



Patricia Osorski Debona

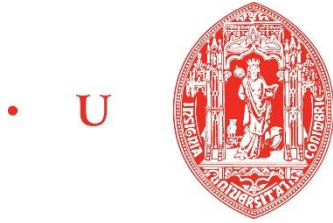
# A distribuição dinâmica do ônus da prova à luz do processo justo e da cooperação processual

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas - Menção em Direito Processual Civil

Julho/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Patricia Osorski Debona

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA À LUZ DO PROCESSO  
JUSTO E DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL

THE DYNAMIC DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF PROOF AT THE SIGHT OF  
FAIR PROCESS AND PROCEDURAL COOPERATION

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas, menção em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita.*

Coimbra, 2017

## AGRADECIMENTOS

Ao final desta caminhada é necessário expressar em algumas palavras o sentimento de gratidão por todos aqueles que me acompanharam e que fizeram esse caminho, apesar dos sacrifícios, se tornar menos árduo e solitário.

À minha mãe, Marli, agradeço pelo amor e pelo apoio, incondicionais e contínuos, pelo cuidado de sempre e por toda a contribuição para minha formação pessoal e acadêmica.

Ao Professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita, agradeço pela orientação e incentivo dispensados na elaboração deste trabalho. Obrigada pelas reflexões suscitadas e pela utilidade de suas recomendações, que muito me auxiliaram.

À família e aos padrinhos, agradeço pelo carinho e pela confiança que a mim são depositados. Aos amigos, aqueles de sempre e, em especial, os que Coimbra me presenteou, agradeço pelo companheirismo e por todos os momentos em que compartilhamos alegrias e incertezas durante esse período.

*Se as coisas são inatingíveis... ora!  
Não é motivo para não querê-las...  
Que tristes os caminhos, se não fora  
A presença distante das estrelas!*

Mário Quintana

## RESUMO

O presente trabalho é dedicado à compreensão da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, especialmente no que diz respeito à sua aplicabilidade e sua relação com o processo justo e com a cooperação processual. O estudo é realizado com maior enfoque nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português. Verifica-se que ambos os países se encontram na mesma fase de evolução dos modelos processuais, com a adoção da cooperação como guia do processo civil. De igual forma, é utilizada a mesma regra geral estática de distribuição dos encargos pela lei nos dois ordenamentos, a diferença reside, portanto, na recente inclusão pelo Brasil da possibilidade de dinamização do ônus probatório, de forma complementar à regra legal. A teoria busca a redistribuição casuisticamente da carga da prova, em razão das peculiaridades do caso concreto assim exigirem, em casos de prova difícil ou de maior facilidade probatória da outra parte que não a inicialmente onerada. Para a aplicação dessa teoria é importante que se observe o momento de realização da alteração dos encargos, para que haja respeito ao princípio do contraditório e à segurança jurídica. Coaduna-se com o entendimento de que a teoria se mostra adequada para atender aos ideais do processo justo e da tutela efetiva, porque possibilita que ocorra maior aproximação à realidade dos fatos e isso implica em uma decisão mais justa. Salienta-se que a dinamização é também condizente com os princípios do Estado constitucional, dentre eles o direito à prova, a igualdade e o acesso à justiça, os quais se considera que possuem aplicabilidade direta, ainda que não haja legislação reguladora, ou mesmo nos casos em que a legislação se mostra insuficiente ou contrária à entrega da devida prestação jurisdicional. Entende-se que em Portugal também se verifica a presença dos princípios autorizadores da dinamização, notadamente em razão do princípio da gestão processual, que exige do juiz uma conduta ativa na direção do processo. Dessa forma, defende-se que a aplicação da teoria possibilita maior aproximação aos ideais do processo justo e cooperativo.

**Palavras-chave:** Distribuição dinâmica. Ônus da prova. Processo Justo. Cooperação processual.

## ABSTRACT

The thesis aims to illustrate the burden of proof in dynamic distribution theory, especially according to its applicability and its relation with fair litigation and procedural cooperation. The study is carried out with greater focus on Brazilian and Portuguese legal systems. It appears that both countries are in the same evolutionary phase of the procedural models, adopting cooperation as a guide to civil proceedings. In this way, the same general static rule of distribution of charges by the law is used in both systems. The difference lies, therefore, in Brazil's recent inclusion of the possibility of dynamizing the rules of evidence, in a complementary way to the legal rule. The theory seeks the redistribution casuistically of the burden of proof, due to the requirements and peculiarities of each specific case – in cases of difficult or more probative evidence of the party other than the one initially charged. For this theory application, it is important to observe the changing moment of the charges, so the principles of adversarial and legal certainty are respected. It is consistent with the understanding that the theory is adequate to meet the ideals of fair process and effective tutelage, because it allows a greater approximation to the reality of the facts and this implies a fairer decision. It should be emphasized that dynamization is also consistent with the principles of the constitutional state, including the right to proof, equality and access to justice, which are considered to have direct applicability, even if there is no regulatory legislation, or even in the cases where legislation proves insufficiency or contrary to the provision of judicial assistance. It is understood that in Portugal also the presence of the authorizing principles of the dynamization is verified, mainly due to the principle of the procedural management, that demands of the judge an active conduct in the process direction. Thus, it is argued that the application of the theory makes possible a closer approximation to the ideals of a fair and cooperative process.

**Keywords:** dynamic distribution; burden of proof; fair litigation; procedural cooperation.

## ÍNDICE

<b>1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....</b>	<b>8</b>
<b>2 EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL EM CONTEXTO COMPARADO – PORTUGAL E BRASIL .....</b>	<b>11</b>
2.1 Modelos de processo .....	11
2.2. Fases metodológicas do processo.....	14
2.3 Evolução histórica.....	15
2.3.1. Modelo dispositivo.....	16
2.3.2 Modelo Inquisitivo .....	25
2.3.3 Modelo Cooperativo .....	31
<b>3 CONSIDERAÇÕES SOBRE ÔNUS DA PROVA E TEORIA DINÂMICA .....</b>	<b>36</b>
3.1. Prova – considerações gerais .....	36
3.2. Ônus da prova .....	42
3.3. Funções do ônus da prova .....	46
3.4 Regras sobre a distribuição do ônus probatório e o sistema atual.....	50
3.5 Teoria dinâmica – surgimento e evolução .....	55
3.6. Críticas à teoria dinâmica.....	59
3.6.1. Doutrina portuguesa.....	59
3.6.2. Doutrina italiana.....	60
3.6.3. Doutrina garantista.....	62
3.7. Aplicação da teoria.....	67
3.7.1. Argentina.....	67
3.7.2. Espanha .....	69
3.7.3. Brasil .....	71
<b>4 ADEQUAÇÃO DA TEORIA AO PROCESSO JUSTO E OS FUNDAMENTOS DE SUA APLICAÇÃO .....</b>	<b>75</b>
4.1. Elementos estruturais da teoria .....	75
4.2. Fundamentos da aplicação .....	79
4.2.1. Acesso à justiça.....	79
4.2.2. Aplicabilidade dos princípios.....	84

4.3 O sistema Português .....	94
4.3.1. Presunções legais de inversão do ônus probatório.....	94
4.3.2. Modelo cooperativo português.....	96
4.3.3. Gestão processual portuguesa .....	100
4.4. Adequação ao processo justo .....	103
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>111</b>
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>115</b>



## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É possível afirmar que a teoria da distribuição da carga da prova é a espinha dorsal do processo civil<sup>1</sup>. No mesmo sentido, entende-se que o problema de determinar a quem incumbe a prova dos fatos aportados ao processo é tão antigo quanto o próprio direito e preocupa igualmente doutrina e jurisprudência de todos os tempos<sup>2</sup>. A prova é, portanto, um dos mais antigos temas em estudo e todas as problemáticas que giram em torno dela assumem grande importância, porque muito se associam à ideia de justiça.

O estudo acerca do ônus da prova possui um papel significativo, não só no que toca ao direito processual, mas também tem cabal relevância ao estudo do direito de maneira geral. Mesmo por isso, diversos autores se pronunciam a esse respeito, tanto quanto ao ônus em si, como quanto às regras de distribuição e, mesmo, a respeito da teoria da distribuição dinâmica.

