremismo adotado em ambos os sistemas já abordados, tentando manter-se equidistante de um e de outro.

No sistema da persuasão racional, o juiz tem uma ampla liberdade de convencimento para julgar, todavia, essa convicção deve encontrar motivação dentro do conjunto probatório contido nos autos, das regras jurídicas e de experiência. Percebam que, se, por um lado, o juiz encontra-se livre para apreciar e convencer-se, por outro, esse convencimento está, necessariamente, adstrito ao conjunto probatório dos autos, impondo ao juiz fundamentar sua decisão, expondo seu raciocínio e os motivos de seu convencimento.

Assim, com esse sistema, não se confere ao juiz liberdade irrestrita e absoluta, mas, também, não lhe são impostos critérios rígidos e inflexíveis (valores tarifados) na apreciação da prova²⁵.

Em que pese o Brasil e Portugal adotarem o sistema da persuasão racional, nenhuma das leis modernas segue, exclusivamente, um desses três sistemas, não obstante predomine o sistema do livre convencimento motivado, que é o meio termo entre os critérios extremos, admitindo-se, quando expressamente autorizado por lei, o uso do sistema das provas positivas ou legais²⁶.

É que a motivação das decisões é exegese constitucional. O raciocínio do juiz é exposto à validação social, permitindo que as partes compreendam os motivos que levaram ao

Hechos, título original em italiano: *La Prova dei Fatti Giuridice*, trad. para o espanhol de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Editorial Trota, 2002, p. 387.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. op. cit., 6ª Ed, Vol III, pp. 103 – 104.

²⁴ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 4ª ed. Vol. I. São Paulo: Max Limonad, p. 346.

²⁵ LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 54.

²⁶ LESSONA, Carlo. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. 4ª ed., op. cit., p. 355.

convencimento do magistrado, mas, acima de tudo, proporciona um necessário e efetivo controle jurisdicional e social, restando a prática de eventuais arbitrariedades pelo juiz²⁷.

Fixado o que é o sistema da persuasão racional, achamos importante alertar, desde já, que as regras de distribuição do ônus probatório não afetam a livre apreciação da prova pelo juiz, muito pelo contrário, tais regras auxiliam o juiz quando da motivação e fundamentação de sua decisão, justamente pela impossibilidade do *non liquet*. Sendo assim, quando o suporte probatório posto para o julgamento da causa mostrar-se insuficiente, deve o juiz valer-se das regras de distribuição do ônus probatório. Analisaremos este assunto mais detidamente em tópico próprio.

1.5 Indícios, Presunções e Máximas da Experiência

Nossa derradeira, e não menos pertinente, parada nos aspectos que nos propomos a analisar na TGP – antes de adentrarmos no tema central desse estudo, que é a possibilidade de flexibilização do ônus da prova através da adequada aplicação da teoria da carga dinâmica das provas – diz respeito à análise do que sejam os indícios, as presunções e as máximas da experiência.

Imaginamos ser de vital importância, e muitas vezes decisiva no campo do direito probatório, a fixação destes conceitos para uma melhor compreensão do próprio significado de ônus da prova. Tanto o tema que trataremos neste tópico, como as regras de distribuição do ônus da prova exercem a importante função de auxiliar o juiz quando da prolação da sua decisão, impedindo, assim, como já dissemos, o *non liquet* e, por consequência, garantindo a função jurisdicional estatal e o efetivo acesso à justiça aos jurisdicionados. Sem a existência de tais institutos, deparar-nos-íamos, muitas vezes, com situações de real negação à justiça.

1.5.1 Indícios e Presunções

As chamadas provas indiciárias são fatos conhecidos que por si só são incapazes de formar a convicção do juiz sobre a matéria de fundo que versa determinado processo. Como o próprio nome nos indica, esse fato-base pode indiciar o conhecimento de outro fato obscuro

²⁷ GIANNICO, Maricé. *A Prova no Código Civil: Natureza Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 84.

que se tenta provar, ou seja, esses indícios de prova, esses fatos conhecidos (fato-base), por via do raciocínio, podem sugerir o fato probando, do qual é causa ou efeito²⁸.

Ressaltamos que um único indício, por si só, não tem qualquer valor probatório. Contudo, cumulado com outros indícios, como causa ou efeito de outro fato, suscita uma operação por meio do qual se poderá chegar ao conhecimento desse outro fato²⁹.

Sendo assim, Pontes de Miranda³⁰ lembra-nos que o indício é fato ou parte de fato certo, ligado a outro com intenção de ser provado, ou, ainda, a um outro, que, provado, dá ao indício valor relevante na convicção do juiz, como homem.

Esse mecanismo mostra seu relevo quando estamos tentando provar fatos de difícil verificação ou ocorrência, igualmente, quando estamos diante de demandas preventivas, na prova de fatos futuros.

Já presumir é formar a convicção de um fato desconhecido a partir de outro conhecido, ou seja, trata-se da atividade intelectual de raciocinar, através de um fato-base e da sua capacidade indutiva.

Para Rui Manuel Freitas Rangel, em memorável tese sobre o ônus da prova, a presunção não é mais do que uma dedução, um raciocínio lógico por meio do qual se parte de um fato certo e alcança-se um desconhecido³¹. Mais adiante, afirma que essa demonstração do fato desconhecido pode ser auferida com elevado grau de probabilidade, quando não absoluta. Concluiu, com base no pensamento de Puigarmou,³² que seria mais adequado falar em indução, e não em dedução, uma vez que se reconstrui um fato passado.

No campo do direito probatório, o relevo da prova por presunção mostra-se fundamental, uma vez que não é raro nos depararmos com processos em que é absolutamente inviável – e por que não dizer impossível – demonstrar a realidade de um fato através de uma prova direta, o que impõe ao juiz fazer uso de meras presunções para que possa proferir uma decisão justa, evitando-se o *non liquet* ou o proferimento de uma decisão que se afastasse da verdade real dos fatos, o que seria ferir de morte o principal objetivo do processo, que é proporcionar meios para que se atinja uma justa composição dos litígios que se instauram, gerando, assim, pacificação social.

²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As Presunções e a Prova*. Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 56 – 57.

²⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. Vol. 2. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 57.

³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997, t. 5, p. 324.

³¹ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. op. cit., p. 216.

³² *Idem*, pp. 127 e 132.

Pois bem, por oportuno, devemos ter como certo que o conceito de presunção não se confunde com o de indício – embora alguns doutrinadores já tenham feito confusão ao longo do tempo – e que a presunção não é nem meio³³ nem fonte de prova.

Nesse sentido, Antunes Varela nos ensina não ser correto afirmar que as presunções funcionam como premissas às conclusões sobre o fato desconhecido a ser provado. Esse fato que serve de premissa não seria a presunção, mas sim o fato-base, o indício, a base da presunção³⁴.

Se é certo que o indício se assemelha a um documento ou a uma prova testemunhal por estes serem pontos de partida no exercício da judicatura, diferem, no entanto, por ser o indício, também, um ponto de chegada, mas não o ponto final. A partir do indício, por meio da capacidade indutiva do juiz, da sua capacidade de presumir, chega-se a uma conclusão final sobre a veracidade das alegações de fatos expostas no processo. O indício é um ponto de partida em confronto com a presunção³⁵.

Difere a presunção do indício na medida em que este é o ponto de partida que acarretará o conhecimento do fato perseguido no processo pela parte, enquanto aquele é a conclusão a que se chega a partir do fato descrito, do fato-base, e que é perseguido pela parte no processo.

Para Barbosa Moreira, incluir as presunções no rol dos meios de prova é praticar um erro crasso, uma vez que o seu papel não é, de modo algum, instrumental em relação ao estabelecimento dos fatos. É que o fato presumido não serve de trampolim para o conhecimento de outro fato. Em sentido oposto à função ambivalente que o indício exerce, o fato presumido corresponde a um conhecimento adquirido, e basta³⁶.

Sendo assim, não há dúvidas de que a prova por presunção não é meio de prova, muito menos que seu conceito se confunda com o de indício. Relegar à presunção um caráter

³³ O Código Civil brasileiro, em seu artigo 212, refere à presunção como meio de prova. Acontece que, muito diferente do indício, através de cujo conhecimento conclui-se pela veracidade de outro fato, as presunções correspondem a um conhecimento adquirido, por via do raciocínio e da capacidade de antevermos certos fatos, e ponto final. A nossa crítica ao artigo citado diz respeito a sua insensibilidade em perceber que presumir é pensar, é raciocinar, é adivinhar, não podendo a análise intelectual de determinados fatos ser meio de prova. De modo algum, as presunções têm papel instrumental em relação ao estabelecimento dos fatos. No mesmo sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As Presunções e a Prova*. op. cit., p. 59, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. op. cit., p. 58 e também MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2001, p. 316.

³⁴ VARELA, João de Matos Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*, op. cit., p. 500 - 504.

³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As Presunções e a Prova*. op. cit., p. 59.

³⁶ *Idem*.

instrumental em relação ao estabelecimento dos fatos, ou confundir o seu conceito com o de indício, é exercitar um erro fulcral que nos remota ao direito canônico, é vício legislativo secular.

Salientamos, no entanto, o acerto de ambos CPCs português e brasileiro, a nosso ver, em não tutelar especificamente a prova por presunção nesses diplomas legais. Todavia, não podemos deixar de criticar o artigo 351º do CC português e o artigo 230º do CC brasileiro, que tratam das presunções judiciais, pois temos como conceito fundamental do nosso estudo – e que servirá de base para justificar a teoria da carga dinâmica do ônus da prova – que não se pode, por qualquer que seja a lei, autorizar, limitar ou proibir o juiz de pensar.

Dando continuidade ao estudo das presunções, mister registrarmos que a doutrina identifica duas espécies de presunções: as judiciais, também denominadas simples, comuns ou “*hominis*”; e as legais ou de direito, que, por sua vez, subdividem-se em relativas e absolutas.

1.5.1.1 Presunções Judiciais, Simples, Comuns ou “*Hominis*”

As presunções comuns ou simples são estabelecidas na experiência da vida, segundo o que comumente acontece e, por isso, dizem-se presunções do homem. Na instrução probatória, quando não se consegue a prova direta do fato litigioso, essa ilação que se faz a partir de um fato conhecido é exercitada pelas partes e pelo juiz, sendo certo que é este último o responsável pela mediação do conflito e solução do litígio e, por isso, também é conhecida tal presunção por judicial. Sendo assim, tal presunção é obra do juiz a partir do resultado do seu raciocínio. O juiz conhece o indício, desenvolve o pensamento a partir deste e estabelece a presunção.

A importância das presunções judiciais se apresenta quando pretendemos provar estado de espírito – a ciência ou ignorância de certo fato, a boa-fé ou a má-fé, etc. – e as intenções, nem sempre claras e não raramente suspeitas.³⁷ As presunções simples, por sua própria natureza, valem pelo poder de convicção que infundem ao juiz, sendo assim, não são suscetíveis de regras legais que meçam ou avaliem a sua eficácia. Só ao juiz cabe estimar o valor da prova, por meio, exclusivo, do seu próprio raciocínio³⁸.

³⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. op. cit., p. 60.

³⁸ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 4ª ed. Vol. V. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 421.

Questão interessante e que nos leva a raciocinar – já criticamos acima os artigos 230º e 351º dos CC brasileiro e português, respectivamente, por serem normas que só autorizam a presunção judicial nos casos em que a lei autorizar a prova testemunhal – é se haveria compatibilidade entre os citados artigos e o sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado, que vigora em ambos os ordenamentos jurídicos.

Sobre o tema, coadunamos com aqueles que defendem que tais dispositivos não possuem o condão de proibir o juiz de pensar, servindo apenas de diretriz ao magistrado, que pode, sempre que achar prudente e assim se convencer, mitigá-lo em face do princípio da persuasão racional. Seria inútil, pensamos, permitir que o juiz tivesse ampla liberdade em se convencer e motivar sua decisão, e proibi-lo de fazer por mero tecnicismo processual. Acreditamos que os dispositivos legais dessa natureza podem transformar o processo em óbice à justiça real e efetiva.

Nessa esteira, Leonardo Greco, analisando o artigo 230º do CC brasileiro – assim como outras regras de limitações probatórias do direito material – sustenta que ele deve ser aceito como recomendação, não como regra imperativa. Sendo assim, deve o juiz afastá-lo quando puder demonstrar que a realidade da vida não mais o acolhe como consistente, muito pelo contrário, colide frontalmente.³⁹

Na mesma linha de raciocínio, entendemos que também deve ser afastada a incidência do artigo 351º do CC português, sempre que o juiz deparar-se com situações em que a não utilização das presunções judiciais seja determinante para um julgamento injusto, contrário ao escopo principal do processo civil, que é servir de instrumento para a pacificação social dos conflitos.

1.5.1.2 Presunções Legais ou de Direito

As presunções legais são as que decorrem diretamente da lei, ou seja, são aquelas que resultam do raciocínio do legislador, que as consagram em textos positivados. Aqui, dada a

³⁹ GRECO, Leonardo. *A Prova no Processo Civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil*. Revista Dialética de Direito Processual 15. São Paulo: Dialética 15/85. No mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. op. cit., p. 326 e DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. op. cit., pp. 60 – 61. Fredie Didier comenta que o Código Civil de 2002 foi um retrocesso, uma vez que reproduziu um pensamento antigo e equivocado. Para tanto, traz à baila o Código de Processo Civil Baiano, de 1915, que preconiza: “Art. 242 – A presunção commum é deduzida pelo juiz, de acordo com a sua convicção, do conjunto de provas e allegações, tendo em vista as regras de direito e o curso normal dos acontecimentos da vida social”.

necessidade de adotar um critério único, sacrifica-se aquilo que menos acontece, prevalecendo o que costuma repetir-se com habitualidade.

Nesse tipo de presunção, o sistema da persuasão racional fica um tanto mitigado, uma vez que a própria lei determina que a parte que aproveita o fato não precisa fazer prova dele, apenas aproveita a sua presunção de veracidade, podendo a parte adversa fazer prova em contrário (presunção legal relativa) ou não, tornando-se irrelevante a discussão sobre o fato presumido (presunção legal absoluta). Desta forma, o juiz resume-se à aplicação do texto legal, sendo certo que tal presunção foi fruto de um trabalho prévio de raciocínio do legislador, baseado na constância dos acontecimentos.

As presunções legais dividem-se em absolutas e relativas. As presunções absolutas ou “*iuris et de iure*” são aquelas que não admitem prova em contrário, ou seja, a conclusão que se extrai da lei é tida como verdade indisputável. Não importa para o processo a discussão do fato, uma vez que o legislador atribuiu a tal fato a característica de verdade universal, quer seja pelo elevado grau de probabilidade de assim as coisas ocorrerem, quer seja pela dificuldade que se encontraria em demonstrar tais fatos, dada a sua particularidade.

Diz-se que a presunção absoluta nada tem a ver com a prova. É que, quando a lei consagra uma presunção absoluta, o que, na verdade, faz é tornar irrelevante, para a produção de determinado efeito jurídico, a presença deste ou daquele elemento ou requisito no esquema fático⁴⁰. Isto porque seria inócua a discussão sobre o elemento fático, devendo o juiz abster-se de praticar atos inúteis.

Já as presunções relativas, condicionais ou “*iures tantum*” são aquelas que admitem prova em contrário, ou seja, a parte que não aproveita o fato tem o ônus de fazer a contraprova, sob pena de ver o processo ser julgado contra o seu interesse.

A presunção legal relativa exerce papel fundamental na distribuição do ônus da prova, uma vez que dispensa do litigante que aproveita a admissão do fato presumido como verdadeiro, atribuindo à outra parte a prova do fato contrário. Importante ressaltar que essa atribuição independe da posição que a parte ocupa no processo⁴¹. Explica-nos Antunes Varela que quem tem a seu favor a presunção legal não precisará provar o fato que ela conduz, entretanto, deverá provar o fato-base que conduz à presunção⁴².

⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Anotações sobre o Título ‘Da Prova’ do Novo Código Civil*. Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual. Salvador: Edições Jus PODIVM, 2006, pp. 210 – 211.

⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As Presunções e a Prova*. op. cit., p. 60.

⁴² VARELA, João de Matos Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*, op. cit., p. 504.

Fixamos aqui o entendimento que somente as presunções legais podem ser relativas ou absolutas, não sendo possível tal diferenciação no que concerne às presunções judiciais. Digo isto, pois existe um curioso caso da jurisprudência brasileira, do Superior Tribunal de Justiça – STJb –, que, a nosso ver, não foi bem ao redigir a Súmula nº 301⁴³, que versa sobre a presunção de paternidade de quem se nega a fazer o exame de DNA.

O artigo 232º do CC brasileiro preconiza que *a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame*. A partir deste artigo, podemos perceber a intenção do legislador de autorizar o juiz a entender a recusa do possível ascendente como indício, autorizando, assim, que, a partir deste fato, pudesse presumir-se a sua paternidade. Percebam que este seria um caso típico de presunção judicial, tanto o é que o legislador usa o verbo “poderá”.

Todavia, como dito acima, o STJb, através da súmula nº 301, disse: *Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade*. É que, como se trata de presunção judicial, não pode ela ser relativa ou absoluta. O STJ parece ter feito uma interpretação *contra legem*, considerando que o CC brasileiro tenha criado uma presunção relativa⁴⁴.

1.5.2 As Máximas de Experiência

A par dos conhecimentos jurídicos, o juiz, como homem culto, na tarefa de decidir e aplicar o direito, por muitas vezes, usa de noções extraídas fora do processo, adquiridas ao longo dos anos, quer seja em decorrência dos conhecimentos advindos do seu labor, quer seja fruto de sua cultura, através dos seus conhecimentos sociais, científicos, artísticos ou práticos, desde uma noção básica à mais técnica.

Sendo assim, como base nesse complexo de conteúdo que forma o *conhecimento privado do juiz*, temos que as máximas da experiência são conceitos – pautados na característica da generalidade e abstração – estabelecidos a partir de acontecimentos similares que costumam repetir-se, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se

⁴³ **STJ Súmula nº 301** - 18/10/2004 – Ação Investigatória – Recusa do Suposto Pai – Exame de DNA – Presunção Juris Tantum de Paternidade. “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”. Disponível em <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0301a0330.htm>. Acesso em 25 de julho de 2012.

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. op. cit., p. 63.

assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro.⁴⁵

Reputa-se a Friedrich Stein⁴⁶ a introdução do conceito de máxima de experiência no campo do direito probatório. Para si, as máximas de experiência apresentam as características de serem juízos gerais advindos de conceitos já definidos ou regras hipotéticas, providas da experiência do juiz.

Em memorável trabalho intitulado de *El Conocimiento Privado del Juez*, Friedrich Stein elaborou o conceito clássico de máxima da experiência, afirmando que se trata 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, através deles, pretende ter validade para outros casos novos⁴⁷.

Portanto, certo temos que todo o conjunto de juízos formado a partir da observação do que ordinariamente acontece, por meio do método indutivo, elaborado em abstrato pelo magistrado, guardando tal convencimento para si, compreende o que entendemos por máxima de experiência.

Todavia, devemos alertar que os conceitos de máxima de experiência e de fatos notórios são distintos. Estes são acontecimentos concretos, os quais são conhecidos com segurança por uma grande quantidade de pessoas de um mesmo círculo social, enquanto aqueles, como já dissemos, são noções ou juízos abstratos. Contudo, ambos os conceitos fazem parte do gênero “saber privado do juiz”⁴⁸.

Jauernig nos ensina que a separação de ambos os conceitos tem particular relevo, pois “na valoração das regras da experiência e deduções o tribunal está novamente livre e independente das partes. As regras da experiência são imprescindíveis para a apreciação da prova, por ex., para as questões do nexo causal, da negligência, etc”⁴⁹.

⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Regras da Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados*. Temas de Direito Processual – segunda série. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 62.

⁴⁶ Para Castro Mendes, foi Stein quem desenvolveu a construção conceitual de máxima de experiência (*Erfahrungssatz*). In MENDES, João de Castro. *Do Conceito Jurídico da Prova em Processo Civil*. Lisboa. Edições Ática, 1961, p. 661 e ss. Ainda, Piero Calamandrei, *Estudios sobre el Proceso Civil*. vol. III, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJEJA, 1986, p. 322. Calamandrei nos diz que “Stein, a quien se debe la introducción en el derecho procesal del concepto, que luego se há revelado tan rico de desarrollos, de máximas de experiencia...”.

⁴⁷ STEIN, Friedrich. *El Conocimiento Privado Del Juez*. 2ª Ed. Trad. e notas de André de La Oliva Santos. Bogotá: Temis, 1988, p. 27.

⁴⁸ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Fatos Notórios e Máximas da Experiência*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2004, nº 376, p. 4.

⁴⁹ JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. op. cit., p. 269.

Por outro lado, esta liberdade do tribunal, no uso dos seus conhecimentos privados, não é irrestrita, sendo certo que os princípios estruturais do processo deverão ser respeitados, não podendo as partes ser surpreendidas quando da prolação da decisão, sob pena de ferir de morte o princípio que veda as decisões-surpresa. Coadunam-se, nesse sentido, os enunciados expostos nos artigos 5º, 7º, 8º, 9º, 163º e 415º, entre outros, do novo CPC português⁵⁰.

As máximas de experiência, para Didier Jr., exercem as seguintes funções no processo: a) *apuração dos fatos*, a partir dos indícios; b) *valoração da prova*, servindo para que o magistrado possa confrontar as provas já produzidas; c) *aplicação dos enunciados normativos*, auxiliando no preenchimento do conteúdo dos chamados conceitos jurídicos indeterminados; d) *limite ao livre convencimento motivado*: o magistrado não pode decidir apreciar as provas em desconformidade com as regras da experiência⁵¹.

Fazendo um paralelo com as presunções legais, podemos admitir que elas têm sua origem nas regras de experiência, que, por serem convincentes e comprovadas no plano empírico, foram elevadas à categoria de verdades legalmente presumidas.

Pois bem, o uso das máximas de experiência – de que se vale o juiz – tem sido instrumento de fundamental importância, no intuito de alcançar a justiça em determinados casos concretos.

1.5.3 A Prova *Prima Facie*

As primeiras noções de prova *prima facie* tem sua origem no direito inglês⁵² (*prima facie evidence*), tendo sido acolhido pelo direito alemão, lado a lado com as presunções, a partir das ideias do doutrinador Rumelin (Beweis des ersten Auscheins), no início do século XX. Posteriormente, este conceito repercutiu na Itália e em diversos países europeus, até chegar ao Brasil.

⁵⁰ Sobre o tema, Rui Rangel faz importante análise da proibição do uso indiscriminado do saber privado do juiz. Para tanto, analisa os conceitos e pensamentos de Stein, Hensler, Castro Mendes, Alberto dos Reis e Pessoa Vaz. Para o leitor mais aplicado, uma vez que não discorreremos sobre o tema por não ser o escopo deste trabalho, recomendamos a leitura da obra “O Ónus da Prova no Processo Civil”. op. cit., pp. 237 – 243.

⁵¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. op. cit., pp. 55 – 56.

⁵² RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil*. op. cit., p. 244.

A prova *prima facie* é aquela construída a partir do raciocínio judicial, pautada em regras de experiência, a partir do que costumeiramente acontece. Também é conhecida como prova de primeira aparência ou prova por verossimilhança.

Este conceito de prova se aplica aos casos em que se tem provado um estado de coisas, em que, segundo a experiência da vida, indica a existência de uma causa determinada ou de uma culpa⁵³.

A prova por verossimilhança guarda semelhanças com a prova por presunção comum. É que, em ambas, a partir do raciocínio do juiz, por meio indutivo, partindo-se de uma fonte certa e conhecida do magistrado, presume-se a ocorrência de outro fato desconhecido. Entretanto, nas presunções judiciais, como já vimos, esse ponto de partida é a prova indiciária, os fatos instrumentais, enquanto que, na prova *prima facie*, é a pura regra de experiência.

A base em que repousa o instituto é a normalidade de alguns acontecimentos e, sendo assim, são irrelevantes as circunstâncias concretas do caso. Cabe unicamente à parte comprovar o evento típico, sem necessidade de prova das suas peculiaridades. Isso acontece, pois o senso comum, em que se incluem as experiências de casos análogos, permite que se imagine, com certo grau de probabilidade, que assim se desenvolveria tal fato.

No que diz respeito à existência da prova *prima facie*, muito se fala que, com a sua aplicação no processo, inverte-se o ônus da prova. Essa compreensão mostra-se bastante falha, uma vez que pode ser produzida uma prova com força de afetar a primeira aparência, contudo, sem o condão da prova em contrário, sem convicção suficiente de prova direta extintiva do direito autoral.

Em cotejo aos ensinamentos de Castro Mendes, relativo à sua análise de que a prova *prima facie* não deve ser aceita no direito português, como figura do direito probatório, mas tão somente como figura da técnica probatória em prova livre, Rui Rangel afirma que “não é direito probatório porque muito simplesmente a lei não permite inversões de ônus da prova, além daquelas que ela própria acolhe e consagra”⁵⁴.

Em que pese a opinião de Rui Rangel e tantos outros que assim defendem, já adiantamos que afirmaremos neste trabalho, mais adiante, que o juiz pode e deve permitir inversões do ônus da prova, mesmo sem previsão legal, com supedâneo em diversos conceitos igualmente positivados pelo legislador, notadamente busca da verdade, cooperação

⁵³ ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. 2ª Ed., trad. de Ernesto Krotoschin (título original alemão *Die Beweislast*). Argentina, Ed. Montevideo-Buenos Aires, 2002, p 217.

⁵⁴ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. op. cit., p. 245.

intersubjetiva, dever de lealdade, direito constitucional à prova, poder-dever de instrução, acesso efetivo à justiça, entre tantos outros argumentos que permitem a inversão do *onus probandi ope judicis* e que respaldarão a ideia de distribuição dinâmica do ônus da prova, tema central deste ensaio.

Pois bem, voltando ao tema sobre o qual ora discorreremos, apesar de bastante solidificada no sistema processual alemão, notadamente nas questões de prova sobre o nexo de causalidade, a utilização prática do conceito de prova *prima facie* não ficou imune às críticas.

Eduardo Cambi, por exemplo, questiona se realmente existiria diferença entre presunção judicial comum e a prova *prima facie*. Para ele, também na prova de primeira aparência, o juiz sempre se baseia em um fato indiciário conhecido e provado⁵⁵. O autor brasileiro defende que, antes mesmo de qualquer desenvolvimento indutivo, uso das regras de experiência, o juiz já encontra alicerces nos fatos instrumentais trazidos ao processo, já num primeiro momento, não restando grande relevo prático à distinção dos conceitos.

Michelle Taruffo parece também não encontrar grande utilidade no conceito, afirmando que o seu uso é problemático, ambíguo e de difícil aplicação prática, devendo o seu emprego ser limitado à cultura alemã. Para tanto, afirma que não está clara qual a natureza da aparência do fato que deriva das circunstâncias típicas pela utilização das máximas da experiência⁵⁶.

⁵⁵ CAMBI, Eduardo. *A Prova civil. Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: RT, 2006, pp. 385 e 386.

⁵⁶ TARUFFO, Michelle. *La Prueba de los Hechos*. op. cit., pp. 514 e 515. No mesmo sentido DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. op. cit., pp. 66 e 67.

CAPÍTULO II

O PROBLEMA DA VERDADE E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PROBATÓRIO

2.1 O Problema da Verdade e a Prova

É muito comum dizer-se que a fase de instrução, no processo de conhecimento, destina-se precipuamente à descoberta da verdade sobre as alegações de fatos, sendo este o objeto a que se dirige a prática das provas. No entanto, quando pensamos ser o processo o meio adequado ao descobrimento da verdade dos fatos, é divulgado que o contexto processual permite, apenas, estabelecer um elevado grau de probabilidade que é, todavia, algo menor que a verdade absoluta, em sentido estrito. A assertiva narrada, por mais plausível que pareça, não é de toda verdadeira, não devemos ser cétricos a tal ponto.

É que o conceito de verdade e o seu significado no âmbito processual é um aspecto que tem sido palco de diversas críticas e análises por diferentes ramos do direito. Alguns doutrinadores afirmam – ideia de que compartilhamos – que o conceito de verdade é universal e que deve ser este o norte a ser seguido, a finalidade precípua do processo. Todavia, a questão não é tão pacífica assim, merecendo relevo o debate sobre qual “verdade” se é possível alcançar ao longo da instrução processual.

Michele Taruffo, em exemplar obra intitulada “Páginas sobre Justiça Civil”, ao distinguir verdade e probabilidade na prova dos fatos, conceitua de “*enemigos de la verdad*” o ideal jurídico-filosófico que pensa e discute tal problema, uma vez que a compreensão jurídica do tema não pode estar dissociada do resto do mundo.⁵⁷

Para tanto, baseado no pensamento filosófico pós-moderno, nas doutrinas de Heidegger, Richard Rorty e Jacques Derrida, afirma que, para estes, falar em verdade no contexto processual significa fazer um discurso carente de sentido, segundo o qual não existiria nenhuma realidade cognoscível para além daquilo que se verifica no processo, não sendo correto afirmar que o descobrimento da verdade dos fatos deve ser considerado como a finalidade do processo.

Para aqueles que defendem uma linha ceticista, a verdade é algo absolutamente impossível de se alcançar, inatingível, com caráter, até certo ponto, místico, sendo apenas

⁵⁷ TARUFFO, Michele. *Páginas Sobre Justicia Civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, pp. 411 – 415.

uma diretiva que o juiz deve seguir. Isto porque seria utopia imaginar que se pudesse, com o processo, reconstruir perfeitamente como ocorrera determinado fato. Até porque estabelecer a verdade sobre algo pretérito seria ideia antitética. Além disso, a interpretação que o juiz empresta às alegações de fatos que lhes são apresentadas, a sua percepção direta do fato, permanece no campo da sua certeza subjetiva, respaldada numa certeza jurídica, que pode ou não ser distinta da visão de outra pessoa.

É que, conforme a epistemologia kantiana⁵⁸, o conhecimento surge da atuação do sujeito sobre os fatos. Assim, o sujeito, através de sua sensibilidade, depara-se com o objeto cognoscível, utilizando do seu entendimento – faculdade de conceituar – para extrair o conhecimento. Assim, o ato de conhecer, para Kant, vem da experiência; mas nem todo ele deriva dela. Dessarte, inobstante o conhecimento provenha da experiência, o entendimento o modifica, de forma que parte do conhecimento é produzido pelo entendimento, motivo pelo qual tal capacidade é considerada um produto de uma faculdade complexa, porquanto é composta de outras duas: o entendimento (espontaneidade) e a sensibilidade (receptividade).

Do exposto, conclui-se que, na medida em que a experiência é fundamental para a formação do conhecimento, é evidente que cada sujeito sempre obterá um distinto do que qualquer outro obteria ao se deparar com o mesmo fato (ou alegação de fato), uma vez que passou por experiências diferentes das que todos os outros já viveram. Nesse sentido, temos que a verdade está no campo axiológico da valoração.

O argumento de que a verdade absoluta é inalcançável, ante a falibilidade dos sentidos e da razão humana, também foi propugnado por Calamandrei quando nos lembra que, “até nos casos muito raros, em que o juiz pode ‘conhecer os fatos da causa’ mediante a inspeção, a percepção direta do fato, que lhe dá o grau máximo de certeza subjetiva, não basta para excluir que a verdade seja distinta do que, por um erro dos sentidos, pode lhe haver parecido”⁵⁹.

Apesar do relevo das doutrinas citadas, entendemos que, para buscarmos a verdade, antes, contudo, necessário sabermos no que ela consiste, sem o que não atingiremos os meios adequados para encontrá-la. Se a verdade apresenta-se por meio dos sentidos, desde logo percebemos quão precária é a sua compreensão exata, “por isto mesmo, a verdade, que se

⁵⁸ LEITE, Flamarion Tavares. *Manual de filosofia geral e jurídica: das origens a Kant*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, pp. 95 – 96.

⁵⁹ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, pp. 270 – 271.

busca, quase sempre não se apresenta, ou nunca se apresenta com a brancura da verdade absoluta, mas apenas com as cores da realidade sensível e inteligível. Contudo, é a verdade⁶⁰.

Sendo assim, qualquer que seja o conceito de verdade que se tente empregar ao processo – absoluta, relativa, material, processual ou real – não necessariamente tem a ver com a “verdade” que se poderia determinar fora do processo. O que o processo busca é um resultado, é decidir a controvérsia, pondo fim ao conflito, é legitimar a decisão tomada, induzindo as partes a aceitá-la.

Naturalmente, o escopo principal do processo é a busca da verdade tal qual aconteceu, o norte processual é a perquirição da verdade real. Não sendo possível essa reflexão perfeita de como os fatos ocorreram dentro do processo, a verdade que se encontra em cada decisão tem que ser a mais próxima possível dela, dentro dos limites em que se estrutura o processo.

Não coadunamos o nosso pensamento aos que defendem que não é possível estabelecer-se a verdade real no processo, devendo contentar-se com a probabilidade.⁶¹ Para estes, com consciência de que a verdade absoluta jamais será atingida no processo civil, pode-se, sim, alcançar, no máximo, um juízo de probabilidade, isto é, uma verdade provável.

Temos como certo que tal pensamento, além de pessimista, não se amolda à novel compreensão de processo, uma vez que o poder jurisdicional deve fazer justiça em cada caso que julga, de tal forma que esta justiça será alcançada sempre que o processo conduza a um resultado fidedigno da verdade dos fatos narrados.

Todavia, encontramos diversas variações para o conceito de verdade no âmbito processual. Numa linha, temos os que defendem uma divisão em verdade absoluta e verdade relativa. Sobre esta divisão, já expusemos exaustivamente que se mostra sem qualquer sentido, uma vez que, para o processo, não há espaço para falarmos em verdades absolutas. Toda verdade é relativa e depende de diversos fatores. Cada parte traz para o processo a sua verdade.

Outros distinguem a verdade em formal e real. Nesse contexto, o processo só seria capaz de alcançar uma verdade intraprocessual, ou seja, uma fixação formal dos fatos, enquanto a verdade real refletiria o fato acontecido fora do processo. Parece-nos que esta distinção não é de toda acertada. Primeiro porque não é adequado afirmarmos que, dentro do processo, exista uma verdade distinta da que encontramos fora dele. Por outro lado, como bem nos lembra Taruffo, igualmente errado afirmarmos que, fora do processo, não há limites

⁶⁰ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 4ª ed. Vol. I., op. cit., p. 12, nota 2.

⁶¹ TARUFFO, Michele. *Páginas Sobre Justiça Civil*. op. cit., pp. 413 – 415.

para a busca da verdade.⁶² Sendo assim, não existem duas verdades, uma processual e outra extraprocessual, a verdade é única.

Todavia, deve-se considerar que o compromisso que o direito (e, principalmente, o processo) tem com a verdade é constantemente relativizado, tendo em vista que as regras processuais limitam o poder do juiz e das partes, traçando limites à atividade probatória. Isto se evidencia ainda mais na imposição de regras de direito material e processual sobre a atividade probatória, caso em que, sendo estas normas desatendidas, a prova obtida será ilícita (com inobservância de regras de direito material, como se dá no caso de violação do direito à intimidade) ou ilegítima (quando se viola preceito de direito processual). Da mesma forma, o direito também prevê diversos casos em que há presunção legal e absoluta (*jure et de jure*) da veracidade de alguns fatos.

Assim sendo, para o direito, a verdade é a que se pode obter através do processo, sendo consequência dele, e não algo que existe *a priori*, pertencendo ao mundo factual. Tanto é que, após coberto pelo manto da coisa julgada material, nada mais importa se a decisão alcançou a justiça no que tange à realidade de como o fato se desenvolveu. Entretanto, pensamos que uma decisão injusta é o mesmo que negar ao jurisdicionado o acesso à justiça. Deveria, sim, o processo preocupar-se com decisões injustas e dissociadas da realidade dos fatos.

A reflexão que precisamos fazer acerca de qual verdade o processo pode alcançar diz respeito, exatamente, às normas e técnicas processuais e probatórias. Dizemos isso, pois, por muitas vezes, o processo tem obstaculizado – quando deveria favorecer – a determinação da realidade dos fatos.

O tema central deste ensaio, que é a dinamização do ônus da prova, implica justamente em relativizar certos dogmas processuais, de tal modo que se permita ao processo facilitar exatamente nessa busca da realidade dos fatos, na busca de uma verdade que mais se aproxime da verdade real, ou mesmo que alcance-a, pois não compartilhamos da ideia de que a verdade absoluta é inatingível dentro da seara processual.

Desta forma, apesar de sabermos que a reconstrução do fato, assim como aconteceu, encontra imensa dificuldade, o juiz deverá sempre buscar a verdade real ou algo que mais se aproxime dela, daí dizer-se que o juiz busca uma *verdade possível*.

Destarte, em se tratando de processo, o verdadeiro e o falso não têm origem nas coisas, nem na razão individual, mas no procedimento⁶³. Por isso mesmo, é imprescindível a

⁶² *Idem*. p. 416.

observância dos princípios do direito probatório, notadamente do direito fundamental à prova, pois o processo desenvolve-se dialeticamente, sendo a prova um meio retórico do qual as partes se valem para dar validade a uma assertiva.

2.2 Das Garantias do Processo Justo no Estado Constitucional e o Modelo Contemporâneo de Prova. Do Verdadeiro Acesso à Justiça

Ao longo da história, a visão sobre o processo sofreu intensas mudanças. Partindo de modelos meramente argumentativos e demonstrativos, nos quais a pretensão era garantir, de forma rápida, uma decisão sobre a natureza do fato, a partir da compreensão de que o contraditório colocava-se como obstáculo à pesquisa da verdade, vivenciamos, na atualidade, uma guinada no modelo processual, que passa a concretizar valores constitucionais no tecido processual, o que conhecemos hoje por *formalismo-valorativo*.

Assentada a premissa de que é a Constituição de um Estado o centro normativo para o qual todas as regras de direito devem convergir, por onde a ordem jurídica deve ser lida e compreendida, acabou-se por dar uma nova – e mais ampla – formatação ao princípio da legalidade. A dimensão substancial da legalidade, em cujos princípios constitucionais as normas devem encontrar limites e contornos, suplantou a ideia de mera legalidade formal. Com base nessa nova concepção, a lei passa a, necessariamente, ter que convergir com os princípios constitucionais de justiça e com os direitos fundamentais. O juiz deixa de ser um mero aplicador do direito e passa a ter um caráter mais ativo no processo, passando a ser um *empreendedor da justiça no caso concreto*⁶⁴.

Nesse contexto histórico, o *princípio do Acesso à Justiça* passa a ter compreensão muito além do que simplesmente permitir às pessoas reivindicarem seus direitos em juízo, obtendo uma resposta rápida, mas sim sob o prisma do processo efetivo e socialmente justo, não bastando apenas que o processo seja célere, mas que alcance justiça no caso concreto, que busque a verdade e consiga a pacificação social. O processo, a jurisdição, a ação e a defesa passam a ser vislumbrados sob a ótica do acesso à justiça.

Ao Estado-Juiz, cabe impulsionar o processo, adequando-o aos princípios e valores do Estado constitucional. As técnicas processuais que se afastam deste novo prisma

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. op. cit., p. 262, nota 1.