A matéria se insere no campo da atividade probatória (ou instrutória) visto como o “núcleo essencial e fundamental de toda estrutura processual”<sup>3</sup>. Inclusive chega a ser considerado um dos problemas mais difíceis de se resolver no âmbito da teoria processual, notadamente em razão de sua grande relevância prática. Pode-se dizer, ainda, sobre a análise a ser feita, que ao mesmo tempo em que demonstra um fracasso da atividade probatória, busca medidas para administrá-lo ou revertê-lo, com o objetivo de garantir que o processo, como um todo, cumpra acertadamente a sua finalidade.<sup>4</sup>

Para tanto, importante também é o exame dos modelos processuais, já que sua colocação histórica detém um papel significativo na compreensão da evolução do processo civil e, mais especialmente, da matéria probatória. Aqui faz-se importante que seja levada em conta a participação e o grau de influência dos sujeitos da relação processual para que se chegue a uma correta identificação do modelo adotado em cada época nos ordenamentos analisados.

Dessa forma, cabe analisar também a nova visão que se tem de processo constitucional, com a valoração e aplicação dos princípios constitucionais que regem o

---

<sup>1</sup> ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956, p 55.

<sup>2</sup> VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2005, p 188.

<sup>3</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova do processo civil*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2016, p 14.

<sup>4</sup> PEYRANO, Jorge W. *La carga de la prueba*. In: *Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal*. Disponível em: <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>>, p 957.

processo, em uma análise de adequação com as normas e as necessidades do direito material.

O presente trabalho tem o objetivo de investigar a relação entre a cooperação processual e a dinamização do ônus da prova, num contexto comparativo entre Brasil e Portugal. E, para isso, procurar-se-á saber se a dinamização atende à ideia de cooperação processual, que, apesar de acolhida pelos dois países, possui visões diferentes em cada um deles, bem como saber se esse mecanismo possibilita a entrega de uma prestação jurisdicional mais justa. E, por meio destes questionamentos, intenta-se o estabelecimento de critérios que justifiquem a aplicação da teoria como mecanismo para que se atinja um maior nível de justiça processual e se tal ideia é adequada às diferentes noções de cooperação.

Primeiramente, busca-se identificar, nos ordenamentos brasileiro e português, os modelos processuais havidos através dos tempos e a importância das fases metodológicas pelas quais passou o processo civil, em razão da influência exercida sobre as mudanças que se verificam na ideologia processual. Além disso, realiza-se uma comparação entre os dois países, no que toca à evolução histórica do direito processual, suas intersecções e seus distanciamentos, porquanto a influência histórica pode ter papel significativo na apreciação geral do tema.

Posteriormente, importante que se compreenda a prova processual de maneira geral, especialmente no que diz respeito à busca pela verdade no processo, e na sequência o estudo do ônus da prova, com suas funções e o exame das modalidades e dos fundamentos para que ocorra sua distribuição.

Nesse sentido, apresenta-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, abrangidos seu surgimento, sua compreensão, suas críticas e sua aplicação em distintos ordenamentos processuais. Aqui releva a adoção recente pelo Brasil deste mecanismo, trazido pelo novo Código de Processo Civil.

Já o terceiro momento traz a adequação da teoria à ideia de processo justo, com o estudo de seus elementos estruturais, e dos princípios constitucionais que fundamentam a sua aplicação. Por fim, realiza-se um estudo da cooperação processual, como princípio e como modelo de processo, nos dois países, a fim de identificar a possibilidade de aplicação desta teoria ao caso concreto, mesmo na hipótese de não haver legislação que discipline a matéria, como é o caso do direito português.

Diante disso, ressalta-se a importância da noção de processo justo, que pode ser considerado o fim que se procura atingir por meio da cooperação. Engloba-se, aqui, a avaliação de diversos princípios constitucionais do Estado de direito, como a igualdade, o contraditório, o acesso à justiça, o direito à prova, o devido processo legal e a adaptabilidade do procedimento. Busca-se a avaliação da distribuição dinâmica como um mecanismo que possibilite a efetivação desses princípios ao direito processual, para saber se condizente com a entrega de uma tutela jurisdicional mais justa e efetiva.

## 2 EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL EM CONTEXTO COMPARADO – PORTUGAL E BRASIL

### 2.1 MODELOS DE PROCESSO

De início, cabe registrar os modelos processuais existentes, observados os papéis ocupados pelos sujeitos participantes da relação processual.

A doutrina identifica diversos modelos de direito processual e é importante compreender que sobre todos eles pode-se dizer que estão em conformidade com o princípio do devido processo legal. Isso porque a compreensão sobre o seu conteúdo é alterada de acordo com o tempo e espaço em que seja aplicado este princípio.<sup>5</sup>

O momento cultural da sociedade está relacionado fortemente com a evolução do direito e do processo.<sup>6</sup> Dessa forma, há que se compreender que a evolução do direito processual estará sempre ligada à evolução da sociedade em geral, de acordo com o pensamento preponderante em cada momento histórico.

De maneira geral, há referência a três modelos processuais, o modelo dispositivo, o modelo inquisitivo e, mais recentemente, o modelo cooperativo.<sup>7</sup> Sobre esses modelos pretende-se estudar, além de sua localização histórica, o papel exercido pelos sujeitos no decorrer da atividade processual.<sup>8</sup>

Entende-se que os princípios dispositivo e inquisitivo são os modos tradicionais de organização processual, também chamados modelo adversarial e modelo inquisitorial, que são modelos dicotômicos, em razão da preponderância de princípios que há em cada

---

<sup>5</sup> DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p 41.

<sup>6</sup> JOBIM, Marco Félix. *Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p 139.

<sup>7</sup> DIDIER JR, Fredie. Ob. cit., p 42.

<sup>8</sup> Cabe anotar, também, outra nomenclatura adotada para tratar do tema, que divide os modelos em paritário, hierárquico e colaborativo, também de forma muito didática e que possibilita a compreensão dos conteúdos dos modelos processuais. Nesse sentido, MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. Coleção Temas atuais de Direito Processual Civil. V 14. Coordenação: Luiz Guilherme Marinoni; e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 63.

um.<sup>9</sup> Enquanto no modelo adversarial há preponderância do princípio dispositivo<sup>10</sup>, no modelo inquisitorial é o princípio inquisitivo<sup>11</sup> que prepondera.

Sobre o modelo adversarial pode-se dizer que, nesses moldes, o processo adquire forma de disputa. Há, portanto, um conflito entre dois adversários e o papel assumido pelo juiz é de uma figura relativamente passiva, já que possui como função principal emitir uma decisão e os indivíduos é que desenvolvem a maior parte da atividade processual. Já com relação ao modelo inquisitorial a situação é completamente inversa, porquanto o magistrado assume o papel principal na atividade processual.<sup>12</sup>

Ademais, com relação ao modelo dispositivo, nota-se que a função do magistrado é reger o processo para que seja observada a ordem de desenvolvimento do direito natural. Dessa forma, o processo é considerado como coisa (ou direito natural) das partes e não do juiz, estando, assim, a sua atividade (do magistrado) limitada à disponibilidade que podem fazer as partes sobre o objeto e mesmo sobre o rito processual.<sup>13</sup>

Lado outro, no modelo inquisitório pode-se observar mais nitidamente a separação entre os papéis do Estado e do particular na relação processual, já que esta se estabelece claramente de forma vertical, estando o juiz, como representante do Estado, em posição de superioridade em relação às partes. Essa assimetria é explicada pela centralização de poderes no Estado, com a formação de uma autoridade que atua na sociedade em geral (incluída aqui a relação processual).<sup>14</sup>

A título de informação, cabe uma observação realizada por Michele Taruffo, no que toca à terminologia utilizada, ao informar que considera inapropriado o uso do termo

---

<sup>9</sup> DIDIER JR, Fredie. Ob. cit., p 42.

<sup>10</sup> Segundo Lebre de Freitas, o princípio dispositivo regula a “*autonomia da vontade, caracterizada pela regulação dos interesses em jogo por ato dos próprios titulares*”. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil*. Conceitos e princípios gerais à luz do novo código. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p 155.

<sup>11</sup> Já no que toca ao princípio inquisitivo, o autor acima tratado diz que “*o juiz tem o dever de realizar ou ordenar oficiosamente as diligências necessárias ao apuramento da verdade*”. FREITAS, José Lebre de. Ob. cit., p 175-176.

<sup>12</sup> DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p 42-44.

<sup>13</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. Coleção Temas atuais de Direito Processual Civil. V 14. Coordenação: Luiz Guilherme Marinoni; e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 66. O autor afirma, ainda, que: “*não lhe sendo consentida qualquer iniciativa na formação da prova (iudex non potest supplere in facto), devendo julgar segundo alegado e provado pelo feito*”.

<sup>14</sup> MITIDIERO, Daniel. Ob. cit., p 66-69.

“inquisitório”, preferindo a utilização de “sistemas mistos” para se referir a essa modalidade processual, em que se conferem poderes ao órgão judicial.<sup>15</sup>

Insta salientar que não há sistema processual totalmente dispositivo ou inquisitivo, isso ocorre porque o legislador distribui as tarefas aos sujeitos processuais com relação a temas determinados, como por exemplo a instauração do processo, a delimitação do objeto litigioso, a produção de provas, o efeito devolutivo dos recursos, entre outros. Portanto, fala-se em predominância de cada um dos princípios para se identificar o modelo processual. Assim, se a legislação atribui as principais tarefas de condução e instrução do litígio às partes, há predominância do princípio dispositivo e se o faz ao magistrado, há preponderância do princípio inquisitivo.<sup>16</sup>

Já o terceiro modelo de organização processual é denominado de modelo cooperativo e tem tido apoio crescente pela doutrina. Trata-se, portanto, de uma nova tendência de visão sobre o processo. Assim, entende-se o modelo cooperativo como aquele em que a condução não é feita mormente por nenhum dos sujeitos (tanto as partes quanto o órgão jurisdicional), de maneira a haver uma igualdade na distribuição das funções, bem como na participação e na formação da atividade processual.<sup>17</sup>

Entende-se que não há, nesse modelo, nem a prevalência da vontade das partes (que é marca do processo liberal, em que predomina o princípio dispositivo), nem a condução em maior parte pelo juiz (com a prevalência do princípio inquisitivo). Dessa

---

<sup>15</sup> TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: Ensaio*. Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p 58. Sobre o termo: “Uma primeira observação de caráter terminológico concerne ao uso do termo “inquisitório”. Esse termo é tão carregado de implicações retóricas que o tornam enganoso ou – na melhor das hipóteses – inútil. As implicações retóricas estão em que esse é normalmente utilizado – invocando mais ou menos explicitamente o espectro da Santa Inquisição, cujos processos não admitiam qualquer direito de defesa do acusado perante um tribunal onipotente – com o escopo de acarretar uma valoração negativa sobre tudo aquilo que lhe é associado. O termo “inquisitório” é enganoso, portanto, porque nunca existiu e ora não existe em nenhum ordenamento um processo civil que possa ser considerado realmente inquisitório: isto é, no qual as partes não têm direitos ou garantias e que todo processo seja iniciado e conduzido de ofício pelo juiz. De resto, não por acaso a tradicional contraposição entre processo adversarial e processo inquisitorial é atualmente considerada sem qualquer valor no plano da comparação entre modelos processuais. Por essas razões, parece particularmente útil um trabalho de terapia linguística visando a cessação da utilização do termo “inquisitório”, ao menos naquilo que concerne ao processo civil. Ao invés disso, é oportuno falar em modelos mistos para indicar aqueles ordenamentos processuais – que atualmente são assaz numerosos – nos quais se preveem mais ou menos poderes instrutórios judiciais extensos, ao lado da plena possibilidade que as partes têm para deduzir todas as provas admissíveis e relevantes para a verificação dos fatos”.

<sup>16</sup> DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p 44-45.

<sup>17</sup> DIDIER JR, Fredie. Ob. cit., p 46-47.

forma, há uma relação simétrica, em que se busca uma condução cooperativa do processo, sem que haja destaque a nenhum dos sujeitos processuais.<sup>18</sup>

É possível identificar que o modelo cooperativo mantém a distinção entre indivíduo e Estado, mas a organização das relações entre eles ocorre de maneira diferente das anteriores.

O Estado constitucional moderno, em que vigora o modelo cooperativo, baseia-se também na submissão estatal ao direito e na participação social na gestão desse direito, o que acaba por refletir na posição ocupada dentro do processo pelo juiz e pelas partes. De modo que o que se busca não é a assimetria anterior, mas a formação de uma verdadeira “*comunidade de trabalho*” dentro do processo.<sup>19</sup>

Há, portanto, a necessidade de participação e colaboração entre os sujeitos, bem como a existência de posições isonômicas, o que demonstra a faceta democrática deste modelo.<sup>20</sup>

Desta feita, impende-se compreender que a evolução destes modelos processuais no tempo se deu de forma interligada à evolução das sociedades e das próprias fases metodológicas do processo, das quais se fala agora, de forma sucinta.

## 2.2. FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO

A primeira fase é conhecida como sincretista, praxista, imanentista ou procedimentalista. Nesse momento não havia separação entre o direito material e o direito processual, a ação era, portanto, o “*direito material em movimento*”. O direito processual civil não era ramo autônomo e tampouco a relação jurídica processual gozava de autonomia.<sup>21</sup> Em razão disso, ainda hoje há a denominação do processo civil como direito adjetivo, que passa a ideia de estar anexo ao direito material.<sup>22</sup>

Esta concepção se prolongou até o século XIX, momento em que se iniciou a segunda fase, chamada de processualista, autonomista, científicista ou conceitualista. Aqui o direito processual ganhou posição de ciência autônoma, em razão disso foram

---

<sup>18</sup> DIDIER JR, Fredie. Ob. cit., p 47.

<sup>19</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. Coleção Temas atuais de Direito Processual Civil. V 14. Coordenação: Luiz Guilherme Marinoni; e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 71-73.

<sup>20</sup> MITIDIERO, Daniel. Ob. cit., p 76.

<sup>21</sup> LOURENÇO, Haroldo. *O Neoprocessualismo, o Formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC*. In: Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, out/dez 2011, p. 77.

<sup>22</sup> JOBIM, Marco Félix. *Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p 142.

amadurecidos os conceitos e geradas as estruturas do sistema. Como ponto negativo dessa fase, há que se destacar um culto exagerado às formas, mas mesmo tal situação é plenamente justificada, pela intenção de levar o direito processual a outro patamar.<sup>23</sup> Essa etapa teve início com juristas alemães e buscava-se o fortalecimento do direito processual civil. No entanto, este pensamento fez com que o processo fosse visto como mera técnica, sem que houvesse preocupação em trazer benefícios efetivos, de maneira que compreensível a alteração desse pensamento.<sup>24</sup>

Após este momento, passa-se à terceira fase, qual seja, o instrumentalismo. Nesta altura, o processo, embora considerado autonomamente, é tido como instrumento de realização do direito material, estando o processo “a serviço da paz social”. Nega-se, com isso, o caráter puramente técnico da fase anterior, com exaltação dos resultados práticos da prestação jurisdicional.<sup>25</sup> Não se conformando mais com ser mera técnica, o processo se torna um sistema com escopos sociais, políticos e jurídicos, com suas funções específicas.<sup>26</sup>

Fala-se sobre uma possível quarta fase, no entanto há diversas discussões doutrinárias acerca de sua nomenclatura, do objeto que a circunda e mesmo de já se ter superado a fase instrumental.<sup>27</sup> Desta feita, ressalta-se que não se adentrará nessas discussões, de maneira que só cabe ao presente momento o registro dessas fases, já que também é possível observar as suas características presentes na evolução histórica do Processo Civil, que se passa agora à análise.

### 2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Nota-se que, ao menos no princípio, a evolução processual civil dos dois países é comum, porquanto a legislação portuguesa vigorava também no Brasil. Optou-se pelo início da documentação se dar no período das Ordenações, justamente porque foi o momento do surgimento do direito no Brasil, uma vez que era colônia portuguesa.

---

<sup>23</sup> LOURENÇO, Haroldo. Ob. cit., p 78.

<sup>24</sup> JOBIM, Marco Félix. Ob. cit., p 149.

<sup>25</sup> LOURENÇO, Haroldo. Ob. cit., p 78. O autor fala ainda sobre a autonomia com relação ao direito material que: “*Não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, se estabelece entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido. É a chamada teoria circular dos planos processual e material, na visão desenvolvida por Carnelutti onde o processo serve ao direito material, ao mesmo tempo em que é servido por ele*”.

<sup>26</sup> JOBIM, Marco Félix. Ob. cit., p 151.