⁶⁴ CARPES, Arthur. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pp. 31 – 37.

obstaculizam o efetivo acesso à justiça. Sobre o tema, louvável a inovação trazida pelo novel CPC português, em seu artigo 6º, quando impõe ao juiz um *dever de gestão processual*. Teceremos maiores comentário sobre o tema em tópico próprio.

Pois bem, o acesso à justiça deve ser encarado como o requisito mais básico dos direitos humanos, de um sistema jurídico moderno e igualitário que efetivamente garanta os direitos de todos. “Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais. (...) O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”⁶⁵.

Nesse desiderato, o *princípio do contraditório* é o pilar central, sem o qual o conceito de efetivo acesso à justiça teria que ser abandonado. Acesso à justiça e direito ao contraditório caminham lado a lado, sendo certo que a própria ideia de democracia é vertida no processo através do contraditório, funcionando como condição curial da justa construção da decisão judicial.

É exatamente com o contraditório que se permite falar em proximidade do modelo contemporâneo ao modelo argumentativo de prova. O diálogo passa a ser o elemento indispensável na construção da decisão judicial, passando o juiz a estar comprometido na busca da solução mais justa, garantindo, por meio do debate, a possibilidade de as partes influenciarem a sua decisão.

Assim, o ângulo adequado pelo qual devemos ver o princípio do contraditório não é apenas sob o aspecto de poder contraditar a contraparte, ou mesmo o juiz quando age oficiosamente, mas também pela possibilidade que as partes têm de influenciar na construção das decisões judiciais. Registre-se que o juiz, quando age oficiosamente na produção das provas (v.g. art. 7º, nº 2 do CPC português), também está obrigado a submetê-las ao contraditório das partes, ou mesmo permitir que acompanhem a sua produção, devolvendo, deste modo, o caráter isonômico do processo⁶⁶.

Vale dizer que o diálogo existente entre as partes e o juiz, com todos imbuídos do sentimento comum de construir uma decisão justa, participando do processo de forma isonômica, permite-nos afirmar que todos devem colaborar e cooperar mutuamente, para que se possa alcançar a justiça no caso material a ser tutelado.

⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 12 – 13.

⁶⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex Coimbra Editora, 1997, pp. 46 – 48.

Deste modo, no âmbito processual, em que o diálogo é fundamental para o conhecimento da realidade e para a descoberta do direito aplicável à espécie concreta, a colaboração entre os sujeitos que do processo participam revela-se vital para que a justiça seja alcançada de forma mais segura e efetiva⁶⁷.

Percebam que a cooperação que deve haver entre as pessoas que compõem o processo não é uma mera faculdade, mas sim uma obrigação recíproca, uma vez que a busca pela verdade não pode encontrar empecilho no modo de agir maldoso de qualquer sujeito processual, devendo o juiz, quando percebe que alguma das partes tenta, escancaradamente, através de métodos escusos e inidôneos, obstacularizar a mais justa e adequada solução do litígio, reprimir tal atitude por meio das sanções que a lei permite, desde multa e outros meios coercitivos à inversão do ônus probatório, relativo à matéria de fato, contra quem aproveita o não agir de boa-fé.

O dever de proceder honestamente no processo não significa dizer que todos os envolvidos estão obrigados a afirmar uma verdade única, mas tão somente a sua verdade, as suas alegações de fatos, desde que corretamente formuladas. *O princípio da cooperação intersubjetiva* é o dever imposto às partes que participam de uma relação processual de agir com boa-fé.

Como antedito, a distribuição do ônus da prova está, obrigatoriamente, inserida nesse contexto de acesso efetivo à justiça, com respeito ao contraditório e à isonomia, respaldado sempre por uma conduta cooperativa dos agentes que buscam auxiliar e influenciar o juiz para que chegue à solução mais justa possível para o conflito.

É fato que, como técnica de julgamento, diante da necessidade de pacificar o litígio e da insuficiência de material probatório, a importância do ônus da prova ganha relevo em decorrência da necessidade de descoberta da verdade no processo e da vedação ao *non liquet*, permitindo que cada parte, através da repartição de riscos, atue de forma a aperfeiçoar a formação do juízo de fato. É exatamente a correta administração dessa tarefa, pelo órgão judicial, que aumentará as chances de se alcançar uma decisão justa.

Pois bem, como vimos, o direito à prova encontra laços fortes nos princípios de acesso à justiça, contraditório, no direito de defesa, etc., sendo impossível um real acesso à ordem jurídica justa, sem que antes houvéssimos garantido a possibilidade das partes em influir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado da demanda, falando-se, daí, em um *direito fundamental à produção de provas*.

⁶⁷ CARPES, Arthur. *Ônus Dinâmico da Prova*. op. cit., p. 39.

O direito a prova surge como garantia da ação e da defesa, como modo de proteção aos direitos, liberdades e garantias tuteladas, constitucionalmente, através do processo. Por meio da ação e da defesa, as partes contrapostas têm o direito de, querendo, utilizar todos os meios de prova que sejam admitidos em direito, contribuindo a formação do convencimento do juiz⁶⁸.

Nesse ínterim, são consequências do direito à produção de provas a sua própria aquisição no processo, a possibilidade de contradizê-las e o dever do juiz em valorar cada uma, como corolário da livre apreciação das provas.

Barbosa Moreira lembra-nos que o direito à produção das provas implica na possibilidade de utilizar quaisquer meios probatórios à disposição das partes⁶⁹. Sendo assim, partindo dessa premissa fundamental, afirma que as legislações processuais modernas estão propensas a abandonar a técnica da enumeração taxativa, admitindo, além dos meios tradicionais de prova, expedientes não previstos em textos expressos, todavia, idôneos para auxiliar o juiz na reconstrução dos fatos – as *provas atípicas*⁷⁰. O CPC brasileiro, no artigo 332º, consagrou o direito à produção de qualquer fonte ou meio de prova, desde que legal e moralmente legítimos.

Contudo, é importante registrarmos que, em que pese ser imprescindível o emprego de todos os meios de prova na descoberta da verdade, o direito à produção de prova, embora seja fundamental, não pode – nem deve – ser encarado de modo absoluto. O manejo do direito fundamental à prova sofre limitação quando colide frontalmente com outro direito de igual magnitude, com outros valores e princípios fundamentais, por exemplo, quando agride o direito à intimidade, à privacidade, o sigilo profissional ou o sigilo fiscal. Diante destas situações, o juiz deve sopesar os princípios e, à luz do princípio da proporcionalidade, decidir qual dos dois prevalecerá.

⁶⁸ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil*. op. cit., pp. 69 – 71. Nesse sentido, Rui Rangel lembra-nos que o Tribunal Constitucional Português, na análise do Ac. Nº 86/88, D.R. II série, de 22.08.1988, considerou o direito a prova como decorrente do direito de ação, cabendo às partes produzir livremente as provas, controlando as do seu oponente e discutindo o valor de cada uma delas.

⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Restricciones a la Prueba en la Constitución Brasileña*. Artigo disponível em <<http://www.icdp.co/revista/articulos/21-22/Carlos%20Barbosa%20Moreira.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2012.

⁷⁰ *Ídem*.

2.3 Outros Princípios Reitores do Direito Probatório

Neste tópico, é importante destacar que não se tem a pretensão de analisar todos os princípios que regem o direito probatório – para além dos que já foram mencionados no tópico anterior – mas apenas aqueles que mais se destacam e que serão pertinentes para uma melhor compreensão do tema proposto neste ensaio.

Antes, contudo, lembro que a palavra “princípio”, em sentido lógico, dá a compreensão de certos enunciados admitidos como condição básica de validade às demais asserções que compõem determinado campo do saber.

Miguel Reale retrata o tema com precisão ao dizer que “os princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”⁷¹.

Assim, pelo caráter axiológico, os princípios são caracterizados por possuir conceitos mais abertos e abstratos, além de um conteúdo semântico flexível. Dessa forma, possibilitam uma maior adequação das normas às mudanças sociais, cada vez mais velozes.

A doutrina costuma apontar alguns princípios que se solidificaram com a atual noção de processo judicial justo e com o alargamento da ideia de Acesso à Justiça, sobretudo a partir do escopo principal do processo, que é fornecer meios que busquem a composição do litígio da forma mais justa possível, fazendo pacificação social e fornecendo às partes segurança quanto à análise de seus direitos subjetivos.

Analisando-se brevemente alguns destes princípios⁷², excetuando-se aqueles já debatidos no tópico anterior (Acesso à Justiça, Cooperação Intersubjetiva e Contraditório), temos⁷³:

a) Pelo *princípio da aquisição processual* ou comunhão da prova, o tribunal deve considerar todas as provas produzidas, independente de qual parte tenha produzido. É que a prova, uma vez trazida aos autos, desgarra-se de quem a produziu e passa a pertencer ao processo, ou seja, a prova não pertence à parte, mas ao processo, pouco importando sua origem. Não importa qual parte estava onerada com o ônus da prova, mas, simplesmente, o fato de a prova ter sido produzida, podendo ser aproveitada, a partir de então, também pela contraparte.

⁷¹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 305.

⁷² SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*. op. cit., pp. 33 – 69.

⁷³ CASTRO, Artur Anselmo de. *Lições de Processo Civil*. Vol 4º. Coligidas e publicadas por J. Simões Patrício/J. Formosinho Sanches/Jorge Ponce Leão. Coimbra: Atlântida, 1968, pp. 19 – 28.

Assim, é tarefa do juiz valorar todo o material probatório que consta dos autos. Estando a prova nos autos, esse será o universo a ser considerado pelo juiz para prolatar sua decisão, sem qualquer preocupação de onde emanou tal prova, desde que lícita.

b) O *princípio da isonomia* ou igualdade de armas está em conformidade com o princípio da *ampla defesa*. Com ele, é dever do juiz assegurar às partes a chance de requererem a produção de provas, assim como de produzi-las, dando tratamento igualitário aos litigantes. “As partes devem possuir os mesmos poderes, direitos, ônus e deveres, isto é, cada uma delas deve situar-se numa posição de plena igualdade perante a outra e ambas devem ser iguais perante o tribunal”⁷⁴ (art. 13º da C.R.P);

c) Com o *princípio da persuasão racional* ou livre convencimento motivado, já abordado no tópico 1.4 desta obra, dissemos que juiz está obrigado a decidir com base nas provas presentes nos autos, embora tenha ampla liberdade para apreciá-las. É princípio de relação estreitíssima com o da coercibilidade, segundo o qual o juiz não pode julgar contra a prova dos autos, ou à margem dela. Portanto, o juiz deve decidir com base nas provas produzidas nos autos, inobstante possa levar em consideração outros elementos, conforme impõe o já comentado sistema da persuasão racional;

d) Já o *princípio da necessidade de prova* impede que o juiz, valendo-se do sistema da persuasão racional, julgue com base em seu conhecimento pessoal, o que seria uma atitude arbitrária e antagônica ao novel paradigma constitucional;

e) O *princípio da legalidade* das formas processuais subordina a produção probatória aos requisitos legais. Como dito, a ideia de verdade é relativizada no processo civil, tendo em vista que o legislador impõe regras sobre:

- i) Tempo da prova, pois há momentos oportunos para a produção das provas;
- ii) Lugar, tendo em vista que há a preferência para a produção de provas em audiência, salvo disposição em contrário;
- iii) Meio, ou seja, as provas devem ser feitas por meios hábeis à sua produção, admitindo-se apenas aqueles permitidos expressamente por lei e os que forem moralmente legítimos.

É decorrência do princípio da legalidade a vedação da aceitação de prova ilícita (em sentido amplo), ou seja, aquela que, ao ser coletada, viola direitos materiais ou processuais de uma das partes;

⁷⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*. op. cit., p. 42.

f) De acordo com o *princípio da imediação*⁷⁵, o julgador da matéria, de fato, deverá participar ativamente na produção das provas, ou seja, ter o contato mais direto possível com as pessoas ou coisas que servem de fontes de prova, intervindo em todos os seus atos, uma vez que cabe a ele, com exclusividade, dirigir o processo em todos os seus atos processuais;

g) Pelo *princípio do inquisitório ou da oficialidade* – superada a antiga concepção de que só as partes podiam dispor do processo, na mais extremada aplicação da concepção liberal do *princípio do dispositivo* –, a prova dos fatos da causa deixou de ser monopólio das partes, tendo o juiz o *dever de gestão processual*, de realizar ou ordenar officiosamente as diligências que julgue necessárias à apuração da verdade, bem como indeferir as que julgue desnecessárias.

É certo que, na compreensão moderna do processo civil, não há espaço para que o juiz ocupe papel de mero expectador, mero aplicador do direito. De outra mão, a atuação do juiz também não pode ser irrestrita, sem qualquer limitador, sob pena de, por exemplo, ferir-se de morte o princípio da isonomia. Mais adiante, abordaremos, em tópico próprio, os limites do juiz no uso de seus poderes instrutórios, para que possamos aplicar adequadamente a teoria da carga dinâmica do ônus da prova. Este tema, no nosso trabalho, tem relevância vital.

Por fim, esclarecemos que estes princípios elencados não excluem outros previstos, de forma expressa ou implícita, na legislação constitucional ou infraconstitucional. Outros exemplos de princípios que fundamentam o direito probatório são: o princípio da imparcialidade, da duração razoável do processo, da efetividade, da economia processual, da celeridade, da oralidade, da concentração, da publicidade, preclusão, da eficácia extraprocessual das provas, entre tantos outros. Todavia, como antedito no início do tópico, discorreremos, de forma breve, apenas sobre aqueles que são imprescindíveis para a melhor compreensão deste trabalho.

⁷⁵ Sobre este princípio em José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil: Conceitos e Princípios Gerais*. 2ª ed. Coimbra Editora, 2009, pp. 169 e ss.

CAPÍTULO III

DO ÔNUS DA PROVA

3.1 Conceito de Ônus e Considerações Sobre sua Distinção do Conceito de Obrigação

Qualquer estudo que verse sobre ônus da prova, preambularmente, cumpre examinar o conceito de *onus*. Antes de aprofundarmos nosso conhecimento relativo ao significado de ônus da prova, nada mais natural e elementar discorrer sobre a compreensão exata do que seja um *onus*, termo vital não apenas para a ciência do processo, mas, indubitavelmente, afeito à Teoria Geral do Direito.

Para compreendermos como se estrutura este importante instituto para todo o direito processual e probatório, mister estabelecermos a distinção de vernáculo existente entre ônus e obrigação. É que, ao longo da nossa história, muito se discutiu a respeito da proximidade de conceito entre ônus, obrigação e dever, sendo certo que o emprego destes termos no cotidiano nos leva, muitas vezes, a usá-los como sinônimos. No entanto, na esfera jurídica, já é pacífico afirmar que cada um destes termos goza de autonomia conceitual.

É relativamente recente a conquista da citada autonomia quanto ao vocábulo ônus, embora a sua noção já há muito existisse. Elaborar a distinção de conceitos entre ônus e obrigação foi tarefa bastante árdua, e corajosa, daqueles que se dispuseram a enfrentá-la.

A depuração do conceito iniciou-se na Alemanha, muito por conta da dificuldade que a doutrina deste país encontrava em conciliar a noção romana herdada do direito comum que identificava o ônus da prova com a necessidade de provar. Na Alemanha, atribui-se à doutrina de Goldschmidt e, posteriormente, à de Rosenberg os créditos por principiarem uma teoria geral sobre ônus, diferenciando de outros institutos. A partir da Alemanha, esses conceitos passaram a ser estudados em outros países europeus, notadamente na Itália, com o brilhantismo doutrinário de mestres como Carnelutti e Micheli⁷⁶.

⁷⁶ Sobre o tema, lembra-nos Roland Arazi que “lós autores disienten respecto de si La carga debe ubicarse como una categoria de lós deberes o de lós derechos. Y La discrepância existe entre los grandes maestros Del derecho. Goldschmidt, Carnelutti y Couture La ubican entre lós deberes: y Rosenberg, Micheli, Devis Echandia y Barros de Angelis, entre otros, la consideran como un poder, derecho o facultad”. (Roland Arazi. *La Prueba en el Proceso Civil*. 2ª Ed., Buenos Aires: La Rocca, 1998, pp. 87 – 88).

No limiar dos estudos sobre ônus e obrigação, era comum encontrar doutrinadores que aproximavam os seus conceitos, classificando ônus como categoria de obrigação ou mesmo de *dever livre*⁷⁷. No entanto, logo se percebeu a falibilidade de tais ideias.

Sendo assim, coube a Francesco Carnelutti o mérito de ser um dos primeiros doutrinadores a adotar uma metodologia coerente na tentativa de conceituar adequadamente a palavra ônus no campo do direito. A partir do pensamento de Carnelutti, muito embora passível de severas críticas, passou-se a discutir o tema com mais profundidade pela imensa maioria dos doutrinadores. Indubitável, contudo, a coragem do mestre italiano – por que não dizer visionarismo – em explorar uma seara tão difícil e complexa, elaborando uma metodologia, sendo certo que o seu maior mérito foi ter logrado distinguir o conceito de ônus do de obrigação.

Primeiramente, para Carnelutti, o ônus está compreendido na esfera da liberdade, enquanto a obrigação, não. Nesse sentido, conclui que a faculdade é a antítese da obrigação: diante de uma obrigação, o homem age como deve; diante de uma faculdade, o homem age como quer⁷⁸.

Outra distinção diz respeito à diferença de titularidade do interesse protegido, conforme se trate de ônus e obrigação. Aqui Carnelutti explica que o cumprimento de um ônus interessa ao próprio sujeito onerado, enquanto, na obrigação, a satisfação interessa à outra parte, ou seja, na obrigação, há uma sujeição ao direito e ao interesse alheio; já no ônus, o interesse de agir é de si próprio.

Ainda, na obrigação, haveria um *ato devido*, imposto na proteção de um direito alheio, enquanto, no ônus, haveria a prática de um *ato necessário* na proteção de um interesse próprio. Outrossim, para o festejado autor italiano, o desatendimento de um ônus acarreta sanção econômica. Já o desatendimento de uma obrigação acarretaria uma sanção jurídica.

Por fim, Carnelutti assenta que a maior distinção entre ônus e obrigação reside em verificar se a conduta ou ausência dela pode ser considerada um ato ilícito. Se a resposta for positiva, estamos diante de uma obrigação; se negativa, diante de um ônus.

Partindo da análise das múltiplas situações jurídicas (obrigação, ônus, faculdade, sujeição, poder e direito subjetivo), tanto no plano jurídico material como instrumental, Carnelutti classifica as situações jurídicas em *passivas*, *neutras* e *ativas*, concluindo que tanto

⁷⁷ Deve-se a Brunetti a teoria que traçou uma relação existente entre o ônus e a obrigação a partir do *dever livre*, *apud*, MICHELI, Gian Antonio. *La Carga de La Prueba*. Do original *L'onere della prova*. Colección Ciencia Del Proceso n. 39. Buenos Aires, EJE, 1961, p. 63, nota 11.

⁷⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. op. cit., pp. 253 – 256.

o ônus como a obrigação, decorrente do vínculo de vontade existente em ambas, são *situações jurídicas passivas*, incluindo, assim, ambos os conceitos como espécies de dever.

Como antedito, apesar de ter sido sensível às diferenças de conceitos que existia entre os institutos, a doutrina de Carnelutti não ficou imune às críticas.

Sobre a distinção entre *ato necessário e ato devido*, defende Echandia que essas noções não são suficientemente claras para distinguir os conceitos de ônus e obrigação. Para ele, a diferença entre ato necessário e ato devido desapareceria na medida em que existisse uma necessidade jurídica de executar o ato, o que seria uma verdadeira obrigação⁷⁹. Micheli e Rosenberg sustentam a tese de que se trata de *necessidade prática*.

Também se criticou a distinção feita relativa à natureza da sanção aplicável – jurídica na obrigação e econômica no ônus.

Contudo, a maior crítica que se fez acerca da teoria de Carnelutti, e que merece nossa atenção, faz referência à classificação do ônus como situação jurídica passiva, portanto, como espécie de dever, quando, na verdade, a maciça doutrina moderna sustenta que a situação jurídica do ônus seria *ativa*, e, nesse sentido a melhor compreensão aproxima o termo a um direito subjetivo, a um *poder*.

Assim, o ônus encontra-se no âmbito da liberdade e como manifestação de um poder, como situação jurídica ativa. Na teoria de Carnelutti, “se omite um aspecto fundamental da noção de ônus, isto é, o elemento do poder ou faculdade do sujeito para executar o ato ou adotar a conduta prevista na norma como pressuposto para obter os resultados favoráveis para si, é dizer, o aspecto ativo da noção”⁸⁰.

Para Betti, “o interesse funciona como mola propulsora do exercício do poder: se a parte tem interesse em evitar as consequências de sua inércia, sente-se provocada a agir”⁸¹. Entretanto fala-se que a liberdade é acompanhada de uma autorresponsabilidade.

Na evolução do pensamento de Carnelutti, a partir da doutrina de Micheli e da de Rosenberg, passou-se a considerar o ônus como uma faculdade ou poder de agir livremente em benefício próprio, sendo lícito permanecer inerte, sem que haja nenhuma coação ou sanção jurídica, e sem que exista um direito de outro que exija a sua observância. Sendo

⁷⁹ Hernando Devis Echandia, em sua obra original, diz “si en el acto necesario existe una necesidad jurídica de ejecutar el acto, se tiene una verdadera obligación y desaparece toda diferencia com el acto debido”. (*Teoría General de La Prueba Judicial*. op. cit., pp. 404 – 405).

⁸⁰ *Idem*, p. 405. “Se omite un aspecto fundamental de la noción de carga, esto es, el elemento del poder o facultad del sujeto para ejecutar el acto o adoptar la conducta prevista en la norma como presupuesto para obtener los resultados favorables a el, es decir, el aspecto activo de la noción”.

⁸¹ BETTI, Emilio. *Diritto Processuale Civile Italiano*. 2ª Ed. Roma: Società Editrice del foro Italiano, 1936, p. 57 *apud* PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2011, pp. 37 – 38.

assim, podemos definir ônus como a liberdade ou manifestação de poder que o onerado detém para atingir determinado fim em seu próprio benefício se, e somente se, assim o desejar.

Afirmando que os conceitos de ônus e obrigação são heterogêneos, Boaventura Pacífico faz exemplar síntese sobre a matéria. Para ele, “no ônus, o sujeito é livre para adotar a conduta prescrita pela norma, não estando juridicamente vinculado ao seu cumprimento em favor de outro, como ocorre na obrigação. O não exercício de um ônus não configura ato ilícito e não é sancionado, enquanto a violação de uma obrigação é ilícita e sancionada”.⁸² O aludido autor ainda nos lembra que a norma estatuidora de um ônus tutela interesse do próprio onerado, já a da obrigação tutela interesse alheio.

Por fim, perfilamos o nosso entendimento ao conceito de ônus defendido por Echandia: “um poder ou uma faculdade (em sentido amplo), de executar, livremente, certos atos e adotar certa conduta prevista na norma para benefício e interesse próprio, sem sujeição nem coação e sem que exista outro sujeito que tenha o direito a exigir sua observância, mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis”.⁸³

3.2 Ônus da Alegação e Ônus da Prova

Podemos afirmar, sem cometer nenhuma heresia jurídica, que o ônus da prova é um dos temas mais importantes de toda a teoria geral da prova. Por este motivo, com fulcro em fornecer melhor sentido prático a este trabalho, com a mais adequada compreensão do tema, abordamos, preambularmente, alguns aspectos que, certamente, nos nortearão até a conclusão que ora propomos.

Sendo assim, abordamos o conceito de prova, o *thema probandum*, a natureza jurídica do direito probatório, os sistemas de valoração da prova, falamos sobre a necessidade de buscar a verdade e de alguns princípios que norteiam todo o tema, como, por exemplo, os princípios do dispositivo, inquisitório e da aquisição processual. Será esta introdução que fizemos que nos auxiliará a enfrentar os controversos – e palpitantes – temas que circundam o ônus da prova, com suas nuances e função que exerce no processo. Num primeiro momento, os conceitos expostos nos dois capítulos iniciais auxiliar-nos-ão na compreensão do que seja o

⁸² *Idem*, pp. 41 – 42.

⁸³ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría General de La Prueba Judicial*. op. cit., pp. 420 – 421. Traduzido do original “un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos e adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista outro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables”.

ônus da prova; num segundo momento, dar-nos-ão suporte para que possamos desenvolver uma tese que flexibiliza o ônus da prova, aplicando a teoria da carga dinâmica.

Antes, contudo, achamos prudente tratar do significado da expressão *ônus da alegação* ou *ônus da afirmação*, uma vez que, muito antes de qualquer ônus que surja para as partes em provar algo, necessariamente, devem as partes levar a juízo todas as alegações que lhes permitirão alcançar o êxito que almejam.

No dia a dia forense, costuma-se dizer que “o que não está nos autos não está no mundo”. Dessa concepção, percebemos que, para o processo, antes mesmo de qualquer necessidade de prova, surge, para as partes, o poder de levar a juízo todas as alegações, no intuito de influenciar no resultado da causa. É dever das partes a alegação de todas as matérias que serão apreciadas pelo órgão jurisdicional e de todos os fatos essenciais para uma melhor análise da lide. O ônus da alegação precede sempre o ônus da prova.

De acordo com o princípio dispositivo (art. 5º, nº 1 do novo CPC), cabe às partes alegarem os fatos que integram a causa de pedir e aqueles em que se baseiam suas exceções, bem como só pode o juiz basear a sua decisão com base nos fatos alegados pelas partes. De logo, percebemos que, sem as alegações dos fatos principais, formuladas pelas partes, não pode o juiz conhecer de ofício e se pronunciar sobre fatos não alegados. O ônus da alegação é corolário do Princípio Dispositivo.

Há, para o juiz, a necessidade de alegação dos fatos pelas partes e, posteriormente, surge a necessidade de prova dessas alegações para que, no caso concreto, o tribunal possa alcançar a justiça com maior grau de certeza. “O juiz não pode, por iniciativa própria, suprir a negligência ou a inépcia da parte, quer na alegação dos factos que interessam à fundamentação da sua pretensão, quer na prova dos factos alegados”⁸⁴.

Todavia, em que pesem os limites que o princípio do dispositivo impõe às partes e ao juiz, nos códigos de processo mais modernos, por força do princípio inquisitório, é permitido ao juiz diligenciar em busca da verdade e da justa composição do litígio (art. 411º do novo CPC), desde que o apuramento da verdade e as diligências requeridas sejam para esclarecer os fatos alegados pelas partes, quais sejam, os fatos essenciais, os principais.

Para Leo Rosenberg, “em um procedimento baseado no princípio dispositivo, as partes não só tem que provar os fatos necessários para a decisão, mas também devem introduzi-los

⁸⁴ VARELA, João de Matos Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*, op. cit., p. 448.

no processo mediante sua afirmação, convertendo-os deste modo em fundamento da sentença. Nisto baseia-se o conceito de ônus da afirmação (também chamado de ônus da alegação)⁸⁵.

Nesse sentido, consiste o ônus da afirmação, por um lado, na necessidade das partes no tocante a alegar os fatos os quais não foram analisados pelo tribunal, mas que elas pretendem que o sejam, e, por outro lado, na proibição ao juiz de considerar na sua decisão fatos essenciais não alegados por nenhuma das partes.

Num processo que, ao mesmo tempo, obedece ao princípio dispositivo, mas permite ao julgador ampla liberdade em sua condução, levando em consideração uma visão publicística do processo, no princípio do juiz ativo, antes de provar, é necessário à parte elaborar as alegações de seu interesse. Após as alegações dos fatos principais constarem no processo, compete às partes e ao juiz, oficiosamente, o esclarecimento da verdade por meio da produção das provas. Surge para a parte o ônus de provar aquilo que alegou, não sendo este ato uma obrigação, como já diferenciamos os vernáculos anteriormente.

Rosenberg também afirma que, em princípio, o ônus da prova e o ônus da alegação devem coincidir, uma vez que cabe à parte afirmar e provar os fatos controvertidos dos quais resultará um julgamento favorável para si. Contudo, com base no princípio da aquisição processual, como já foi dito, pode acontecer de uma prova levada ao processo por uma parte servir de suporte para provar o fato alegado pela contraparte, devendo o juiz aproveitá-la, independente de quem a produziu.

Pois bem. Após a atividade das partes de alegar e fazer prova dos fatos, incumbe ao tribunal oferecer uma resposta ao litígio. Segundo o que enuncia o artigo 8º, nº 1 do Código Civil, o tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei, ou alegando dúvida insanável acerca dos fatos em litígio. Depreende-se, deste artigo, a expressa vedação ao *non liquet*. Não pode o tribunal, ao final do processo, ficar em dúvida sobre qual parte venceu a demanda, uma vez que tal atitude geraria um enorme desconforto social e incerteza jurídica.

Foi nesse contexto “que se tornou necessário proceder a criação de formas e meios que ajudassem o julgador a ultrapassar questões irreduzíveis por manifesta falta de prova de uma das partes, ou mesmo de ambas, com vista à prolação de uma decisão que ele tem o dever de proferir, pois só assim administra a justiça”⁸⁶. O ônus da prova é um desses meios que auxiliam o juiz quando do exercício da sua *judicatura*.

⁸⁵ Tradução livre do original in Leo Rosenberg. *La Carga de la Prueba*. op. cit., p. 61.

⁸⁶ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. op. cit., p. 95.

É natural que assim se entenda, pois se é imposto ao juiz o dever julgar, necessário que o direito lhe diga como solucionar a situação de incerteza que se apresenta no caso de falta de prova sobre determinado fato. Percebe-se a essência da doutrina do ônus da prova sob a perspectiva de visão do juiz e da necessidade de finalizar o processo⁸⁷.

Sendo assim, entre todos os ônus processuais, o estudo do ônus da prova tem se mostrado um dos mais complexos e controvertidos temas do processo, sobretudo numa realidade contemporânea na qual o processo tenta transpor antigos obstáculos, perquirindo um resultado mais justo para cada demanda, numa visão processualista de que não basta dar à causa um resultado qualquer, mas sim um resultado justo, que se aproxime o máximo possível de como os fatos realmente ocorreram.

Nesse diapasão, trata-se o ônus da prova de um encargo atribuído à parte, como imperativo do próprio interesse (segundo Goldschmidt), sem cujo desempenho o próprio sujeito se coloca numa situação desvantajosa em relação ao direito, assumindo o risco de ter um julgamento desfavorável para si com a sua conduta inerte.

Na doutrina portuguesa, valendo-nos das lições do celebrado professor Manuel de Andrade, o ônus da prova “traduz-se, para a parte a quem compete, no encargo de fornecer a prova do facto visado, incorrendo nas desvantajosas consequências de ter como líquido o facto contrário, quando omitiu ou não logrou realizar essa prova”⁸⁸.

Lúcida crítica faz Artur Anselmo de Castro ao pensamento de Andrade, ao afirmar que “melhor que dizer ‘ter-se como líquido o facto contrário’ será dizer-se ‘ter-se como inexistente’”⁸⁹. Mais que uma crítica, a nosso ver, a reflexão de Anselmo de Castro complementa o pensamento de Manuel de Andrade. É que, por vezes, nenhuma das partes consegue provar a existência ou inexistência do fato alegado. A derrota do autor não implica afirmar que o fato contrário ocorreu, tanto o é que, em sede de reconvenção, o réu/autor terá o ônus de provar, por sua vez, o fato que alegar e, caso não o faça, também poderá vir a ter um julgamento contrário a seus interesses.

Por um lado, o ônus da prova assume papel fundamental para as partes que devem instruir o processo, de tal forma que consigam suprimir qualquer deficiência na produção das provas, permitindo ao juiz julgar a causa com respaldo num suporte instrutório mais amplo e mais preciso possível, ou seja, cada parte assume o papel de comprovar as suas próprias alegações, almejando convencer o juiz e, conseqüentemente, ter um resultado favorável.

⁸⁷ AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. op. cit., p. 65.

⁸⁸ ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Noções Elementares de Processo Civil*. Coimbra: Editora Coimbra, 1976, p. 196.

⁸⁹ CASTRO, Artur Anselmo de. *Lições de Processo Civil*. op. cit., pp. 114 – 115.

Por outro norte, quando a instrução processual mostra-se defeituosa ou insuficiente, ficando o juiz num estágio de dúvida, não logrando êxito nenhuma das partes em convencer o tribunal, o ônus da prova auxiliará o juiz como regra de julgamento, cabendo a este, ao prolatar sua decisão, julgar contra a parte que tinha o ônus de provar e dele não se desincumbiu. Nesse contexto, temos que as regras sobre ônus da prova não são regras de procedimento, mas sim de juízo, de julgamento.

Desta forma, o ônus da prova, por um lado, é uma regra de juízo para o julgador, porque lhe indica como deve falar quando não encontre a prova dos fatos sobre os quais deve basear sua decisão. Todavia, por outro aspecto, é uma regra de conduta para as partes, porque indiretamente indica quais são os fatos que a cada parte interessa provar⁹⁰.

Micheli há muito já defendia que, no direito contemporâneo, “a regra do ônus da prova foi transformada em regra de juízo, conservando sempre o juiz o dever de pronunciar-se em todo caso, mesmo em caso de dúvida”⁹¹. A aplicação do princípio da valoração da prova não se confunde com as regras de ônus da prova: primeiro o juiz está livre em valorar as provas produzidas; após, caso haja no espírito do julgador dúvida ante a falta alguma delas, por força da sua obrigação em decidir, deve aplicar as regras de ônus da prova.

Importa dizer que, se qualquer das partes conseguir provar suas alegações, ou seja, se o fato resultou provado após a instrução processual, não haverá necessidade de falar-se em ônus da prova. As regras sobre ônus da prova determinarão qual das partes sofrerá as consequências de uma conduta inerte ou insuficiente, quando permanece para o juiz dúvida sobre a matéria de fato⁹². Quando o juiz se depara, por exemplo, com um caso de prova *prima facie*, juízo de verossimilhança, ou mesmo quando as partes tiverem se desincumbido do ônus da prova, estará livre para julgar de acordo com as provas e seu livre convencimento.

Por isso, diz-se que as regras sobre a aplicação do ônus da prova são de natureza substitutiva⁹³, uma vez que substitui a prova no momento da decisão judicial, em decorrência da prova que faltou ou resultou insuficiente. Só nessa situação deve valer-se o juiz dessa regra de julgamento.

⁹⁰ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría General de La Prueba Judicial*. op. cit., p. 424.

⁹¹ Em bom rigor: “La regla de la carga de la prueba se há venido transformando en regla de juicio, conservando siempre o juez el deber de pronunciar en todo caso, aun en situaciones de duda”. (Gian Antonio Micheli. *La Carga de La Prueba*. op. cit., p. 56).

⁹² AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. op. cit., p. 61.

⁹³ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría General de La Prueba Judicial*. op. cit., p. 424.

Parece ser este o entendimento de Rui Rangel – em válida crítica ao pensamento de Rosenberg – quando afirma que o ônus da prova não é um problema de aplicação de direito, mas sim um problema de demonstrar fatos⁹⁴.

Já dissemos que, na processualista moderna, o processo visa a resolver o litígio que se instaura em caráter definitivo e justo, evitando-se a insegurança jurídica e proporcionando paz social. Para que isso ocorra, surge para o juiz a obrigação de proferir uma decisão, mesmo quando não tenha convicção sobre a matéria de fato, pois deve evitar o *non liquet*. Foi para socorrer o juiz nesses casos que a lei criou o mecanismo do ônus da prova, possibilitando, assim, a solução definitiva de certos conflitos.

Não obstante ao que já aqui afirmamos, não significa dizer que a parte onerada será, necessariamente, quem apresente ou solicite a prova do fato que fundamenta a sua pretensão ou exceção, mas será ela, naturalmente, a quem interessa a demonstração do fato no processo. Pode a parte não onerada produzir a prova que servirá de base para comprovar as alegações de fato da contraparte, que dela aproveitará em estrita obediência ao princípio da comunhão das provas ou aquisição processual.

Por todo o exposto, a doutrina identifica o ônus da prova sob duas perspectivas: uma *subjetiva e concreta*; outra *objetiva e abstrata*. É o que passamos a analisar mais aprofundadamente.

3.2.1 A Dupla Perspectiva do Ônus da Prova: Ônus Subjetivo e Ônus Objetivo

O *ônus subjetivo da prova* contém uma norma de conduta para as partes de fornecerem as provas dos fatos relevantes em proveito próprio, a fim de obter uma decisão favorável às suas pretensões, não obstante a inexistência de obrigação em fazê-lo. Caso a parte não seja exitosa em provar os pressupostos fáticos, corre o risco de sucumbir e ver negado o efeito jurídico por ela pretendido.

Nesse sentido, sabendo o litigante que a sua inércia pode acarretar-lhe a perda do efeito jurídico que pretende alcançar, é natural que se esforce para aclarar a situação de fato em debate e ter um julgamento favorável para si próprio. O ônus da prova subjetivo seria a

⁹⁴ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. op. cit., p. 123. Em que pese a crítica que Rui Rangel tece sobre a doutrina de Rosenberg, o festejado autor Alemão também assim disse, senão vejamos: “las normas relativas a la carga de la prueba solo están destinadas a resolver las dudas en el terreno de la cuestión de hecho, y solo tienen capacidad para ello”. (ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. op. cit., p. 26).

atividade que incumbe a uma parte de fazer prova em seu favor de um fato controvertido, no intuito de evitar a perda do processo⁹⁵.

O aspecto subjetivo também é *concreto*, pois as partes almejam demonstrar a veracidade de suas alegações de fato, conforme o assunto substancial debatido e a situação substancial de cada uma. O desenvolvimento do processo determina quais fatos particulares precisam ser demonstrados pelas partes⁹⁶.

Esse aspecto do ônus da prova, subjetivo e concreto, é destinado aos litigantes como regra de conduta, que, através da sua atividade probatória, tentam atender às expectativas que o processo lhes enseja.⁹⁷ É que “o maior interessado em que o juiz se convença da veracidade de um fato é o litigante a quem aproveita o reconhecimento dele como verdadeiro, por decorrer daí a afirmação de um efeito jurídico favorável a esse litigante, ou a negação de um efeito jurídico a ele desfavorável”⁹⁸.

Fala-se de ônus da prova num sentido subjetivo ou *formal* quando “o desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de qualquer coisa, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa”⁹⁹. Essa atividade tem uma relevância mais psicológica do que jurídica, sobretudo pelo fato de ser possível a parte permanecer inerte e, mesmo assim, ganhar o processo, como já afirmamos.

Acontece que as provas produzidas pelas partes podem se mostrar insuficientes para revelar o ocorrido e ineficazes no convencimento do tribunal. Mesmo sem prova, impõe-se ao juiz o dever de julgar, vedado que é o *non liquet*. Foi a partir dessa problemática que surgiu a segunda perspectiva do ônus da prova, a *objetiva, abstrata ou material*.

Neste segundo sentido, o ônus da prova surge como regra dirigida para o juiz, como regra de julgamento, indicando como o juiz deve proceder, se as partes não obtiverem êxito em provar as suas alegações, caso a atividade instrutória das partes seja infrutífera ou deficiente. Nesse caso, não se convencendo das provas carreadas aos autos, deverá o juiz valer-se das regras do ônus da prova para indicar qual das partes suportará o ônus da ausência de prova, amargando uma decisão desfavorável.