<sup>27</sup> Apenas a título de informação, esta possível quarta fase é conhecida por diversas nomenclaturas: neoprocessualismo, neoconstitucionalismo, formalismo-valorativo, entre outras.



No que toca ao período das Ordenações, essa análise é feita em conjunto com as demais normas anteriores a 1939, porquanto a legislação com relação ao processo civil é bastante semelhante e adota o mesmo modelo processual nesse período, o que possibilita a sua análise em conjunto.

A separação dos períodos da evolução histórica é feita de acordo com os modelos processuais adotados em cada momento. Assim, observa-se que a evolução tem início com o modelo dispositivo, passa pelo modelo inquisitivo e chega ao moderno modelo cooperativo, de forma que os marcos históricos estão assim distribuídos dentro dos modelos a que pertencem.

### 2.3.1. Modelo dispositivo

O modelo dispositivo é aquele que prioriza o papel das partes na relação processual e ele é observado por um longo período histórico, de maneira que o início de sua análise ocorre nas Ordenações e seu rompimento somente em 1939. Entende-se, dessa forma, que durante todo esse período há a prevalência do princípio do dispositivo.

#### - Ordenações afonsinas (1446 até 1521)

É possível dizer que o Brasil se origina, como colônia, no início da fase absolutista da monarquia portuguesa, ainda sob a égide das Ordenações Afonsinas, que vigoraram a partir de 1446 e tinham como objetivo a consolidação da legislação da época, desde Afonso II a Afonso V.<sup>28</sup> Portanto, embora possa parecer paradoxal, a história do direito brasileiro se inicia antes da própria história do Brasil.<sup>29</sup>

Pode-se dizer que estas Ordenações são uma coletânea do direito vigente à época, pois a sua elaboração foi necessária para evitar a incerteza existente com relação à legislação aplicável, porquanto deveras esparsa, que acabava por prejudicar a vida jurídica e a administração da justiça. Trata-se de uma tentativa de centralização.<sup>30</sup>

De modo geral, a composição dessas Ordenações se dava por legislação feudal ou costumeira, com utilização do direito romano justiniano e do direito canônico apenas em

---

<sup>28</sup> PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*. Desde as origens até o advento do novo milênio. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 42-43.

<sup>29</sup> FRANCO, Loren Dutra. *Processo civil: origem e evolução histórica*. In: Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna, n. 2, abr. 2005. Disponível em: <[http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art\\_20002.pdf](http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_20002.pdf)>, acesso em 27/11/2016, p 6.

<sup>30</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Nota de apresentação*. Ordenações Afonsinas – Livro I. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p 5-6.

algumas matérias. Foi o primeiro código completo a ser publicado na Europa e dispunha sobre quase todas as matérias de administração pública.<sup>31</sup>

Cabe salientar que não se refere a uma codificação inovadora ou sistematicamente atualizada, mas sim uma espécie de registro de diversas normas jurídicas com diferentes procedências, inclusive com reproduções na íntegra dos textos anteriores, o que facilitava a aplicação. Apenas acrescenta-se que concretizam um grande passo na evolução do direito português, graças ao seu papel de consolidar a autonomia do sistema jurídico do país.<sup>32</sup>

Outra inovação trazida se dá com relação à regulamentação do direito subsidiário aplicável, a qual ocorre pela primeira vez no direito português. Há prevalência do direito nacional (leis do Reino, estilos da Corte e costumes do Reino), com utilização subsidiária dos direitos romano e canônico, tendo o critério do pecado como intransponível.<sup>33</sup>

Composto por cinco livros, tratava do Processo Civil no livro III, com 128 títulos<sup>34</sup>. Sobre o tratamento dado ao processo, é de se verificar que o seu desenho, já àquela altura, era deveras aperfeiçoado.<sup>35</sup> Nesse sentido, salienta-se que no texto das Ordenações Afonsinas já constavam questões como, por exemplo, revelia, suspeição do juiz, férias e atos processuais, havendo, inclusive, a divisão do processo de conhecimento entre ordinário e sumário.<sup>36</sup>

A ordem do juízo determina a necessidade de três pessoas para composição da relação jurídica processual. São elas o autor que demanda, o réu que se defende e o juiz que julga. Há também expressa determinação de que o juiz conheça a matéria sobre a qual

---

<sup>31</sup> PACHECO, José da Silva. Ob. cit., p 43.

<sup>32</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Ob. cit., p 7-8. Nesse sentido, anotam-se os contributos desta compilação: “*Além disso, as Ordenações Afonsinas representam o suporte da subsequente evolução do direito português. A bem dizer, as Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas pouco mais fizeram, em momentos sucessivos, do que a atualização da coletânea afonsina. Muitos dos respectivos preceitos, por conseguinte, encontrariam aplicação até a segunda metade do século XIX, quando da feitura dos códigos modernos. E, pelo que toca ao Brasil, essa vigência, através das Ordenações Filipinas, apenas cessou completamente em 1916, ano da publicação de seu Código Civil*”.

<sup>33</sup> MARQUES, Mário Reis. *História do Direito Português Medieval e Moderno*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p 75-78. O autor afirma que o autorizador da utilização do direito canônico é a obediência que se deve “*ao Padre Santo, e aa Santa Igreja*”, mas ressalta que, com relação à utilização do direito romano, não há na norma nenhuma justificativa.

<sup>34</sup> PACHECO, José da Silva. Ob. cit., p 45.

<sup>35</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 72.

<sup>36</sup> PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro*. Das origens lusas à Escola Crítica do Processo. São Paulo: Manole, 2002, p 152.

a ação é proposta e que interceda perante as partes, com o objetivo de chegar a um acordo.<sup>37</sup>

Por fim, vale dizer da importância desta compilação à sua época que, apesar de suas contradições e vícios, teve utilidade para consolidação do direito lusitano e serviu de base para as ordenações seguintes, que torna indiscutível, portanto, seu grande valor.<sup>38</sup>

#### - Ordenações Manuelinas (1521 até 1603)

A vigência das Ordenações Manuelinas se inicia em 1521, mas a reforma das ordenações anteriores vem desde 1505, por determinação de D. Manuel I. Nota-se o fato de que somente a partir de 1487 é que a introdução da imprensa permitiu levar a diversas vilas e cidades o conteúdo da compilação anterior, porquanto sua modificação já em 1505 é digna de estranheza. Sua explicação se deve, nesse caso, à própria preocupação do rei em ter seu nome diretamente relacionado a uma codificação de importância para sua época.<sup>39</sup>

Há progressos do ponto de vista formal no que tange à técnica legislativa, de maneira que não há mais a compilação por meio de simples reprodução das legislações anteriores, mas sim estão as Ordenações escritas em estilo decretório. Apesar disso, manteve-se basicamente a mesma divisão de matérias e não houve, portanto, transformações radicais ou profundas no direito português.<sup>40</sup>

Afirma-se que, em seu conteúdo, as Ordenações antes buscaram atender aos interesses da Monarquia, com o fortalecimento do poder absoluto do rei e o consequente enfraquecimento do feudalismo.<sup>41</sup>

No que respeita ao direito subsidiário, houve manutenção da primazia da legislação nacional, com a aplicação subsidiária dos direitos romano e canônico, como nas Ordenações anteriores. Dessa forma, a utilização do direito romano se traduz na utilização dos critérios da razão justa ou natural (e não em vínculo com o Império – *iurisdictio*

---

<sup>37</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Ob. cit., p 72.

<sup>38</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Ob. cit., p 87.

<sup>39</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Nota de Apresentação*. Ordenações Manuelinas – Livro I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p 5-6. O autor explica ainda em suas anotações: “Ao monarca “venturoso”, que em seu tempo assistiu a pontos altos da gesta dos descobrimentos, não seria indiferente ligar o nome a uma codificação de vulto. Trata-se de conjectura alicerçada em vários testemunhos, inclusive numa confessada importância atribuída pelo rei ao direito e à realização da justiça. As preocupações legislativas de D. Manuel I foram patentes, traduzindo-se também na importante reforma dos forais, que se concretizou em 1520, após tentativas frustradas se seus antecessores”.

<sup>40</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Ob. cit., p 7.

<sup>41</sup> PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*. Desde as origens até o advento do novo milênio. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 43.