⁹⁵ ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. op. cit., p. 15.

⁹⁶ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría General de La Prueba Judicial*. op. cit., p. 427.

⁹⁷ ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 5ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 429.

⁹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e Ônus da Prova. Temas de Direito Processual*, segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 74.

⁹⁹ Idem.

A maioria dos processualistas globais propaga que esse aspecto objetivo do ônus da prova teria sido desenvolvido, primeiramente, pela doutrina austríaca, seguido, após, pelos trabalhos de Rosenberg. Também é comum festejar-se os trabalhos de Julius Glaser, no campo do Direito Processual Penal, por ter sido quem primeiro distinguiu o ônus material e o ônus formal da prova¹⁰⁰.

Nesse diapasão, ao lado do ônus subjetivo da prova, construiu-se um ônus objetivo, colocando-se em evidência que a atividade probatória das partes está, apenas, ligada mediatamente ao resultado da demanda. O ônus subjetivo da prova mostrava-se insuficiente para a compreensão mais ampla e aprimorada do fenômeno. Em contrapartida, o princípio da aquisição processual, os poderes instrutórios do juiz, o caráter publicista do processo e o princípio da persuasão racional ensejaram a evolução do conceito de ônus, permitindo que dele fossem tirados elementos úteis à formação da convicção do juiz, do julgador¹⁰¹.

Portanto, em decorrência de o enquadramento do ônus subjetivo da prova mostrar-se insuficiente, desenvolveu-se o seu aspecto objetivo, passando o instituto a ser visto sob esses dois prismas diferentes e complementares.

A respeito do tema, preciosos são os ensinamentos de Alfredo Buzaid, que parece ter sido também absorvido por Rui Rangel em sua obra. Para Buzaid, “o problema do ônus da prova tem duas faces: uma voltada para os litigantes, indagando-se qual deles há de suportar o risco da prova frustrada. É o aspecto subjetivo. E outra voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento. É o aspecto objetivo”¹⁰². Buzaid vai além e, seguindo uma linha defendida por Micheli, afirma que “o primeiro opera geralmente na ordem privada; o segundo, porém, é princípio de direito público, intimamente ligado a função jurisdicional. O primeiro constitui uma sanção à inércia, ou à atividade infrutuosa da parte; o segundo, ao contrário, é um imperativo da ordem jurídica, que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto de serem incertos os fatos, porque não comprovados cumpridamente”¹⁰³.

Sendo assim, podemos afirmar que o ônus subjetivo da prova opera-se na etapa instrutória, enquanto o ônus objetivo, na etapa decisória.

Nesse desiderato, avançando na discussão, Rui Rangel¹⁰⁴ defende que o tema guarda íntima relação com a conservação do princípio dispositivo no respeito que se deve ter à

¹⁰⁰ Neste sentido Micheli, Hernando Devis Echandia, Roland Arazi, Barbosa Moreira, Alfredo Buzaid, Fredie Didier, Boaventura Pacífico, Paulo Rogério Zaneti, Rui Rangel, entre outros.

¹⁰¹ MICHELI, Gian Antonio. *La Carga de La Prueba*. op. cit., p. 108.

¹⁰² BUZOID, Alfredo. *Do ônus da Prova. Estudos de Direito*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 66.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. op. cit., p. 136.

verificação dos fatos, justificando que não faria sentido a existência de tal mecanismo num processo em que a pesquisa oficiosa fosse irrestrita.

Apesar de concordarmos que o respeito ao princípio dispositivo é uma premissa da adequada aplicação do *ônus probandi*, não podemos olvidar que há clara influência do princípio inquisitório na moderna concepção do tema. Igualmente, ressaltamos que, na jurisdição voluntária, regida pelo princípio absoluto da oficialidade, também tem aplicação a mesma regra de ônus da prova¹⁰⁵.

Desta forma, “o ônus da prova, em vez de revestir um sentido marcadamente subjectivo, como ocorre nos sistemas assentes sobre o princípio dispositivo, passa a ter, nos regimes temperados pelo princípio inquisitório, uma feição acentuadamente objectiva, que só por via reflexa atinge a actividade (probatória) das partes”¹⁰⁶.

Em face do direito português, o quadro que se apresenta, por um lado, confere ao juiz o poder de realizar todas as diligências que considerar necessárias ao apuramento da verdade, quanto aos fatos alegados pelas partes ou que o tribunal possa conhecer de ofício. Todavia, por outro, pelo princípio da aquisição processual, o juiz toma em conta todas as provas produzidas, independente de ter emanado ou não da parte onerada.

Contudo, em que pese a ampla explanação que fizemos, muito se discute na doutrina se realmente existe aplicação prática na distinção entre ônus subjectivo e ônus objectivo. Muitos defendem que pouco importa saber quem, ao longo da instrução, trouxe as provas para os autos, mas tão somente, ao juiz, importa saber quais provas foram produzidas e quais deixaram de ser, para aí atribuir as consequências desfavoráveis àquele que não se desincumbiu do seu ônus.

Para os defensores dessa doutrina, o “importante não é a conduta das partes na instrução (ônus subjectivo), mas o resultado da instrução e sua avaliação e julgamento pelo juiz (ônus objectivo). Não interessa quem produziu a prova, mas sim o quê se provou e sua análise pelo magistrado”¹⁰⁷.

Nesse diapasão, Didier sustenta que “ônus da prova” não é regra de conduta para as partes, mas sim regra de julgamento, resumindo-se o problema em saber quem responderá pela ausência de provas na instrução defeituosa, sem que tarefas processuais sejam pré-distribuídas às partes.

¹⁰⁵ CASTRO. Artur Anselmo de. *Lições de Processo Civil*. op. cit., p. 115.

¹⁰⁶ VARELA. João de Matos Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*, op. cit., pp. 450 – 451.

¹⁰⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. op. cit., p. 74.

Parece ser o entendimento de Micheli¹⁰⁸ quando diz que “não existem dois aspectos antitéticos, ou pelo menos distintos do fenômeno, mas sim um fenômeno único, consistente na existência de uma regra de juízo”.

No mesmo sentido, defende Rosenberg¹⁰⁹ que a essência e o valor das normas sobre ônus relacionam-se com o julgamento a ser proferido, nos casos em que a verdade de uma afirmação de fato importante não pode ser provada.

Noutro viés, mas também contrário à dicotomia, Roland Arazi sustenta que o ônus objetivo da prova é apenas uma consequência, um efeito do ônus subjetivo¹¹⁰.

Também assim doutrina Echandia¹¹¹, para o qual não há uma divisão de sentidos para o ônus da prova, uma vez que inexistente, verdadeiramente, um ônus objetivo, alegando, entre várias justificativas, que seria uma contradição dizer que o “ônus” é um poder ou faculdade sem o sujeito ou titular desse poder, por isso a noção seria sempre subjetiva.

Enfim, apesar da discussão acerca do tema, temos que, para a doutrina majoritária, o ônus da prova deve ser visto sob dois aspectos: um subjetivo, como uma regra de conduta para as partes, de como devem comportar-se no processo ao longo da instrução, para que aumentem as suas chances de obter um resultado favorável; outro objetivo, como regra de julgamento para o juiz, indicando-lhe como proceder em caso de dúvida ou deficiência probatória, evitando-se o *non liquet*, dada a sua obrigação em julgar.

Para nós, no enfoque que daremos ao próximo capítulo, quando defenderemos a tese de flexibilização das regras sobre carga probatória, ambos os aspectos são de suma relevância. Notadamente, no aspecto subjetivo, a conduta das partes ao longo da instrução é de vital importância, devendo elas agirem sempre por princípios de boa-fé e em atenção ao princípio da cooperação. Por outro norte, para o juiz, quando da utilização dessa regra de julgamento (ônus da prova objetivo), deverá sopesar a conduta das partes ao longo da instrução.

Deverá o magistrado perguntar-se: seria possível a produção de certa prova no processo pela parte não onerada, quando a parte onerada não possuía condições de fazer? Caso a resposta seja afirmativa, deverá questionar-se ainda: qual foi a conduta desta parte não

¹⁰⁸ MICHELI, Gian Antonio. *La Carga de La Prueba*. op. cit., p. 175.

¹⁰⁹ ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. op. cit., p. 2.

¹¹⁰ Preleciona que “ante la falta de prueba el juez tiene el deber de resolver el litigio en favor de la parte que no tenía la carga de probar. Desde este punto de vista no existe carga para el juez, sino verdadero deber cuyo cumplimiento es obligatorio. La carga, como tal, es siempre subjetiva e recae sobre la parte a quien le es útil la prueba de que se trata”. (Roland Arazi. *La Prueba en el Proceso Civil*. op. cit., p. 94).

¹¹¹ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría General de La Prueba Judicial*. op. cit., pp. 434 – 435.

onerada? Agiu de forma cooperativa em busca da verdade, respaldada em princípios de boa-fé?

As respostas a tais perguntas nortearão qual teoria de distribuição do ônus da prova o juiz deverá aplicar no caso concreto, sem que isto seja uma ofensa à regra geral pré-definida.

Passamos, assim, a analisar os estudos elaborados por diversos renomados doutrinadores, ao longo dos anos, em busca de uma regra geral de distribuição do ônus da prova, de uma norma distribuidora que melhor se adequasse a sua função dentro do processo.

3.3 A Incessante Busca por uma Regra Geral de Distribuição do Ônus da Prova: Principais Teorias

Ao longo dos anos, muito já se discutiu a respeito de qual seria a melhor forma de distribuir o ônus da prova entre as partes no processo. Os mais renomados processualistas já arriscaram propor formas de distribuição que, a cada um, parecia melhor atender à função da temática dentro do processo. A controvérsia sobre o tema é matéria que inquieta os pensamentos dos diversos operadores do direito desde tempos remotos.

Por este motivo, tendo em vista que é escopo deste trabalho chamar a atenção para uma tese inovadora afeita à matéria, achamos essencial que o leitor tenha conhecimento sobre o que de mais importante já foi tratado sobre o tema, para, assim, poder melhor compreender a sua evolução doutrinária, inclusive, analisando as semelhanças e diferenças entre as regras de distribuição do ônus da prova já difundidas e as que conhecemos atualmente, podendo encontrar em uma – ou algumas - delas o nascedouro para a nova ideia de distribuição dinâmica do ônus da prova.

Não é intenção deste tópico tratar a temática de forma dialética, expondo todas as teses já existentes, mas, tão somente, ventilar algumas das principais teorias afeitas à matéria, de forma sintética, permitindo-nos, mais adiante, concluir o bem que a inovação processual pode e deve trazer ao processo civil português – e que já vem fazendo em diversos países.

Como já dissemos, as regras de distribuição do ônus da prova devem ser encaradas como regras de julgamento, ligadas, intrinsecamente, ao próprio exercício da jurisdição, dada a necessidade de o tribunal prolatar uma decisão líquida. Sendo assim, é senso comum entre os doutrinadores, salvo algumas dissidências, que se deve atribuir uma regra geral de distribuição do ônus da prova, dada sua importância prática para o processo civil. Podemos,

sem sobressaltos, afirmar que as regras sobre distribuição do ônus da prova é a espinha dorsal do processo civil¹¹².

Nesse diapasão, afirma Rosenberg – criticando aqueles que defendem ampla liberdade judicial para distribuir o ônus da prova em cada caso concreto – que a prática judicial necessita que a ciência procure uma regra de distribuição fixa. A resposta em relação a qual parte deve suportar as consequências adversas da falta de prova de suas alegações de fato deve ser lastreado de segurança jurídica, de previsibilidade, de uma regra geral e uma¹¹³.

Partindo desta premissa, da necessidade de uma regra fixa, muitos doutrinadores ousaram propor sua própria teoria geral. Com base, principalmente, nas obras de Moacyr Amaral Santos¹¹⁴ e Hernando Devis Echandia¹¹⁵, analisaremos, ainda que de forma sucinta, as Teorias de Benthan, Weber, Bethmann-Hollweg, Fitting, Gianturco e Demogue. Ainda, as teorias de Chiovenda, Carnelutti e Betti, baseadas na *natureza dos fatos*. Por fim, as teorias mais modernas de Rosenberg (Teoria das Normas) e de Micheli.

Pois bem, dentre as doutrinas mais “antigas”, Benthan aconselha ater-se a máxima da proteção do estado anterior e da presunção de liberdade. Desta forma, baseado nos ideais que Bar e Laband acolheram no direito bárbarico, num sistema de justiça franco e simples, Benthan considera que a prova deve ser imposta à parte que melhor puder satisfazê-la com menores inconvenientes, menos perda de tempo e menos incômodo, distanciando-se, assim, do princípio romano, segundo o qual incumbe ao autor a prova daquilo que alega.

Já Weber afirma que a prova deve sempre incumbir à parte que pleiteia um direito ou uma “liberação” em relação aos fatos incertos. A verdade seria o pressuposto deste direito ou desta liberação. A Teoria de Weber recebeu duras críticas, uma vez que trazia conceitos “indeterminados” e de difícil compreensão como a palavra “liberação”. Sendo assim, mais adiante, reconhecendo a indeterminação dos seus conceitos, Weber complementa sua teoria, dizendo que cabe ao autor comprovar as condições essenciais que fundaram o pedido. Já ao réu incumbe provar a ausência das condições normais.

O princípio da normalidade de Weber foi seguido posteriormente por Bethmann-Hollweg, segundo o qual se presume o direito fundado, não podendo ser apenas deduzido da natureza das coisas. Baseado no princípio cardeal romano, na máxima *affirmanti incumbit*

¹¹² ROSENBERG, Leo. La Carga de la Prueba. op. cit., p. 55.

¹¹³ Idem, p. 91.

¹¹⁴ Moacyr Amaral Santos, em sua obra, faz uma análise das teorias sobre ônus da prova baseado na dissertação de Soares Farias, *Principais Teorias sobre o ônus da Prova*. Por sua vez, Faria segue as anotações feitas por Gianturco, em sua tradução aos comentários do Digesto, de Frederico Gluck. (*Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 4ª ed. Vol. I. op. cit.)

¹¹⁵ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría General de La Prueba Judicial*. op. cit., pp. 453 – 492.

probatio, sustenta que quem afirma um direito deve prová-lo. Para tanto, a prova que julga ser necessária pelo autor é a da origem do seu direito, os indícios e requisitos que lhe dão origem. Ao réu caberia trazer a prova que impedisse a origem do direito invocado.

A Teoria de Fitting baseia-se na ideia central de que apenas a mudança de um estado anterior é carente de prova, ou seja, as afirmações de fato lastreadas de previsibilidade não necessitam de prova. Desta forma, Fitting divide as normas como *normas-regra* e *normas-exceção*. As relações de fato cotidianas consubstanciam as normas-regra. Já as situações anormais, de modo diverso, regulam as normas-exceção. Em suma, para Fitting, quem tem interesse na aplicação de uma determinada norma jurídica deve provar os seus pressupostos fáticos, bem como, só a afirmação de uma mudança de um estado anterior necessita de prova, que não a permanência do mesmo: *affirmati non neganti incumbit probatio*.

Como crítico feroz da Teoria de Fitting, Luigi Gianturco propõe, como regra geral fixa, uma teoria baseada no mínimo esforço, consubstanciada no próprio *egoísmo* humano, na qual caberia o ônus de provar a parte que auferir lucro, ou seja, apenas aquele que pretender determinada vantagem assumiria o trabalho de provar. Era a *Teoria da Vantagem* de Gianturco, que tinha como premissa a indagação de qual parte tira vantagem da prova de determinado fato, para, a partir daí, determinar quem deve provar cada fato no caso concreto.

Em sintonia com as teorias já expostas, Demogue também ousou propor a sua própria ideia de distribuição do ônus da prova. A Teoria de Demogue era baseada em dois pilares centrais: aquele que faz a prova basta estabelecer as condições necessárias à existência do seu direito, basta demonstrar as condições que o tornam verossímil; a obrigação da prova deve recair, caso a caso, a parte que pode apresentá-la com menos incômodo, vexames ou despesas. Percebam que o último pilar da teoria de Demogue nada mais é que a teoria já defendida por Benthan.

O leitor mais atento já percebeu que as teorias de Benthan e de Demogue guardam íntima relação com a da Carga Dinâmica, tema central desta dissertação. Parece-nos que teve nascedouro nas teorias de Benthan e Demogue a nova ideia de flexibilização do ônus da prova. Todavia, a respeito do tema, por oportuno, mister esclarecermos que o erro de ambos foi estabelecer tais teorias como regra geral¹¹⁶.

A nosso sentir – defenderemos esta ideia em tópico próprio, mais adiante –, a possibilidade de o juiz dispor do ônus da prova, para distribuir, no caso concreto, à parte que possa produzi-la com menos inconveniente, como regra geral, geraria extrema insegurança

¹¹⁶ *Idem*, p. 465.

jurídica para as partes¹¹⁷. Todavia, a sua aplicação de forma subsidiária, em situações especiais, permitirá ao judiciário, por vezes, não apenas dar fim à lide, mas resolver os conflitos de forma mais justa, atingindo a pacificação social.

Feitas tais considerações, voltamos a tratar das teorias já formuladas acerca da distribuição do ônus da prova. Nesse diapasão, como importante doutrina acerca da matéria – e por forte influência do Código Civil francês – surgem as teorias fundadas na natureza dos fatos (constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos).

Para Giuseppe Chiovenda, criar um critério geral e rígido para distribuir o ônus da prova é tarefa das mais vitais para o processo, notadamente pelo fato de que, por vezes, tais critérios podem não se amoldar ao caso concreto. Todavia, julgou que o ônus da prova deveria ser distribuído por critérios de *oportunidade, interesse e igualdade distributiva*. Sendo assim, para Chiovenda, caberia ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito, enquanto ao réu incumbiria provar os fatos impeditivos do direito do autor. Chiovenda também recepciona em sua teoria o critério da normalidade difundido por Weber.

A teoria de Chiovenda, no entanto, não ficou imune às críticas: Francesco Carnelutti, em suas reflexões sobre o tema, concluiu que o interesse à prova é bilateral, uma vez que tanto autor como réu têm interesse no resultado da prova de determinado fato, todavia, o *interesse da afirmação de fato* é que seria Unilateral. Carnelutti atrela a sua teoria à ideia de risco, uma vez que a parte onerada assume os riscos da prova ausente ou deficiente, declarando, assim, que quem tem interesse em afirmar uma pretensão terá também interesse em preconstituir a sua prova, atraindo para si o ônus de provar os fatos constitutivos; quem se opuser, os extintivos, impeditivos ou modificativos¹¹⁸. Importante destacar que Carnelutti também defende que esta regra de distribuição não é absoluta, podendo a lei atribuir diversamente o ônus probatório.

Por sua vez, Emilio Betti, em crítica elaborada à teoria de Carnelutti, assenta que o interesse à afirmação também é bilateral, embora em proporção menor que o interesse à prova (Chiovenda). É que, para ele, o réu tem interesse em negar a existência das alegações feitas pelo autor, porém, o ônus da prova é do autor até que este prove a sua afirmação. Não há a necessidade de provar a inexistência do fato alegado pelo autor, até que este o tenha provado.

Sendo assim, o critério adequado para repartir o ônus da prova, para Betti, deve acompanhar a repartição do ônus da alegação e da demanda, por critério de igualdade entre as partes. Quem pede tem ônus de provar os fatos que autorizam seu pedido, logo, tem o autor o

¹¹⁷ ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. op. cit., pp. 89 e 90.

¹¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. op. cit., pp.500 – 503.

ônus da ação. Já o réu, acaso não se limite a negar a existência dos fatos que fundamentam o pedido autoral, tem o *ônus da exceção*, ou seja, de alegar e provar os fatos que ilidam a pretensão do autor. Desta feita, o autor deverá provar os fatos constitutivos do seu direito; o réu, os impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor¹¹⁹.

Além das teorias já elencadas como modernas, reputa-se a Leo Rosenberg uma das mais importantes obras sobre o ônus da prova. A *Normentheorie*, de Rosenberg, ocupa papel fundamental na distribuição do ônus da prova, influenciando diversos ordenamentos jurídicos. O citado autor supera as teorias baseadas na normalidade e propõe soluções para os problemas detectados nas doutrinas baseadas na natureza dos fatos.

Ao situar o ônus da prova no domínio da aplicação do direito, a *teoria das normas* de Rosenberg preconiza que cabe a cada uma das partes indicar os pressupostos fáticos da norma que lhes é favorável, ou seja, da norma na qual o efeito jurídico se resolve em seu proveito¹²⁰. Com efeito, as partes têm o ônus de provar as alegações fáticas que pressupõem a aplicação das normas nas quais embasam sua pretensão ou exceção. Do mesmo modo, o réu, quando não se limita a negar o direito invocado pelo autor. Distingue-se, então, a questão de fato da questão de direito.

Para Rosenberg, a teoria das normas ultrapassa o subjetivismo das teorias sobre ônus da prova para, levando-se em conta o domínio objetivo do direito material, prestigiar a segurança jurídica e a previsibilidade do procedimento.

Não há qualquer dúvida a respeito do avanço que a doutrina de Leo Rosenberg trouxe ao campo da distribuição do ônus da prova. Outrossim, inegável a influência que exerceu nos diversos ordenamentos, inclusive no de Portugal. A teoria de Rosenberg, em que pesem todas as críticas já sofridas, ainda é hoje, a nosso ver, a regra geral que melhor disciplina a matéria na maioria dos casos litigiosos.

A respeito da teoria de Rosenberg, Gian Antonio Micheli, ilustre professor da Universidade de Florença, faz duras críticas ao seu enquadramento, sustentando que a distribuição do ônus probatório deve levar em conta a posição das partes a respeito do efeito jurídico perseguido. Com efeito, a supracitada doutrina pecaria por ter uma concepção abstrada da relação jurídica, enquanto que, mais correto seria, para Micheli, verificar-se como se manifesta o processo em concreto.

¹¹⁹ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 4ª ed. Vol. I. op. cit., p. 106.

¹²⁰ ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. op. cit., p. 91.

Todavia, em que pesem os argumentos de Micheli, entendemos que a sua teoria não discrepa, nem destoa da teoria das normas de Rosenberg. Há de se admitir que o problema do ônus da prova interessa à fundamentação da pretensão *concreta* das partes em face das espécies *abstratas* da lei.¹²¹

Analisando o tema, Echandia afirma que não há grandes diferenças entre a teoria de Micheli e os conceitos de Rosenberg, a distinção dar-se-ia mais no campo da redação que no do conteúdo¹²². Ao final, Echandia conclui que a teoria capitaneada por Rosenberg, Micheli e outros autores é o único critério aceitável para uma regra geral de distribuição do ônus da prova, pois contempla a posição processual das partes, o fato objeto da prova e o efeito jurídico perseguido em relação à norma jurídica aplicável em cada caso¹²³.

A respeito das teorias doutrinárias enunciadas, destacamos que, em todas, figura a dificuldade que é a formatação de um princípio geral de distribuição do ônus da prova. É que nenhuma dessas doutrinas, isoladamente, terá o condão de abranger todas as hipóteses concretas que possam surgir, falhando, num caso ou noutro.

Por isso mesmo é que defendemos a teoria de Rosenberg como a que melhor funciona para a maioria dos casos. Outrossim, somos adeptos de uma flexibilização dos encargos probatórios em determinadas situações. Só assim o processo servirá, fielmente, a sua finalidade precípua, que é servir de instrumento para o desenvolvimento do direito material e de pacificação social.

3.4 As Regras de Distribuição do Ônus da Prova no Direito Português

Segundo preceito insculpido no artigo 342º do CC, o regime legal português de repartição do ônus da prova assenta que caberá ao autor fazer prova dos fatos constitutivos do direito que pretende ver reconhecido em juízo (art. 342º, nº 1); ao réu, a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, quando tais alegações forem invocadas e fundamentem a exceção (art. 342º, nº 2).

A norma portuguesa vincula-se, claramente, *a priori*, às teorias formuladas com base na natureza dos fatos e na posição das partes em juízo.

¹²¹ VARELA. João de Matos Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*, op. cit., pp. 456 e 457.

¹²² ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de La Prueba Judicial*. op. cit., p. 481.

¹²³ *Idem*, p. 487.

No ato da propositura da ação, o autor deverá expor todos os fatos que fundamentam o seu pedido, os chamados fatos constitutivos, na tentativa de fazer valer um direito seu. Nesse caso, cumpre ao autor o ônus de provar as alegações fáticas que pressupõem a aplicação das normas nas quais se funda sua pretensão.

Ao réu, em contrapartida, por meio de sua defesa, sempre que trazer ao processo alguma alegação em descompasso ao pedido autoral, incumbir-lhe-á o ônus de provar a aplicação da norma que impedirá, modificará ou extinguirá o direito do autor.

Percebam que, em regra geral, caso o réu resuma-se a negar os fatos narrados contra si, caberá sempre ao autor a prova da bondade dos argumentos iniciais. Caso o autor não logre êxito em provar tais fatos, ou mesmo em caso de dúvida do tribunal, nenhuma desvantagem recairá sobre o réu.

Contudo, antes de fazermos algumas reflexões, em breve análise, necessário entendermos em que consiste esta distinção da natureza dos fatos, ou seja, o que são fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos.

Valendo-nos das lições de João Batista Lopes¹²⁴, em estudo que considera os efeitos jurídicos que os fatos podem produzir numa determinada relação jurídica, entende-se por fato constitutivo o acontecimento da vida que dá suporte ao pedido do autor; fato impeditivo como sendo o que obsta às consequências jurídicas objetivadas pelo autor; fato modificativo aquele que altera a relação jurídica requerida em juízo; e, por fim, o fato extintivo é o que acarreta o fim da relação jurídica.

Em exemplo didático, imagine-se que *A* realizou um contrato de compra e venda de um determinado imóvel com *B*, e que, no prazo acordado em contrato, *B* não adimpliu o seu preço. Sendo assim, *A* propõe uma ação de cobrança contra *B* para receber o valor integral do contrato. Nesse caso, não há qualquer resquício de dúvida que o fato constitutivo do direito de *A* é o contrato de compra e venda, conquanto os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito de *A* poderiam ocorrer nas seguintes hipóteses exemplificativas: fato impeditivo – *B* alega a falta de capacidade de uma das partes em contratar, requerendo a anulação do contrato; fato modificativo – *B* comprova que já pagou uma parte do valor acordado; fato extintivo – *B* comprova o pagamento integral do contrato, conferindo-lhe quitação total da dívida.

A falibilidade do critério de distribuição do ônus probatório assente, exclusivamente, na natureza dos fatos é cristalina. Percebam que quem alega um fato impeditivo, pretendendo

¹²⁴ LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. op. cit., pp. 41 – 42.

impedir os efeitos jurídicos do direito em jogo, termina por afirmar a existência de uma nova situação jurídica, ainda que imperfeita. Desta feita, dependendo do ângulo pelo qual se olhe, o novo direito invocado pode revestir-se de natureza impeditiva ou mesmo constitutiva. No exemplo dado, o réu que tenta a anulação do contrato por incapacidade – ou mesmo que tentasse provar erro, dolo ou violência – tem para si que a prova do alegado é o fato constitutivo do seu direito.

A natureza dos fatos nem sempre se mostra de fácil constatação, como o foi no exemplo dado. Atento a isto, o legislador português assentou que, em caso de dúvida quanto à natureza dos fatos, eles devem ser considerados como constitutivos (art. 342º, nº 3, do CC).

Noutro norte, também não nos parece correto distribuir o ônus da prova com base na posição processual das partes, tendo em vista que a prova incumbe a quem alega fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo, independente se é autor ou réu. Devemos destacar que é no plano do direito material que se qualifica a natureza dos fatos. Sendo assim, numa ação declaratória de inexistência de relação jurídica, será do réu o ônus de provar o fato constitutivo da relação jurídica negada pelo autor.

Certo é que a falta ou insuficiência de prova, independente da natureza do fato, recairá sempre sobre a parte que se encontrava onerada com a prova dos articulados. Como já dissemos, as regras de repartição do ônus da prova só serão utilizadas em caso de dúvida do julgador, quando haja falta ou insuficiência de prova capaz de resolver a lide com elevado grau de convicção. Sendo assim, como regra de julgamento, o ônus da prova leva-nos a um problema de aplicação da lei, de dizer qual norma jurídica deverá incidir sobre o direito invocado.

Nesse diapasão, preconiza o artigo 414º do novel diploma processual que, em caso de dúvida sobre a realidade de um fato e sobre a repartição do ônus da prova, a lide deverá ser resolvida contra a parte a quem o fato aproveita. Relembramos que a ideia aqui defendida encontra semelhança, a nosso sentir, na *Teoria da Vantagem* de Gianturco, exposta no tópico anterior.

Oportuno dizermos, como já defendemos no tópico anterior, que as teorias baseadas na natureza dos fatos e na posição processual das partes representaram importante papel na evolução das teorias relativas ao *onus probandi*, contudo, hoje, não são idôneas para servir de critério geral, deixando sem solução diversos casos. Por isso mesmo é que as teses de Rosenberg e Micheli desenvolveram-se permeadas com essa preocupação de ressaltar a importância do direito substancial para a distribuição.

As conquistas da doutrina nesse campo não são contrárias ao regime legal português de repartição do ônus da prova. Ao contrário, são perfeitamente compatíveis.

Por oportuno, com supedâneo no artigo 343º, nº 1, quando a matéria de fundo de uma ação versar sobre a apreciação simples ou declaração de fatos negativos, competirá ao réu a prova dos fatos constitutivos do direito que se arroga.

Analisando os artigos 342º e 343º, nº 1, conjuntamente, percebemos que o legislador não repartiu o ônus da prova com base na posição processual das partes, tanto o é que atribui ao réu a prova dos fatos constitutivos em caso de ações que versem sobre declaração de fatos negativos.

Como dito, o legislador português compatibiliza as teorias já existentes num sistema de distribuição do ônus probatório com traços individualizados. Ao passo que faz menção a posição das partes e da natureza dos fatos, também se preocupa, por seu turno, com o direito substancial.

Desta feita, impera a ideia de que o juiz não poderá aplicar uma norma de direito sem, antes, estarem provados os fatos que integram a sua hipótese. É ônus das partes alegar e provar os fatos que fundamentam a aplicação da norma que lhes é favorável¹²⁵.

No mesmo sentido, pensamos, defendem Antunes Varela e Anselmo de Castro. Lembramos que Antunes Varela era colaborador de Manuel de Andrade na edição das *Noções Elementares de Processo Civil* de 1956.

Pois bem, Antunes Varela, M. Bezerra e Sampaio e Nora¹²⁶, apesar das críticas que fazem em relação ao artigo 342º do CC, afirmando que o critério utilizado nele não serve, sequer em tese, para solucionar o problema do ônus da prova, também defende sua influência e inspiração na doutrina de Rosenberg, uma vez que leciona que é à luz do escalonamento sistemático das normas de direito substantivo que deve ser interpretada e aplicada a solução do artigo 342º do CC.

Anselmo de Castro¹²⁷, na esteira dos estudos de Manuel de Andrade, além de reconhecer a doutrina das normas no artigo 342º, critica severamente o nº 3 do citado artigo, uma vez que não vê margem para confusão no que seja fato constitutivo e impeditivo, tendo ambos os conceitos autonomia própria. Entende que o sistema do ônus pode ser seriamente comprometido com o seu uso inadequado, levando o juiz a não fazer grande esforço para

¹²⁵ ANDRADE. Manuel A. Domingues. *Noções Elementares de Processo Civil*. op. cit., pp. 199 e 200.

¹²⁶ VARELA. João de Matos Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*, op. cit., pp. 454 - 457.

¹²⁷ CASTRO. Artur Anselmo de. *Lições de Processo Civil*. op. cit., pp. 129 e 130.

refletir, em um caso concreto, se tal fato é constitutivo ou impeditivo, tendendo a considerá-lo constitutivo sem grandes indagações.

Para nós, a preocupação de Anselmo de Castro não é descabida, todavia, por vezes, em determinadas situações concretas, podemos, sim, deparar-nos com casos em que exista uma linha muito tênue entre a natureza do fato, se constitutivo ou impeditivo. Nestes episódios, a técnica processual não poderia silenciar. Ainda, não podemos presumir que o juiz tenderá a resolver a controvérsia sem grandes indagações, muito pelo contrário, o que esperamos é que o controle jurisdicional seja sempre feito do modo mais acurado possível. Desta feita, entendemos que o n° 3 do artigo 342° não é contraditório em relação aos números anteriores.

Por oportuno, achamos pertinente trazer à baila os estudos do professor Pedro Ferreira Múrias¹²⁸, em obra intitulada *Por uma Distribuição Fundamentada do Ônus da Prova*, em que o autor faz uma acurada e importante digressão a respeito da evolução do tema *ônus da prova* no direito português. O autor lembra-nos que já o C. Seabra, em seu artigo 2405°, tratou do problema relativo à repartição dos ônus probatórios, uma vez estatuído que *a obrigação de provar incumbe àquele que alega o facto*.

Para o autor, embora já houvesse preocupação a respeito do tema, não existia qualquer elaboração aprofundada ou consensual sobre ônus da prova até a feitura do CPC de 1939, por forte influência do professor Alberto dos Reis. A inclusão da temática no CPC atribuiu natureza processual ao ônus da prova. Por força do artigo 519° do diploma, incumbiu-se ao autor a prova dos fatos que sirvam de fundamento à ação, quer sejam positivos ou negativos; ao réu, a prova dos fatos que fundamentam a exceção, independente se positivos ou negativos.

Em cotejo ao *Código de Processo Civil Anotado* de Alberto dos Reis¹²⁹, percebemos que o autor acolhe bastante as teses de Micheli e, embora afirme que não constava da sua proposta qualquer alusão a fatos positivos e negativos, todavia, mais à frente, o próprio autor defende que a referência aos fatos positivos e negativos é vantajosa, sustentando que os fatos negativos também devem ser provados por quem os alega. Parece-nos a consagração da tese de Micheli que salientou o papel desempenhado pelas pretensões deduzidas pelas partes no processo.

É neste quesito que Pedro Múrias se afasta da tese defendida por Micheli e seguida por Alberto dos Reis, por não parecer-lhe correto distribuir o ônus da prova de acordo com a

¹²⁸ MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma Distribuição Fundamentada do Ônus da Prova*. Editora LEX. Lisboa, 2000, pp. 115 – 131.

¹²⁹ REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III. 4ª Ed., reimpresso. Coimbra Ed., Coimbra. 1985 (1949), pp. 265 – 304.

posição processual da parte, tampouco acolhe a possibilidade de ser do autor o ônus da prova em ações de simples apreciação ou declaração negativa.

Ato contínuo, com a publicação de *Algumas Questões em Matéria de “Injúrias Graves” como Fundamento de Divórcio*, por Manuel de Andrade, em 1956, a doutrina portuguesa sobre ônus da prova sofre uma forte guinada no sentido das teses rosenberguianas. Valendo-se da 3ª edição de *Die Beweislast*, Andrade afirma que a adesão à Teoria das Normas é generalizada. Todavia, embora o professor de Coimbra assimile a tese de Rosenberg, em alguns pontos dela diverge, notadamente por recusar a figura da *contraprova indireta* e por admitir derrogações ao princípio da Teoria das Normas.

Outro importante passo na evolução do discurso sobre ônus da prova em Portugal foi a confecção do Código Civil de 1966. Já na elaboração do projeto, a Comissão encarregada sugere que não se meçam esforços para formular uma regra de distribuição do ônus da prova que resolva os problemas daí advindos, muito embora reconheça a dificuldade de tal elaboração. Nesse desiderato, Vaz Serra, apoiando-se na “*Noções Elementares...*”, de Manuel de Andrade, enumera os diferentes tipos de fatos, distinguindo-os em constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos. Mais ainda, como já dissemos, apesar de numa análise inicial aparentar que se distribui o ônus da prova consoante à posição que a parte ocupa no processo, mais adiante, por força do art. 343º, nº 1, vemos que o mesmo não acontece no caso de ações de simples apreciação ou de declaração negativa.

Após a publicação do Código Civil português, os mais renomados civilistas e processualistas de Portugal têm defendido uma nítida influência da Teoria das Normas de Rosenberg no regime legal português de repartição do ônus da prova, muito embora diversas críticas sejam também desferidas quanto àquela doutrina¹³⁰.

Pedro Múrias, todavia, embora também reconheça a influência da teoria das normas no direito português, após análise detalhada do *princípio do agressor* e da *teoria das normas modificada* de Leipold, concluiu que nem a tese de Rosenberg e nenhuma outra já proposta servem, integralmente, como regra geral para repartir o ônus da prova, de tal forma que sugere um *repensar* do artigo 342º, nº 1 e 2 do CC.

Em que pese a rica pesquisa bibliográfica do trabalho de Múrias e o fato de muito nos agradarem as reflexões que traz, entendemos que o seu texto termina por concluir o óbvio, sem ousar propor alguma solução concreta. É que, no fim das contas, critica-se tudo e nada

¹³⁰ Parece-nos que Manuel de Andrade, Antunes Varela, Anselmo de Castro, Miguel Teixeira de Sousa, Rui Rangel, dentre outros, perfilham do pensamento de que o regime do ônus da prova, em Portugal, teve forte influência da doutrina de Rosenberg, através da edição do *Die Beweislast*, muito embora nenhum dos citados autores defenda de forma irrestrita a Teoria das Normas.

propõe. Não é inédito afirmarmos que nenhuma regra geral de distribuição do ônus da prova conhecida amolde-se a todas as relações jurídicas de direito material que possam surgir. O esforço doutrinário nessa seara remonta-nos há séculos de pesquisa, sendo assente a todos que ousaram propor algo novo às dificuldades que circundam o tema.

O que importa aqui é fixarmos uma regra geral que melhor funcione para a maioria dos casos, de tal forma que permita decisões justas e equânimes, com a segurança jurídica que deve nortear o direito. Já defendia Rosenberg que “a ciência não pode e nem deve renunciar a busca desta regra, a prática tem necessidade dela e exige da ciência que a procure”¹³¹.

O professor Alberto dos Reis, sobre o tema, nos lembra, com autoridade, que a enunciação de um princípio geral que resolva todas as dúvidas relativas à distribuição do encargo da prova, não só é difícil, mas pode ser até *impossível*. E que, mesmo os autores que reconhecem a impotência da doutrina para formular um princípio geral satisfatório, não deixam de enunciar certas regras fundamentais¹³².

Embora também discordemos de alguns pontos da tese de Rosenberg, notadamente pela sua falibilidade em determinados casos concretos, não é escopo deste trabalho esmiuçá-la, apenas assentar que, dentre as doutrinas modernas debatidas no tópico 3.3, em que pesem as críticas sofridas, o regime legal português de distribuição do ônus da prova sofreu, inegavelmente, forte influência da *Normentheorie*.

Estando assente o critério português de repartição do ônus da prova, a discussão sobre a qual nos debruçaremos, no próximo capítulo, diz respeito aos problemas que a aplicação inflexível do art. 342º, nº 1 e 2 pode trazer ao reconhecimento do próprio direito de um dos litigantes que integram a relação jurídica processual. Antes, contudo, analisaremos alguns casos em que a lei opta por uma solução que se afasta da ortodoxia do critério geral, desviando-se da regra geral formulada, são os casos de *inversão do ônus da prova ope legis*.

3.5 Casos de Inversão Legal (*ope legis*) do Ônus da Prova: Desvios à Regra Geral

Os chamados *desvios à regra geral* estão insculpidos nos artigos 343º e 344º do Código Civil e tratam de casos especiais relativos ao ônus da prova e de situações de inversão

¹³¹ ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. op. cit., p. 91.

¹³² Em rigor, Alberto dos Reis refere-se a Andrioli e Hisch, citados por Micheli. Outrossim, assinala que Guasp também reconhece a impossibilidade de formular um princípio geral inteiramente satisfatório quando o tema é ônus da prova (José Alberto dos Reis. *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III. 4ª Ed., op. cit. pp. 274 – 275).

do ônus da prova, respectivamente. No primeiro grupo, estão as ações de simples apreciação ou declaração negativa (art. 343º, nº 1), as ações que devam ser propostas dentro de certo prazo (art. 343º, nº 2) e, por último, as ações em que o direito invocado pelo autor esteja sujeito a condição suspensiva/resolutiva ou a termo inicial/final (art. 343º, nº 3). No segundo grupo, temos os chamados casos de inversão do ônus da prova, notadamente: quando haja presunção legal, dispensa ou liberação; quando houver convenção válida nesse sentido e sempre que a lei determinar (art. 344º, nº 1). Ainda, quando a parte contrária tiver, culposamente, tornado impossível a prova ao onerado (art. 344º, nº 2).

Para alguns autores, a distinção dos dois grupos citados é inócua, uma vez que tanto o artigo 343º como o artigo 344º tratam de casos de inversão do ônus da prova. Todavia, há quem defenda que as regras do artigo 343º, na verdade, apenas ratificam, em último caso, a regra geral do artigo 342º. Passemos à análise de cada ponto.

No que concerne às ações de simples apreciação ou declaração negativa, já defendemos, no tópico anterior, que a posição processual das partes é contrária a sua posição substancial. É que ao autor caberá, nesses casos, fazer prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do réu, enquanto, ao réu, caberá fazer prova dos fatos constitutivos do seu direito.

Já dissemos, também, que a regra do art. 343º, nº 1, de fato, ratifica a adoção do modelo rosenberguiano no direito português. Sendo assim, não entendemos tal regra como um desvio à regra geral, muito pelo contrário, a solução proposta coaduna-se ao princípio-mãe de que é sobre a parte que alega e aproveita o fato que recai o ônus probatório, bem como, que é ônus das partes alegar e provar os fatos que fundamentam a aplicação da norma que lhes é favorável.

Neste tipo de ação, o réu, no aspecto processual, comporta-se como autor, no aspecto substancial, e vice-versa. Por este motivo é que incumbe ao réu fazer prova dos fatos que, costumeiramente, estão a cargo do autor, os fatos constitutivos do seu direito¹³³.

A ideia central que se defende no artigo 343º, nº 1, é que demonstrar a inexistência de um fato colocaria, por vezes, a parte onerada diante de uma verdadeira prova impossível, o

¹³³ AMARAL, José Augusto Pais do. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Ed. Almedina, 2009, p. 298. No mesmo sentido, sustenta Sandra Isabel Cortesão Moreira, na sua tese de mestrado apresentada no ano de 2012, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra *in O Ônus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica*, pp. 72 e 73.

que se configuraria no que parte da doutrina chama de *prova diabólica*¹³⁴. Por outro lado, a prova da existência de um fato mostra-se mais palpável que a prova da sua inexistência.

Outro caso especial do ônus da prova é tratado no artigo 343º, nº 2 do CC, são os casos em que as ações devem ser propostas dentro de certo prazo, sob pena de *caducidade*. Com base nesse artigo, o autor deverá propor a demanda dentro de um determinado prazo, a contar do momento em que teve conhecimento de um fato. Contudo, caberia ao réu a prova de que tal prazo já decorreu.

À primeira vista, parece-nos que a regra insculpida no nº 2 do artigo 343º não se trata de um caso especial de inversão do ônus da prova, uma vez que, segundo a regra geral, cabe ao réu a prova do fato extintivo do direito alegado pelo autor. Logo, a alegação de caducidade do exercício de um direito se revestiria de natureza extintiva do direito do autor e, sendo assim, competiria ao réu, desde o princípio, a prova desta ocorrência¹³⁵.

Contudo, nos valendo das reflexões de Antunes Varela e outros, devemos primeiro nos perguntar se o exercício do direito potestativo dentro do prazo legal representa um fato constitutivo do direito do autor, ou, por outro lado, se o não exercício de tal direito dentro do prazo legal revestiria o fato de natureza extintiva do direito alegado¹³⁶.

Para responder ao questionamento, Antunes Varela e outros começam por afirmar que a prova de fatos negativos costuma ser tarefa tortuosa, sendo assim, seria muito difícil o autor demonstrar que não teve conhecimento de determinada ocorrência, enquanto, ao réu, julga-se ser mais fácil a prova da data em que o autor tomou conhecimento do fato. Desta feita, a imposição do respectivo ônus da prova ao réu, em tais casos, é menos dura que impor ao autor. A conclusão a que se chega é que o dispositivo legal consagrou uma verdadeira inversão do ônus da prova, atendendo à dificuldade em provar determinados fatos negativos.

Surgem, ainda, no nº 3 do artigo 343º, do Código Civil, as ações em cujo direito invocado está sujeito a condição suspensiva/resolutiva ou a termo inicial/final. Nestas ações, o texto substantivo assentou que caberá ao réu a prova da estipulação condicional e a verificação da condição resolutiva, enquanto ao autor caberia, apenas, comprovar verificada a

¹³⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. op. cit., pp. 85 – 89.

¹³⁵ Foi o que defendeu Manuel de Andrade no Assento do STJ, de 22.3.1946, (*Revista de Legislação e Jurisprudência* 78, pág. 407), ao tratar de um caso de ação de despejo fundada em sublocação ou em aplicação do prédio a fins ilícitos, desonestos ou diferentes dos estipulados no contrato (*in* ANDRADE. Manuel A. Domingues. *Noções Elementares de Processo Civil*. op. cit., pp. 204 – 206).

¹³⁶ VARELA. João de Matos Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*, op. cit., pp. 458 - 460.

condição suspensiva. Outra vez, discute-se se o citado artigo ratifica a cláusula geral de distribuição do ônus probatório ou se, pelo contrário, impõe mais um caso de inversão legal do ônus da prova. Mais ainda, questiona-se o acerto do dispositivo legal ao impor ao réu a verificação da condição resolutiva, o seu termo final.

É que, em casos tais, o réu poderia limitar-se a impugnar os fatos afirmados pelo autor, negando-os, simplesmente. Em regra, não deveria corresponder a ele a prova de sua negação. Não poderíamos, então, por qualquer hipótese, extrair que o réu deduziu exceção contra a pretensão do autor, mas, tão somente, limitou-se a negar os articulados iniciais. Neste sentido, não parece adequado tratar de forma igualitária os vícios e anomalias do ato, que são causas impeditivas do direito do autor, e as cláusulas acessórias do negócio jurídico, enquanto meras declarações de vontade dos autorgantes¹³⁷.

Todavia, esta não foi a posição adotada pelo Código Civil que determinou competir ao autor fazer prova da verificação da condição suspensiva ou do seu termo inicial e, ao réu, por outro lado, comprovar a condição de caráter resolutivo ou o seu termo final.

Analisados os casos de desvios à regra geral de distribuição do ônus da prova, preconizadas no artigo 343º do Código Civil, passemos a análise dos casos em que se opera uma inversão da regra geral, invertendo-se o ônus da prova.

Por força do artigo 344º do Código Civil, já dissemos que se inverte o ônus da prova quando haja presunção legal, dispensa ou liberação, quando houver convenção válida nesse sentido ou sempre que a lei determinar (art. 344º, nº 1). Ainda, quando a parte contrária tiver, culposamente, tornado impossível a prova ao onerado (art. 344º, nº 2).

Em certas situações – como já expusemos no tópico 1.5.1.2 –, o legislador consagra, em textos positivados, algumas situações jurídicas que costumam repertir-se com habitualidade, sacrificando-se, assim, aquilo que menos acontece, são as chamadas *presunções legais*.

Sendo assim, quem tem a seu favor a presunção legal não precisará provar o fato que ela conduz, todavia, não devemos esquecer que deverá provar o seu fato-base. Nas situações em que a lei presume certo fato contra o réu, não será o autor – que aproveita o fato – quem terá que provar a existência dele, pelo contrário, incumbirá ao réu – prejudicado pela presunção – provar a sua inexistência.

¹³⁷ No mesmo sentido, defendem Antunes Varela e outros, op. cit., pp. 464 e 465, Alberto dos Reis, op. cit., p. 301 e Manuel de Andrade, op. cit., p. 206. Em nota de rodapé, Manuel de Andrade também afirma que este é o entendimento seguido por Goldschmidt e Micheli.

Relembramos, por oportuno, que as presunções não são meios de prova. Quanto a isso, já defendemos que o seu papel não é, de modo algum, instrumental em relação ao estabelecimento dos fatos. Desta forma, as presunções funcionam como casos de inversão do ônus da prova. Caberá à parte prejudicada pela presunção tentar ilidi-la, através da prova em contrário, exceto diante das presunções legais absolutas, que são inilidíveis (art. 350º, nº 2). Assim, temos o artigo 493º, que presume a culpa do vigilante negligente pelos danos causados por seus animais.

Outra situação em que se pode inverter o ônus da prova decorre por força de convenção pactuada entre as partes, desde que seja feita dentro dos limites considerados válidos por lei. Neste diapasão, são nulas as convenções que invertem o ônus da prova, quando versem sobre direito indisponível ou torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício deste direito (art. 345º, do Código Civil).

Por último, temos, ainda, que o ônus da prova pode inverter-se quando a parte contrária tiver, culposamente, tornado impossível a prova ao onerado (art. 344º, nº 2). Um clássico exemplo é o do médico réu que, numa ação que responde por responsabilidade civil, destrói o prontuário do paciente/autor, impossibilitando-o de provar que o tratamento foi inadequado.

Com este permissivo legal, o legislador esteve atento à ideia de que, para além das partes, maior dano sofreria o processo ao distanciar-se do seu ideal de justiça. É que a conduta da parte contrária de inutilizar determinada prova não afeta apenas a parte inicialmente onerada, mas prejudica de modo fulcral a função pública que desempenha o processo. Já defendemos, no Capítulo II, que a concepção do processo como “um jogo das partes”, advindo da época do liberalismo, já se encontra superada, notadamente com a nova compreensão e amplitude de significado do princípio do *acesso à justiça*.

Percebam que, nestes casos, o legislador não cria uma exceção concreta, substancialmente falando, à regra geral sobre ônus da prova. Contudo, abre uma oportunidade para que o juiz, analisando o caso e constatando a presença dos requisitos exigíveis na lei, o inverta. Prevalece a regra geral do artigo 342º, todavia, caso a parte contrária atue de forma *culposa* (comportamento negligente ou doloso) e torne a prova *impossível*, está o juiz autorizado a inverter o ônus da prova. Vislumbramos aqui um caso de *inversão judicial*¹³⁸ (*ope iudicis*) do ônus da prova¹³⁹.

¹³⁸ É comum encontrarmos críticas à terminologia *inversão* quando estamos diante dos casos de inversão *ope legis*. Tem-se defendido que, nesses casos, não estaríamos diante de uma verdadeira inversão do ônus da prova, senão uma simples distribuição do encargo probatório distinto

Vale salientar que essa técnica processual depende da avaliação subjetiva do juiz, que, considerando as peculiaridades do caso concreto, analisará se a parte contrária atuou com culpa na inutilidade de determinada prova, tornando-a impossível para a parte inicialmente onerada. Por este motivo, pensamos que o nº 2 do artigo 344º do CC não cria uma regra de julgamento, mas, sim, uma regra de atividade¹⁴⁰, devendo o magistrado propiciar a oportunidade de produção da prova à nova parte onerada, cumprindo com os requisitos do *devido processo legal* e a sua garantia do *contraditório*.

Alguns julgados têm adotado o entendimento de que o regramento legal insculpido no nº 2 do artigo 344º do Código Civil tem natureza no dever das partes de prestar colaboração com a administração da justiça (artigo 417º do Novo CPC). Interpreta-se que o citado artigo impõe a inversão do encargo probatório muito mais como uma sanção legal ao dever de cooperação, ao agir desleal, contrário à ética processual, do que, propriamente, em decorrência da violação ao direito fundamental à prova¹⁴¹.

Entendemos que há um equívoco na ideia acima sustentada. É que, como já dissemos, a inversão do ônus da prova nos casos em que a parte contrária inviabiliza a prova pela parte onerada é feita, pelo juiz, como regra de atividade. Por outro lado, a recusa ao dever de cooperação deverá ser valorada no momento da decisão, como regra de julgamento. Neste sentido, o tribunal estará livre para apreciar o valor da recusa, inclusive, podendo aplicar multa à parte que agiu de forma desleal.

do regramento geral, todavia, essa mudança no *onus probandi* surge antes mesmo do início da demanda. Só os casos de inversão *ope iudicis* é que seriam autênticos casos de inversão do ônus da prova, uma vez que, no curso do processo, opera-se a mudança. A parte inicialmente desonerada passa a assumir determinado ônus pela ausência de prova. O termo *inversão* dá-nos a ideia de transferência, de mudança do sujeito inicialmente onerado. Neste sentido: Didier, ob. cit., pp. 78 – 84 e Artur Carpes, op. cit., pp. 116 – 117.

¹³⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. op. cit., pp. 78 – 84.

¹⁴⁰ O adequado *momento* para que o juiz inverta o ônus da prova será palco de um dos nossos mais importantes tópicos do capítulo seguinte, todavia, adiantamos que a maciça doutrina tem se posicionado no sentido de que a técnica da inversão do ônus da prova é regra de processo e não de julgamento. Sobre o tema, sustenta com propriedade Antônio Gidi que, “se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia” (*Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. Nº 13. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 38).

¹⁴¹ Neste sentido, temos o julgado do Tribunal da Relação de Coimbra, na AC 1952/2001, julgada em 04.12.2001, sob relatoria de Araújo Ferreira, que afirma “A inversão do ônus da prova, por violação do dever de cooperação à descoberta da verdade a que estão vinculadas as partes, há de aferir-se da economia conjunta dos artigos 344º, nº 2 do C. Civil e o 519º do C.P.C., por tal forma que se demonstre uma ação ou omissão, culposa intencional, conexas, numa relação de causa-efeito, com criação das condições de impossibilidade da contraparte em fazer a respectiva prova”.

Perfilamos o entendimento de que devemos ter em conta que a inversão do ônus da prova se prende mais ao fato de a contraparte ver-se privada de utilizar certo meio de prova para demonstrar o que alegou, em clara ofensa ao princípio fundamental à prova, do que, propriamente, como uma sanção para a conduta negligente da parte, que nega colaboração à justiça. “A conduta do causador é pouco relevante para efeitos de inversão do ônus da prova. O que é determinante é o resultado decorrente da impossibilidade gerada”¹⁴².

Assim, também, defendemos a tese de que esse meio de prova deva ser determinante e de relevância cardeal na formação da convicção do magistrado para que se descubra a verdade. Contudo, flexibilizamos a ideia de que só podemos nos valer deste expediente quando seja o único possível para atingir a descoberta da verdade.

Temos como certo, por exemplo, que são de suma relevância os exames de DNA (ADN) nas ações de investigação de paternidade. Todavia, este não é o único meio de demonstrar as alegações iniciais. Tanto não é que este tipo de ação existe desde bem antes do advento dos sofisticados exames de DNA hoje existentes. Mesmo assim, a jurisprudência e a doutrina têm, largamente, defendido que a recusa ilegítima do pretense pai visa a dificultar e impossibilitar a realização de um direito. Por conseguinte, mostra-se equilibrado o caminho da presunção de paternidade nestes casos¹⁴³. A pergunta que se deve fazer é: por que motivo o réu se negaria a fazer o exame de DNA, se, com ele, poderia ter o litígio julgado em seu favor? A resposta é óbvia: porque tem receio do seu resultado, presumindo-se que manteve relações sexuais com a progenitora à época da concepção.

Adiantamos, como defenderemos mais à frente, que a regra exposta no n° 2 do artigo 344°, do Código Civil, é uma clara porta de entrada da aplicação da teoria da carga dinâmica no direito português.

Pois bem, feitas estas reflexões, para finalizar o tópico, ressaltamos que, por força do artigo 346° do Código Civil, sempre que a parte onerada conseguir fazer *prova bastante*, surge, instantaneamente, o ônus da prova em contrário para a parte adversa, acerca do mesmo fato, na tentativa de tornar incerto o fato, criando, assim, dúvida na convicção do juiz. Com a dúvida criada, a juiz deverá decidir contra a parte preambularmente onerada.

Passamos agora ao estudo da teoria da *carga dinâmica* da prova e a possibilidade de sua inserção no sistema jurídico português.

¹⁴² RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil*. op. cit., p. 183.

¹⁴³ RÉGO, Lopes do. *Relevância dos Exames de Sangue nas Acções de Investigação de Paternidade*. In Rev. M.º p.º., 58 (1994), pp. 173 e ss.

CAPÍTULO IV

TEORIA DA CARGA DINÂMICA DA PROVA

4.1 Contextualização. A Crise da Doutrina Estática de Distribuição do Ônus da Prova

Ao longo deste estudo, fizemos questão de debater alguns assuntos preliminares que serviriam de suporte para melhor entendermos o contexto jurídico em que se fez necessária uma mudança de rumo na doutrina do ônus probatório.

Começamos por tecer comentários sobre o conceito de prova, discorremos sobre o novo conceito de acesso à justiça e os princípios que norteiam o processo, falamos sobre o surgimento da noção de ônus e sua diferença do conceito de obrigação, dissertamos sobre as doutrinas que ousaram repartir o ônus da prova e, por fim, fixamos o critério de distribuição do ônus da prova adotado em Portugal e algumas doutrinas que o influenciaram.

Dissemos também que, em que pese o esforço doutrinário acerca do tema, nenhuma regra geral estática mostrou-se capaz de resolver todos os casos que aparecem em juízo no cotidiano, cada vez mais diversos e peculiares. Todavia, entoamos a defesa da teoria de Rosenberg como a que melhor se amolda em solucionar a maioria dos casos em que se faz necessário o seu uso.

Pois bem, o critério legal português do artigo 342º do CC prima pela segurança jurídica e pela igualdade puramente formal entre as partes, o que caracteriza, a nosso sentir, uma visão estritamente liberal do fenômeno. *A primo oculi*, o caráter rígido e estático da norma deixa o magistrado sem possibilidade de construir uma disciplina diversa daquela positivada em lei.

Na defesa de tal rigidez, Rosenberg diz que a distribuição inflexível do ônus da prova é um postulado da segurança jurídica e que deve conduzir a um resultado determinado, independente das contingências do processo particular¹⁴⁴. O festejado doutrinador afirma, ainda, que somente a lei pode ser pauta e guia para o juiz, alertando sobre o perigo que seria para o processo no caso de o juiz pautar o seu trabalho “siguiendo la estrella de la justicia”¹⁴⁵.

¹⁴⁴ ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. op. cit., pp. 58 – 59.

¹⁴⁵ Em rigor, expôs Rosenberg: “Pero si el juez quisiera gobernar el barco del proceso singular siguiendo la estrella de la justicia, se expondría a las tempestades e inseguridades propias de alta mar y zozobraría. Y se destruiría totalmente la esencia del proceso” (ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. op. cit., p. 85).

Deste modo, em nome da tão prestigiada previsibilidade do procedimento, o legislador português, em um momento de ilusionismo liberal, positivou uma regra geral de distribuição do ônus da prova abstrata e estática, imaginando que conseguiria resolver todos os problemas relacionados ao procedimento probatório. O caráter abstrato e geral da norma é propagado sob o prisma da imparcialidade no tratamento das partes, que devem ser tratadas sem distinção dentro do processo, orientados pela paridade de armas que lhes são outorgadas quanto à possibilidade de produção de provas, símbolo da igualdade formal.

O legislador, em síntese, determinou que o juiz, em caso de dúvida quanto à bondade das alegações aduzidas pelas partes e atento à vedação expressa ao *non liquet*, fizesse recair sobre o autor o ônus da falta de prova relativa aos fatos constitutivos do seu direito; ao réu, quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. É a respeito desta distribuição abstrata, rígida e inflexível que se diz que o Código Civil de Portugal adotou uma regra estática de distribuição do ônus da prova.

O modelo português de distribuição estática do ônus da prova, baseado na posição processual das partes (autor ou réu) e na natureza dos fatos a serem provados (constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos), tem sofrido severas críticas. Uma dessas – já mencionada no tópico 3.4 – apresenta-se na dificuldade de se estabelecer com precisão a natureza dos fatos a serem provados em determinadas situações, uma vez que esta nem sempre se mostra de fácil constatação. O próprio legislador português cuidou de solucionar tal controvérsia no art. 342º, nº 3, do CC, assegurando que, em caso de dúvida, o juiz deverá considerá-los como fatos constitutivos do direito do autor.

Em que pese, mais uma vez, o esforço legislativo, não nos parece que a solução seja acertada e permita solucionar com justiça os conflitos. Contudo, não há dúvidas de que a técnica processual é pautada por elementos que visam à manutenção do *status quo ante*, caso a instrução processual não insira no íntimo do juiz uma convicção acerca dos fatos alegados, atuando como verdadeiro padrão de normalidade. “Desta maneira, a decisão que culmina por atribuir ao autor a responsabilidade pela incerteza do órgão jurisdicional pode ser justificada na ideia de que a alteração da situação existente na esfera jurídica dos litigantes através de intervenção jurisdicional é, em princípio, medida que somente se opera em caráter excepcional”¹⁴⁶.

Pensamos, todavia, que tal visão do processo não se coaduna com um Estado sob a égide constitucional, que eleva o acesso à ordem jurídica justa à condição de direito

¹⁴⁶ REICHELDT, Luís Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 341.

fundamental¹⁴⁷. Não basta que o conflito seja resolvido, ele deve ser resolvido com justiça, trazendo pacificação social e confiança coletiva na ordem jurídica. O processo não pode conformar-se com a manutenção de uma situação preexistente quando ele não alcance a verdade real dos fatos.

Outra crítica ao modelo estático é que a técnica de descobrir a verdade e repartir o ônus probatório na sintaxe da lei não leva em conta as consequências advindas quanto à maior ou menor dificuldade de a parte onerada provar, exceção feita ao artigo 345º do CC, que trata das convenções sobre prova, quando, pelo texto legal, o juiz poderá controlar a distribuição probatória que *torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito*.

Ora, se a distribuição do ônus da prova pactuada em convenção é passível de anulação, quando acarreta excessiva dificuldade para o exercício do direito, é porque existem situações concretas, de direito material, em que a parte inicialmente onerada pode encontrar-se diante de uma prova de difícil demonstração, sendo tal ônus excessivo, podendo tornar ineficaz o exercício jurisdicional. Parece-nos incoerente a ideia de que a convenção adotada pelas partes pode dificultar o exercício de um direito; quando, por outro lado, afirma-se, implicitamente, que a lei, jamais.

Todavia, em situações outras, a aplicação das regras sobre ônus da prova flerta, perigosamente, com a impossibilidade de provar, inutilizando a ação judiciária, com a vedação oculta de acesso efetivo à justiça, em toda sua amplitude conceitual modernamente conhecida¹⁴⁸.

Ou seja, em determinadas situações, as regras abstratas e estáticas de distribuição do ônus da prova, inflexíveis e rigidamente aplicadas, muitas vezes, inviabilizam o reconhecimento do direito de um dos litigantes.

A respeito da estaticidade da distribuição do ônus probatório, a maneira rígida fixada por tais regras não atende às circunstâncias particulares de cada caso, que, se aceitasse uma flexibilização, eventualmente, poderia alcançar a verdade real dos fatos e obter uma sentença justa¹⁴⁹.

¹⁴⁷ CARPES, Arthur. *Ônus Dinâmico da Prova*. op. cit. pp. 69 – 70.

¹⁴⁸ KNIJNIK, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, pp. 943 – 944.

¹⁴⁹ AIRASCA, Ivana María. *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 132.

Outro questionamento que surge é se as regras de distribuição estática do ônus da prova estariam de acordo com o *princípio da adequação*, com base no *formalismo-valorativo*, se tais normas convivem pacificamente com a ideia de concretizar valores constitucionais no tecido processual. Analisar-se o problema da legitimação do processo jurisdicional é dizer se a instituição processual tem logrado êxito em realizar os fins que o Estado e a sociedade lhe atribuem.

Analisando o tema, Miguel Teixeira de Sousa¹⁵⁰, renomado professor da Faculdade de Direito de Lisboa, começa por distinguir os conceitos de legitimação interna e externa das decisões jurídicas. O conceito de *legitimação interna* repousaria na ideia de uma decisão judicial coerente e correta sob o prisma processual. Por outro lado, a decisão que se preocupa e guarda coerência com a realidade extraprocessual, com a verdade real, chamamos de *legitimação externa*.

O professor de Lisboa nos ensina que a legitimação interna das decisões processuais vem, progressivamente, sendo substituída pela preocupação de lhes assegurar uma legitimação externa, sendo tal fenômeno típico da evolução histórica e doutrinária dos processos jurisdicionais, numa sociedade dominada por princípios de justiça social. “Procura-se um processo do qual resulte uma decisão legitimada externamente, o que exige que o tribunal possa assumir um papel interventor, as partes possam adaptar a sua argumentação às necessidades do discurso e os consensos possam coexistir com a controvérsia”¹⁵¹.

É que o Estado português, como Estado social de direito, consagrou no artigo 2º da CRP uma democracia econômica, social e cultural. A decisão judicial não interessa exclusivamente aos litigantes, uma vez que toda a sociedade sente-se afetada quando há uma ameaça ou violação do direito de um único indivíduo. O processo deve refletir as preocupações sociais. O Estado social de direito pressupõe um compromisso recíproco entre a sociedade, os indivíduos e o Estado.

A preocupação com o formalismo-valorativo ganha contornos, uma vez que “a formação do próprio procedimento está impregnada de valores e até o rito pode ser estruturado injustamente, se não obedecidas as garantias fundamentais do processo, os princípios que lhes são insíto e o nível de desenvolvimento de cada povo”¹⁵².

Pois bem, com base na concepção de que o processo preocupa-se em conciliar a sua estrutura e finalidade com os princípios do Estado social de direito e de garantir que as

¹⁵⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*. op. cit., pp. 60 – 62.

¹⁵¹ *Idem*, p. 61.

¹⁵² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo*. Revista da Ajuris, Porto Alegre, nº 104, 2006, p. 187.

decisões dos tribunais sejam legitimadas externamente é que a doutrina estática do ônus da prova mostra-se defasada e arcaica, tendo em vista que, por vezes, induz a uma decisão judicial que garante, apenas, uma legitimação interna.

Pensamos que a recente reforma processual, que acentuou os poderes de direção e gestão processual do juiz, amplificou os seus poderes inquisitórios e enfatizou a sujeição do processo a um princípio de cooperação entre as partes, e o tribunal, entre outros avanços, perdeu uma grande oportunidade de relativizar a rígida regra de distribuição do ônus probatório. Quem sabe esta grata surpresa esperar-nos-á numa futura reforma do Código Civil, muito embora defendamos a sua natureza jurídica processual.

Os questionamentos aqui expostos não diferem das reflexões feitas pelo professor, advogado e processualista argentino Jorge W. Peyrano, reconhecido por ser o moderno precursor da *Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas*. Peyrano lembra-nos que um dos – dentre tantos – méritos da teoria da *situación jurídica processual*, defendida pela pena de James Goldschmidt foi a introdução de diversos conceitos que hoje são considerados como parte integrante e corriqueira da nossa linguagem processual. Um destes conceitos toma relevo fulcral neste trabalho: o “ônus processual”.

Goldschmidt defendeu que, no processo, não há relação jurídica, entendida como relação entre direitos e deveres, mas situações jurídicas que compreendem possibilidades, expectativas e ônus. Para ele, os vínculos jurídicos que nascem entre as partes não são, propriamente, relações jurídicas (consideração estática do direito), isto é, não são faculdades nem deveres no sentido de poderes sobre imperativos ou mandatos, mas sim, situações jurídicas (consideração dinâmica do direito)¹⁵³.

É com base no conceito acima exposto de Goldschmidt que Peyrano¹⁵⁴ questiona que, apesar de a noção de ônus processual ter sido aceita no meio jurídico, projetaram-se regras de ônus da prova como algo estático, em despeito ao espírito empreendido pelo seu criador, que concebeu a sua teoria, considerando o dinamismo dos fenômenos procedimentais.

Adotando uma visão excessivamente estática da questão, por influência doutrinária, os legisladores fixaram regras de distribuição do ônus da prova com rigidez demasiada, sem olhar para as circunstâncias do conflito que, casualmente, poderiam aconselhar outra solução.

¹⁵³ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad. de Leonardo Prieto Castro, Labor, Barcelona, 1936, p. 8 *apud* PEYRANO, Jorge W.; CHIAPPINI, Julio O. *Lineamientos de las cargas probatorias “dinámicas”*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 13.

¹⁵⁴ PEYRANO, Jorge W.; CHIAPPINI, Julio O. *Lineamientos de las cargas probatorias “dinámicas”*. op. cit., p. 15.

Antes, a distribuição estática mostrava-se soberana e intocável, todavia, modernamente, o cotidiano jurídico alertou a doutrina que tal inflexibilidade, por vezes, resultava insuficiente ou inadequada. Reparou-se que a doutrina estática nem era bastante e nem possui a flexibilidade que seria de desejar.

Sobre o tema, Eduardo Cambi, analisando o art. 333º do CPC brasileiro – que tem redação quase idêntica ao artigo 342º do CC de Portugal – afirma que o critério adotado “nem sempre consegue se mostrar conveniente para a obtenção de uma decisão justa, porque o rigor dessa regra jurídica pode tornar extremamente difícil ou impossível o exercício do direito à prova”¹⁵⁵.

Muitas vezes, nem o autor nem o réu têm condições de atender aos ônus probatórios que lhes foram inflexivelmente atribuídos, deparando-se diante de *prova diabólica*. Nesses casos, não havendo prova suficiente nos autos, em virtude da expressa vedação ao *non liquet*, o juiz proferirá uma decisão desfavorável à parte onerada, decisão que pode ser legitimada, apenas, formalmente. “É por isso que se diz que essa distribuição rígida do ônus de prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode levar a resultados injustos”¹⁵⁶.

Com base na análise desse fenômeno, paulatinamente, e no impulso das decisões judiciais que buscavam uma legitimação externa, a verdade real dos fatos e a justiça no caso concreto, regras mais flexíveis quanto ao ônus da prova começaram a nascer nos planos legislativo, doutrinário e jurisprudencial.

Estas novas regras surgem, justamente, para conciliar situações e circunstâncias singulares que não encontravam uma justa solução nos moldes clássicos conhecidos da técnica de distribuição do ônus probatório.

Antes de passarmos a conceituar e debater de forma mais aprofundada a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, trataremos de um problema vital (barreira intransponível da doutrina clássica), que vem sendo usado como um dos argumentos mais fortes em favor da possibilidade de flexibilização das regras estáticas: os casos de prova difícil ou impossível (diabólica). Dada a relevância da matéria, decidimos apartar em subtópico próprio.

¹⁵⁵ CAMBI, Eduardo. *A Prova civil. Admissibilidade e Relevância*. op. cit., p. 332.

¹⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. op. cit., p. 90.

4.1.1 O Problema da Prova Difícil ou Impossível (*Diabólica*)

Já dissemos anteriormente que, ao longo da instrução processual, ocorre da parte onerada deparar-se diante de uma extrema dificuldade ou até impossibilidade de levar a juízo a prova de determinado fato. O problema é antigo, remonta ao período formular do direito romano e surge com a ação publiciana¹⁵⁷: trata-se da *probatio diabolica*.

Elizabeth Fernandes¹⁵⁸ enumera alguns exemplos de fatos impossíveis ou muito difíceis de serem provados, dentre eles: os fatos que se traduzem em estados internos, como a demonstração da intenção¹⁵⁹; os fatos negativos como constitutivos do direito; os fatos futuros, como a demonstração do lucro cessante; os fatos antigos¹⁶⁰; os fatos que ocorrem em situações de privacidade máxima; a prova do nexo de causalidade entre uma determinada ação e o dano; os fatos decorrentes da prova da culpa de um agente no exercício de uma profissão; os fatos decorrentes de assédio ou discriminação no trabalho; e, finalmente, comprovar a concorrência desleal, em especial, o acordo simulatório.

Não discutiremos, neste tópico, todos os exemplos acima citados, todavia, achamos por bem tecermos alguns comentários sobre algumas daquelas situações.

Sendo assim, importante destacar, sem que se faça confusão com o artigo 343º, nº 1, como bem nos lembra Rui Rangel, que, quando o autor fundamenta sua pretensão na existência de um fato negativo, será ele o onerado pela constituição da sua prova, recaindo no critério geral do artigo 342º do CC, o que é diferente dos casos de ações de simples declaração negativa¹⁶¹.

É que, por vezes, a prova negativa do fato mostra-se perfeitamente viável. Imaginemos, por exemplo, o caso do autor afirmar que não cometeu determinado ilícito, na

¹⁵⁷ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cíveis, Tributário e Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 175.

¹⁵⁸ FERNANDES, Elizabeth. *A prova difícil ou impossível: a tutela judicial efetiva no dilema entre a previsibilidade e a proporcionalidade*. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 811 – 813.

¹⁵⁹ Michele Taruffo entende que os fatos psíquicos aos quais uma cláusula normativa atribua relevância, resulta intuitivo que as técnicas probatórias não devem ser automaticamente aplicáveis, sem adaptações. (Michele Taruffo. *La Prueba de los Hechos*. op. cit., pp. 159 – 165).

¹⁶⁰ Referindo-se a este respeito, Elizabeth Fernandes nos traz o exemplo atual da dificuldade de prova pelos proprietários de imóveis que constituem leitos e margens públicas. É que, em decorrência da lei nº 54/2005, em seu art. 5º, nº 1, quem pretende obter o reconhecimento da sua propriedade terá que ingressar com ação até a data limite de 1 de janeiro de 2014, fazendo prova documental, por título legítimo, que tais terrenos eram objeto de propriedade antes de 31 de dezembro de 1864, ou, em caso de arribas alcantiladas, antes de 22 de março de 1868.

¹⁶¹ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. op. cit., pp. 169 – 170.

cidade de Coimbra, em dia e hora determinados. Bastaria, então, juntar prova de que estava, na mesma hora e dia, em outra localidade, por exemplo, em Lisboa.

Para Fredie Didier, “a ideia de que os fatos negativos não precisam ser provados – decorrente do brocardo *negative non sunt probanda* – vem perdendo o seu valor. É meia verdade. Todo fato negativo corresponde a um fato positivo (afirmativo) e vice-versa. Se não é possível provar a negativa, nada impede que se prove a afirmativa correspondente”¹⁶².

Para tanto, o mesmo autor distingue as negativas *absolutas* das *relativas*. A *negativa absoluta* é a simples afirmação de um não fato, indefinida no tempo e no espaço. Enquanto a *negativa relativa* é a afirmação de um não fato, todavia, definida no tempo e no espaço, fundamentada pela existência de um fato positivo.

O referido processualista brasileiro conclui que, atualmente, somente os fatos absolutamente negativos são insusceptíveis de prova. A conclusão a que chega passa pela compreensão de que uma das características do fato probando é que ele seja *determinado*, que ele possa ser identificado no tempo e no espaço. Nesse sentido, os fatos absolutamente negativos serão impossíveis de ser provados não pela sua negatividade, mas pela sua indefinição¹⁶³.

Todavia, no cotidiano da justiça, nos deparamos com situações em que a prova de fato negativo torna-se excessivamente difícil, ou absolutamente inviável, para que a parte onerada possa produzi-la. Em tais casos, mas não somente, a parte se encontraria diante da *probatio diabolica*, o que resultaria numa clara ofensa ao seu direito fundamental à prova.

Como percebemos, a disciplina dos ônus probatórios tem íntima relação com o problema. A imposição do ônus de uma prova cuja produção é extremamente difícil ou até mesmo impossível resulta a imposição de uma *probatio diabolica*, que, por sua vez, tem íntima ligação com a vedação do direito fundamental à prova. Ou seja, impor um ônus impossível de ser cumprido é o mesmo que vedar acesso à jurisdição¹⁶⁴.

Diante desta situação, teríamos que a imposição de um ônus impossível de ser cumprido, poderia influir, equivocadamente, numa tutela jurisdicional defeituosa, na medida em que a própria violação do seu direito fundamental à prova inutiliza a ação judiciária, violando a garantia de acesso efetivo à justiça¹⁶⁵.

¹⁶² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. ob. cit., p. 85.

¹⁶³ Idem.

¹⁶⁴ CARPES, Arthur. *Ônus Dinâmico da Prova*. op. cit., pp. 90 – 91.

¹⁶⁵ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cíveis, Tributário e Penal*. op. cit., p. 173.

O direito fundamental à prova funciona como corolário do direito fundamental ao processo justo. Desta forma, a ideia estática de distribuição do ônus da prova pode levar, em certos casos, a uma decisão em clara ofensa àqueles princípios.

Em casos tais, deveria o juiz proceder à flexibilização da rígida regra do artigo 342º todas as vezes em que esta regulação estática não se adapte em solucionar adequadamente o conflito, impedindo que se proceda uma decisão injusta por mero tecnicismo processual.

Ressaltamos, por oportuno, que a aplicação da inversão do ônus da prova diante da *probatio diabolica* não deve transferir à contraparte um ônus também impossível para si, uma vez que estaríamos, assim, ferindo o princípio da isonomia processual e criando uma *probatio diabolica* reversa. A transferência do encargo probatório não deve acarretar a mesma dificuldade para a nova parte onerada, sob pena de transferência de um encargo injusto e impossível.

Uma exceção ao que dissemos acima seria o caso em que a parte inicialmente desonerada atua com culpa na inutilização de determinada prova (art. 344º, nº 2, do CC). É que, nesses casos, além de impedir o direito fundamental à produção de prova do onerado, a parte assume uma postura oposta à que deveria ter no processo, negando cooperar com o esclarecimento da verdade e ofendendo a própria jurisdição (art. 417º do novo CPC). O seu agir desleal contraria a ética processual e, por este motivo, deverá ver-se onerado na produção da prova que inutilizou, ou de outra que lhe auxilie, sob pena de ter a demanda julgada contra seus interesses. Analisaremos com maior rigor o art. 344º, nº 2 do CC mais adiante, uma vez que enxergamos nele uma porta de entrada para a doutrina dinâmica do ônus da prova no sistema processual português.

Voltando ao tema, noutros casos, apenas em situações em que a prova é unilateralmente diabólica – impossível a uma parte, mas viável a outra – é que se deve distribuir dinamicamente o ônus probatório.