*Imperii*), há que se notar, inclusive, a expansão da utilização do direito romano em detrimento do direito canônico.<sup>42</sup>

O Processo Civil se encontrava, novamente, disposto no Livro III, agora com 90 títulos e com relação às suas características pode-se dizer que foram repetidas imperfeições e lacunas anteriormente vistas, além de, em certos casos, acabar por acarretar maiores dilações ao andamento processual. Não foi trazida, então, a simplificação que se fazia necessária à ordem do juízo, ao contrário, manteve-se o complexo sistema de fases processuais e o procedimento continuou a ser pautado pela formalidade, escritura e solenidade.<sup>43</sup>

Ainda, quanto à ordem do juízo, reafirmou-se a necessidade de três pessoas para composição da relação jurídica processual (autor, réu e juiz) e, também, houve a reafirmação da busca pela conciliação.<sup>44</sup>

Por fim, vale salientar que, antes de se passar às Ordenações posteriores, houve um período em que, ao lado das Ordenações Manuelinas, vigoraram também diversas leis extravagantes, que foram compiladas sob a titulação de *Leis extravagantes de Duarte Nunes do Lião*.<sup>45</sup> Tal fato se deve ao furor da dinâmica legislativa existente à época. Ressalta-se que esses diplomas avulsos regulavam matérias novas, de igual forma como alteravam preceitos das Ordenações vigentes.<sup>46</sup>

#### - Ordenações Filipinas (1603 até 1832)

A alteração das Ordenações, nesta fase, se deve à união ibérica. Com o rei Felipe I (em Portugal ou Felipe II na Espanha),<sup>47</sup> as Ordenações Filipinas tiveram seu processo de elaboração concluído em 1595, mas sua vigência só se iniciou no reinado seguinte (Felipe II de Portugal), em 1603, tendo sido as que por mais tempo vigoraram.<sup>48</sup>

Traziam como inovação uma redação mais moderna e mantinham a divisão em cinco livros, sendo o Livro III destinado ao Processo Civil, com 98 títulos. Inclusive, há

---

<sup>42</sup> MARQUES, Mário Reis. *História do Direito Português Medieval e Moderno*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p 79-82.

<sup>43</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 94.

<sup>44</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Ob. cit., p 95.

<sup>45</sup> PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*. Desde as origens até o advento do novo milênio. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 50.

<sup>46</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2014, p 317.

<sup>47</sup> PACHECO, José da Silva. Ob. cit., p 50.

<sup>48</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Ob. cit., p 321-322.

que se falar que a estrutura do processo civil, de maneira geral, se manteve como a já existente nas legislações anteriores.<sup>49 50</sup>

Com relação às características gerais do processo, importa dizer que as novas Ordenações traziam quatro espécies de procedimentos. São eles o ordinário, com fases bem demarcadas e preferência pelo procedimento escrito, portanto mais rígido e demorado; o sumário, que tinha como principal característica a mistura dos procedimentos oral e escrito; o sumaríssimo (ou verbal), caracterizado pela oralidade e informalidade; e o especial, em que se inicia o tratamento do processo executivo em si, diferenciando-o da execução de sentença.<sup>51</sup>

As atribuições do juiz nas Ordenações Filipinas se resumiam a ordenar a confecção dos atos necessários à boa ordem do juízo, para que estivesse, ao fim do processo, informado da verdade de maneira satisfatória a proferir a decisão.<sup>52</sup>

Como já se viu, não houveram alterações significativas com relação à regulação do processo civil entre as Ordenações. Então, é possível entender que durante todo esse período prevaleceu o mesmo modelo processual, com as características principais de ser escrito, ter fases rígidas e ser marcado pelos princípios da iniciativa da parte e do dispositivo. Dessa maneira, fácil perceber que o processo possuía uma forte acentuação privatística e seguia-se o modelo processual dispositivo.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 116-121.

<sup>50</sup> Com relação ao direito subsidiário, é possível dizer que o regime estabelecido pelas Ordenações Manuelinas foi mantido nas Ordenações Filipinas, que apenas conta com uma modificação de sistematização, de modo que o tratamento do tema foi passado do Livro II para o Livro III das Ordenações. MARQUES, Mário Reis. *História do Direito Português Medieval e Moderno*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p 83. Sobre esse assunto, o autor explica o significado da mudança: “*Importa apenas realçar uma modificação de ordem sistemática: a passagem do título em causa do Livro II das Ordenações para o Livro III (título LXIV), destinado ao direito processual. O fato explica-se pela tomada de consciência do legislador, que se vislumbra já na renovada epígrafe do título V do Livro II das Ordenações Manuelinas, de que o problema das lacunas transcende a questão dum conflito de jurisdições entre o poder temporal e o poder eclesiástico. O enquadramento tradicional do direito subsidiário no Livro II, como mais um dos aspectos atinentes às relações do Estado com a Igreja, deixa agora de ter sentido. Para a nova mentalidade jurídica, o preenchimento das lacunas é uma questão técnico-jurídica intimamente ligada ao ato de julgar. Daí o seu enquadramento formal imediatamente depois de um título que impõe aos juizes que “julguem por a verdade sabida, sem embargo do erro do processo” e imediatamente antes de dois títulos que tratam das “sentenças interlocutórias” e das “sentenças definitivas”*”.

<sup>51</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Ob. cit., p 122-123.

<sup>52</sup> PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*. Desde as origens até o advento do novo milênio. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 55.

<sup>53</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *História do processo: uma análise do Código de Processo Civil de 1939 sob o prisma terminológico*. In: Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados (RTJE), 183-184/15. São Paulo: Jurid Vellenich, jul/set. 2001, p 2.

Comentadas as características de modo geral, tem-se assim que essas três Ordenações regeram o processo civil português e brasileiro, acompanhadas por cartas dos Donatários, dos ouvidores e dos governadores, além de praxes que foram surgindo devido à grande extensão territorial do país, no caso do Brasil.<sup>54</sup>

Entende-se que, por ter sido colônia do reino de Portugal, a legislação que regulava o processo civil no Brasil era, também, portuguesa. Ocorre que, mesmo após a independência, a Constituição de 1824 manteve o vigor das leis lusitanas, de modo que o processo civil seguiu regulado pelas Ordenações Filipinas e legislações posteriores. Em razão disso, o legislador brasileiro recolheu, ao longo do tempo, elementos da experiência jurídica estrangeira, mas também procurou o aprimoramento do ordenamento já existente, pela eliminação de matérias já superadas na prática. Desse modo, buscava-se a formação de uma estrutura jurídica que atendesse ao novo país, com suas novas particularidades.<sup>55</sup>

- Período de 1832 até 1939

A próxima legislação a regulamentar o processo civil no período imperial brasileiro foi o Código de Processo Criminal de 1832, que continha uma Disposição provisória acerca da administração da justiça civil. Os 27 artigos que regulavam o tema tinham como objetivo tornar o processo mais célere e flexível, com a eliminação de formalismos desnecessários, de modo a tornar melhor a entrega da prestação jurisdicional.<sup>56</sup>

Sobre o tratamento dado ao direito processual civil, há que se falar que é inovador e antecipa a consagração de diversos princípios, entre os quais podem-se citar a imediatidade do juiz, que autorizava os juízes a procederem diligências outras que entendessem necessárias à solução da causa; a publicidade, que determinava a inquirição pública das testemunhas pelas partes e advogados; a celeridade processual, que suprimia recursos e medidas protelatórias; a unirecorribilidade, que determinava que as sentenças definitivas estariam sujeitas somente à apelação; a eventualidade, que retirava do sistema as réplicas e trélicas, com a necessidade, portanto, de dedução dos argumentos das partes nos articulados; a simplicidade, que constituía a obrigação de um sistema processual mais

---

<sup>54</sup> PACHECO, José da Silva. Ob. cit., p 63.

<sup>55</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 177-178.