Todavia, existem situações que o processualista brasileiro Luiz Guilherme Marinoni chama de *situações de inesclarecibilidade*¹⁶⁶, quando a prova do fato é impossível ou muito difícil para ambas as partes. Para Marinoni, em tais casos, o juiz não poderia escolher manter o ônus da prova com a parte inicialmente onerada, muito menos invertê-lo para onerar o adversário. Estaria o juiz diante de uma situação em que não teria argumentos favoráveis à adoção de nenhuma das posturas. Tendo em vista a vedação ao *non liquet*, mesmo que o juiz

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova Segundo as Peculiaridades do Caso Concreto*, pp. 7 e 8. Disponível em: «[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(15\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(15)%20-formatado.pdf)». Acesso em 12 out de 2013.

não chegue a formar qualquer convicção, nesses casos, a parte inicialmente onerada é que deverá suportar as consequências desvantajosas deste *estado de dúvida*.

No Brasil, outro caso muito comum de prova de difícil demonstração diz respeito à relação consumerista, na qual, em decorrência de sua hipossuficiência, por vezes, o consumidor se depara diante de clara impossibilidade de comprovar que não concorreu para o defeito que o produto apresenta. Nestes casos, o próprio CDC brasileiro cuidou de assegurar a inversão do ônus probatório quando presente a verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor. Ressalte-se que esta hipossuficiência tem caráter técnico, e não financeiro.

Em conclusão, temos que a garantia do direito à tutela efetiva pressupõe que os tribunais não desistam precocemente de compor o litígio da forma mais justa possível, mesmo diante de extremas dificuldades probatórias. O magistrado deve ser sensível à atenuação do grau de prova exigível ao onerado ou, até mesmo, inverter o ônus probatório quando a solução mostrar-se adequada para solucionar o conflito com retidão. Exigir a produção de prova diabólica, tendo levado a cabo a rígida e inflexível distribuição estática do art 342º do CC, é o mesmo que negar o direito à tutela jurisdicional efetiva à parte onerada, tolhendo o seu direito fundamental à prova, expressa garantia de um Estado social e constitucional de direito.

4.2 Uma Ideia Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova. Surgimento, Conceito e Objetivo

Como antedito, a doutrina dinâmica do ônus da prova desenvolveu-se permeada pela constatação de que a aplicação rígida e inflexível das regras gerais de distribuição do ônus probatório, em singulares casos concretos, pode levar-nos a julgamentos cristalinamente injustos.

Com fito de buscar a justiça no caso concreto é que surge a teoria do ônus dinâmico da prova ou *carga probatoria dinâmica*, também conhecida na doutrina e na jurisprudência sob os nomes de *doutrina da prova compartilhada*, *carga da prova compartilhada* ou, simplesmente, *prova compartilhada*, entre outras¹⁶⁷.

¹⁶⁷ WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatorias dinámicas*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 60.

Imputa-se ao jurista argentino Jorge Walter Peyrano¹⁶⁸ a sistematização e idealização da teoria da carga dinâmica da prova nos moldes atualmente concebidos. Foi sob sua coordenação que, no final do século XX, vários juristas argentinos delinearam os primeiros contornos da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Crítico contumaz das tradicionais doutrinas, que tinham em comum a imposição às partes de um encargo rígido e imutável – à exceção da teoria de Jeremy Bentham – Peyrano logrou êxito em sistematizar uma regra de distribuição flexibilizada do encargo probatório, que atendesse às necessidades de prova das partes, em casos específicos, quando as regras estáticas mostravam-se insuficientes ou inadequadas para solucionar de forma justa o litígio.

O próprio Peyrano lembra-nos que a ideia de deslocamento do ônus da prova é reconhecida hoje como um dos capítulos mais atuais e de consequências práticas dentro da denominada doutrina do ônus probatório dinâmico, também conhecida como princípio da solidariedade ou da efetiva colaboração das partes com o órgão jurisdicional¹⁶⁹.

Foi nas V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, na cidade de Junín, no ano de 1992, que se deu a primeira declaração pública da teoria das cargas probatórias dinâmicas.

Tal teoria consiste em que o ônus da prova de determinado fato deverá recair sobre a parte que estiver em melhores condições de provar, em melhores condições de produzir determinada prova no processo, independente da natureza dos fatos a serem provados ou da posição processual que a parte ocupa.

Nos dizeres da jurista argentina Ivana María Airasca, “chama-se doutrina das cargas probatórias dinâmicas porque o *onus probandi* se separa de enfoques apriorísticos, isto é, se liberta do papel de autor ou demandado da parte no processo, e dos tipos de fatos a provar, para limitar-se a indicar que o ônus da prova pesa sobre quem está em melhores condições técnicas, de fato ou profissionais para produzir a prova respectiva”¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Muito embora se repete a Jorge Walter Peyrano o papel de idealizador moderno da teoria, não há consenso doutrinário em que local exato ela despontou para o processo. Certo é que a distribuição dinâmica do ônus probatório era aplicada no BGB, na Alemanha, já no início do século passado. Ao adotar, para o ônus, a nomenclatura *Beweisumkehr* – trânsito cambiante – da prova. Há, também, notícias acerca da ampla adoção da distribuição dinâmica dos encargos probatórios pelo Tribunal Supremo da Espanha, que há muito prevê tal flexibilização, em razão das partes em colaborar com o Poder Judiciário na descoberta da verdade e na obtenção de um resultado justo. Em melhor rigor *in* CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2009, p. 69.

¹⁶⁹ PEYRANO, Jorge W. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 20.

¹⁷⁰ AIRASCA, Ivana María. *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. op. cit., p. 136.

Percebam que a doutrina do ônus dinâmico colide frontalmente com as teorias clássicas e estáticas de distribuição do encargo probatório. Enquanto as doutrinas tradicionais eram permeadas pela abstração e a predeterminação, o novel enfoque dinâmico preocupa-se com a realidade concreta de cada lide posta em juízo.

Inés Lépori White lembra que a nova doutrina tratou de flexibilizar a rigidez que fez caírem as regras sobre ônus da prova, e a conseqüente dificuldade que a sua aplicação tinha em determinados casos. Por isso mesmo é que a teoria sustenta que “independente do caráter de autor ou demandado, em determinados casos o ônus da prova recai sobre as duas partes, em especial sobre aquela que se encontre em melhores condições para produzi-la”¹⁷¹.

Como vemos, o foco da teoria da distribuição dinâmica é que determinada prova seja efetivamente produzida nos autos. Leva-se em conta a facilidade e a acessibilidade do litigante à prova, de modo que possa auxiliar o juízo a alcançar uma solução justa com o esclarecimento dos fatos controvertidos.

O magistrado, analisando as peculiaridades do caso concreto e percebendo que o litigante, que inicialmente não estava onerado, detém melhores condições para clarificar os fatos controvertidos, deve impôr-lhe tal ônus, incorrendo no risco decorrente de seu descumprimento.

Percebam que as circunstâncias do caso determinarão quem está em melhores condições para produzir a prova. Para tanto, em alguns casos, o ônus da prova dos fatos controvertidos deslocar-se-á totalmente para a parte inicialmente desonerada; em outros, a prova pode ser compartilhada.

O leitor mais atento já identificou que a doutrina da carga dinâmica da prova não é tão moderna assim. Melhor dizendo, a nova teoria guarda estreita relação com a doutrina propagada pelo inglês Jeremías Benthan, de que tratamos no tópico 3.3 deste trabalho. Remonta ao início do século XIX a ideia de que o ônus da prova deverá ser imposto, no caso concreto, à parte que melhor puder satisfazê-lo com menores inconvenientes ou incômodos, ou seja, com menos perda de tempo, vexames e gasto.

Todavia, é apenas neste aspecto que a doutrina de Bentham e a de Peyrano se assemelham. A atenção do leitor deve ser redobrada para o que diremos agora. Enquanto que Bentham defendia a sua teoria como *regra geral* de distribuição do ônus da prova, com o condão de, abstratamente, solucionar todos os casos levados a juízo, a doutrina argentina estruturou-se na concepção que a teoria das cargas probatórias dinâmicas devem ser utilizadas

¹⁷¹ WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatorias dinámicas*. op. cit., p. 60.

apenas em *caráter excepcional*, de modo complementar à regra geral vigente em cada código, nos casos em que, dadas as peculiaridades de cada caso concreto, a regra geral estática não se adéque em solucionar o conflito com justiça, suscitando a necessidade de uma repartição diversa dos encargos probatórios, flexibilizada e que melhor se adapta às circunstâncias do caso.

Neste mesmo sentido, ficou assentado no *XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal* da Argentina o caráter excepcional de aplicação da teoria. A *segunda conclusión* dispôs que “constitui doutrina já recebida a das cargas probatórias dinâmicas. A mesma importa um afastamento excepcional das normas legais sobre a distribuição do ônus da prova, à qual resulta procedente recorrer somente quando a aplicação daquelas produz consequências manifestamente sem valor”¹⁷².

Percebemos que, ao propor a dinamização do ônus probatório, os processualistas argentinos não diminuem a importância, nem negam a necessidade de existência, das normas estáticas e abstradas, que, muito embora não se ajustem em solucionar *todos* os casos postos em juízo, servem de forma exitosa em propor uma solução adequada na *maioria* dos casos. A nova teoria não elimina a técnica tradicional de repartição dos encargos probatórios, representando um acréscimo e aprimoramento ao modelo clássico¹⁷³.

A intenção não foi criar outra regra rígida de distribuição do ônus da prova, muito pelo contrário, o ideário foi propor uma regra excepcional que só pode funcionar quando as regras tradicionais, manifestamente, não funcionam adequadamente, tendo em vista que foram elaboradas para solucionar apenas os casos normais e corriqueiros, que não correspondem ao caso.

Dito isto, é de relevo cardinal entender o que significa dizer *estar em melhores condições* de produzir a prova. A dúvida que surge é saber, no caso concreto, qual parte estaria em condição privilegiada para auxiliar o órgão jurisdicional na árdua tarefa de solucionar o conflito de interesses, como propaga a teoria da carga dinâmica, proporcionando uma solução que seja legitimada externamente e altere efetivamente um estado jurídico preexistente.

Em primeiro lugar, a tese parte da premissa de que o magistrado, como ser de destacada prudência, bom senso e elevado saber jurídico, fará uma criteriosa análise do caso concreto. Após, dirá se o caso comporta ou não uma distribuição flexibilizada do ônus

¹⁷² PEYRANO, Jorge W. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*. op. cit., p. 21.

¹⁷³ CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. op. cit., p. 73.

probatório, uma vez que uma das partes possui posição privilegiada para produzir determinada prova em relação à parte contrária.

Como salienta Sergio José Barberio, essa posição privilegiada de uma parte em relação ao material probatório pode decorrer de vários fatores, entre eles, por exemplo: o papel que essa parte desempenhou no fato gerador da controvérsia; de estar a parte na posse de coisa ou documento essencial à instrução probatória; por ser essa parte a única que dispõe da prova; por razões técnicas, profissionais ou jurídicas¹⁷⁴. Acrescentamos também a situação de uma parte ter agido com culpa na inutilização de coisa ou documento, tornando impossível a produção da prova pelo onerado.

Vale dizer que, tendo em vista que a aplicação da teoria necessita de uma destacada análise do magistrado no que concerne às peculiaridades do caso, a suposta melhor posição probatória pressupõe que a parte inicialmente onerada com uma prova difícil ou impossível deverá demonstrar tal condição, ensejando a aplicação da teoria. A regra, como já dissemos, é a aplicação excepcional da teoria, de modo que o seu uso não serve para encobrir a inércia da parte onerada. Todavia, veremos mais adiante, em tópico apartado, que o próprio magistrado pode identificar, de ofício, na parte inicialmente desonerada, a sua posição privilegiada, fazendo incidir a dinamização do ônus probatório, sem que isso implique em quebra de imparcialidade do tribunal.

Sendo assim, está em melhores condições de produzir a prova quem tem informação acerca dela, a possui ou dispõe de maior facilidade em acedê-la, devido à particularidade do caso, de modo que a sua produção no processo mostra-se mais fácil e possível para esta parte, pois pode ocorrer da outra parte ver-se impossibilitada de ter acesso à prova.

Deste modo, após fixar o conceito doutrinário da teoria da carga probatória dinâmica, dizermos que o seu uso deve ser em caráter excepcional e aclararmos o que significa estar em melhores condições para a produção da prova, achamos prudente agora textualizarmos o que ficou assentado na já citada *V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático*, síntese aclaradora do modo adequado de aplicação da teoria das *cargas probatorias dinâmicas*, na qual se cunhou a seguinte definição:

As regras vigentes acerca da distribuição do ônus da prova, que não obstam a iniciativa probatória do tribunal, devem ser preservadas como vigas mestras na matéria, sem prejuízo de sua prudente flexibilização para melhor adaptá-las às circunstâncias do caso. Para

¹⁷⁴ BARBERIO, Sergio José. *Cargas probatorias dinámicas: ¿qué debe probar el que no puede probar?* In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 101.

este fim, pode ser útil, entre outros recursos, submetê-las também às regras da crítica saudável como, por exemplo, no disposto no *Código General del Proceso de Uruguay*. A chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos órgãos jurisdicionais em determinadas situações, nas quais não funcionem adequada e valiosamente as previsões legais que, como norma, repartem os esforços probatórios. A mesma importa em um deslocamento do *onus probandi*, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, *verbi gratia*, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, para além de seu posicionamento como autor ou réu, ou de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos¹⁷⁵.

Logo, temos que se denominou *cargas probatórias dinâmicas* a uma nova doutrina que tratou de flexibilizar as tradicionais regras estáticas de distribuição do ônus da prova, em decorrência de sua inaplicabilidade em específicos casos concretos, notadamente naqueles em que a parte onerada defronta-se com uma prova de difícil demonstração, ou até impossível, o que seria para si um encargo *diabólico*. Desta feita, com a flexibilização adotada, o encargo probatório é deslocado para a parte que se encontrava em melhores condições técnicas, fáticas, profissionais e econômicas para carrear a prova à instrução processual.

Sobre a teoria, Dall’Agnol Jr. defende que “é logicamente insustentável que aquele dotado de melhores condições de demonstrar os fatos deixe de fazê-lo, agarrando-se em formais distribuições do ônus de demonstração. O processo moderno não se compactua com táticas ou espertezas procedimentais e busca, cada vez mais, a verdade”¹⁷⁶.

Juan Alberto Ramblado¹⁷⁷ fala-nos em um verdadeiro salto equitativo da doutrina das cargas probatórias dinâmicas tanto sob o aspecto doutrinário quanto para a prática concreta. O

¹⁷⁵ Tradução nossa do original: “Las reglas vigentes acerca de la distribución de la carga de la prueba, que no obstan a la iniciativa probatoria del tribunal, deben ser preservadas como vigas maestras en la materia, sin perjuicio de su prudente flexibilización para mejor adaptarlas a las circunstancias del caso. A tal efecto, puede ser útil, entre otros recursos, sometarlas también a las reglas de la sana crítica como, por ejemplo, lo dispone el Código General del Proceso de Uruguay. La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueran las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, *verbigracia*, en cabeza de quien esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fáticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos”. (PEYRANO, Jorge W. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*. op. cit., pp. 19 – 24, em especial as páginas 19, 20 e 24).

¹⁷⁶ DALL’AGNOL JR., Antônio Janyr. *Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório*. Revista dos Tribunais, vol. 788. Ano 90. São Paulo: RT, 2001, p. 102.

¹⁷⁷ RAMBLADO, Juan Alberto. *Cargas probatorias dinâmicas: um giro epistemológico*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinâmicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 29.

mérito da teoria não se encontra em distribuir o ônus probatório para ambas as partes, mas sim em onerar a parte que se encontra em melhores condições para produzi-la.

Dito isto, a aplicação da teoria da prova compartilhada tem por objetivos e justificativas: a destemida e determinada busca pela verdade; a intenção de possibilitar o direito à prova de forma equilibrada aos litigantes, viabilizando a igualdade processual das partes – e na melhor compreensão da existência de um direito fundamental à prova; o real e efetivo acesso à justiça; a efetiva colaboração entre os litigantes e o órgão jurisdicional na árdua tarefa que é a instrução probatória ampla, adequada e aclaradora; o respeito ao *due process of law*, com especial atenção ao princípio do contraditório, etc.

Outros não poderiam ser os objetivos da teoria, uma vez que, sem a sua adoção, em casos particulares, o poder jurisdicional alcançaria apenas uma sentença formalmente válida, todavia, sem refletir a verdade real de sua situação fática, chegar-se-ia a uma sentença injusta e sem o condão de alterar o estado jurídico das coisas.

Passamos a discorrer sobre os aspectos jurídicos da teoria geral do processo e da prova que dão suporte à teoria, que servem de fundamentos à sua aplicação e adoção nos diversos ordenamentos jurídicos.

4.3 Fundamentos Principiológicos que Justificam a Aplicação da Teoria da Carga Dinâmica da Prova

Dissemos, no tópico 4.1, que, por força do princípio da adequação, a Constituição de um Estado é o centro normativo para o qual todas as regras de direito devem convergir, pelo qual a ordem jurídica deve ser lida e compreendida. Também falamos do formalismo-valorativo e a moderna concepção de concretizar valores constitucionais no tecido processual. Surgem-nos, então, os seguintes questionamentos: há compatibilidade e adequação da teoria dinâmica do ônus da prova com o nosso ordenamento jurídico? Há correspondência entre a teoria e alguns princípios processuais contidos na CRP? A resposta positiva a estes questionamentos servirão de fundamentos à aplicação da teoria da prova compartilhada.

Separamos, também, o segundo capítulo deste trabalho para tratar de um tema central e controvertido de toda a realização do direito, o problema da verdade e a necessidade de alcançá-la. Debates ali, ainda, as garantias de um processo justo num Estado constitucional e o modelo contemporâneo de prova. Ao tratarmos do princípio do verdadeiro acesso à justiça, dissemos que não há acesso adequado à justiça se isto não ocorre efetivamente, se a

ação jurisdicional termina com uma sentença meramente formal, que encontra uma verdade puramente intraprocessual. Rechaçamos, peremptoriamente, a ideia de que, dentro do processo, exista uma verdade diferente da verdade que há fora dele – a verdade é única, e é escopo do processo facilitar o seu alcance.

A técnica processual meramente argumentativa e demonstrativa, cuja pretensão era garantir, de forma rápida, uma decisão sobre a natureza do fato, não encontra mais amparo jurídico ou doutrinário a partir da compreensão de que o contraditório colocava-se como obstáculo à pesquisa da verdade. Na verdade, a sociedade não aceita mais a ideia de que um cidadão possua um direito e não possa prová-lo. Ter um direito e não poder prová-lo é o mesmo que não tê-lo.

O rompimento com a ideologia liberal trouxe a compreensão de que só poderemos alcançar a justiça no caso concreto se buscarmos, incessantemente, a verdade real dos fatos. Só há justiça se a decisão for legitimada externamente e tiver o condão de modificar, efetivamente, o estado das coisas.

Sendo assim, o princípio do acesso à justiça, também conhecido por *princípio da inafastabilidade da jurisdição* ou do *direito de ação*, encontra previsão expressa nos artigos 2º e 20º da CRP.

O conceito de acesso à justiça passou por intensa modificação ao longo do tempo. Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em memorável trabalho sobre o tema, lembra-nos que três movimentos influenciaram o conceito hoje propagado e de relevância vital para o direito como um todo: o primeiro movimento tratou de disponibilizar assistência judiciária aos pobres; o segundo preocupou-se com a representação dos interesses difusos; o terceiro trouxe, exatamente, um novo e bem mais amplo significado ao princípio¹⁷⁸.

Segundo os citados autores, sobre o terceiro movimento, “a expressão *acesso à justiça* é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico (...). Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”¹⁷⁹.

O princípio do acesso à justiça passa a ter compreensão muito além do que simplesmente permitir às pessoas acederem ao processo. Mais ainda, o simples acesso ao processo não pressupõe, unicamente, a obtenção de uma sentença de mérito. O compromisso que os Poderes Públicos assumem, no controle da tutela jurisdicional, é o fornecimento de um trabalho de qualidade, comprometido com a solução adequada dos conflitos e correspondente

¹⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. op. cit., pp. 31 – 74.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 8.

com os valores essenciais do Estado Democrático de Direito. O processo, a jurisdição, a ação e a defesa passam a ser vislumbrados sob a ótica do acesso à justiça.

É nesse contexto que a doutrina da carga dinâmica da prova encontra guarida. O juiz deixa de ser um mero aplicador do direito e passa a ter um caráter mais ativo no processo, atuando como empreendedor da justiça no caso concreto. Ao Estado-Juiz, cabe impulsionar o processo, adequando-o aos princípios e valores do Estado constitucional. A utilização das rígidas e inflexíveis regras estáticas de distribuição do encargo probatório obstaculiza o efetivo acesso à justiça.

É que, no intuito de evitar o *non liquet*, quando o juiz se depara com um estado de dúvida, é lícito a ele julgar a causa em desfavor da parte que se encontrava onerada e não se desincumbiu a contento do seu encargo. Todavia, o julgamento com base nas regras de distribuição do ônus da prova só será aceitável em caso de ineficiência das partes quanto à produção probatória. Em outras palavras, para que o magistrado possa julgar a causa com maior convicção de acerto, da forma mais justa possível, é fundamental que ele tenha amplo acesso a todas as provas dos fatos que poderiam ser levadas ao processo, independente da parte que a levou.

Em decorrência dessa necessidade de prova que tem o juiz, para que se possa prolatar uma decisão jurisdicional justa, é que sobressai o defeito das regras estáticas em determinados casos. As regras clássicas de distribuição do ônus da prova, por vezes, atuam como verdadeiro obstáculo à ampla produção probatória. Desta forma, a teoria dinâmica do ônus da prova pode e deve funcionar como instrumento para que determinada prova possa fazer parte do processo e auxilie o juiz na árdua tarefa de prolatar uma decisão com justiça.

Não há dúvidas de que, em determinados casos, uma das partes encontra-se em posição privilegiada para a produção da prova que a outra. Não faz sentido impedir que esta prova seja produzida apegando-se a sistemas inflexíveis e inadequados, afinal, o escopo fundamental do processo é servir de instrumento para a busca da verdade, permitindo que o juiz confeccione uma decisão justa. Contudo, não nos custa lembrar, como foi defendido no tópico anterior, que o uso da teoria dinâmica deve ser excepcional, apenas nos casos em que a regra estática mostrar-se ineficiente, obstaculizando a busca pela verdade real no processo.

Piero Calamandrei, já no meio do século passado, a respeito da finalidade do processo, assentou que “não é verdade que o processo não tenha finalidade; se não a tivesse seria necessário inventá-la para poder continuar estudando esta nossa ciência sem desgosto e sem

desalento. Mas, na realidade, tem finalidade, e é muito grande, a maior que pode existir na vida: e se chama justiça”¹⁸⁰.

Nesse sentido, defende Héctor Cárdenas que “a doutrina das cargas processuais dinâmicas tendem à realização da justiça, considerando as particularidades do caso”. Mais ainda, “é um avanço qualitativo sobre o formalismo do processo liberal, que se prendia – por conveniência – nas formas, sem preocupar-se com o conteúdo da sentença”¹⁸¹.

Da mesma forma, sustenta Inés Lépori White¹⁸² que a justiça aplicada ao caso concreto resulta no principal fundamento da doutrina das cargas probatórias dinâmicas.

Ivana María Airasca¹⁸³ também julga que o principal fundamento da doutrina é a realização da justiça no caso concreto. Ela lembra-nos que, sempre que haja necessidade de nos utilizarmos da teoria para alcançar a justiça no caso concreto, deveremos aplicá-la. É que não se pode estabelecer, aprioristicamente, um critério abstrato de aplicação para todos os casos, pois o material fático de cada processo é distinto e complexo, de tal forma que deveremos aplicar a teoria da carga dinâmica em todos os casos em que se mostre necessário, para podermos alcançar a verdade real dos fatos e obter uma sentença justa.

É sob esse aspecto do princípio do acesso à justiça que a teoria da carga dinâmica da prova se compatibiliza com o nosso ordenamento jurídico. A efetividade do procedimento mostra-se quando o magistrado, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, distribui o encargo probatório de maneira diversa da regra do art. 342º do CC, notadamente naquelas situações em que a aplicação inflexível do dispositivo citado “inviabiliza o processo civil de exercer sua mais nobre e primordial função, qual seja, a de servir de instrumento útil e eficaz para a realização do direito material na busca de uma tutela justa e efetiva. Caso contrário ocorreria um acesso formal à justiça, porém irreal e inefetivo”¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Livre tradução nossa do original assim redigido: “No querido, satta, no es verdad que el proceso no tenga finalidad; si no la tuviese sería necesario inventarla para poder continuar estudiando ésta nuestra ciencia sin disgusto y sin desaliento. Pero, en realidad, finalidad la tiene, e es altísima, la más alta que puede existir en la vida: y se llama Justicia...”. (Piero Calamandrei. *Proceso y justicia*, in Rev. De Derecho Procesal, Año X, nº 1, 1º trim. de 1952, p. 13).

¹⁸¹ CÁRDENAS, Héctor H. *Las cargas procesales dinámicas en la ineficacia concursal*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 406 – 407.

¹⁸² WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatorias dinámicas*. op. cit., p. 66.

¹⁸³ AIRASCA, Ivana María. *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. op. cit., p. 141. Em outro trecho, Airasca assenta que “el fin natural del proceso es el arribo a la verdad y la obtención de una sentencia justa, ya que el proceso no es una competencia de picardías o malas artes, donde se ganará por la astucia de unos y se perderá por la desidia de otros” (Idem, p. 143).

¹⁸⁴ ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras Sobre o Ônus da Prova*. op. cit., p. 136.

Por todo o exposto, temos que há perfeita harmonia entre o princípio do acesso à justiça e a teoria da carga dinâmica da prova, notadamente pelo fato de que ambas almejam solucionar o conflito de forma justa e em atenção à verdade dos fatos.

Outro princípio pertinente nessa análise de compatibilidade da teoria da carga dinâmica da prova com o nosso ordenamento jurídico é o princípio da cooperação. Já afirmamos, no segundo capítulo, que o diálogo é fundamental para o conhecimento da realidade e para a descoberta do direito, de modo que o agir de boa-fé dos sujeitos que do processo participam é indispensável para que o órgão jurisdicional possa se posicionar de forma mais justa, segura, efetiva e eficaz.

Para Lebre de Freitas, “o apelo à realização da função processual aponta para a cooperação dos intervenientes no processo no sentido de nele se apurar a verdade sobre a matéria de facto e, com base nela, se obter a adequada decisão de direito”¹⁸⁵. Deste modo, o ilustre professor de Lisboa identifica dois sentidos do princípio da cooperação: no primeiro, fala-se em uma cooperação em *sentido material*, que faz recair sobre as partes o dever de prestarem a sua colaboração para a descoberta da verdade, instruindo o processo com os meios de prova de que disponham; no segundo, fala-se de uma cooperação em *sentido formal*, impondo ao juiz o dever de providenciar pelo suprimento de obstáculos com que as partes se defrontem.

Parece-nos que não foi à toa que o NCPC inseriu o princípio da cooperação no título I do Livro I, que trata dos princípios fundamentais, ao lado de princípios basilares do processo, como o da igualdade das partes, do dever de boa-fé processual, do dever de recíproca correção e do contraditório. O artigo 7º, analisado em conjunto com os artigos 6º, 8º e 9º eleva o princípio da cooperação a um princípio geral, aplicável a todos os atos e condutas dos magistrados, dos mandatários judiciais e das próprias partes. “A cooperação deve ser observada por parte de cada um destes intervenientes processuais em relação aos outros e deve ser exigida pelo juiz em relação a todos, a começar por si próprio, o que tem desde logo a vantagem da pedagogia”¹⁸⁶.

A concepção liberal em decorrência da máxima dispositiva é superada para um novo paradigma no qual a cooperação que deve haver entre as pessoas que compõem o processo não é uma mera faculdade, mas sim uma obrigação de parte a parte, uma vez que a busca pela verdade não pode encontrar empecilho no modo de agir maldoso de qualquer sujeito

¹⁸⁵ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: Conceitos e Princípios Gerais*. op. cit., pp. 164 – 167.

¹⁸⁶ MARTINS, António. *Código de Processo Civil: Comentários e anotações práticas*. Coimbra: Editora Almedina, 2013, p. 21.

processual, devendo o juiz, quando perceber que alguma das partes tenta, escancaradamente, através de métodos escusos e inidôneos, obstacularizar a mais justa e adequada solução do litígio, reprimir tal atitude por meio das sanções que a lei permitir, desde multa e outros meios coercitivos à inversão do ônus probatório, relativo à matéria de fato, contra quem aproveita o não agir de boa-fé.

Também é pertinente lembrarmos, como já dissemos neste ensaio, que o *aspecto subjetivo* do ônus da prova ganha relevo, uma vez que, como regra de conduta, as partes devem assumir determinada postura no processo, no intuito de convencer o magistrado de suas alegações. Esse modo de agir, subjetivo e concreto, impulsiona as partes a atuar ao longo da instrução processual lastreado pelo dever de boa-fé e em atenção ao princípio da cooperação.

Somente a partir da compreensão de que o processo é produto da atividade cooperativa entre as partes e o órgão jurisdicional, mutuamente, é que se fundamenta a distribuição dinâmica do ônus da prova. O papel proativo do juiz que distribui o ônus da prova a quem tem melhores condições de provar coaduna-se com o novo prisma cooperativo e solidarista. O magistrado coopera com a instrução, fazendo recair sobre o litigante inicialmente desonerado o ônus da produção da prova. Por sua parte, em melhores condições de produzir a prova, este litigante também coopera com a justa composição do litígio, podendo levar tal prova aos autos e auxiliar o juízo a proferir uma decisão adequada e efetiva, que poderá, inclusive, ser contrária ou não aos seus próprios interesses.

Pois bem, o leitor mais dedicado já percebeu que, na análise que fizemos do princípio da cooperação, não abordamos a dicotomia existente entre o princípio dispositivo e o princípio do inquisitório, mencionando atividade que o juiz e as partes devem exercer ao longo da instrução processual. Não foi por desleixo nosso. Faremos tal abordagem em um tópico individualizado, dada a importância da matéria.

Voltando ao tema, mais um enunciado geral do processo que merece nossa atenção é o *princípio da efetividade*. O que seria um processo efetivo? Qual a exata noção de efetividade do processo?

Valendo-nos, inicialmente, das sempre lúcidas explicações do mestre Barbosa Moreira, que, ao se deparar com tal questionamento, concluiu: “*Efetivo* é sinônimo de *eficiência*. Penso que a efetividade, aqui, consiste na aptidão para desempenhar, do melhor

modo possível, a função própria do processo. Ou, noutras palavras, talvez equivalentes, para atingir da maneira mais perfeita o seu fim específico”¹⁸⁷.

Extraímos o princípio constitucional da efetividade a partir do debatido princípio do acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da garantia de um processo com duração razoável. Todos estes princípios estão permeados pela necessidade de que a tutela jurisdicional seja qualificada para a adequada realização do direito.

Deste modo, “temos que um processo somente é considerado efetivo se realiza, efetua ou perfaz o direito material posto, estratificado. Enfim, processo efetivo é aquele que é eficiente para propiciar o direito a quem o detenha”¹⁸⁸. Em outras palavras, só teremos um processo efetivo se ele for capaz de eliminar as insatisfações com justiça, se ele for capaz de fazer cumprir um direito, de modo que funcione como meio educacional de conhecimento da sociedade, do modo de exercício e respeito aos direitos, permitindo que os indivíduos participem nos destinos da sociedade, assegurando-lhes liberdade¹⁸⁹.

A estreita relação entre processo e efetividade foi bem tratada por Cândido Rangel Dinamarco, que prega uma *mudança de mentalidade* para que o processo consiga atingir a finalidade a que se propõe. Para o festejado professor brasileiro, “é preciso adequar o processo ao cumprimento de toda essa complexa missão, para que ele não seja fonte perene de decepção (“toda decepção é muito triste”), nem permite que isso se desgaste a legitimidade do sistema. Desse labor, hão de participar o processualista e o juiz e de ambos se espera, para que possa chegar ao bom termo, uma racional mas decidida mudança de mentalidade”¹⁹⁰.

É sobre essa mudança de mentalidade que a teoria da carga dinâmica da prova compatibiliza-se com o princípio da efetividade. A visão do processo como instrumento realizador do direito, de modo efetivo e útil, do ideal de um sistema processual que busca a sua plena efetividade, chancela a aplicação da teoria da prova compartilhada.

Se processo efetivo é processo que, na prática, realiza os fins a que se propõe – e a finalidade principal do processo é a realização da justiça, é a busca pela verdade – de certo que o princípio da efetividade guarda estreita correspondência com a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova, afinal, o intuito da teoria é facilitar a ampla produção probatória, permitindo ao juiz julgar a causa com maior convicção acerca da realidade dos fatos, o que propiciará um resultado mais justo e efetivo.

¹⁸⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A efetividade do processo de conhecimento*. Revista de Processo, nº 74. São Paulo: Ed. RT, abril-junho de 1994, pp. 126 – 137.

¹⁸⁸ ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras Sobre o Ônus da Prova*. op. cit., p. 138.

¹⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 330 – 331.

¹⁹⁰ *Idem, Ibidem*.

Até esse momento, já vimos que a teoria da carga dinâmica da prova guarda correspondência e, de certo modo, justifica a sua aplicação nos princípios do acesso à justiça, cooperação e efetividade. Passaremos a tratar dos poderes instrutórios do juiz e os limites a ele impostos pelo princípio dispositivo. Depois, debateremos o princípio da isonomia processual e o respeito ao princípio do contraditório. Após isso, estaremos aptos a discutir e determinar qual o adequado momento em que se deve flexibilizar a regra do artigo 342º do CC na marcha processual.

Antes, contudo, relembremos que o direito a prova foi elevado ao patamar de direito fundamental – como expusemos no segundo capítulo – de tal modo que a produção probatória deve ser a mais ampla possível. Vedar, limitar ou restringir, excessivamente, as fontes ou meios de prova disponibilizados aos litigantes são ações que se podem caracterizar como aplicação inconstitucional das normas processuais, com a perigosa força de inutilizar a ação judiciária. Ou seja, a violação do direito à prova pode implicar na inutilidade da ação judiciária, caracterizando, assim, violação oculta à garantia do acesso à justiça¹⁹¹.

Garante-se às partes a possibilidade de influenciar ativamente no desenvolvimento e no resultado da demanda. O direito a prova surge como garantia da ação e da defesa, como modo de proteção aos direitos, liberdades e garantias tuteladas constitucionalmente através do processo, daí falar-se em um direito fundamental a produção de provas.

4.3.1 O Princípio Dispositivo e os Poderes (ou deveres?) Instrutórios do Juiz: Entre as Liberdades das Partes e o Exercício do Poder Jurisdicional

É muito comum o debate acerca dos modelos de estruturação do processo. São dois os modelos clássicos que a doutrina costuma identificar: o modelo *adversarial* e o modelo *inquisitorial*. Em que pesem as críticas feitas a essa dicotomia, em apertado resumo, temos que a ótica do modelo *adversarial* desenvolve-se sob a perspectiva de uma disputa, cujos contendores comportam-se como adversários diante de um poder jurisdicional passivo, com a principal função de decidir. Já no modelo *inquisitorial*, prepondera a pesquisa oficial, na qual o órgão jurisdicional é o grande protagonista do processo¹⁹².

¹⁹¹ KNIJNIK, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica*. op. cit., p. 943.

¹⁹² DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 42 – 43.

Diz-se que, no modelo adversarial, há preponderância do *princípio dispositivo*, de tal forma que a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes, enquanto o modelo inquisitorial é regido pelo *princípio inquisitivo*, com papel proativo do poder jurisdicional. Sendo assim, percebemos que, quanto mais o processo estrutura-se na livre participação das partes em sua condução, mais se alinha com o princípio dispositivo. Em contrapartida, quanto mais amplia o poder do órgão jurisdicional, mais próximo do princípio inquisitivo o processo estará. A questão resolve-se em torno da maior ou menor atribuição de poderes ao juiz.

No que concerne ao nosso tópico, o que nos importa é saber o grau de tempero entre dispositivo e inquisitivo em relação à instrução probatória no modelo português. É importante destacarmos que nenhum sistema é totalmente adversarial ou inquisitorial. O que pode existir, no máximo, é a supremacia de um ou de outro em relação a um determinado tema: em matéria de produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na instauração do processo, na análise de questões de fato e de direito, etc¹⁹³. O modelo português de estruturação do processo também é assente nessa dicotomia.

Por força do artigo 5º do NCPC (antigo artigo 264º do CPC revogado), o legislador assentou que é monopólio das partes a alegação dos fatos principais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas. Ou seja, por força do princípio dispositivo, incumbe às partes a tarefa de levar a juízo as alegações de fatos essenciais em que seus articulados estão baseados. De outra forma, parece-nos bastante razoável que as partes não poderiam ser detentoras de tal ¹⁹⁴.

Por outro norte, temos, no artigo 411º do diploma processual (antigo art. 265º, nº 3 do CPC revogado), que incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto a cada fato que lhe é lícito conhecer.

Ainda, por força do artigo 6º, nº 1 – que corresponde, na essência, ao antigo artigo 265º, nº 1 – cumpre ao juiz, sem prejuízo do ônus de impulso especialmente imposto pela lei

¹⁹³ Idem, p. 44.

¹⁹⁴ Destacamos que o artigo 5º do NCPC trouxe expressamente na al. b do nº 2 que “os factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar”, devem ser considerados pelo juiz, para além dos fatos articulados pelas partes. Percebe-se nesta opção do legislador que há coerência com o que foi enunciado no preâmbulo da proposta de Lei nº 113/XII/2ª que se referiu expressamente: “Mantém-se e reforça-se o poder de direcção do processo pelo juiz e o princípio inquisitório (de particular relevo na eliminação das faculdades dilatórias, no activo suprimento da generalidade da falta de pressupostos processuais, na instrução da causa e na efectiva e activa direcção da audiência”).

às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.

Aqui, não podemos prosseguir sem antes comentarmos a importante modificação do legislador. Se antes a epígrafe preconizava um “*Poder de direcção do processo*”, agora, fala-se em “*Dever de gestão processual*”. A significativa modificação leva-nos a crer que a discussão acerca do princípio do inquisitório se se tratava de um dever ou de um poder, de uma mera faculdade do juiz, foi superada. A opção legislativa de substituir o *poder de direcção* por um *dever de gestão processual*, culminou por acentuar a função do magistrado no processo. Se antes o juiz poderia optar ou não pelo uso dos seus poderes inquisitórios, agora caberá a ele um verdadeiro *dever de providenciar pelo suprimento da falta de pressupostos processuais sanáveis*, de garantir um *processo célere, simplificando e agilizando o feito*, no intuito de, em *prazo razoável*, o tribunal proferir uma decisão correta, que consiga *a justa composição do litígio*.