<sup>56</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Ob. cit., p 178.

descomplicado e informal; e a supribilidade da falta (ou repetibilidade do ato), que revogava a lei que tornava nulos os processos por falta de distribuição.<sup>57</sup>

No entanto, essa legislação era reduzida e não tratava suficientemente da organização judiciária e do processo civil, de modo que foi necessária sua revisão e atualização.<sup>58</sup>

O próximo marco, portanto, no que toca à normatização do processo civil brasileiro é o Regulamento 737<sup>59</sup>, editado juntamente com o Código Comercial de 1850, que buscava aperfeiçoamento do sistema processual e teve sua aplicação estendida às causas cíveis após a proclamação da República, pelo Decreto nº 763 de 1890.<sup>60</sup>

Sobre a ordem do juízo trazida por esse regulamento afirma-se que tem correção lógica e é abrangente, porquanto trouxe, além do procedimento ordinário, o sumário, para que causas de menor valor e complexidade pudessem ser resolvidas de maneira mais simples e em menor tempo. Ademais, previa procedimentos especiais para algumas demandas específicas.<sup>61</sup>

Desta feita, compreende-se que o mencionado Regulamento constituiu importante marco ao sistema processual brasileiro, porquanto trouxe modificações de grande vulto, principalmente se considerados o momento de sua elaboração e a dimensão da influência que exerceu. Isso porque realizou mudanças profundas, com a simplificação do processo, sem, no entanto, diminuir garantias e sem perder fórmulas processuais.<sup>62</sup>

Ainda, há que se falar de outro importante marco histórico do período anterior à codificação de 1939, que é a *Consolidação Ribas sobre o processo civil*. Cuida-se de uma reunião das normas processuais existentes, de maneira que se incluem, assim, as leis,

---

<sup>57</sup> PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*. Desde as origens até o advento do novo milênio. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 99.

<sup>58</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Ob. cit., p 178. O autor refere-se à regulamentação processual de 1842, mas que não é aqui compreendida como um marco, vista que somente concretiza as disposições acerca da justiça civil trazidas pelo Código de Processo Criminal.

<sup>59</sup> É considerado o primeiro código de processo elaborado no Brasil. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *História do processo: uma análise do Código de Processo Civil de 1939 sob o prisma terminológico*. In: Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados (RTJE), 183-184/15. São Paulo: Jurid Vellenich, jul/set. 2001, p 2.

<sup>60</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Ob. cit., p 179.

<sup>61</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Ob. cit., p 181-182.

<sup>62</sup> PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro*. Das origens lusas à Escola Crítica do Processo. São Paulo: Manole, 2002, p 236.

propriamente ditas, o direito subsidiário, o direito romano e o direito consuetudinário vigentes à época.<sup>63</sup>

Dividida em duas partes, a consolidação trata na primeira da organização judiciária e na segunda do processo em geral, nas ações ordinárias, especiais, execuções e recursos. Insta salientar que seu objetivo, como definido pelo próprio conselheiro Ribas, é de uniformizar a praxe judiciária e banir as “*corruptelas*” que nele tem se instalado.<sup>64</sup>

A vigência desta consolidação se deu até a proclamação da República, quando voltou a valer o Regulamento 737, conforme já mencionado. Além dessa mudança, o período trouxe também, dentre outras, duas alterações que merecem destaque, em razão do tema do presente trabalho. Houve a abolição da conciliação prévia, que se deu através do Decreto nº 359 de 1890, bem como houve a organização da justiça federal, por meio do Decreto nº 848 de 1890.<sup>65</sup>

Ademais, faz-se registro à Constituição republicana de 1891, que levou consequências ao direito processual civil do federalismo por ela defendido, de modo que houve atribuição aos estados de competência para organização judiciária e elaboração de legislação processual própria. Ocorre que permaneceu a competência da União para legislar sobre processos da Justiça Federal, de maneira que se viveu um período de dualidade processual entre 1890 e 1934.<sup>66</sup> Nesse sentido, as justiças dos Estados não podiam intervir em questões dos tribunais federais, de igual forma que a Justiça Federal não podia intervir nas questões estaduais.<sup>67</sup>

Com essa determinação constitucional, houve uma pluralidade de regramentos sobre processo, já que cada Estado da federação deveria elaborar suas próprias normas.<sup>68</sup> De maneira geral, o entendimento é que a inspiração para a elaboração dos códigos nos

---

<sup>63</sup> PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*. Desde as origens até o advento do novo milênio. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 132.

<sup>64</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 183-184.

<sup>65</sup> PACHECO, José da Silva. Ob. cit., p 154-155.

<sup>66</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Ob. cit., p 187-188. Registra-se que, por não ser objeto do presente trabalho, não se adentrará nas características que possuíam os Códigos estaduais, vale apenas ressaltar que, de maneira geral, percebe-se a influência do direito processual lusitano.

<sup>67</sup> PACHECO, José da Silva. Ob. cit., p 179.

<sup>68</sup> Sobre esse ponto, cabe registrar que a evolução ocorreu de maneira muito diferente em cada estado, como exemplo cita-se o caso do estado do Espírito Santo, que durante esse período teve em vigor três diferentes diplomas processuais estaduais, enquanto que os estados de Goiás, Alagoas, Mato Grosso e Amazonas não elaboraram nenhum Código estadual próprio. Nesse sentido, PACHECO, José da Silva. Ob. cit., p 181.



estados era o Regulamento 737. Dessa forma, pode-se dizer que prevalecia um espírito conservador nos juristas daquele tempo.<sup>69</sup>

Esse sistema dual perdurou até 1934, altura em que foi promulgada a nova Constituição Federal brasileira. Essa alteração acabou com o dualismo, porquanto retomou a União sua competência plena para legislar sobre processo, decorre disso, portanto, a necessidade de elaboração de um novo Código de Processo Civil, capaz de atender às necessidades diversas que possui um país de grande extensão territorial.<sup>70</sup>

Lado outro, no que toca à evolução desse período em Portugal, é possível anotar a publicação de três diplomas nesse período que abrangiam tanto o processo civil como penal, são elas a Reforma Judiciária em 1832, a Nova Reforma Judiciária em 1837 e a Novíssima Reforma Judiciária em 1841. Posteriormente, no ano de 1876, houve o surgimento do primeiro Código de Processo Civil e sobre ele pode-se dizer que tem como característica importante também a adoção do modelo processual dispositivo.<sup>71</sup>

Tendo em mente como se deu a evolução histórica da legislação atinente ao processo civil até este período, cabe apenas finalizar a identificação do modelo de processo adotado nesse período.

Como já explicado anteriormente, quando se fala acerca das Ordenações, o processo tem como uma de suas características principais a adoção do princípio do dispositivo, tendo, portanto, uma visão mais privada de processo. Não há tratamento diferente nas legislações seguintes, já que o rompimento dessa visão vem apenas posteriormente, conforme será analisado.

A esse respeito, apenas a título de finalização, entende-se que o modelo processual liberal advém de toda a construção ideológica e filosófica que rodeia o desenvolvimento do direito da época. Disso, é possível extrair uma ideia principal, segundo a qual o homem, ao nascer, já possui direitos naturais e inalienáveis, de modo que o único papel do Estado é a proteção e efetivação desses direitos. Dessa ideia, chega-se à

---

<sup>69</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Ob. cit., p 189-190.

<sup>70</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *História do processo: uma análise do Código de Processo Civil de 1939 sob o prisma terminológico*. In: Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados (RTJE), 183-184/15. São Paulo: Jurid Vellenich, jul/set. 2001, p 2.

<sup>71</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2014, p 487-488.

elaboração do raciocínio jurídico liberal, que está ligado à ideia de liberdade e de igualdade, como garantia de realização da liberdade.<sup>72</sup>

Assim, em virtude desse pensamento que permeia toda a atividade jurídica desta fase, fácil é identificar o acolhimento do modelo dispositivo de processo e, de igual forma, os motivos que levam à sua acolhida.

### 2.3.2 Modelo Inquisitivo

Neste modelo, conforme anteriormente visto, prevalece a posição do juiz em relação aos demais sujeitos processuais e nesse momento analisam-se os marcos históricos a isso relacionados.

#### - Rompimento com o modelo dispositivo

Aqui, em decorrência da situação histórica e dos novos ares que rodeiam o processo civil do período, foram atribuídos maiores poderes ao magistrado, que agora não mais fazia apenas registro dos fatos, de forma passiva. Por representar o Estado no processo, o juiz teve sua posição favorecida e elevada, mesmo para acompanhar o novo papel do Estado em relação à sociedade. A esse respeito, devem ser tratadas as influências sofridas pela codificação portuguesa e, conseqüentemente, também pela brasileira, causadas pelas novas tendências processuais, a citar a influência italiana e austríaca.<sup>73</sup>

A própria exposição de motivos do Código de Processo Civil brasileiro de 1939 traz expressa menção à influência da concepção publicística do processo, dada por Giuseppe Chiovenda, com inspirações também na Áustria. A finalidade do processo é vista como a aplicação da vontade da lei ao caso concreto, dessa forma entende-se o direito processual civil como possuidor de caráter público, bem como entende-se que a figura do juiz é tida com mais atuante. Tal situação ocorre porque não pode o interesse da justiça ser indiferente ao juiz, que é o seu efetivador.<sup>74</sup>

A reforma processual austríaca, levada a cabo em decorrência do pensamento de Franz Klein vigorou a partir de 1898 e foi influência para muitas outras reformas que ocorreram nesse período. Klein rompeu com o liberalismo no processo civil, pois não

---

<sup>72</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Ob. cit., p 431-432.

<sup>73</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 192.

<sup>74</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Ob. cit., p 192.

aceitava que deveria prevalecer o indivíduo, mas sim considerava mais importante o papel do Estado (ou da sociedade em geral), de modo que o interesse público deveria ser satisfeito primordialmente, em razão da busca de valores sociais mais elevados que o interesse individual.<sup>75</sup>

Assim, exarava-se o entendimento de que o processo é (ou deve ser) uma instituição para atingir o bem-estar social e é isso que autoriza a maior intervenção do juiz. Para garantir a direção correta do processo e garantir a sua celeridade, deve ele estar armado com maiores poderes.<sup>76</sup>

A doutrina austríaca, como já mencionado, inspirou outras diversas mudanças no direito processual e, entre elas, influenciou fortemente a doutrina italiana. Chiovenda levou os novos ares de pensamento à Itália. Nesse sentido, utilizando as mesmas bases de Franz Klein, chegou à conclusão de que o juiz, como representante do Estado no processo, não pode assistir passivamente à lide, mas, pelo contrário, deve ter nela uma participação ativa. Para ele, a extensão dos poderes do juiz é o centro da reforma processual, para tornar a relação mais acessível, de modo a atender às necessidades sociais. Em resumo, a sua proposta era de um processo mais rápido e mais eficiente, que, em contraste com o modelo anterior – focado no indivíduo –, tivesse, portanto, o enfoque destinado à sociedade e ao interesse público.<sup>77</sup>

Essas reformas e novas ideologias levaram a mudanças também no processo civil lusitano. O Código de Processo Civil português de 1939, elaborado por José Alberto dos Reis, utilizava-se das mesmas fontes doutrinárias aqui mencionadas. Nesse sentido, a mudança da mentalidade processual portuguesa, que exerceu profunda influência no sistema brasileiro, se deu de forma idêntica à já mencionada. Para tanto, nota-se que o processo anteriormente era calcado na prevalência do princípio do dispositivo e, portanto, seguia a serviço da vontade das partes. A mudança, dotada de ideologia oposta à anterior, privilegiou o princípio do inquisitório e tornou lícitas atividades do tribunal relativas à realização de atos e diligência para apuração da verdade.<sup>78</sup> Para ele, era essencial a ruptura

---

<sup>75</sup> RAATZ, Igor; SANTANNA, Gustavo da Silva. *Elementos da história do processo civil brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973*. In: *Revista Justiça & História*, vol. 09, n. 17-18, 2012, p 8-9.

<sup>76</sup> RAATZ, Igor; e SANTANNA, Gustavo da Silva. *Ob. cit.*, p 8-9.

<sup>77</sup> RAATZ, Igor; e SANTANNA, Gustavo da Silva. *Ob. cit.*, p 9-10.

<sup>78</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2014, p 488.

com a figura inerte do juiz, pois só assim poderia ser reforçado o caráter público da relação processual e atingidos os objetivos do direito e da justiça.<sup>79</sup>

Sobre o assunto, vale anotar que o momento histórico vivido em Portugal era o regime da ditadura entre 1926 e 1974. Assim, não se adequava o modelo privatístico de processo adotado até então, de forma que necessária sua mudança de perfil ideológico.<sup>80</sup> Nessa linha, no Código de 1939 é majorado o papel do magistrado, por meio de atribuição de maiores poderes, tanto formais quanto materiais, como a possibilidade de agir de ofício na investigação dos fatos.<sup>81</sup>

Cabe ressaltar duas importantes alterações sofridas pelo diploma. A primeira, em 1961, por meio do Decreto-Lei nº 44.129. Nesse caso, apesar de trazer diversas mudanças, não houve alterações de modelo processual.<sup>82</sup> Posteriormente, houveram as mudanças trazidas em 95/96. Sobre essas, há diversas controvérsias em relação à alteração ou não do regime adotado à época, isso porque nesse momento o diploma passou a contar com o princípio da colaboração. Dessa forma, elas serão analisadas no próximo tópico da evolução, que trata do modelo cooperativo em si.<sup>83</sup>

Passa-se, agora, à análise da legislação brasileira relativa a esse modelo de processo. Em primeiro, fala-se sobre a codificação brasileira de 1939. A elaboração deste Código decorre da já mencionada unidade processual trazida pela Constituição de 1934. Houve, então, a designação de uma Comissão para elaboração de um código que unificasse o processo no Brasil e a codificação foi promulgada em outubro de 1939.<sup>84</sup>

Sobre o conteúdo da normatização, é possível perceber que o legislador levou em consideração questões como o acesso à justiça, sua efetividade e sua rapidez. Extraí-se da

---

<sup>79</sup> RAATZ, Igor; e SANTANNA, Gustavo da Silva. Ob. cit., p 10-11.

<sup>80</sup> Há que se salientar que, a priori, tem-se a ideia de que sempre existe uma correspondência entre o modelo processual e o sistema governamental. Ocorre que, conforme se verificará não há essa correspondência em todas as vezes, de forma que o aumento de poderes ao magistrado não implica na adoção de um modelo autoritário.

<sup>81</sup> GOUVEIA, Mariana França. *Os Poderes do Juiz Cível na Acção Declarativa*. Em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão. In: *Julgar*, nº 1, 2007, p 48-49.

<sup>82</sup> GOUVEIA, Mariana França. Ob. cit., p 49. Aqui vale colacionar o preâmbulo do texto, que traz sobre o tema: “*A reforma (...) não envolve, (...), uma substituição dos princípios fundamentais que a legislação processual vigente abraçou, visto que a superioridade das novas concepções (...) ainda não pôde ser validamente contestada*”.

<sup>83</sup> GOUVEIA, Mariana França. Ob. cit., p 49-50.

<sup>84</sup> PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*. Desde as origens até o advento do novo milênio. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 207-211. O autor afirma, ainda, que se trata da “*mais salutar inovação que se introduziu no sistema brasileiro, evitando-se a plethora de códigos, decisões, interpretações e obliterações jurídicas no terreno das leis materiais e processuais, sob as pressões políticas, quer federais, materializando, quer estaduais, processualizando*”.

exposição de motivos do código que a mudança se mostrou necessária, além do objetivo de unificação, também porque a legislação anterior não se mostrava capaz de atender às necessidades do sistema. Por não cumprir os objetivos, precisava ser substituída por um novo ordenamento, que melhor atendesse aos interesses atuais.<sup>85</sup>

Nesse sentido, pode-se afirmar que não lograva êxito a legislação anterior em efetivar o direito, não cumpria, portanto, seu objetivo primeiro de levar ao caso concreto a vontade da lei e tutelar, assim, os interesses das partes em juízo. Na mesma linha da efetividade, falava-se em outorgar mais atribuições ao órgão judicial que, com maiores poderes instrutórios, poderia intervir na causa, com uma atuação menos passiva.<sup>86</sup>

Ainda acerca da evolução histórica, há que se falar sobre a situação enfrentada no Brasil naquela altura. Vivia-se, à época, o governo de Getúlio Vargas, com características autoritárias e centralizadoras. E foi nessa nova ordem política que surgiu então o Código de 1939<sup>87</sup>, com a busca pela restauração da autoridade e do caráter popular do Estado.<sup>88</sup>

Cabe ressaltar outro marco histórico desta época, qual seja, a Constituição brasileira de 1937, que por seu caráter centralizador, tornou possível a unificação processual ocorrida posteriormente, que acabou por unificar também a própria justiça.<sup>89</sup>

Assim, essa codificação veio a romper com o modelo processual dispositivo que era até então observado e, com isso, alterar o caráter privado do processo para um caráter mais publicista.