Não é escopo deste trabalho analisar a fundo o novel princípio de gestão processual. O nosso papel aqui é ressaltar que a legislação portuguesa, assim como já foi em relação ao princípio da cooperação, encontra-se na vanguarda do pensamento contemporâneo. O esforço da legislação é todo no sentido de acentuar os poderes instrutórios do juiz e de relativizar o princípio dispositivo. Em alguns aspectos, entendemos que o nosso texto legal já supera a legislação alemã, que foi, indubitavelmente, de onde retiramos inspiração.

A respeito desse movimento de ampliação dos poderes instrutórios, e do modo como o juiz deve atuar no processo civil moderno, valemo-nos da lição do magistrado brasileiro Rogério Sampaio:

A preponderância das garantias constitucionais da efetividade da jurisdição, do acesso a uma ordem jurídica justa e da igualdade substancial, reflexo de um sistema pautado na socialização dos direitos, levou à relativização do princípio dispositivo. A realidade então emergente se tornou incompatível com a passividade do magistrado em relação à atuação das partes na produção das provas. Se o ideal é a busca de uma decisão justa em que devem ser consideradas as efetivas desigualdades entre as pessoas, não interessa apenas às partes a produção das provas, mas também ao magistrado que delas depende para a formação do seu

convencimento. Daí se conferir ao juiz amplo poder de direcionar a fase de instrução, determinando, de ofício, a produção das provas que entender essenciais¹⁹⁵.

O pensamento moderno repousa na concepção de que o Estado-juiz é quem dispõe de forças para possibilitar uma justiça célere e justa e, sendo assim, deve atuar de modo mais ativo nesse desiderato. O importante avanço no sentido da realização de um processo voltado à socialização dos direitos subjetivos acaba por atingir, também, a esfera do ônus da prova.

Parece-nos que a teoria da carga dinâmica da prova encontra respaldo nessa concepção. Se é lícito ao juiz adaptar o procedimento, se é tarefa sua propiciar a justa composição do litígio, se o processo deve ter prazo razoável, entre outros deveres, não faz sentido que o órgão jurisdicional se apegue a dogmas abstratos e inflexíveis que não trazem justiça para o caso concreto. A aplicação da teoria da prova compartilhada encontra amplo respaldo no princípio do inquisitório, em decorrência do papel esperado por parte do juiz ao longo da instrução probatória.

Por outro lado, o uso dos poderes inquisitórios pelo tribunal não é, e não deve ser, irrestrito. O princípio do inquisitório encontra limites exatamente no princípio dispositivo. Uma coisa é mitigar, atenuar, relativizar o princípio dispositivo, outra bem diferente é eliminá-lo. Dissemos anteriormente, e reafirmamos agora, que nenhum sistema processual é totalmente adversarial ou inquisitorial. No máximo, há preponderância de um em relação ao outro a respeito de determinado tema¹⁹⁶. Sob esse aspecto é que passaremos a debater alguns problemas que podem surgir em decorrência da aplicação concreta do princípio do inquisitório, detidamente em relação à produção de provas.

O primeiro problema que nos surge relaciona-se ao uso dos poderes instrutórios do juiz, é dizer se a promoção de diligências probatórias é uma mera faculdade ou um dever. Nesse tópico, já antecipamos a resposta. Se, antes da reforma do CPC de 1995/1996, muito se discutia acerca deste tema, hoje resta pacífico que se trata de um dever vinculado. O juiz assume um papel proativo na instrução probatória.

¹⁹⁵ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *A Atuação do Juiz no Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 159.

¹⁹⁶ Rogério Sampaio nos lembra, no que concerne à produção das provas, que o sistema da *common law* ainda não superou o modo de atuação passiva do juiz, fato que se verifica, em essência, na fase do *trial*. A atuação do juiz é somente supletiva à atuação das partes na tarefa de inquirir as testemunhas. De certo modo, o processo fica à mercê das habilidades pessoais dos advogados, o que pode acarretar em prejuízo na busca da verdade. (Rogério Marrone de Castro Sampaio. *A Atuação do Juiz no Direito Processual Civil Moderno*. op. cit., p. 159.) Noutro norte, Nuno de Lemos Jorge adverte que já há vozes nos Estados Unidos da América que reivindicam mudanças no sentido de uma reforma que torne mais *inquisitorial* o sistema *adversarial*, uma vez que este tem sido pouco funcional e potencializador da manipulação do tribunal pelas partes (Nuno de Lemos Jorge. *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. JULGAR, nº 3, 2007, p. 84).

Com a ampliação dos poderes instrutórios do juiz e o novel *dever de gestão processual* do artigo 6º do novo diploma, espera-se que o juiz, em decorrência da autoridade que exerce, atue de modo a propiciar que a instrução da causa seja a mais ampla possível, dentro do respeito à celeridade processual e, principalmente, ao contraditório. O papel do magistrado é proporcionar às partes ampla liberdade na produção das provas ou, até mesmo, determinar a sua produção de ofício. Importante dizermos que, sempre que necessário, o juiz deverá determinar a produção da prova, não estando essa tarefa entregue a uma vontade discricionária, mas sim, a uma obrigação.

Passamos a um segundo problema: o magistrado sofre alguma limitação no uso do seu dever de direção do processo ou pode manejá-lo sempre e da forma que bem entender?

A resposta é simples: o uso dos poderes instrutórios do juiz está sujeito a certos requisitos sem os quais o ato jurídico pode ser anulado. Há efetivo controle dessa atividade judicial.

Só será permitido ao juiz efetuar diligências probatórias quando: o meio de prova for admissível; a manifestação se der em momento processualmente adequado; houver efetiva necessidade da diligência ao apuramento da verdade e a justa composição do litígio e a prova que se busca incidam sobre fatos que seja lícito ao juiz conhecer¹⁹⁷. Esses são os pressupostos que deverão sempre ser respeitados.

Como vemos, uma dessas limitações é exatamente imposta pelo princípio dispositivo, uma vez que só será lícito ao juiz conhecer os fatos essenciais que tiverem sido alegados pelas partes ou os fatos prescritos no n° 2 do artigo 5º do NCPC. Cabe, exclusivamente, às partes, em seus articulados, alegar os fatos que integram a causa de pedir e aqueles em que se baseiam suas exceções.

Além dos requisitos citados, a atuação judicial também sofre limitação nas garantias das partes no processo, notadamente na garantia de imparcialidade do tribunal. Na verdade, o tribunal tem o dever de ser imparcial no curso do processo, não sendo lícito a ele valer-se de poderes instrutórios para beneficiar uma das partes, muito menos prejudicar. Também não pode o tribunal substituir a parte no que concerne à produção de provas, suprindo eventual defeito ou negligência.

Valendo-nos das sempre lúcidas lições do eminente processualista Barbosa Moreira, ele pondera que “ao juiz não deve importar que vença o litígio, que saia vitorioso, o indivíduo

¹⁹⁷ JORGE, Nuno de Lemos. *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. JULGAR, nº 3, 2007, pp. 74 – 75.

x ou *y*, considerados nas suas características de indivíduos. Mas deve importar, sem sombra de dúvida, que saia vitorioso quem tem razão”¹⁹⁸.

Desta forma, para que se garanta a imparcialidade do tribunal, há necessidade de se garantir também o direito ao contraditório e o direito de fundamentação das decisões. Para Nuno de Lemos Jorge, “dois momentos são decisivos para que o uso dos poderes instrutórios do juiz se concretize de um modo processualmente adequado: o contraditório e a fundamentação”¹⁹⁹. É que o juiz deverá submeter a análise das partes a sua decisão de efetuar uma diligência probatória, outrossim, essa decisão deverá ser fundamentada, nos limites que a lei impõe.

As partes devem ter o direito de se manifestar sobre a concordância ou não da diligência oficiosa. Imaginemos a situação de ser determinada uma diligência relativa a um meio de prova inadmissível; ou em momento inadequado; ou desnecessária ao apuramento da verdade; ou de um fato que não era lícito ao tribunal conhecer. Em todas estas situações, caso não houvesse respeito ao contraditório, o uso dos poderes instrutórios do juiz mostrar-se-ia irrestrito, o que não se admite no processo.

Também é assim que se posiciona José Roberto dos Santos Bedaque. Para ele, “apresentam-se, assim, como limites à atividade probatória oficial a submissão da providência ao contraditório e a fundamentação do ato judicial que a determina, o que afasta eventual risco de autoritarismo e assegura a observância do devido processo legal”. Compatibiliza-se o seu uso com a natureza pública do processo e com o escopo social da jurisdição²⁰⁰.

É bem verdade que o juiz, como órgão do Estado, é o maior interessado em oferecer uma tutela jurisdicional justa, devendo vencer o processo aquele que tinha razão, efetivamente. Todavia, quando o magistrado diligencia oficiosamente na produção de determinada prova, não sabe ele a quem esta prova beneficiará. De fato, isto é irrelevante. O escopo do processo é encontrar a verdade, independente de com quem ela esteja. Para que a imparcialidade do tribunal permaneça incólume, há necessidade de submeter a atividade do juiz à observância do contraditório e ao dever de motivação.

O fato de a atividade do juízo, na prática, resultar em benefício para uma das partes, certo é que em nada afeta a sua imparcialidade. Se, de um lado, as partes atuam no processo visando a proteger um interesse próprio, o juiz exerce um dever público de descoberta da

¹⁹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juiz e a prova*. Revista de Processo, nº 35. São Paulo: Ed. RT, julho-setembro de 1984, p. 180.

¹⁹⁹ JORGE, Nuno de Lemos. *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. op. cit., p. 64.

²⁰⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 163.

verdade, na sua árdua tarefa de realização da justiça. O juiz não substitui a parte “no exercício do seu direito subjetivo à prova, antes exercendo um poder diferente, com fins e pressupostos distintos”²⁰¹.

Em suma, a atividade probatória do juiz sofre limitações nos requisitos legais e nas garantias das partes, como a da imparcialidade do tribunal, do direito ao contraditório e do direito à fundamentação das decisões judiciais. A ofensa a qualquer um desses dispositivos poderá ser discutida em sede de recurso.

Pacificado que o uso dos poderes instrutórios do juiz, de modo adequado e dentro dos limites impostos, não afeta a imparcialidade do tribunal, respondido, assim, o terceiro questionamento, passamos a um quarto problema: o juiz pode substituir a parte negligente na sua tarefa instrutória, valendo-se dos seus poderes de direção? Como deve atuar o tribunal diante do requerimento da parte para que o juiz use os seus poderes instrutórios?

A questão aqui é um pouco mais complexa. A linha que separa o papel das partes na produção probatória e a posição que o magistrado assume é muito tênue, por vezes, confundindo-se. Primeiro, relembramos que são as partes quem têm, *a priori*, a tarefa de instruir o processo, de modo a propiciar ao juiz o mais amplo material probatório. O juiz costuma valer-se dos seus poderes instrutórios nos casos em que o processo efetivamente necessita, quer seja para auxiliar as partes, possibilitando a produção de determinada prova, retirando o seu obstáculo, quer seja para clarificar algum fato, oficiosamente. Quando nem as partes nem a atividade judicial forem capazes de retirar o juiz do estado de dúvida, o julgamento deverá basear-se nas regras sobre ônus da prova.

A partir disso, percebemos que as partes e o magistrado assumem posições diferentes no processo, mas, por vezes, complementares. O magistrado não deve utilizar-se dos seus poderes instrutórios para suprir a negligência ou deficiência probatória da parte. Se esse fosse o seu papel, sempre que algum litigante não se satisfizesse, por exemplo, com uma prova pericial, requisitaria ao juiz que utilizasse seus poderes instrutórios para determinar a realização de outra com um perito mais conceituado. Não é assim que as situações devem se dar.

O juiz não é instrumento das partes ao longo da instrução processual, de modo algum. Como dissemos, sua tarefa é facilitar o esclarecimento da verdade e, não ser usado como marionete ao bel prazer das partes.

²⁰¹ JORGE, Nuno de Lemos. *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. op. cit., pp. 67 – 68.

Por outro lado, também não podemos negar que é lícito às partes elaborar requerimentos ao juiz, solicitando o uso de seus poderes instrutórios. Não é o fato de a parte ter sugerido que apaga o dever de providenciar pela prova necessária. Por vezes, analisando as peculiaridades do caso, notadamente quando haja necessidade e relevância na prova a ser produzida e ao esclarecimento da verdade, não existe qualquer óbice para que o juiz acate o pedido de um dos litigantes e determine a sua produção.

Como bem assenta Nuno de Lemos Jorge, “é este o difícil equilíbrio a gerir: demasiadas concessões às sugestões probatórias das partes podem transformar o juiz num instrumento de uma (ilícita) fuga aos ônus probatórios das partes; demasiada insensibilidade às pretensões de uso, pelo juiz, dos seus poderes instrutórios podem implicar o incumprimento do poder-dever previsto n.º 3 do art. 265^o”²⁰². Assim, para ele, sempre que for a parte culpada por negligenciar os seus deveres de proposição da prova, será irrazoável impor ao tribunal o suprimento dessa falta. Afinal, “se não fosse assim os julgamentos eternizar-se-iam...!!!”²⁰³.

Desta forma, o uso dos poderes instrutórios do juiz deve impor-se quando se mostre relevante para a formação da convicção do tribunal e deve ser decorrente da própria instrução da causa, dos próprios elementos do processo. Lembre-se que, por um lado, o juiz tem um compromisso com a celeridade processual e, por outro, também o tem com a justa composição do litígio. Assim, sempre que entender que a prova sugerida pela parte é necessária e útil para esclarecer algum fato, deve o juiz acatar tal requerimento. Em todos os outros casos, deverá negá-lo.

Haveria ofensa ao princípio constitucional da celeridade a iniciativa probatória que acarretasse demora excessiva, devendo o processo terminar em prazo razoável. “Se a produção da prova mostrar-se inviável ou ineficaz, deve o juiz contentar-se com o conjunto probatório existente nos autos e decidir com fundamento no juízo de probabilidade ou segundo as regras de distribuição do ônus da prova”²⁰⁴.

Passamos ao quinto – e último – problema no que diz respeito ao uso dos poderes instrutórios do juiz: o magistrado exerce tais poderes na condição de autoridade do Estado no processo ou o exerce com autoritarismo?

A respeito do tema, não podemos deixar de citar o trabalho elaborado por Luis Correia de Mendonça – embora não tenhamos a mesma visão do fenómeno – intitulado de “Vírus

²⁰² O artigo referido é o do recentemente revogado Código de Processo Civil, correspondente ao atual 411º do NCPC. Idem, pp. 69 – 70.

²⁰³ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 10-03-2005, proferido no processo n.º 69/05-2, sob a relatoria de Bernardo Domingos, também citado por Nuno de Lemos Jorge.

²⁰⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. op. cit., pp. 165 – 166.

autoritário e processo civil”, publicado pelo primeiro editorial da revista JULGAR, em 2007, ainda sob a égide do CPC de 1995/1996. Neste trabalho, o autor parte de uma evolução histórica do processo civil pautada no papel do juiz autoritário, advindo de uma ideologia facista. Assim, encontra influência da citada ideologia no CPC de 1939, com a concepção do juiz autoritário. Para ele, esse papel foi reforçado com a acentuação dos poderes inquisitórios e de discricionariedade do juiz com a reforma do CPC em 1995/1996²⁰⁵.

Adepto de uma concepção mais liberal do processo, entende o autor que o excesso de poderes inquisitórios ao juiz leva à quebra de sua imparcialidade, em decorrência do papel autoritário que assume. Correia de Mendonça também reputa utopia acreditar num processo civil no qual as partes colaboram com o juízo na solução do litígio, tendo em vista que não existe “espírito de colaboração entre as partes na processualização de um conflito”. O autor perfila a doutrina denominada de *garantismo judicial*, onde o juiz funciona como um *juiz garante* ou *juiz guardião*.

Adotando uma postura mais conciliadora, também em artigo publicado na revista JULGAR, Mariana França Gouveia tece inúmeras críticas à reforma do CPC de 1995/1996. Todavia, no que concerne à aplicação ao magistrado civil do princípio da cooperação, assenta que “na sociedade democrática em que vivemos não se pode admitir uma justiça autoritária, que subjuga o interesse privado a uma ideia pública de verdade; mas também não pode admitir-se uma justiça autista, que abstrai em absoluto da realidade, do mundo, da sociedade em que se integra para julgar ação como se de uma ilha se tratasse”²⁰⁶.

Sendo assim, conclui a autora que, em nenhuma perspectiva de processo cooperativo, pode-se falar de autoritarismo. Muito pelo contrário, “uma magistratura obrigada pela colaboração é a concretização de uma justiça próxima do cidadão, de uma justiça ao seu serviço. Uma justiça de igualdade entre todos os homens, independentemente de sua posição concreta”²⁰⁷.

É com base nas citações de Gouveia e em tudo que expusemos neste tópico dissertativo que entendemos que o magistrado utiliza seus poderes instrutórios dentro de certos limites impostos a ele. Como dissemos, o seu uso não é irrestrito. Só poderá exercê-lo, por exemplo, quanto aos fatos de que lhe é lícito conhecer, quais sejam, os fatos principais.

²⁰⁵ MENDONÇA, Luis Correia de. *Vírus autoritário e processo civil*. JULGAR, nº 1, janeiro – abril de 2007, pp. 67 – 98.

²⁰⁶ GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil em defesa do cidadão*. JULGAR, nº 1, janeiro – abril de 2007, p. 55.

²⁰⁷ Idem, p. 56.

Desta forma, tais poderes servem para auxiliar o juízo na busca da verdade, assumindo um comportamento ativo e cooperativo no processo.

São as partes que trazem ao tribunal uma versão dos fatos. Estas mesmas partes, bem como toda a sociedade, indiretamente, carecem de uma decisão justa. O juiz é a face da autoridade do Estado no processo, ninguém melhor que ele, na condição de autoridade que assume, para investigar a verdade e esclarecer os fatos, repita-se, aqueles que lhes sejam lícitos conhecer. Nesse diapasão, não há o que se falar em autoritarismo em um processo judicial sob a ótica cooperativa e com limites quanto à atuação jurisdicional.

Sendo assim, resume com exatidão Lemos Jorge que o dever instrutório do juiz é “um poder que, em vez de irromper descontrolado contra as partes, desce pelos socalcos previsíveis e controláveis do processo dá-nos a imagem de fundo deste estudo, sobre a qual sobressai a função de um juiz participante, mas não parcial; inquiridor, mas não inquisidor; com autoridade, mas sem autoritarismo”²⁰⁸.

Pois bem, por tudo que já debatemos, podemos concluir que o modelo português de direito processual nem é adversarial nem inquisitorial: Portugal consagra o processo civil cooperativo. Foi exatamente o redimensionamento do princípio do contraditório, que incluiu o órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um sujeito passivo, que permitiu tal solução. O novo modelo, por um lado, desgarrou-se do processo liberal dispositivo, deixando a condução do processo de ser monopólio das partes. Tampouco se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo, com protagonismo do órgão jurisdicional. Busca-se uma condução cooperativa, sem protagonismos, com as partes e o órgão jurisdicional assumindo posições simétricas²⁰⁹.

Para além, não há dúvidas de que o princípio do inquisitivo e o novo papel do órgão jurisdicional no processo, que assume, ao lado das partes, uma autorresponsabilidade probatória, dá suporte à aplicação da teoria da carga dinâmica da prova. É exatamente por gozar de deveres instrutórios que o juiz deve, sempre que exigirem as peculiaridades do caso, atendendo às circunstâncias do processo, flexibilizar as regras estáticas e aplicar a teoria do ônus dinâmico da prova. Se a tarefa cardeal do magistrado é julgar o processo com justiça, ele encontra na nova teoria um instrumento capaz de auxiliá-lo nessa difícil missão.

²⁰⁸ JORGE, Nuno de Lemos. *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. op. cit., p. 84.

²⁰⁹ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. op. cit., pp. 46 – 47.

4.3.2 O Princípio da Isonomia Processual e o Direito ao Contraditório

Já afirmamos, no segundo capítulo, que, de acordo com o princípio da isonomia ou igualdade de armas, os litigantes devem receber tratamento processual idêntico. Como bem sustentou Teixeira de Sousa, *as partes devem possuir os mesmos poderes, direitos, ônus e deveres, de tal forma que haja igualdade entre as partes e delas perante o tribunal*²¹⁰.

A igualdade processual assegura às partes a isonomia de tratamento ao longo do processo, devendo ambos ter as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais na defesa de seus direitos.

É muito comum que se diga que o processo é uma luta, por isso, diz-se que as partes devem estar em combate com as mesmas armas, para que lutem em pé de igualdade. O conceito de *paridade de armas* advém dessa ideia de que o procedimento proporcione às partes as mesmas armas para a luta²¹¹.

Em que pese ser comum esta comparação, não a achamos adequada numa visão moderna de processo cooperativo. Já defendemos, ao longo deste trabalho, que o processo deve ser visto atualmente como um meio eficaz que facilite a busca pela verdade. As partes e o tribunal devem atuar em conjunto para que se alcance a tão almejada justa composição do litígio. Sendo assim, a principal tarefa das partes não é vencer o processo, mas sim participar ativamente num procedimento cooperativo que proporcione a realização de um direito aquele que o detém, efetivamente.

A ótica do processo civil como um combate é herança de uma visão liberalista do direito. A guinada do processo para uma concepção social do fenômeno permite-nos afirmar que entendê-lo como um campo de batalha é cometer um erro crasso e anacrônico. Isso não significa dizer que não deve ser assegurada a isonomia processual às partes, muito pelo contrário, essa deve ser uma busca incessante, uma meta basilar do processo.

O princípio da igualdade processual encontra previsão legal no artigo 13º da CRP ao dizer que *todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei*. Em atenção à diretriz constitucional, o legislador foi prudente ao introduzir tal princípio como fundamental do processo, ao lado do acesso à justiça, do contraditório, da cooperação, etc. O artigo 4º do NCPC (artigo 3º - A do CPC revogado) fala que é dever do tribunal assegurar um estatuto de *igualdade substancial entre as partes*.

²¹⁰ Nota nº 74.

²¹¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Vol 1. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 44.

Percebam, desde logo, que a aplicação cega da regra do artigo 342º do CC pode levar a um flagrante desequilíbrio processual entre as partes. A tão defendida previsibilidade do procedimento, nesse caso específico de aplicação das regras que distribuem o ônus da prova, por vezes, tem levado a uma quebra de isonomia entre as partes. Não significa dizer que só poderemos garantir a igualdade processual se aplicarmos uma regra já existente, muito pelo contrário. Por vezes, o trabalho do juiz deve ser exatamente o de afastar a incidência de determinada norma para que se alcance a efetiva igualdade substancial. A meta do órgão jurisdicional é colocar os contendores sempre em condições de igualdade, mesmo que, para isto, tenha que flexibilizar a incidência de determinada norma, permitindo que aquele que possua um direito faça-o prevalecer.

É que o princípio da isonomia foi inserido entre os princípios fundamentais do processo, exatamente para que servisse de norte ao magistrado na aplicação do direito ao caso concreto. Não basta que se atinja uma igualdade formal, uma igualdade prescrita em lei, mas, sim, uma igualdade substancial, concreta e real entre os litigantes. O que se tem que evitar é o desequilíbrio processual entre eles.

Pertinente destacarmos que, por vezes, em decorrência de peculiaridades de cada caso, a isonomia processual não significa “uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes de um mesmo processo e nem, necessariamente, uma simetria perfeita de direitos e obrigações. O que conta é que as diferenças eventuais de tratamento sejam justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio global em prejuízo de uma das partes”²¹².

É nesse contexto que se mostra relevante a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova. Se é permitido ao juiz o uso de iniciativas probatórias para garantir a igualdade substancial entre os litigantes, não pode haver motivos para que essa mesma igualdade não se reflita no campo do ônus probatório.

Não coadunamos com o pensamento de que os poderes instrutórios do juiz não são concebidos como meios de promover a igualdade substancial entre as partes²¹³. É exatamente o contrário. O juiz deve utilizar os seus poderes instrutórios, em matéria de prova, para reequilibrar a situação das partes²¹⁴, de tal forma que imponha o ônus de provar àquele que possuir melhor condição de fazê-lo com menor transtorno ou inconveniente.

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 256.

²¹³ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*. op. cit., pp. 43 – 44.

²¹⁴ Resguardando o “dever de gestão processual”, à luz do artigo 630º do NCPC, via de regra, *não admitem recurso os despachos de mero expediente nem os proferidos no uso de um poder*

Parece-nos que também é esse o posicionamento assumido por Lebre de Freitas, pois o referido autor entende que o magistrado deve levar em conta as distinções intrínsecas às posições que as partes assumem no processo, assim como a natureza do litígio, utilizando seus poderes instrutórios no intuito de assegurar a igualdade de condições entre os litigantes²¹⁵.

Se a iniciativa probatória do juiz é amplíssima, na busca da verdade e da justa composição do litígio, pois é feita no interesse público de efetividade da justiça, o mesmo se pode dizer em relação a sua tarefa de distribuição do encargo probatório. Pensar de forma diferente é ideia antitética.

O ideal de isonomia não será alcançado quando as partes que dele se beneficiam não se encontram em condições de igualdade²¹⁶. É por isso que a aplicação da teoria da carga dinâmica pressupõe uma situação de desigualdade entre os litigantes. Esse desequilíbrio “deve ser transcendente em relação às possibilidades probatórias. Uma parte se posiciona com dominante poder de apresentação de provas diante de outra que, sendo inferior, está impedida de produzi-la”²¹⁷.

Em decorrência dessa situação de superioridade de uma parte perante a outra, no intuito de reequilibrar a relação processual, devolvendo o tratamento igualitário às partes, é que a teoria da prova compartilhada mostra-se como importante arma no combate à desigualdade probatória. Como o objetivo é recolocar as partes em equilíbrio processual, no uso de seus poderes instrutórios, o magistrado deve flexibilizar as regras estáticas de distribuição dos encargos probatórios sempre que uma delas mostrar-se em condição privilegiada em relação ao material probatório ou em relação à parte contrária.

Dinamizar a distribuição do encargo probatório não significa que haja qualquer afronta ou ofensa ao princípio do contraditório. Aliás, o princípio da isonomia processual das partes deve ser analisado conjugado com o princípio do contraditório. O processo civil deve buscar sempre o contraditório material, não podendo contentar-se com um contraditório meramente formal.

discricionário (art. 630º, nº 1). Todavia, apenas serão recorríveis no caso de *contenderem com os princípios da igualdade ou do contraditório, com a aquisição processual de factos ou com a admissibilidade de meios probatórios* (artigo 630º, nº 2). Percebam que os poderes instrutórios não podem ser utilizados pelo juiz para afrontar a igualdade processual entre os litigantes, todavia, se o seu uso for no sentido de assegurar tal igualdade, não há qualquer empecilho que o proíba, exceto os que afrontem o nº 2 do artigo 630º.

²¹⁵ FREITAS, José Lebre de. *A igualdade de armas no direito processual civil português*. Revista O Direito, nº 124. Lisboa: Associação Promotora de O Direito, 1992, p. 621.

²¹⁶ WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatorias dinámicas*. op. cit., p. 65.

²¹⁷ BARBERIO, Sergio José. *Cargas probatorias dinámicas: ¿qué debe probar el que no puede probar?* op. cit., p. 105.

Sobre o tema, manifesta-se com brilhantismo Nelson Nery Jr., quando assenta que “o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o de defesa são manifestação do princípio do contraditório”²¹⁸.

Desta forma, a decisão que dinamiza o ônus da prova deve ser feita à luz da garantia do contraditório, uma vez que é tomada com fundamentos de acesso à justiça, efetividade do processo, cooperação entre as partes e o órgão jurisdicional, por força do princípio inquisitivo e nos limites do princípio dispositivo e, também, no intuito de reequilibrar a igualdade processual dos litigantes.

Se o diálogo passa a ser o elemento indispensável na construção da decisão judicial, na qual as partes e o juiz estão, conjuntamente, comprometidos na busca da justa composição do litígio, necessário permitir às partes, por meio do debate, a possibilidade de influenciar diretamente na construção das decisões judiciais.

Para que se devolva o caráter isonômico ao processo, o magistrado, no seu prudente arbítrio, sempre que entender pela inaplicabilidade da regra geral do artigo 342º do CC e pela utilização da teoria da carga dinâmica da prova, onerando a parte inicialmente desobrigada, deverá submeter tal decisão ao contraditório das partes. Só assim não haverá ofensa ao devido processo legal.

Será sob esta ótica que analisaremos o momento mais adequado para que o juiz aplique ao caso concreto as regras que dinamizam o ônus da prova.

4.4 O Adequado Momento da Dinamização do Ônus da Prova

Um dos temas mais palpitantes e problemáticos da teoria da carga dinâmica da prova relaciona-se com o adequado momento ou fase processual para que o juiz se pronuncie acerca da dinamização dos ônus probatórios. O que se pode afirmar, categoricamente, é que doutrina e jurisprudência têm tomado rumos divergentes, não havendo qualquer consenso sobre o tema.

²¹⁸ NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1999, p. 128.

É comum encontrarmos opiniões atestando que a decisão que modifica o ônus da prova deve ser tomada, preferencialmente, quando da sentença; outros sustentam que o momento adequado seria antes da fase instrutória, preferencialmente na audiência preliminar, na fase de saneamento do processo.

Dentre os maiores defensores da tese de que é na sentença o momento processual mais adequado para que seja aplicada a teoria da carga dinâmica estão os doutrinadores argentinos. É comum, neste país, encontrarmos textos que entendem o fenômeno a partir da ideia de que as regras sobre ônus da prova são regras de julgamento, pois servem primordialmente para orientar o juízo quando diante de um *non liquet* em matéria de fato.

Influenciados por essa perspectiva, sustentam que o magistrado não poderia dinamizar o ônus da prova em momento anterior a sentença, pois estaria pré-julgando os fatos alegados, outrossim, pelo fato de o magistrado não ter como saber, antes da sentença, se o material probatório produzido pelas partes foi ou não suficiente para convencê-lo²¹⁹.

De toda a doutrina desenvolvida na Argentina, talvez seja esse o seu *calcanhar de Aquiles*. Parece-nos que é este o ponto mais frágil de toda a teoria, palco de inúmeras críticas. A maior delas afirma que a dinamização no momento da sentença afrontaria de morte a garantia fundamental do contraditório, entre outros princípios processuais, uma vez que tal decisão tomaria a parte inicialmente desonerada de surpresa, gerando uma insegurança jurídica para toda a sociedade e ferindo o próprio interesse público “na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça”²²⁰.

Para rebater tal crítica, sustenta Lépori White que a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova no momento da sentença não pode causar surpresa a nenhuma das partes, notadamente pelo fato de que tal decisão sanciona a má-fé, malícia, abuso ou falta de lealdade ou probidade de uma das partes. O tribunal atua e se preocupa em manter a igualdade das partes. Mais ainda, afirma a autora que, desde 1957, ano em que se viram as primeiras demonstrações da doutrina naquele país, nenhum litigante pode alegar surpresa em uma decisão que aplique a teoria da carga dinâmica²²¹.

²¹⁹ CARPES, Arthur. *Ônus Dinâmico da Prova*. op. cit. p. 39

²²⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório*. Disponível em: «<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir1.htm>» Acesso em 15 de novembro de 2013.

²²¹ WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatorias dinámicas*. op. cit., p. 73. No mesmo sentido temos: BARBERIO, Sergio José. *Cargas probatorias dinámicas: ¿qué debe probar el que no puede probar?* op. cit., pp. 105 – 106; PEYRANO, Jorge W. *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 88 – 91; e FAURE, Miryan Balestro. *La dinámica de las cargas probatorias: una proyección del principio que prohíbe abusar de*

Em que pese a força dos argumentos dos que defendem a aplicação da teoria da carga dinâmica no momento da sentença, parece-nos falho tal posicionamento. É que defendemos, ao longo de todo este trabalho, que a teoria da carga dinâmica encontra fundamentação no respeito ao contraditório, no processo cooperativo, na isonomia processual, na efetividade, no acesso à justiça e tantos outros princípios. Todavia, a nosso ver, a sua aplicação no momento da sentença afrontaria boa parte destes princípios fundamentais do processo.

Em primeiro lugar, temos que ter em mente que o processo atual é assente numa visão cooperativa. O dever de cooperação surge para as partes e para o órgão jurisdicional, no qual todos devem cooperar entre si. Nesse sentido, a decisão que flexibiliza o ônus da prova não tem caráter punitivo, muito pelo contrário, o seu caráter é cooperativo.

Assim, se não for dado o direito da parte que restou onerada pela dinamização de influenciar na decisão jurisdicional, quer seja desincumbindo-se de tal ônus, quer seja provando ao tribunal que não detém melhores condições, estaremos também relegando tudo que defendemos acerca do direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, o que é inadmissível.

O mesmo poderá ser dito em relação ao princípio da isonomia. Se a técnica que dinamiza o ônus da prova visa a restabelecer o equilíbrio processual das partes, tal tarefa não pode inverter tal desequilíbrio. Se antes uma das partes se encontrava em condição de inferioridade em relação à outra na produção probatória, agora, a parte inicialmente desonerada ver-se-ia totalmente impossibilitada de livrar-se de tal ônus. A crítica sobre a ideia de dinamizar o ônus da prova no momento da sentença é irrefutável.

Há clara violação do dever de colaboração do tribunal com as partes, notadamente pelo descumprimento do seu dever de prevenção acerca das deficiências processuais e do seu dever de providenciar pela remoção do obstáculo que condiciona o eficaz cumprimento de um ônus ou dever processual (artigo 7º, nº 4 do NCPC).

Por tudo que já dissemos, o perigo de dinamizar o ônus da prova no momento da sentença é criar um ônus impossível de ser cumprido pela parte. Nesse caso, no lugar de flexibilizar as regras rígidas tradicionais que distribuem o ônus da prova, inversamente, estaríamos criando outra regra rígida e estática, o que não se concebe. Se a carga deixa de ser dinâmica e volta a ser estática, a teoria certamente perderá, além da sua essência, a própria razão de existir.

Por isso mesmo que, em sentido contrário, parte da doutrina propaga que o melhor momento para a aplicação da técnica da prova dinâmica se dá quando da audiência preliminar, antes da fase instrutória²²².

O que se defende aqui é garantir às partes a possibilidade de influenciar a decisão judicial. Se a decisão que dinamiza o ônus da prova acontece em momento anterior à instrução probatória, significa dizer que as partes, já desde o início do processo, têm ciência do ônus probatório que suportará. Cientes disso, elas decidirão que postura adotar ao longo do processo, não podendo alegar surpresa em eventual decisão desfavorável para si.

É, sem dúvida, na audiência preliminar que o juiz e as partes têm um primeiro diálogo cooperativo, de modo que, por vezes, a posição privilegiada de um litigante perante o outro já pode ali ser percebido.

Também há de ser dito que, para além de ser regra de julgamento, a finalidade do ônus da prova é orientar e embasar a atividade das partes no curso da instrução, de modo que ambos os sentidos sejam igualmente importantes dentro da noção de ônus.

Garante-se a transparência do procedimento, a isonomia processual e o direito ao contraditório, de tal forma que a dinamização em momento anterior à fase probatória possibilita às partes o cumprimento dos seus encargos, sem que sejam pegos de surpresa. Incentiva-se a efetiva produção da prova, sem jogos, de modo cooperativo.

Cristalina a lição de Suzana Cremasco quando assenta que, “se há uma regra de distribuição do ônus da prova previamente estabelecida, da qual as partes têm conhecimento, na qual acreditam, uma vez afastada a sua incidência no caso concreto, as partes devem ser necessariamente alertadas pelo julgador de qualquer mudança que porventura venha a ocorrer em relação a ela, de forma a não serem surpreendidas na sentença e, o que é mais grave, não tenham sequer a oportunidade de produzir a prova e cumprir com o encargo processual”²²³.

Vislumbramos que a tarefa de flexibilizar as regras sobre ônus da prova já na audiência preliminar, no despacho saneador e após ele, pode encontrar suporte na análise conjugada dos artigos 591º, nº 1, als. d) e f), 595º e 596º, nº 1. É que, sempre que a ação tiver que prosseguir, o juiz, após o despacho saneador, *profere despacho destinado a identificar o objeto do litígio e a enunciar os temas de prova*.

Vejam que, nesta mesma audiência, tenta-se obter a conciliação, decide-se sobre a matéria de fato e enunciam-se os temas da prova. Se é nesta oportunidade que se delimita a

²²² Nesse sentido Roland Arazi, Fredie Didier Jr., Luiz Guilherme Marinoni, Danilo Knijnik, Artur Carpes, Suzana Santi Cremasco, Graziella Ambrosio, etc.

²²³ CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. op. cit., p. 90.

instrução a ser feita, sugere-nos que ali também possa ocorrer a decisão que altera o ônus da prova.

Sendo assim, compreendemos que o melhor momento para que se opere a dinamização do ônus da prova é no início da fase instrutória, na audiência prévia, no mesmo momento em que o juiz fixa os temas de prova e determina quais provas serão produzidas, devendo aí ficar assentado quem deverá provar o quê.

Esse entendimento também começa a ecoar na Argentina. O próprio Peyrano, no artigo *Nuevos Lineamentos de las Cargas Probatorias Dinámicas*, já defende que “seria conveniente tomar o cuidado de alertar às partes acerca de que as circunstâncias do caso fazem que tal ou qual litigante deva suportar um esforço probatório especial, distinto e superior ao que surge do reparto normal e corrente do *ônus probandi*”²²⁴.

Não obstante, termos feito uma defesa aguerrida de que o melhor momento para flexibilizar o ônus da prova é na audiência prévia, o que não significa dizer que só poderá ser feito nesta oportunidade. No que concerne ao tema, o que importa não é o fato de haver mudança de ônus probatório, mas, sim, que essa mudança seja pautada no respeito aos direitos processuais dos litigantes, é dizer que se respeite o contraditório e a isonomia processual.

Desta forma, imaginemos a situação do órgão jurisdicional, depois de encerrada a fase de instrução, perceber que o processo comporta a mudança do sujeito onerado com a prova, para que se atinja a verdade real. Diante desta constatação, deverá fazê-lo, desde que possibilite à parte que recebeu o ônus a oportunidade de produzir a prova destinada a cumprir tal desiderato. Esse pensamento serve, independente do momento processual, quer seja quando da sentença ou até mesmo em grau de recurso, o que importa é que o magistrado sempre fundamente a sua decisão que dinamiza o ônus da prova e submeta-a ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal.

Em última nota sobre o tópico, salientamos que tanto as partes podem requerer ao juízo que dinamize o ônus da prova, em qualquer fase do processo, devendo comprovar a melhor condição do seu opositor, como também o próprio órgão jurisdicional pode fazer de ofício. Já defendemos, no tópico 4.3.1, que a utilização dos poderes instrutórios do juiz não afeta a sua imparcialidade nem viola a garantia de defesa das partes, desde que o faça dentro dos limites estabelecidos em lei.

²²⁴ PEYRANO, Jorge W. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*. op. cit., p. 24.

4.5 Consagração da Teoria da Carga Dinâmica no Exterior

No campo doutrinário e jurisprudencial, a doutrina da carga dinâmica tem sido debatida nos mais diversos países. Na verdade, quando se trata de ônus da prova, a discussão acerca da maneira mais adequada de distribuí-lo no processo entre as partes é muito antiga e inquieta os mais brilhantes processualistas desde tempos remotos. Todavia, no campo legislativo, a história é um pouco diferente.

Podemos dizer que, no campo doutrinário, a discussão acerca da dinamização do encargo probatório é cada vez mais comum mundo afora, com numerosos adeptos. No campo jurisprudencial, a sua aceitação já é um tanto mais restrita. Já no campo legislativo, são poucos os países que já positivaram a teoria do ônus dinâmico da prova em seus ordenamentos.

Passaremos a expor alguns países que lograram positivar em seus códigos a doutrina da carga dinâmica. Não temos a pretensão, neste tópico, de citar todas as legislações acerca do tema, muito pelo contrário, o que se pretende é mostrar ao leitor que o novo enfoque em matéria de direito probatório tem ganhado cada vez mais adeptos, sendo a sua expansão uma tendência do processo civil moderno.

Como não podia ser diferente, começaremos por analisar a legislação argentina, tendo em vista que foi neste país que a doutrina ganhou os contornos que discutimos, exaustivamente, ao longo deste trabalho.

Em que pese o pioneirismo dos argentinos, o CPCCN – Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –, em seu artigo 377º, ainda mantém a distribuição estática do ônus da prova. Todavia, por proposição de María del Carmen Falbo, procuradora geral da Suprema Corte de Justicia bonaerense, tramita no congresso uma proposta de reforma do citado artigo para que passe a adotar a teoria da carga dinâmica, assim como tem sido feito em diversas províncias da Argentina²²⁵.

²²⁵ O Artigo 377º encontra-se assim redigido: “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio”. O projeto de lei 1041 – D – 04 propõe o acréscimo do seguinte trecho: “Si las **circunstancias especiales del caso** lo justifican, **el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa, o de haber actuado con diligencia**, ponderando **cuál de las partes está en mejor situación para aportarla**. Esta resolución **deberá dictarse con anterioridad a la audiencia** prevista en el artículo 360 de este Código y notificarse personalmente para que en el plazo de cinco días ofrezcan las probanzas pertinentes”. Desta forma, o processo civil e comercial argentino passaria a adotar a teoria da carga dinâmica em sua legislação nacional.

Se o código nacional de processo ainda não positivou a teoria, diferentemente, como dissemos, diversas províncias argentinas já o fizeram, de modo que a doutrina da prova compartilhada encontra-se em plena vigência, por exemplo, nos códigos das seguintes províncias: La Pampa, em seu artigo 360º; Formosa, no artigo 374º; Corrientes, no artigo 377º; e Tierra del Fuego, no artigo 375º. Outras províncias já dispõem de projetos de lei no mesmo caminho, como as de Buenos Aires, Mendoza, Chubut e Santa Fe²²⁶.

Do mesmo modo, no campo jurisprudencial, a teoria da carga dinâmica da prova vem sendo propagada nas mais diversas questões, como: responsabilidade civil por ato médico; responsabilidade bancária; direito laboral; direito comercial; em matéria de seguridade social; matéria contratual; penal; danos e prejuízos, etc.²²⁷.

Noutra codificação sobre o tema, no país vizinho, a teoria da carga dinâmica foi positivada no Uruguai por força do artigo 139º do *Código General de Proceso*. Importante destacarmos que, neste país, vigora uma regra clássica de distribuição do ônus da prova semelhante a nossa regra do artigo 342º do CC, contudo, em decorrência do artigo 139.2, possibilitou-se a sua flexibilização a partir da análise do caso concreto. O legislador uruguaio, como pensamos, foi bem ao positivar a norma de modo adequado e condizente com a nova realidade processual²²⁸.

Na Europa, o legislador espanhol foi pioneiro ao adotar a teoria da carga dinâmica da prova no artigo 217 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Lei 1/2000), alterada pela Lei 3/2007²²⁹.

²²⁶ Um interessante e dedicado estudo da legislação argentina sobre o tema ônus da prova, poderemos encontrar em VARGAS, Abraham Luis. *Cargas probatorias dinámicas: sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos*. In: *Activismo y Garantismo Procesal*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. 2009. Versão digital ampliada disponível em: «<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas>» Acesso em 26 de abril de 2012. Nesta mesma obra, podemos analisar a íntegra dos artigos das províncias argentinas em que já vigora a doutrina dinâmica da prova, bem como os projetos de lei de outras províncias sobre o tema.

²²⁷ Compilação de jurisprudência agrupada em Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 549 – 599.

²²⁸ Artículo 139. **Carga de la prueba**. 139.1 Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión. 139.2 *La distribución de la carga de la prueba* no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme *con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba*.

²²⁹ Artículo 217. **Carga de la prueba**. 1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. 2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior. 4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita

De fato, o que a Espanha fez foi positivar o que já vinha sendo reconhecido pela jurisprudência de modo reiterado.

Por força do nº 7 do artigo 217º, as regras que distribuem o ônus da prova devem sempre ser aplicadas, levando-se em conta a *disponibilidad e facilidad probatoria que corresponde a cada una das partes no litígio*.

Voltando à América do Sul, no Brasil, muito embora doutrina e jurisprudência caminhem a passos largos no sentido da aceitação da teoria dinâmica do ônus da prova, a legislação processual ainda distribui o encargo probatório nos moldes das regras clássicas. O artigo 333º do CPC brasileiro, que sofreu inegável influência da doutrina italiana, não diverge muito da regra geral de distribuição do ônus da prova de Portugal.

Não obstante, a teoria tem recebido aplicação pretoriana cada vez mais frequente, uma vez que, apesar de não possuir positivação nos ordenamentos jurídicos daquele país, tem-se feito uma interpretação sistemática de artigos positivados que conferem amplos poderes instrutórios ao juiz (artigo 130 do CPCB), compreendem o processo sob o prisma cooperativo (artigo 339 do CPCB), reconhecem os princípios constitucionais como fundamentais do processo (acesso à justiça, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, efetividade, isonomia, etc.) e, por fim, permitem ao magistrado anular a convenção sobre ônus da prova quando torna o exercício do direito de uma das partes difícil ou impossível (artigo 333º, § único, inciso II).

Impulsionado pelo desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, tramita atualmente, na Câmara dos Deputados do Brasil, o Projeto de Lei nº 8.046/2010²³⁰, o qual versa sobre a reforma e instituição de um Novo Código de Processo Civil, que, dentre outras inovações, consagra a doutrina da carga dinâmica em seu artigo 358º, assim redigido:

Art. 357. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente. 5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. 6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes. **7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.** (grifo nosso)

²³⁰ A íntegra do PL 8.046/2010 está disponível em: «http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E21CAB5CCB3911FFA8F94E006F435AE7.node1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010». Acesso em 28 de novembro de 2013.

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Como percebemos, a provável legislação brasileira consagrará a teoria da carga dinâmica em seu ordenamento, baseando-a em alguns preceitos: uso como regra excepcional; necessidade de decisão fundamentada; respeito ao princípio do contraditório; adoção ao modelo cooperativo de processo, etc.

Além do Brasil, outros países da América do Sul e Central também já dispõem de anteprojetos que alteram as regras de distribuição do ônus da prova, adequando-os às necessidades de flexibilização dos modelos clássicos, em determinados casos concretos, por exemplo: o Peru (artigo 282º do CPCC); Paraguai (artigo 116º do CPC); Colômbia (artigo 164º do CGB); Chile (artigo 14º do CPC); Guatemala (artigo 148º do CPCC); Costa Rica (artigo 41º do CPC)²³¹.

Pois bem, feita essa pequena análise de algumas legislações estrangeiras acerca do tema, passamos a questionar se a teoria da carga dinâmica da prova pode ser utilizada pelos pretores portugueses, mesmo sem positivação expressa, ou, inversamente, se a falta de lei específica inviabiliza a sua adoção; se há possibilidade de aceitação da doutrina no modelo português; se existe algum obstáculo que impede o seu uso.

4.6 A Possibilidade de uma Distribuição Flexibilizada do Ônus da Prova no Ordenamento Jurídico Português: Inexistência de Obstáculos a sua Aplicação

A partir de agora, faremos uma análise sistemática e criteriosa da legislação constitucional, processual e civil portuguesa, para que possamos tomar posição se o nosso

²³¹ VARGAS, Abraham Luis. *Cargas probatórias dinâmicas: sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos*. op. cit., tópico 13.3 dos nºs 3 a 8.

ordenamento comporta a adoção da teoria da carga dinâmica da prova, se as normas vigentes guardam compatibilidade com a doutrina e permitem, desde já, o seu uso.

Fixadas as premissas básicas a respeito do novo método de distribuição do *onus probandi*, revela-se curial argumentarmos de que modo o magistrado poderá superar os preceitos do artigo 342º do CC, para que lhe seja permitido usufruir de uma técnica distinta de repartição dos esforços probatórios no sistema português.

Dissemos, já no início deste trabalho, ao defendermos o conceito jurídico do vocábulo prova, que a sua concepção está intrinsecamente ligada à ideia de busca da verdade, de perquirição. Também expusemos que, em decorrência de uma terceira “onda” do conceito de acesso à justiça, o escopo principal do processo, a sua finalidade mais básica, é servir de instrumento para a concretização de um direito, ou seja, o processo deve ser o meio pelo qual a justiça efetiva é atingida com a solução correta dos litígios.

Ora, se o próprio artigo 20º da CRP consagra o acesso à justiça como um dos pilares do Estado democrático de direito, devemos compreendê-lo em toda sua plenitude e amplitude. Há efetiva necessidade de um processo engajado na busca pela verdade, lastreado pelo ideal de justiça, não uma técnica meramente formal e, sim, um processo materialmente justo²³².

É sob esse prisma que a técnica rígida e inflexível do artigo 342º do CC mostra-se, por vezes, falha. Não é raro, dada a complexidade e peculiaridade dos casos postos em juízo, depararmos-nos com situações nas quais o modelo abstrato de distribuição dos ônus probatórios não logra em solucionar o caso concreto com justiça, em decorrência de sua inadequação e da impossibilidade de amoldar-se ao caso. Quando isto acontece, estaremos diante de um processo que, possivelmente, não terá alcançado uma solução jurisdicional externamente legitimada, ou seja, um processo que falhou em sua atividade primária. Foi a partir da constatação deste problema que a doutrina cuidou de encontrar mecanismos para superar tal barreira, sugerindo a adoção de um método dinâmico de distribuição do ônus da prova.

A norma nem sempre é justa, dada a abstração que lhe é típica. Por vezes, podemos nos deparar com uma norma que se oponha ao sistema. Diante desta situação, não devemos nos conformar. É papel da doutrina criar “um conjunto de operações próprias do Direito e que

²³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotado*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 415.

têm em comum o permitir soluções de casos para além do que as fontes vigentes facultariam”. A isto se chamaria *interpretação criativa*²³³.

Não há dúvidas de que a lei nunca conseguirá prever toda e qualquer situação particular que o cotidiano pode apresentar. A norma do artigo 342º também não escapa a esta constatação. Todavia, não é por isso que deve ser expurgada do nosso sistema jurídico, muito pelo contrário, não é isso que se defende. Cumpre-nos reafirmar, para que possamos prosseguir, que a regra geral de distribuição do ônus da prova do sistema português é adequada para solucionar a maioria dos casos e, por isso, deve ser mantida como regra geral. Contudo, para que o ideal de justiça seja alcançado com maior frequência – e por que não dizer sempre – há uma urgente necessidade de flexibilização de tal norma, conferindo maior dinamismo à repartição do ônus da prova.

Nesse sentido, vimos, no tópico 4.3 deste ensaio, que a teoria da carga dinâmica da prova é perfeitamente compatível com os principais princípios fundamentais do direito. Mais que isso, o modelo de prova compartilhada encontra fundamentos e ganha corpo em diversos princípios fundamentais do processo. Se o papel da teoria é permitir o alcance da verdade no processo, significa dizer que a doutrina coaduna-se com o princípio do acesso à justiça (artigo 20º da CRP e 2º do NCPC) e da efetividade, garantindo às partes o seu direito fundamental à prova, de garantia constitucional.

Do mesmo modo, a teoria encontra suporte no princípio da igualdade processual, positivado no artigo 4º do NCPC, que impõe como dever do tribunal assegurar uma igualdade substancial entre as partes. É bom que se diga, aqui, que a compreensão jurídica de igualdade passa também pela ideia de tratar os sujeitos de modo desigual, na medida de suas desigualdades. A regra estática leva, por vezes, a quebra da isonomia entre as partes. Nestes casos, a técnica dinâmica permite que o magistrado altere o ônus da prova no processo para recolocar as partes em equilíbrio processual.

Outro importante mecanismo legal que chancela a adoção da dinâmica probatória em Portugal está registrado nos artigos 6º e 411º do NCPC. Como vimos em tópico anterior, o processo civil português confere amplos poderes instrutórios ao juiz ao longo de toda marcha processual. Mais que uma faculdade, é imposta ao juiz a tarefa de diligenciar em busca da verdade e à justa composição do litígio, devendo, nesse desiderato, utilizar os seus poderes instrutórios tanto para diligenciar de ofício como para providenciar a remoção dos obstáculos

²³³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Vol. 1, 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 779.

com os quais as partes se depararem. Percebemos, de pronto, que a atividade de flexibilizar o ônus da prova é exatamente a utilização pelo magistrado de seus poderes instrutórios.

Com o advento da Lei nº 41/2013, de 26 de junho, o legislador optou por ampliar os poderes instrutórios do juiz, incluindo a dicção “dever de gestão processual”. A reforma processual é permeada de mecanismos que reforçam os poderes de instrução do órgão jurisdicional. A ampliação de tais poderes leva em conta as diversas dificuldades ao longo da instrução da causa e visa a proporcionar ao julgador um material probatório mais amplo. Um processo julgado com aplicação da regra do artigo 342º do CC, além de ser frustrante, tem boas chances de não alcançar um resultado justo.

Barbosa Moreira, ilustre professor, magistrado e processualista brasileiro, escreveu, com o brilhantismo que lhe é habitual, o quão frustrante é julgar um processo com base em regra de distribuição do ônus da prova. Disse ele: “se me apego às famosas regras legais de distribuição do ônus da prova para sentenciar, sem ter antes esgotado todos os meios ao meu alcance para fazer jorrar alguma luz sobre os fatos relevantes, estou me conformando com situação que, para um julgador escrupuloso, constitui verdadeiro drama psicológico: julgar apenas com base nas regras legais de distribuição do ônus da prova. Nunca me conformei com isso e nunca tive nenhum receio de ser considerado parcial”²³⁴.

Desta forma, temos que é perfeitamente adequado que o juiz utilize seus poderes instrutórios para dinamizar o ônus da prova, com respaldo da legislação vigente.

Mais um dispositivo processual que dá amplo suporte à adoção da teoria da prova compartilhada em Portugal, a nosso ver, está positivado nos artigos 7º, 8º, 9º e 417º do NCPC, os quais reforçam a opção do legislador português por adotar um modelo de estruturação do processo cooperativista.

Na melhor dicção do artigo 417º, nº 1, todas as pessoas, sejam ou não partes da causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade. Com o artigo 7º, nº 1, 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. O artigo 8º prescreve o dever de boa-fé processual das partes e o artigo 9º fala sobre o dever de recíproca correção entre os intervenientes do processo.

Nesse contexto, não há como aceitarmos que uma das partes, estando em posição privilegiada em relação à outra, no que concerne à produção de determinada prova, deixe de contribuir com o órgão jurisdicional na busca da verdade dos fatos. O novo modelo processual

²³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A efetividade do processo de conhecimento*. op. cit., p. 134.

e contemporâneo de prova, que se preocupa com o tratamento isonômico das partes, que busca um real acesso à justiça e efetividade das decisões, não aceita mais o comportamento individualista de um litigante que se exime do seu dever de colaborar na construção de uma decisão justa.

Do mesmo modo, podemos afirmar que é inconcebível a postura inerte do órgão jurisdicional, mesmo diante de flagrante desigualdade probatória entre as partes. O magistrado, enquanto integrante da relação jurídica processual, dotado de autoridade estatal e munido de poderes instrutórios, tem a obrigação de utilizá-los, colaborando, assim, na busca pela verdade. O agir de modo diverso do tribunal implicaria em ofensa ao seu dever de colaboração com as partes e com a descoberta da verdade.

Se a postura cooperativa deve nortear as partes e o juiz ao longo do processo, certo é que tal diretiva fundamenta e respalda a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova no ordenamento lusitano. O modelo dinâmico de prova respeita os princípios estruturadores do processo civil português e convive harmoniosamente com eles.

Firmado que os fundamentos da teoria da carga dinâmica da prova possuem bases principiológicas sólidas no processo civil português, trataremos agora de alguns artigos do Código Civil, permitindo-nos concluir que o ordenamento português encontra-se apto a aplicar a teoria, mesmo não estando ela expressamente positivada.

Por força do artigo 344º, nº 2, *há inversão do ônus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado*. Com o referido artigo, a primeira constatação que fazemos é que essa inversão, muito embora tenha previsão legal, é, de fato, uma inversão judicial do ônus da prova, pois, para que seja operada, o magistrado deverá analisar o caso concreto e concluir que a parte desonerada teve culpa na inutilização de determinada prova.

Sendo assim, no caso concreto, o juiz analisará primeiro a postura que os litigantes assumiram no processo. O agir de má fé do sujeito desonerado é conduta que não encontra respaldo no dever de colaboração que tratamos algumas linhas acima, por isso, passível de sanção.

Muito embora parte da jurisprudência²³⁵ portuguesa caminhe no sentido de que essa inversão ocorre como sanção à conduta desleal da parte, entendemos que, na prática, o que ocorre é uma verdadeira aplicação da teoria da carga dinâmica. A inversão do ônus da prova

²³⁵ Analisar nota de rodapé nº 141, p. 74.

se prende ao fato de a contraparte ver-se privada de utilizar certo meio de prova para demonstrar o que alegou, tolhendo o seu direito fundamental à prova.

Ora, se o litigante desonerado coloca o onerado diante de uma prova diabólica, em decorrência da sua conduta, nada mais legítimo que dinamizar o ônus da prova. Vejam que o que é determinante não é apenas a conduta do malfeitor, mas, sim, o resultado decorrente dessa conduta. O permissivo do artigo 344º, nº 2, mostra-se acertado, pois, se assim não fosse, maior dano sofreria o processo ao distanciar-se do seu ideal de justiça, prejudicando a função pública que desempenha.

Do mesmo modo que a teoria da carga dinâmica, entendemos que a decisão que inverte o ônus da prova por força do artigo 344º, nº 2, deve ser fundamentada e submetida ao contraditório. Só assim, a parte onerada dinamicamente terá a chance de desincumbir-se de tal encargo.

Enfim, assim como antecipamos no tópico 3.5 deste trabalho, a regra exposta no nº 2 do artigo 344º, do Código Civil, é uma clara porta de entrada da aplicação da teoria da carga dinâmica no direito português, tendo em vista que tal técnica depende da avaliação subjetiva do magistrado, que analisará as peculiaridades do caso para distribuir diversamente o ônus da prova, como regra de atividade.

Mais um permissivo legal do CC que merece nossa análise é o artigo 345º, que versa sobre a possibilidade de as partes convencionarem o ônus da prova de modo distinto ao que preconiza à regra geral do artigo 342º. *In verbis, é nula a convenção que inverta o ônus da prova, quando se trate de direito indisponível ou a inversão torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito.*

Com base neste artigo, dois comentários iniciais a fazer: o primeiro é que, implicitamente, faculta-se aos litigantes dispor do ônus da prova de modo diverso à regra do artigo 342º, desde que não verse sobre direito indisponível; o segundo é que o legislador autoriza o magistrado a anular a convenção que, com base na análise do caso concreto, torne excessivamente difícil o exercício do direito a uma das partes.

Percebam que, assim como dissemos em relação à aplicação da inversão do ônus da prova com base no artigo 344º, nº 2, esta regra do artigo 345º deve resultar da atividade do juiz. Será o magistrado o responsável por identificar que a convenção entre as partes dificultou o exercício probatório de uma das partes, mutilando o seu direito fundamental à prova. Não fosse a intervenção jurisdicional, muito provavelmente, diante de clara prova diabólica, a parte onerada não teria meios de desincumbir-se de tal encargo, o que poderia resultar num julgamento injusto. Para nós, esta atividade jurisdicional de anular a convenção

sobre prova, analisando as peculiaridades do caso concreto, nada mais é que aplicar a teoria da carga dinâmica da prova. No mínimo, temos que a intenção do legislador em muito se assemelha aos fundamentos da doutrina da prova compartilhada.

Analisando a questão sob outro prisma, ainda, temos que o próprio legislador autorizou às partes convencionarem o ônus probatório de modo diverso da regra geral. Foi prudente o legislador em permitir que as partes, por exemplo, percebendo que, numa determinada relação jurídica, uma delas se posiciona com superioridade em relação à outra para produzir a prova ou para fornecer subsídios mais ricos que permitam a elucidação do conflito com menos inconvenientes, poderão dispor do ônus da prova diversamente à regra geral, desde que não viole as garantias do artigo 345º.

Ora, implicitamente, temos que o legislador previu que, em determinadas situações jurídicas, uma das partes estará em melhores condições de produzir uma prova em juízo e, por isso, poderá ser ela a onerada, mesmo que tal convenção esteja em contradição à regra geral do CC. Então, devemos indagar: se as partes podem dinamizar o ônus da prova, com respaldo legal, por que não seria lícito ao juiz fazer? É óbvio que o magistrado confronta-se frequentemente com situações que requerem uma distribuição distinta do ônus da prova, para que se alcance a verdade real no processo. Se as partes podem dinamizar o ônus da prova, por exemplo, ao fechar um negócio jurídico, não temos dúvida de que mais ainda deveria poder o magistrado.

Somente em duas situações não será permitido que as partes convencionem de maneira diversa o ônus da prova: quando recair sobre direito indisponível e quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Em todas as outras situações, será lícito fazer.

Certamente, o legislador, ao estabelecer tal norma, esteve atento à tarefa de: coibir a prova diabólica, impossível ou muito difícil; evitar que uma das partes se sobreponha à outra, seja em decorrência de sua condição técnica ou econômica; combater o desequilíbrio processual, que pode levar a uma decisão sem efetividade e injusta. São exatamente estes os motivos que justificam a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova.

Em cotejo aos autos, sempre que perceber que a norma convencional afronta uma das garantias do processo justo, deverá o magistrado anular tal convenção, restabelecendo o equilíbrio e a isonomia processual.

Não faz qualquer sentido imaginarmos que o magistrado estará engessado na técnica de distribuição dos esforços probatórios, mesmo diante de um caso que flagrantemente afronta o processo justo e impossibilita a correta composição do litígio. Permitir tal situação seria o

mesmo que admitir que a lei processual fomenta a desigualdade entre as partes, o que é, peremptoriamente, refutável. Se assim o fosse, comparando a postura do juiz diante da convenção sobre prova, utilizaríamos dois critérios distintos para a mesma realidade, a quebra de isonomia processual. Inconcebível tal distinção de tratamento se diante do mesmo problema: a onerosidade excessiva de uma das partes, que tanto combateu o legislador.

É por isso que não hesitamos em afirmar que o magistrado pode e deve atribuir o ônus da prova, diversamente da regra do artigo 342º, sempre que perceber que uma das partes tem melhor condição ou facilidade em fornecer determinada prova. A norma do artigo 345º é mais uma porta de entrada da doutrina da prova compartilhada no ordenamento português. Espera-se do bom juiz que lastreie o seu trabalho sempre com base na razoabilidade e na proporcionalidade.

Não temos dúvidas de que a regra do artigo 342º do CC pode conduzir à mesma situação combatida no artigo 345º do mesmo estatuto. Decorre daí a necessidade de aplicação da teoria da carga dinâmica para superar tal obstáculo à concretização e efetividade dos direitos.

Finalizada a análise dos artigos 344º nº 2 e do artigo 345º do CC, identificados neles os traços que nos permitem concluir que o ordenamento português está aberto à adoção da teoria tema central do estudo, convém citar, por oportuno, que existe um Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, tendo como membros²³⁶, dentre outros, os portugueses Miguel Teixeira de Sousa, José Lebre de Freitas e João António Álvaro Dias, que aconselham, no contexto de reconstrução de conceitos, a adoção da teoria da carga dinâmica do ônus da prova em seu artigo 12º²³⁷. O Código-Modelo surge-nos como um feixe de luz, aconselhando, também o processo civil português adotar mecanismos flexíveis de distribuição do ônus da prova.

Por tudo que expusemos, entendemos que o ordenamento jurídico de Portugal está aberto à adoção da teoria da carga dinâmica da prova por diversos motivos, entre eles: por

²³⁶ São Membros do Instituto Iberoamericano de Direito Processual os seguintes portugueses: Álvaro Reis Figueira; Carlos Manuel Ferreira da Silva; João António Álvaro Dias; Jorge de Figueiredo Dias; José Manuel Lebre de Freitas; e, Miguel Teixeira de Sousa. Informação disponível em «<http://iibdp.org/index.php/pt/membros.html>». Acesso em 07 de dezembro de 2013.

²³⁷ Em rigor, o Art 12º, §1º preconiza que *o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração (...)*. A íntegra do artigo citado e de todo o Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, aprovado em Assembléia Geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, realizado em outubro de 2004, durante a XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, em Caracas, na Venezuela, encontra-se disponível em «<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?codigos-modelo-4>». Acesso em 07 de dezembro de 2013.

guardar correspondência com os princípios processuais que garantem o processo justo; por respeitar o direito fundamental à prova; por garantir a igualdade processual; por fundamentar-se no princípio da cooperação; pela análise sistemática dos artigos 344º nº 2 e 345º, entre outros argumentos.

Lembramos, todavia, para que se respeite o devido processo legal e evitem-se decisões-surpresa, a medida que dinamiza o ônus da prova deverá ser sempre motivada e facultada ao contraditório das partes. Como já defendemos neste capítulo – item 4.4 –, o momento processual adequado para que se opere a dinamização será na audiência prévia, pela análise conjugada dos artigos 591º nº 1, als. d) e f) 595º e 596º nº 1 do NCPC.

Por fim, para que não pequemos por omissão, refutamos, taxativamente, os argumentos daqueles que identificam como obstáculos a aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova, entre outros, a ausência de previsão legal expressa, o perigo de insegurança jurídica, autoritarismo e quebra de imparcialidade do juiz.

Quanto à ausência de lei específica a reger a matéria, lembramos o estudioso do direito que a lei não é a única fonte do direito. A lei é apenas uma fonte, ao lado dos costumes, da doutrina, da jurisprudência, etc. “Trata-se, a nosso ver, da mais pobre hermenêutica jurídica que possa ser conferida a uma lei – a interpretação literal – que não leva em consideração a exegese dos princípios processuais civis, tampouco a sistemática processual civil vigente, os quais, como vimos (...) encontram-se em plena compatibilidade e harmonia com a teoria do ônus probatório dinâmico”²³⁸.

Em relação ao perigo de insegurança jurídica, autoritarismo e parcialidade do órgão jurisdicional, já defendemos, quando analisamos os poderes instrutórios do juiz, que tal decisão deve ser feita nos limites impostos pela lei. Além disso, deverá ser fundamentada, ofertando às partes a possibilidade de contraditá-la ou mesmo desincumbir-se de tal ônus.

A técnica de flexibilização dos ônus probatórios, assim como os poderes instrutórios do juiz, são elaboradas e dirigidas ao bom juiz. O mau juiz usará de modo inadequado qualquer outro instituto jurídico.

Passamos agora a nossa derradeira análise. O próximo tópico tem caráter prático. Analisaremos alguns casos e temas que aconselhariam a aplicação da teoria da carga dinâmica pela jurisprudência portuguesa, bem como outros em que, ao manejar o artigo 342º do CC de modo inflexível, não nos pareceu acertada a posição do tribunal, atingindo uma decisão meramente formal, distanciando-se do ideal de justiça.

²³⁸ ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras Sobre o Ônus da Prova*. op. cit., p. 166.

4.7 Jurisprudência e Carga Dinâmica da Prova: Uma Análise Prática

Como já antecipamos, ao longo deste trabalho, a jurisprudência portuguesa tem relutado em aceitar a flexibilização do ônus da prova com aplicação casuística, atentando para a melhor condição probatória de um litigante perante o outro. Melhor dizendo, os magistrados portugueses têm-se mantido alheios à doutrina da prova compartilhada, de modo que são raros os casos em que podemos extrair do espírito do julgado a ideia de dinamizar o ônus da prova, para que a parte que se encontre em melhor condição probatória suporte o ônus da ausência de prova. Nestes isolados casos, o julgador tem feito um esforço no sentido de enquadrar a conduta da parte privilegiada em uma das hipóteses de presunção legal ou judicial que autorize a inversão do ônus da prova quando da prolação da decisão, ou mesmo se socorrido no dever de colaboração das partes e do tribunal.

Achamos pertinente dissertar com mais cuidado sobre três casos. Dois deles dizem respeito ao instituto da responsabilidade civil: o primeiro, sobre a responsabilidade civil das concessionárias de uma autoestrada; o segundo, acerca da responsabilidade civil do médico. No terceiro caso, defrontamo-nos com as ações que visam à extinção de uma servidão de passagem.

Após, trataremos de outras questões que atinem ao ônus da prova, de modo mais sucinto.

4.7.1 O Ônus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil da Concessionária de uma Autoestrada

Um tema recorrente que tem sido palco de discussão judicial diz respeito aos acidentes de viação nas autoestradas. É que, como sabemos, é necessário pagarmos uma “taxa de portagem”, para que possamos utilizar essas rodovias. Desta forma, uma primeira pergunta que se faz é se esta relação jurídica se reveste de natureza contratual, uma vez que pagamos para utilizar a estrada, estabelecendo-se aí um contrato inominado, ou se é extracontratual.

A resposta a esta indagação nos auxiliaria no problema do ônus da prova, uma vez que, enquanto elemento indispensável para caracterizar o dever de indenizar, a figura da culpa do agente assume importância fulcral.

Se estivermos diante de uma responsabilidade extracontratual, então, o problema se resolve com base nos artigos 483º e ss. do CC. Já se a responsabilidade for contratual, incidirá o disposto no artigo 799º do CC, com presunção de culpa do devedor, invertendo-se o ônus da prova, devendo o devedor provar que agiu de modo correto.

Uma outra questão fundamental é saber de quem será o ônus da prova, em caso de acidentes em autoestradas: deverá o autor provar que o acidente decorreu de culpa da concessionária ou, pelo contrário, será desta o ônus de provar que não teve qualquer relação com o acidente, tendo cumprido de modo diligente com os seus deveres de manutenção, vigilância e segurança?

Como vemos, o caso em estudo, na maioria das situações, amolda-se como uma luva à técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova, uma vez que não temos qualquer dúvida em afirmar que a concessionária dispõe de condições técnicas superiores que qualquer utilizador da via, quanto às diligências que efetua no cumprimento do seu dever de manter segura a via rápida.

Pois bem. Respondendo ao primeiro questionamento que fizemos, de modo sucinto, temos que, ao longo do tempo, as posições doutrinárias e jurisprudências divergiram quanto ao enquadramento jurídico da responsabilidade das concessionárias.

Num primeiro momento, prevaleceu na jurisprudência²³⁹ a tese da responsabilidade aquiliana, segundo a qual a concessionária responderia perante terceiro quando, com dolo ou culpa, violar ilicitamente o direito de outrem, nos termos do artigo 483º e ss²⁴⁰.

Por outro lado, no campo doutrinário²⁴¹ e no jurisprudencial²⁴², houve também quem defendesse a tese contratual. Para quem sustentava esta hipótese, existia um contrato de concessão celebrado entre a concessionária e o Estado, mas sendo beneficiário o utente da autoestrada. Era uma espécie de contrato a favor de terceiro. Nesse sentido, nasce para o utente um direito subjetivo que pode ser exercido diretamente contra a concessionária.

Esta discussão, atualmente, encontra-se, de certo modo, superada, uma vez que foi aprovada a Lei nº 24/2007, de 18 de julho²⁴³. Na referida lei, inovadora em matéria de

²³⁹ Entre outros acórdãos temos o do STJ de 20-05-2003 e o de 14-10-2004, disponíveis *in* www.dgsi.pt.

²⁴⁰ No campo doutrinário, o ilustre professor Menezes Cordeiro sustentava a tese da responsabilidade civil extracontratual *in* Igualdade Rodoviária e Acidentes de Viação nas Auto-Estradas, Estudo do Direito Civil Português, 2004, pág 56.

²⁴¹ Sobre o tema, temos o Prof. Sínde Monteiro *in* Revista de Legislação e Jurisprudência anos 131, págs. 41 e ss., 132, págs. 29 e ss. e 133, págs. 27 e ss.

²⁴² Notadamente após a prolação do Acórdão do STJ de 22-06-2004, disponível *in* www.dgsi.pt.

²⁴³ Lei nº 24/2007 de 18 de julho. **Art 12º - Responsabilidade:** “1 – Nas auto-estradas, com ou sem obras em curso, e em caso de acidente rodoviário, com consequências danosas para

responsabilidade, estabeleceram-se as condições de segurança, informação e comodidade exigíveis para os utentes, independentemente do pagamento de portagens e taxas pela utilização da autoestrada, tendo ficado assente, em matéria de responsabilidade, que o ônus da prova do cumprimento das obrigações de segurança cabe à concessionária quanto a objetos, animais e líquidos que se encontrem na autoestrada e causem dano a terceiros.

A opção adotada pelo legislador, ao criar uma presunção legal de culpa da concessionária, nos casos do artigo 12º da lei 24/2007, atende à maior dificuldade de prova que o utente teria em demonstrar a culpa da concessionária em um determinado litígio concreto, enquanto, por outro lado, é nítido que a concessionária encontra-se em posição superior quanto à prova capaz de ilidir sua culpa. Parece-nos que o legislador valeu-se dos mesmos princípios e problemas, quando instituiu tal solução, que impulsionou o surgimento da doutrina da prova compartilhada.

Se assim não fosse, na prática, veríamos cotidianamente soluções jurisdicionais alheias à verdade dos fatos e afastadas do ideal de justiça. O utente encontrar-se-ia, na maioria das vezes, diante de absoluta impossibilidade de provar a culpa da concessionária, o que inviabilizaria o seu direito. A opção legislativa mostrou-se adequada e justa, auxiliando o órgão jurisdicional na solução adequada dos litígios acerca da matéria tratada.

Por oportuno, analisaremos agora alguns casos jurisprudenciais sobre o tema.

No primeiro deles, em recente julgado do Tribunal da Relação do Porto, de 04-07-2013²⁴⁴, o autor ingressou com ação de responsabilidade civil contra a ré, concessionária de autoestrada, alegando que o seu filho colidiu com um canídeo, em plena faixa de rodagem, e que, por força do acidente, sofreu diversos danos patrimoniais.

A ré contestou, alegando desconhecimento da dinâmica dos fatos e dos seus danos.

A ação foi julgada procedente. Após recurso de apelação, o Tribunal da Relação do Porto, sob a relatoria da Desembargadora Maria Amália Santos, julgou improcedente a apelação, mantendo-se, na íntegra, a sentença de primeiro grau.

peças ou bens, **o ônus da prova do cumprimento das obrigações de segurança cabe à concessionária**, desde que a respectiva causa diga respeito a: a) Objectos arremessados para a via ou existentes nas faixas de rodagem; b) Atravessamento de animais; c) Líquidos na via, quando não resultantes de condições climatéricas anormais. 2 – Para efeitos do disposto no número anterior, a confirmação das causas do acidente é obrigatoriamente verificada no local por autoridade policial competente, sem prejuízo do rápido restabelecimento das condições de circulação em segurança. 3 – São excluídos do número anterior os casos de força maior, que directamente afectem as actividades da concessão e não imputáveis ao concessionário, resultantes de: a) Condições climatéricas manifestamente excepcionais, designadamente graves inundações, ciclones ou sismos; b) Cataclismo, epidemia, radiações atómicas, fogo ou raio; c) Tumulto, subversão, actos de terrorismo, rebelião ou guerra”.

²⁴⁴ Processo nº 3238/11.1TBGMR.P1 de 04-07-2013 in www.dgsi.pt.

A decisão foi fundamentada no artigo 12º da lei 24/2007 de 18 de julho, imputando-se o ônus da prova da ausência de culpa à concessionária. Incumbia ao autor apenas a tarefa de demonstrar o ato ilícito, o dano e o nexo causal, o que restou provado. Ao réu era imposto o dever de provar que agiu dentro dos deveres a ele impostos, ou seja, sem dolo ou culpa.

Tendo em vista que a concessionária não logrou em provar a sua ausência de culpa, limitando-se em afirmar que desconhecia o narrado, natural que suportasse o ônus da ausência de prova, uma vez que tinha contra ela uma presunção legal.

Além disso, importa-nos citar algumas passagens do que foi dito pela relatora, de modo que extraímos daí, ainda que de modo implícito, alguns feixes de luz sobre a teoria da prova compartilhada.

Desta forma, afirmou a Relatora Desembargadora Maria Amália Santos, ao justificar o ônus da prova, que “dado o conjunto de circunstâncias que envolvem a prestação do serviço aos utentes da via, é razoável que se coloque a carga da prova sobre quem é mais justo que o faça. E, manifestamente, é do lado da concessionária (...) logo, é exigível que seja ela a explicar as anomalias verificadas”. Ainda, mais adiante, “no fundo, é muito mais fácil ser a concessionária a demonstrar o cumprimento de um dever próprio do que ao lesado provar um facto negativo daquele”²⁴⁵.

Percebe-se, cristalinamente, que a Des. Rel. termina por defender os mesmos argumentos que impulsionam a adoção da teoria dinâmica do ônus da prova, imputando o peso probatório à parte que se encontra em melhor condição de provar determinado fato. Parece-nos adequados, pertinentes e inovadores os argumentos ali expostos, bem como acertado o julgado.

Contudo, em que pese o posicionamento adotado no julgamento citado, não tem sido unânime tal posicionamento.

Em Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15-11-2011²⁴⁶, os autores, por representação, ingressaram com ação de responsabilidade civil, contra a concessionária Brisa, alegando que o genitor dos autores foi vítima fatal de um acidente de viação, ocorrido na autoestrada, em decorrência de excesso de líquido na pista, proveniente da chuva, que provocou a hidroplanagem do veículo, sucedido de capotamento e morte da vítima.

Foram provadas tais alegações.

²⁴⁵ Processo nº 3238/11.1TBGMR.P1 de 04-07-2013 in www.dgsi.pt.

²⁴⁶ Processo 1633/05TBALQ.L1.S1 de 15-11-2011 in www.dgsi.pt.

Todavia, foram uniformes os julgamentos da primeira instância, da relação e do STJ ao julgar improcedentes os pedidos do autor. Em suma, sustentaram os magistrados que não ficou provada a culpa da concessionária quanto ao excesso de água na pista.

Ora, não era tarefa do autor comprovar a culpa da concessionária, bastava a prova da existência do excesso de água que provocou o acidente. O ônus da prova de que a água estava lá com ausência de culpa era da ré. É dever da concessionária a construção de uma autoestrada que previna o acúmulo de água na pista, mesmo diante de chuva intensa. Outrossim, era dever seu informar aos utentes das condições desfavoráveis da autoestrada naquele momento, o que também não restou provado. Ainda, não provou a ré que a vítima dirigia de modo imprudente, uma vez que estava dentro dos limites de velocidade.

Deste modo, pensamos que o julgamento mais correto seria a procedência da ação, imputando à Brisa o ônus da falta de prova quanto a sua ausência de culpa.

Como conclusões parciais do tópico, temos que, na maioria dos casos, é a concessionária de uma autoestrada quem melhor dispõe das provas capazes de elucidar como os fatos ocorreram, podendo, assim, com base nesse material probatório, ser apuradas com maior precisão as responsabilidades advindas de acidentes. Por isso, mostrou-se acertada a disciplina da lei 24/2007, atenta a eliminar a desigualdade probatória das partes. Outros casos, que não sejam decorrentes de objetos, animais e líquidos, também podem ocorrer, devendo o julgador aplicar a mesma técnica, dinamizando o ônus da prova.

4.7.2 O Ônus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil do Médico

Outro tema de debate bastante controvertido e disforme na jurisprudência portuguesa diz respeito à responsabilidade civil em decorrência de atos médicos. É saber, quais as responsabilidades que os médicos assumem no exercício da sua profissão. Enquanto antes a imagem do médico confundia-se um pouco com uma figura sagrada, que tudo fazia para salvar vidas e ofertar bem-estar aos outros, hoje se fala em uma “desmistificação da bata branca”²⁴⁷, com o trabalho médico passando a ser contestado.

Uma primeira controvérsia sobre o tema debateu se a relação entre médico e paciente possuía natureza jurídica contratual ou extracontratual. Esta discussão encontra-se superada, sendo certo, nos dias atuais, que a natureza jurídica é contratual.

²⁴⁷ MOREIRA, Sandra Isabel Cortesão. *O Ônus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil Médica*. op. cit., p. 04.

Todavia, surge uma nova indagação: enquanto relação contratual, a atividade médica é uma obrigação de meio ou de resultado? A resposta a esta pergunta decidirá a sorte dos contendores quanto ao ônus da prova: se de meio, o ônus da prova será do credor; se de resultado, o ônus da prova será do devedor.

Durante muito tempo, foram sucessivos os acórdãos²⁴⁸ que defenderam a tese de que seria impossível vincular o trabalho médico a qualquer resultado. Deste modo, este profissional estaria adstrito a uma obrigação de meio, devendo agir de modo diligente e de acordo com a *legis artis*, utilizando-se de todos os seus conhecimentos técnicos e científicos ao longo do tratamento, contudo, não estaria obrigado a fornecer um resultado determinado.

De modo oposto, também foi palco de defesa jurisdicional²⁴⁹ a tese de que a atividade médica pressupõe uma obrigação de resultado, notadamente em determinadas especialidades médicas. Pensemos, por exemplo, no caso de um paciente que contrata um cirurgião plástico para que lhe faça uma cirurgia estética para colocar silicone nas mamas. Salta aos olhos que o contrato pactuado pressupõe um resultado pré-determinado, de modo que não pode ser outro o entendimento, que não a de uma obrigação de resultado.

Nesse diapasão, certo é que o exercício da profissão do médico pode constituir-se numa obrigação de meio ou de resultado, devendo o magistrado, no caso concreto, analisar os elementos ali dispostos para concluir se a atividade desenvolvida pressupunha um determinado resultado ou, pelo contrário, apenas uma atividade meio.

A nosso sentir, a discussão sobre se a profissão médica pressupõe uma obrigação de meio ou de resultado, para que se distribua o ônus da prova em cada caso, deveria ser superada. É que, mesmo nas obrigações de meio, entendemos que o médico estará sempre em condições técnicas superiores ao lesado, para mostrar que agiu de acordo com a *legis artis*, desempenhando o seu trabalho pela melhor técnica de que dispunha. Impor ao lesado a prova de que o médico agiu com culpa na escolha de um determinado tratamento pode inviabilizar o seu direito à prova, recaindo no problema da *probatio diabolica*.

Corroboramos a defesa encampada por Isabel Moreira, na sua tese de mestrado, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, quando afirma que “deve transferir-se para o médico o ônus da prova da falta de culpa, isto é, o ônus de que os danos

²⁴⁸ Por exemplo os Acórdãos do STJ, processo nº 07A2334, de 18 de setembro de 2007 e do Tribunal da Relação de Guimarães nº 1364/05.5TBBCL.G1 DE 18-03-2010 in www.dgsi.pt.

²⁴⁹ Veja-se o Acórdão da Relação de Lisboa, processo nº 1360/2007 de 11-09-2007, que tratou do médico anatomopatologista. Também, outro Acórdão da Relação de Lisboa, processo nº 10341/2004-7 de 19-04-2004, sobre o médico radiologista, in www.dgsi.pt.

sofridos pelo paciente não resultaram de qualquer acto culposo ou negligente da sua actuação médica”²⁵⁰.

No mesmo sentido, defendeu Afonso de Melo, na relatoria do Acórdão nº 02A4057, de 17-12-2002, segundo o qual “não se vê qualquer razão para não fazer incidir sobre o médico a presunção de culpa estabelecida do Artigo 799º, nº 1, o que se resultou equitativo porquanto a facilidade da prova está do lado do médico”²⁵¹.

Um excelente caso jurisprudencial, inovador em matéria de responsabilidade civil por ato médico, paradigma de estudo obrigatório, é o Acórdão do STJ no processo nº 1364/05 de 07-10-2010²⁵². Passemos à sua análise: um casal intentou uma ação de responsabilidade civil contra dois médicos, especialistas em obstetrícia e ginecologia, que assistiram ao parto de seu filho, o qual resultou na morte do bebê. Para tanto, alegam que o fato se deu em decorrência de negligência daqueles profissionais.

Tanto o julgamento da primeira instância como o do Tribunal da Relação de Guimarães foram pela improcedência do pedido autoral, absolvendo os réus por ausência de prova da culpa destes, requisito essencial para a caracterização do dever de indenizar. O Tribunal levou em conta que a relação jurídica entre as partes revestia-se de carácter contratual, todavia, como obrigação de meio, não tendo logrado em provar, os autores, que os réus agiram com culpa. O ônus de provar que os réus agiram em desconformidade com a *legis artis* ficou a cargo dos autores, o que, naturalmente, mostrou-se um fardo excessivamente pesado e impossível de ser cumprido. Os autores interpuseram recurso de revista.

Na análise da revista, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que o trabalho de um médico especializado em obstetrícia pressupõe uma obrigação de resultado, sobre o qual recai o específico dever de empregar a técnica mais adequada, para que se obtenha o resultado esperado. Assim sendo, aplicou a inversão do ônus da prova, de modo que onerou os médicos com o dever de provar que agiram de modo correto e sem culpa quanto ao óbito do filho dos autores. Como os médicos não obtiveram êxito em ilidir a presunção de culpa que recaía sobre eles, entendeu o tribunal que deveriam ser civilmente responsabilizados com base em “uma presunção da censurabilidade ético-jurídica da sua conduta”.

²⁵⁰ MOREIRA, Sandra Isabel Cortesão. *O Ônus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica*. op. cit., p. 98. No campo doutrinário, a autora cita como doutrinadores que imputam ao médico o ônus da falta de prova André Dias Pereira, Álvaro Gomes Rodrigues, Sinde Monteiro e Maria Manuel Veloso. Contrário à tese teríamos, por exemplo, o ilustre professor Miguel Teixeira de Sousa

²⁵¹ Acórdão do STJ, processo nº 02A4057, de 17-12-2002 in www.dgsi.pt.

²⁵² Acórdão do STJ, processo nº 1364/05.5TBBCL.G1, de 07-10-2010 in www.dgsi.pt.

Em conclusões parciais do tópico, temos que a matéria da responsabilidade civil por ato médico, na jurisprudência portuguesa, está intimamente ligada à questão de saber se a obrigação contratual é de meio ou de resultado, o que determina qual parte deve suportar o ônus da prova em cada caso. Pensamos que o mais correto seria aplicar a teoria dinâmica do ônus da prova, analisando caso a caso, de modo que a cooperação entre as partes auxiliaria o órgão jurisdicional a proferir a melhor decisão. Não temos dúvida alguma de que o médico encontra-se em posição privilegiada em relação ao material probatório. É muito mais fácil para o médico provar que agiu de modo correto que para o lesado comprovar o contrário.

Nesta matéria, não há espaço para defender que a doutrina da prova compartilhada pode cair no risco do casuísmo e da insegurança jurídica, uma vez que o enquadramento sobre a natureza da obrigação do trabalho médico tem sido feito, na maioria dos casos, de modo casuístico.

Por fim, em muitos casos em que o magistrado entende que o trabalho do médico é uma obrigação de meio, o resultado do julgamento pode ter levado a uma decisão injusta²⁵³.

4.7.3 O Ônus da Prova nas Ações de Extinção de Servidão de Passagem por Desnecessidade

Mais um caso que analisaremos diz respeito a que parte, autor ou réu, tem o ônus de provar a desnecessidade de uma determinada servidão de passagem, uma vez que deixou de proporcionar utilidade ao prédio dominante. Será o proprietário do prédio serviente que terá o ônus de provar a desnecessidade da servidão ou, pelo contrário, será do proprietário do prédio dominante que recairá o ônus de provar que continua a existir a necessidade de utilização desta.

Começemos a analisar o tema a partir dos preceitos insculpidos no artigo 1569º, nº 2 do CC que assevera que *as servidões constituídas por usucapião serão judicialmente declaradas extintas, a requerimento do proprietário do prédio serviente, desde que se mostrem desnecessárias ao prédio dominante.*

²⁵³ Foram pela improcedência de ações de responsabilidade civil por falta de prova os acórdãos da Relação de Lisboa processo nº 653/2005-6, de 02-03-2006; processo nº 2270/2006-2, de 29-06-2006; e processo nº 5177/2006-2, de 22-03-2006, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, recurso nº 995/94, de 04-04-1995 e o Acórdão do Supremo tribunal de Justiça, processo nº 1987/01, de 05-07-2001.

Da análise do citado artigo, temos que o ônus da prova, em regra, deve recair sobre o proprietário do prédio serviente, sendo responsabilidade sua provar que não existe mais qualquer utilidade na servidão que pretende ver extinta.

Acontece que, na análise de casos concretos, por vezes, a prova da desnecessidade da servidão para o proprietário serviente apresenta-se de difícil demonstração, senão impossível. Nestes casos, a dinamização do ônus da prova poderia aconselhar uma instrução probatória mais rica, tendo em vista que o proprietário dominante estaria em melhor condição probatória.

Parece-nos que o recentíssimo Acórdão do STJ, de 16-01-2014, processo nº 695/09.0TBBRG.G2.S1²⁵⁴, enquadra-se numa hipótese que permitiria a adoção da teoria da carga dinâmica para melhor solucionar a causa, o que, infelizmente, não aconteceu.

No referido processo, o autor ajuizou ação contra o réu, requerendo a sua condenação para que se abstinhasse de passar pelo terreno do autor, respeitando, assim, a plena propriedade, de modo que fosse declarada extinta a servidão de passagem existente. O réu contestou, alegando que havia necessidade na utilização da servidão e que as estradas de Portugal não autorizam um acesso direto aquela estrada.

Da base instrutória, restou fixada a existência de um acesso direto ao prédio dominante, cujo licenciamento apenas dependia da realização de obras da responsabilidade dos réus.

Sendo assim, o tribunal de primeira instância declarou a servidão de passagem extinta por desnecessidade.

Após Recurso de Apelação, o Tribunal da Relação de Guimarães deu provimento parcial ao recurso, revogando a decisão anterior e anulando-a quanto à parte que declarava a extinção da servidão.

Inconformados, os autores recorreram ao STJ, todavia, a corte suprema entendeu que era ônus do autor provar a desnecessidade da servidão, não tendo logrado em demonstrar a existência de uma outra passagem entre a estrada principal e o prédio dominante, mantendo, assim, a decisão da Relação.

Pois bem, neste caso específico, pensamos que não foi bem a Relação de Guimarães e o STJ. É que restou provada a existência de uma outra estrada que acedia ao prédio dos réus, dependendo, para tanto, apenas de algumas obras para que fosse expedido o seu licenciamento. É óbvio que era mais cómodo para os réus continuarem a se servir da estrada do seu vizinho, sendo certo que realizar obras próprias demanda custos. Contudo, o que

²⁵⁴ Acórdão do STJ, processo nº 695/09.0TBBRG.G2.S1, de 16-01-2014 *in* www.dgsi.pt.

importa é questionar quem estaria em melhor condição de provar que a propriedade do prédio dominante tinha acesso à via pública a partir de seu próprio terreno, o autor ou o réu? Pensamos que o réu dispõe de documentos que comprovam os limites de sua propriedade, sendo encargo seu demonstrar que não tem acesso à via Pública.

Neste caso, o magistrado de primeira instância acertou ao extinguir a servidão por desnecessidade, notadamente, por estar convicto de que existia limitação entre a propriedade do prédio dominante e a via pública, dependendo de obras para obter o licenciamento de nova estrada, a cargo do réu.

Como conclusões parciais sobre o tema, pensamos que a hipótese jurídica em debate permite ao julgador analisar cada caso de modo peculiar, sem engessamento. A distribuição estática do ônus da prova levará, por vezes, ao afastamento do órgão jurisdicional do seu dever de empreendedor à justiça, o que levará a julgamentos sem legitimação externa. Deveria o magistrado estar atento às especificidades de cada caso, dinamizando o ônus da prova sempre que perceber que o réu encontra-se em melhor condição probatória que o autor, para demonstrar a necessidade da servidão.

4.7.4 Outros Casos Jurisprudenciais Julgados com Base nas Regras de Distribuição do Ônus da Prova

Nesta derradeira passagem do nosso trabalho, analisaremos, de modo sucinto, algumas matérias que são compatíveis com a adoção da teoria da prova compartilhada, sendo sempre necessário que o julgador analise, cuidadosamente, as peculiaridades do caso concreto.

No processo nº 798/11OTBCNT-A.C1²⁵⁵, da Relação de Coimbra, discutiu-se uma ação que versava sobre a responsabilidade civil com dever de indenizar da seguradora ré, decorrente de um acidente de viação. Um dos danos emergentes referia-se a prejuízos salariais. Sendo assim, a ré requereu ao tribunal a notificação do autor para juntar as suas declarações de IRS, para que se pudesse auferir com precisão os danos suportados. O requerimento foi indeferido pelo magistrado de primeira instância. Todavia, após recurso, o Tribunal da Relação de Coimbra, no uso do seu dever de auxílio às partes, revogou a decisão e determinou a citação do autor para juntar os documentos solicitados²⁵⁶.

²⁵⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 798/11OTBCNT-A.C1, de 11-12-2012 in www.dgsi.pt.

²⁵⁶ Exemplo colhido in MELLO, Felipe Viana. *A Flexibilização das Regras de Distribuição do Ônus da Prova: estudo sobre a possibilidade de aplicação da teoria da carga dinâmica no direito luso-*

Parece-nos aqui que o tribunal levou em conta a impossibilidade de prova do réu e a melhor posição dos autores.

Outro caso interessante²⁵⁷, no mesmo sentido, foi tratado no acórdão da Relação do Porto no processo nº 1496/09.0TBGDM.P1²⁵⁸, de 04-05-2010, no qual o réu, em uma determinada ação de obrigação de pagar, arguiu a nulidade da citação, uma vez que esta não veio acompanhado da petição inicial. O tribunal de primeira instância indeferiu o pedido sob a alegação de que era ônus do réu provar o alegado, o que não aconteceu. Em recurso, o Tribunal da Relação do Porto reconheceu a dificuldade em provar o alegado, tendo em vista que restaria impossível demonstrar que o documento não lhe fora enviado, revogando a decisão e determinando nova diligência à secretaria.

A nosso sentir, mais uma vez, foi sensível o tribunal quanto à dificuldade probatória com que as partes podem deparar-se. Foi bem a Relação do Porto nesta decisão.

Para finalizarmos, importa esclarecer, mais uma vez, em conclusão parcial, que a jurisprudência portuguesa tem relutado em tratar diretamente da possibilidade de flexibilização das regras sobre o ônus da prova feita casuisticamente pelo magistrado. Desta feita, o que conseguimos extrair de diversos julgados, em distintas áreas, são apenas indícios de utilização dos mesmos argumentos que justificam a aplicação da doutrina da prova compartilhada. Noutros casos, percebemos que a distribuição estática dos esforços probatórios tem levado os tribunais a se afastarem do ideal de justiça quando proferem decisões injustas.

Afora os casos jurisprudenciais narrados neste capítulo, poderíamos aplicar a técnica dinâmica do ônus da prova, por exemplo, nas relações de consumo, no direito laboral, no direito ambiental, nas ações de investigação de paternidade, em diversas áreas da responsabilidade civil, em direito obrigacional, em matéria comercial, contratual e até nas questões que envolvem a vida privada e a intimidade, entre tantas outras matérias.

brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 121.

²⁵⁷ *Idem*, págs. 120 – 121.

²⁵⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo nº 1496/09.0TBGDM.P1, de 04-05-2010 in www.dgsi.pt.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fiel ao que inicialmente propusemos, debatemos, ao longo deste trabalho, a teoria da carga probatória dinâmica. De modo criterioso, assentamos que a regra de distribuição estática do ônus da prova, prevista em nosso ordenamento civil no seu art. 342º, pode e deve ser flexibilizado pelo juiz em determinadas situações concretas. Tivemos a intenção de demonstrar que a técnica dinâmica destina-se à conformação constitucional, legitimada, notadamente, no art. 20º da CRP.

Nesse desiderato, dividimos o nosso estudo em quatro capítulos: o primeiro trabalhou alguns aspectos da teoria geral da prova; no segundo, fizemos uma análise filosófica do problema da verdade e da nova ordem processual, o processo justo; no terceiro, debatemos os principais aspectos do ônus da prova; por fim, no quarto e último capítulo, apresentamos a teoria da carga probatória dinâmica como instrumento eficaz na busca da verdade e na justa composição do litígio.

Já no início, dissemos que o vocábulo *prova*, independente do critério que se adote, está intimamente ligado à busca da verdade. É por meio das provas que o magistrado conseguirá proferir uma decisão adequada.

Ao lado dos modelos argumentativo e demonstrativo, surgiu um novo modelo contemporâneo de prova. Neste novo viés, o direito à prova é elevado à categoria de direito fundamental. O acesso à justiça passa a não ser visto mais como, simplesmente, o direito de todo cidadão ingressar em juízo, a sua compreensão vai muito além. Uma terceira “onda” de acesso à justiça reflete sobre a necessidade das tutelas jurisdicionais serem efetivadas. Que os resultados que o órgão jurisdicional alcance sejam legitimados externamente.

A busca pela verdade e pelo resultado justo passa a ser visto como o motivo de o processo civil existir. Sob esse aspecto, o processo não se conforma mais com uma decisão meramente formal, com o encontro de uma verdade puramente material. A verdade é única: não pode, e nem deve, existir, dentro do processo, uma verdade distinta da que ocorreu no mundo dos fatos.

Fixadas tais premissas, vimos que o ônus da prova assume duas importantes funções: uma objetiva e abstrata; outra subjetiva e concreta. Enquanto o ônus subjetivo da prova contém uma regra de conduta para as partes, o seu aspecto objetivo expõe o seu lado como regra de julgamento para o juiz, tendo em vista a expressa vedação ao *non liquet*, permitindo

ao magistrado superar o estado de dúvida em que se encontre. Embora grande parte da doutrina mitigue o aspecto subjetivo dos ônus probatórios, vimos que ele assume importante papel na adoção da teoria da carga dinâmica, notadamente pela visão cooperativa que norteia o processo civil moderno.

Várias foram as teorias formuladas no intuito de distribuir o ônus da prova de maneira mais correta e mais prática. A preocupação maior era a segurança jurídica, era formatar uma técnica que possibilitasse às partes, antes mesmo de intentar uma ação, saber o que deveria ser provado por cada um, sob pena de ver um julgamento contra seus interesses. O traço comum da maioria delas: a visão estática e rígida de repartição do encargo probatório.

Em nosso ordenamento, notadamente no art. 342º do CC, o nosso legislador também assentou uma regra rígida e estática de distribuição dos esforços probatórios entre as partes. Em decorrência, a aplicação inflexível do instituto tem levado o poder jurisdicional a proferir algumas decisões injustas. É comum que uma das partes tenha uma maior dificuldade probatória em relação a determinado fato. Mesmo assim, não atento a essa situação, caso a parte onerada não apresentasse tal prova, suportaria um julgamento desfavorável para si, independente deste ser justo.

A par desta realidade – e inconformados com ela – no final do século XX, vários juristas argentinos, sob a orientação e direção de Jorge Walter Peyrano, trataram de sistematizar uma teoria na qual a distribuição do ônus da prova atentava para a situação concreta das partes, a partir do exame das peculiaridades de cada caso concreto. O julgador passou a dispor de um mecanismo para superar a abstração da norma. Parece-nos muito lógico que qualquer regra geral sobre o tema, dada a sua formatação prévia e abstrata, não se amoldará a todos os casos postos em juízo.

Deste modo, com a aplicação da teoria da prova compartilhada, por meio da dinamização dos encargos probatórios, deverá suportar o ônus da prova aquele litigante que se encontre em melhor condição para produzir a prova respectiva, permitindo a sua aquisição no processo, melhorando a qualidade da instrução da causa e facilitando o trabalho do magistrado, que julgará o processo com maior convicção.

O que a teoria propõe é que o juiz utilize os seus poderes instrutórios para promover o equilíbrio processual entre os contendores. Se uma das partes encontra-se em superioridade probatória em relação à outra, certamente, esta relação jurídica processual não será isonômica. A igualdade substancial deve pautar o trabalho do bom magistrado. Do mesmo modo, em decorrência do princípio da cooperação, o papel das partes, dos mandatários e do órgão

jurisdicional deve ser lastreado por princípios de boa fé e lealdade processual. O que deve haver é uma cooperação intersubjetiva entre todos os sujeitos desta relação.

A decisão judicial que dinamiza o ônus da prova deverá sempre ser motivada, possibilitando às partes o direito de contraditá-la. O respeito ao contraditório é visto aqui como o direito de as partes influenciarem na decisão judicial, através de suas argumentações. Defendemos ser a audiência prévia o momento mais adequado para que o juiz decida sobre a necessidade ou não de dinamizar o ônus da prova.

Importante destacarmos também que a técnica dinâmica não pode gerar uma prova diabólica reversa, ou seja, transferir um encargo impossível para a parte inicialmente desonerada, sob pena de criar-se outra regra rígida e inflexível. Não é este o intuito da doutrina. A dinamização, neste caso, geraria um desequilíbrio processual inverso, recaindo no mesmo problema.

O uso do método dinâmico não pode ser irrestrito e irrazoável, deve sempre ser usado como técnica excepcional. A doutrina reconhece que a regra geral estática soluciona com louvor a grande maioria dos casos postos em juízo. O seu uso só será admitido quando houver desequilíbrio entre as partes em relação ao material probatório, necessitando de uma solução distinta para que se alcance um resultado justo. A utilização moderada e adequada da teoria não gera insegurança jurídica nem tem o condão de quebrar a imparcialidade do tribunal, que exerce tal tarefa com autoridade, mas sem autoritarismo.

A teoria sistematizada pelos argentinos tem ecoado mundo afora. Vários já foram os ordenamentos nacionais que a consagraram, como o espanhol, o uruguaio e algumas províncias da Argentina. Também caminham no sentido de adotá-la países como o Brasil, Peru, Paraguai, Colômbia, Chile, Guatemala e Costa Rica, com projetos de reforma processual já elaborados.

Estamos convictos de que o ordenamento português dispõe de todos os fundamentos, de todas as bases principiológicas, que autorizam a adoção da teoria da carga dinâmica, mesmo sem que exista previsão legal para tanto. A doutrina e jurisprudência de países como Brasil e Argentina a tem utilizado com frequência, muito embora também não possuam positividade processual expressa. A aplicação é feita de modo axiológico e sistemático.

Para que a mesma expansão possa ser vista em Portugal, o obstáculo que deve ser superado não é o legal, pois, como vimos, o ordenamento luso, como está, já respalda a aplicação da teoria. O principal empecilho tem sido a desconfiança e o ceticismo doutrinário e jurisprudencial. A inquietude dos juristas portugueses, sempre tão atentos e abertos a inovações, não se tem visto quando o tema é flexibilização da regra do art. 342º.

Contudo, já encontramos algumas vozes a defender o tema, constatando – o que aqui concluímos – que a distribuição dinâmica do ônus da prova é um dos mais importantes mecanismos de que dispõe o julgador na busca da verdade e da tutela jurisdicional justa. A sua contribuição é inegável, desde que usada com razoabilidade pelo magistrado de bom senso.

Finalizamos por dizer que a adoção da teoria dinâmica do ônus da prova é uma tendência do processo civil contemporâneo, atento às peculiaridades de cada caso específico. Portugal pode até tardar em aceitá-la, de modo generalizado, mas certamente o fará, mais cedo ou mais tarde. O caminho pode ser longo, mas o primeiro passo já foi dado.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Daniel Fernando. *Cargas probatorias dinámicas y proceso penal*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

AIRASCA, Ivana María. *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

ALEGRE, Juan Carlos. *Las cargas probatorias dinámicas en el derecho de daños*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. Coordenação de Luiz Rodrigues Wambier. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2010.

ALONSO, Carlos Miguel. *Los principios de la carga de la prueba en el proceso civil*. Boletim da Faculdade de Direito. Vol XXXIII. Coimbra: Coimbra Editora, 1957.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir1.htm>> Acesso em 15 de novembro de 2013.

_____. *O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo*. Revista da Ajuris, Porto Alegre, nº 104, 2006.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Verdade, justiça e dignidade da legislação: breve ensaio sobre a efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e de Jeremy Waldron*. In: KNIJNIK, Danilo. *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

AMARAL, José Augusto Pais do. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Ed. Almedina, 2009.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 4ª ed. Vols. I e V. São Paulo: Max Limonad, 1970.

AMBROSIO, Graziella. *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Noções Elementares de Processo Civil*. Coimbra: Editora Coimbra, 1976.

ARAZI, Roland. *La Prueba en el Proceso Civil*. 2ª Ed., Buenos Aires: La Rocca, 1998.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A Verdade e a Prova no Processo Civil*. Disponível em: «[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-%20formatado.pdf)». Acesso em: 14 de junho de 2012.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2001.

AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 3ª Ed. Madrid: Civitas, 2002.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 5ª ed. São Paulo: Ed. RT, 1996.

AZÁRIO, Márcia Pereira. *Dinamicização da Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006.

BARACAT, Edgar J. *Estado actual de la teoría de carga dinámica de la prueba con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y a la materia juzgada*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

BARBERIO, Sergio José. *Cargas probatorias dinámicas: ¿qué debe probar el que no puede probar?* In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e; VARELA, João de Matos Antunes. *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra, Ed. Coimbra, 1985.

BILESIO, Juliana; GASPARINI, Marisa. *La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en los juicios de filiación*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. Vol. 2. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

BRITO, Rita. *Regime Processual Civil Experimental: simplificação e gestão processual*. Coimbra: Coibra Editora, 2008.

BUZAID, Alfredo. *Do Ônus da Prova. Estudos de Direito*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1972.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. *Estudios sobre el Proceso Civil*. vol. III, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJEJA, 1986.

_____. *Proceso y Justicia*, in Rev. De Derecho Procesal, Año X, nº 1, 1º trim. de 1952.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 15ª ed. Vol I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAMBI, Eduardo. *A Prova civil. Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotado*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARBONE, Carlos Alberto. *Cargas probatórias dinâmicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

CÁRDENAS, Héctor H. *Las cargas procesales dinámicas en la ineficacia concursal*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de A. Rodrigues Queirós e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.

CARPES, Arthur. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. *Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório*. In: KNIJNIK, Danilo. *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CASTRO, Artur Anselmo de. *Lições de Processo Civil*. Vol 4º. Coligidas e publicadas por J. Simões Patrício/J. Formosinho Sanches/Jorge Ponce Leão. Coimbra: Atlântida, 1968.

CHIAPPINI, Julio O.; PEYRANO, Jorge W. *Lineamientos de las cargas probatorias "dinámicas"*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed, 3º vol., trad. Paolo Capitanio (do original *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*). Campinas/SP, Bookseller, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Vol. 1, 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CORNERO, Guillermina. *El pago sin causa, los cheques de favor y la carga de la prueba*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

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

DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. *Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório*. Revista dos Tribunais, vol. 788. Ano 90. São Paulo: RT, 2001.

DI MARCO, Graciela; MASCALI, José Luis. *Doctrina y jurisprudencia agrupadas*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Vol 1. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. Vol. 2. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed. Tomo I. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6ª ed., vol. III, São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

_____; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de La Prueba Judicial*. 5ª Ed, Tomo I e II. Buenos Aires, Editor Victor P. de Zavalía, 1981.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Fatos Notórios e Máximas da Experiência*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, nº 376, 2004.

FAURE, Miryan Balestro. *La dinámica de las cargas probatorias: una proyección del principio que prohíbe abusar de los derechos procesales*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

FERNANDES, Elizabeth. *A prova difícil ou impossível: a tutela judicial efetiva no dilema entre a previsibilidade e a proporcionalidade*. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

FREITAS, José Lebre de. *A igualdade de armas no direito processual civil português*. Revista O Direito, nº 124. Lisboa: Associação Promotora de O Direito, 1992.

_____. *Código Civil Português: Evolução e Perspectivas Atuais*. THEMIS: Revista da Faculdade de Direita da UNL. Lisboa: Almedina, 2008.

_____. *Introdução ao Processo Civil: Conceitos e Princípios Gerais*. 2ª ed. Coimbra Editora, 2009.

_____; MACHADO, A. Montalvão; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. 2º. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GASPARINI, Marisa; BILESIO, Juliana. *La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en los juicios de filiación*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da Reforma do Processo Civil*. 2ª ed. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2010.

GIANNICO, Maricí. *A Prova no Código Civil: Natureza Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIDI, Antônio. *Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. Nº 13. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

GOUVEIA, Mariana França. *A Prova*. In: FREITAS, José Lebre de. *Código Civil Português: Evolução e Perspectivas Atuais*. THEMIS: Revista da Faculdade de Direita da UNL. Lisboa: Almedina, 2008.

_____. *Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil em defesa do cidadão*. JULGAR, nº 1, janeiro – abril de 2007.

GRECO, Leonardo. *A Prova no Processo Civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil*. Revista Dialética de Direito Processual 15. São Paulo: Dialética 15/85.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25ª ed, totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent., trad. de F. Silveira Ramos (título original *Zivilprozessrecht*). Coimbra. Livraria Almedina, 2002.

JORGE, Nuno de Lemos. *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. JULGAR, nº 3, 2007.

KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cíveis, Tributário e Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (cords.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório*. In: KNIJNIK, Danilo. *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEGUISAMÓN, Héctor E. *La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

LEITE, Flamarion Tavares. *Manual de filosofia geral e jurídica: das origens a Kant*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

LESSONA, Carlo. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. 4ª ed., trad. Do original italiano de Henrique Aguilera de Paz. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1957.

LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora RT, 2007.

MACHADO, A. Montalvão; FREITAS, José Lebre de; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. 2º. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____; PIMENTA, Paulo. *O Novo Processo Civil*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova Segundo as Peculiaridades do Caso Concreto*. Disponível em: «[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(15\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(15)%20-formatado.pdf)». Acesso em 12 out de 2013.

_____. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2001.

MARQUES, João Paulo F. Remédio. *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*. 2ª ed. Coimbra, Almedina Editora, 2009.

MARQUES, Silvina Pereira. *La carga de la prueba de la culpa profesional médica*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

MARTINS, António. *Código de Processo Civil: Comentários e anotações práticas*. Coimbra: Editora Almedina, 2013.

MASCALI, José Luis; DI MARCO, Graciela. *Doctrina y jurisprudencia agrupadas*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

MELLO, Felipe Viana. *A Flexibilização das Regras de Distribuição do Ônus da Prova: estudo sobre a possibilidade de aplicação da teoria da carga dinâmica no direito lusobrasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

MENDES, João de Castro. *Do Conceito Jurídico da Prova em Processo Civil*. Lisboa. Edições Ática, 1961.

MENDONÇA, Luis Correia de. *Vírus autoritário e processo civil*. JULGAR, nº 1, janeiro – abril de 2007.

MESQUITA, Luís Miguel de Andrade. *Reconvenção e excepção no Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *A revelia no processo ordinário*. In GUEDES, Armando Marques, et al., coord. *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*. Coimbra : Coimbra Editora, 2013.

MICHELI, Gian Antonio. *La Carga de La Prueba*. Do original *L'onere della prova*. Colección Ciencia Del Proceso n. 39. Buenos Aires: EJE, 1961.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A efetividade do processo de conhecimento*. Revista de Processo, nº 74. São Paulo: Ed. RT, abril-junho de 1994.

_____. *Anotações sobre o Título 'Da Prova' do Novo Código Civil*. Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual. Salvador: Edições Jus PODIVM, 2006.

_____. *As Presunções e a Prova*. Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Julgamento e Ônus da Prova*. Temas de Direito Processual, segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *O juiz e a prova*. Revista de Processo, nº 35. São Paulo: Ed. RT, julho-setembro de 1984.

_____. *Regras da Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados*. Temas de Direito Processual – segunda série. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Restricciones a la Prueba en la Constitución Brasileña*. Artigo disponível em <<http://www.icdp.co/revista/articulos/21-22/Carlos%20Barbosa%20Moreira.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2012.

MOREIRA, Sandra Isabel Cortesão. *O Ônus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012.

MOREIRA, Vital; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotado*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MOUZALAS, Rinaldo. *Processo Civil*: volume único. 6ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma Distribuição Fundamentada do Ônus da Prova*. Editora LEX. Lisboa, 2000.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1999.

_____; FUX, Luiz; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

NORA, Sampaio e; BEZERRA, J. Miguel; VARELA, João de Matos Antunes. *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra, Ed. Coimbra, 1985.

NUNES, Manuel Rosário. *O Ônus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*. Coimbra: Almedina, 2005.

OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. Vol. 2. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

PACHECO, Claudio Meneses. *Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil*. Revista Ius et Praxis, año 14, nº 2, agosto de 2008.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

PALAU, Julio Banacloche. *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. ICADE: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Pontificia Comillas. Nº 50. Madrid, mayo – agosto de 2000.

PASTOR, Carlos Daniel. *Cargas probatorias dinámicas y su aplicabilidad a la inoponibilidad de la personalidad jurídica*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

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*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

PEYRANO, Jorge W. *De La carga probatória dinâmica embozada a su consagración legislativa*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

_____. *La carga de la prueba como norma de clausura del sistema*. Temas Atuais de Processo Civil. Revista Eletrônica, vol. 2, nº 3, março de 2012. Disponível em: «<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/56-v2-n3-marco-de-2012/176-la-carga-de-la-prueba-como-norma-de-clausura-del-sistema>». Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

_____. *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

_____. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

_____; CHIAPPINI, Julio O. *Lineamientos de las cargas probatorias “dinámicas”*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

_____; WHITE, Inés Lépori. *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

PEYRANO, Marcos L. *La teoría de las “cargas probatorias dinámicas” en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEY 1/2000)*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

PIMENTA, Paulo; MACHADO, A. Montalvão. *O Novo Processo Civil*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

PINTO, Rui; FREITAS, José Lebre de; MACHADO, A. Montalvão. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. 2º. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PITT, Gioconda Fianco. *Dever de veracidade no Processo Civil brasileiro e sua relação com o instituto da Discovery do processo norte-americano da common law*. In: KNIJNIK, Danilo. *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997.

RAMBLADO, Juan Alberto. *Cargas probatorias dinámicas: um giro epistemológico*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil*. Coimbra, Livraria Almedina, 2000.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RÊGO, Lopes do. *Relevância dos Exames de Sangue nas Acções de Investigação de Paternidade*. In Rev. M.º p.º., 58 (1994).

REICHELDT, Luís Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. III. 4ª ed., reimpresso. Coimbra Ed., Coimbra. 1985 (1949).

_____. *“Esse não é meu filho”*: contra-minuta de apelação em acção de investigação da paternidade ilegítima. Coimbra: Coimbra Editora, 1930.

ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. 2ª ed., trad. de Ernesto Krotoschin (título original alemão *Die Beweislast*). Argentina, Ed. Montevideo-Buenos Aires, 2002.

RUZAFKA, Beatriz S. *Las cargas probatorias dinámicas en juicio ejecutivo*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *A Atuação do Juiz no Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Atlas, 2008.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex, Lisboa, 1995.

_____. *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex Coimbra Editora, 1997.

STEIN, Friedrich. *El Conocimiento Privado Del Juez*. 2ª Ed. Trad. e notas de André de La Oliva Santos. Bogotá: Temis, 1988.

TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. Coordenação de Luiz Rodrigues Wambier. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARUFFO, Michele. *Consideraciones sobre prueba e verdad*. Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año VII, nº 11. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. Enero/Diciembre, 2002.

_____. *La Prueba, Artículos y Conferencias*. Monografías Jurídicas Universitarias, Editorial Metropolitano.

_____. *La Prueba de los Hechos*, título original em italiano: *La Prova dei Fatti Giuridice*, trad. para o espanhol de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Editorial Trota, 2002.

_____. *Páginas Sobre Justicia Civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

TEIXEIRA, Paulo Duarte. *O poder de gestão no processo experimental*. In BRITO, Rita. *Regime Processual Civil Experimental: simplificação e gestão processual*. Coimbra: Coibra Editora, 2008.

TEPSICH, María Belén. *Cargas probatorias dinámicas*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civi*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 43ª ed, 2005.

VALLEJOS, Juan Carlos. *Cargas probatorias dinámicas, aproximaciones conceptuales: Especial referencia a la culpa médica*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

VARELA, João de Matos Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra, Ed. Coimbra, 1985.

VARGAS, Abraham Luis. *Cargas probatórias dinâmicas: sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos*. In: *Activismo y Garantismo Procesal*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. 2009. Versão digital ampliada disponível em: «<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas>» Acesso em 26 de abril de 2012.

VAZ SERRA, Adriano Paz da Silva. *Provas: direito probatório material*. Lisboa, 1962.

_____. *Anotação sobre o Acórdão de 28 de julho de 1972 do Supremo tribunal de Justiça*. Revista de Legislação e Jurisprudência, nº 106. Coimbra: Coimbra Editora, 1973.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; FUX, Luiz; NERY JR., Nelson. *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. Coordenação de Luiz Rodrigues Wambier. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatorias dinámicas*. In Jorge W. Peyrano (dir.) e Inés Lépori White (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

_____; PEYRANO, Jorge W. *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

XAVIER, Trícia Navarro. *O “ativismo” do juiz em tema de prova*. Revista de Processo. Vol. 159. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Poderes Intrutórios do juiz no Processo de Conhecimento*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, 2008.

ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras Sobre o Ônus da Prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.