Houve uma redução no montante dos recursos, decisão que trouxe mais celeridade ao andamento processual. Além disso, foi empregada a técnica da oralidade, uma tendência

---

<sup>85</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *História do processo: uma análise do Código de Processo Civil de 1939 sob o prisma terminológico*. In: Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados (RTJE), 183-184/15. São Paulo: Jurid Vellenich, jul/set. 2001, p 3. Conforme mais a frente será estudado, nota-se extrema semelhança de objetivos da mudança ocorrida em 1939 com a mais recente, de 2015. Assim, o autor afirma: “Observe-se, pois, a absoluta atualidade daquele discurso. Sua entonação, nesse aspecto, sem dúvida, não destoa daquela que vem sendo emprestada ao recente movimento reformista do Código de Processo Civil vigente”.

<sup>86</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Ob. cit., p 3.

<sup>87</sup> Sobre a distribuição formal, o CPC de 1939 possuía 1.052 artigos e a sua divisão era feita em nove livros, quais sejam: Disposições gerais; Do processo em geral; Do Processo Ordinário; Dos processos especiais; Dos processos acessórios; Dos processos de competência Originária dos Tribunais; Dos Recursos; Do juízo arbitral; e Disposições finais e transitórias. PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro*. Das origens lusas à Escola Crítica do Processo. São Paulo: Manole, 2002, p 254.

<sup>88</sup> RAATZ, Igor; SANTANNA, Gustavo da Silva. *Elementos da história do processo civil brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973*. In: *Revista Justiça & História*, vol. 09, n. 17-18, 2012, p 2-5.

<sup>89</sup> PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*. Desde as origens até o advento do novo milênio. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 212.

mundial à época, que também era capaz de emprestar mais simplicidade ao procedimento. Ademais, consta inclusive do anteprojeto do Código esse desejo de simplificação.<sup>90</sup>

Verifica-se que, nesse período, houve uma possível relação entre o aumento do papel do Estado e a maior participação do juiz no processo, já que foi enfatizado o caráter público do processo. Isso se deve à mudança da feição individualista do processo, para se adaptar às novas tendências publicísticas.<sup>91</sup>

Por fim, ainda no mesmo modelo processual, a evolução passa pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1973. Nota-se que o momento histórico vivido no Brasil era a época do regime militar. Aqui ressalta-se também que, nesse período, houve o fechamento do Congresso Nacional em 1968 e assim veio a autorização para o Poder Executivo legislar e a suspensão de garantias constitucionais e legais, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a estabilidade dos juízes, entre outras.<sup>92</sup>

Esse então foi o contexto de elaboração do CPC, desenvolvido pelo Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, que baseou sua ideologia no processualismo, dominante nos estudos europeus do período, com determinações claras de que o processo civil fosse dotado de meios racionais para a atuação do direito.<sup>93</sup> O código contava 1.220 artigos, distribuídos em cinco livros.<sup>94</sup>

Vale dizer que não houve o abandono das concepções publicísticas trazidas pela codificação anterior, o que ocorreu foi a criação de um enfoque diferente. Ao invés de concentrar esforços para a efetivação da justiça e preservação dos interesses públicos, as atenções estavam voltadas para a própria evolução do direito processual como ciência. Para tanto, houve o desenvolvimento de diversos conceitos, entre eles a jurisdição, a ação e a coisa julgada.<sup>95</sup>

A exposição de motivos do CPC de 1973 traz novamente a necessidade de uma unidade processual, em razão das diversas modificações que sofreu o Código de 1939, posteriormente a sua edição, com fins de correção e suprimento de lacunas. Nesse sentido, se viu imprescindível a elaboração de uma nova codificação, com o intuito de harmonizar a

---

<sup>90</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Ob. cit., p 4.

<sup>91</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 191.

<sup>92</sup> RAATZ, Igor; SANTANNA, Gustavo da Silva. *Elementos da história do processo civil brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973*. In: *Revista Justiça & História*, vol. 09, n. 17-18, 2012, p 15.

<sup>93</sup> RAATZ, Igor; e SANTANNA, Gustavo da Silva. Ob. cit., p 15.

<sup>94</sup> PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*. Desde as origens até o advento do novo milênio. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 272.

<sup>95</sup> RAATZ, Igor; e SANTANNA, Gustavo da Silva. Ob. cit., p 16.

ciência processual brasileira com as exigências científicas trazidas pelo progresso contemporâneo.<sup>96</sup>

Salienta-se que o diploma processual de 1973 é reconhecido por representar uma evolução científica do direito processual civil no Brasil. Foi idealizado com modelo nos códigos europeus, em que vale salientar a influência lusitana, sendo possível mencionar os sistemas de preclusão e recursos.<sup>97</sup>

Está oposto ao Código de 1939, de forma que enquanto o anterior era centrado no caráter público e social do processo, o Código de Buzaid apostava na técnica e na neutralidade científica. Manteve-se a oralidade como característica processual, mas o enfoque não era mais no aumento de poderes do magistrado, de modo que passou o Poder Judiciário a segundo plano, estando o enfoque direcionado ao Poder Executivo.<sup>98</sup>

Buscava-se com a inovação alguns objetivos, dentre os quais se encontram a simplificação da estrutura do código, a facilitação de seu manejo, a racionalização de sua sistemática e a sua transformação em um instrumento útil e flexível para a administração da justiça. Com isso, é fácil notar que a intenção da obra é clara, buscar a unidade formal e conferir ao Código estrutura comparável a dos países mais desenvolvidos nessa área.<sup>99 100</sup>

Com relação ao modelo processual e ao papel do juiz, este agora como representante estatal, continua a assumir posição de destaque no processo, alocado, portanto, acima das partes.<sup>101</sup> Dessa forma, continua-se a utilização do modelo inquisitório iniciada no código anterior, mas agora com enfoque, também, no processualismo.

Por fim, pode-se dizer que do Código de Processo Civil de 1973 foi bem recepcionado pela doutrina, por meio da exaltação de sua excelente técnica e da tentativa

---

<sup>96</sup> PACHECO, José da Silva. Ob. cit., p 258-259.

<sup>97</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 193.

<sup>98</sup> RAATZ, Igor; e SANTANNA, Gustavo da Silva. Ob. cit., p 16.

<sup>99</sup> PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*. Desde as origens até o advento do novo milênio. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 263.

<sup>100</sup> Apesar das críticas em relação ao código, há afirmações em sua defesa. Assim, nota-se que diversos institutos por ele consagrados somente muito tempo depois seriam adotados por sistemas de países com maior desenvolvimento da ciência processual, como exemplo, a Itália, o que pode confirmar a excelência técnica do diploma. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Ob. cit., p 194.

<sup>101</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. Coleção Temas atuais de Direito Processual Civil. V 14. Coordenação: Luiz Guilherme Marinoni; e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 67.

de neutralidade ideológica, apesar de diversos institutos presentes na lei, que faziam com que não fosse completa a sua neutralidade.<sup>102</sup>

Outrossim, com o passar do tempo sua tecnicidade, apesar de bem elaborada, mostrou-se ineficiente para lidar com diversos problemas pragmáticos, mesmo em razão da complexidade normativa que se produziu posteriormente.<sup>103</sup>

### 2.3.3 Modelo Cooperativo

Este modelo processual, que adota como base o princípio da cooperação, tem uma postura distinta dos dois anteriores – modelo dispositivo e modelo inquisitivo – com relação à posição dos sujeitos no desenvolvimento da atividade processual. Isso porque tem como objetivo colocar os sujeitos em um mesmo patamar de relevância, com isso concede a eles a mesma importância dentro do processo.

Agora analisa-se o final da evolução histórica havida para que se chegasse à adoção deste modelo pelos países estudados.

Sobre a evolução em Portugal, conforme anteriormente observado, o processo civil português passou a contar com a influência do princípio da cooperação, que fez com que se alterasse o modelo processual adotado pelo país.

O momento histórico vivido em Portugal trouxe a necessidade de uma renovação no sistema existente. Anteriormente, ocorreu um rompimento com o liberalismo, para que se adentrasse em um período publicista do direito. Agora, os novos ares exigem novamente uma mudança, com a apresentação de forças inversas que apontam para o retorno de uma ideologia mais privatista.<sup>104</sup>

No caso, o que existe é a natural busca pelo equilíbrio, justamente de acordo com a proposta do novo modelo processual cooperativo, o qual foi adotado, inclusive, pelo novo Código de Processo Civil de 2013. Sobre a aplicação do princípio da cooperação na legislação portuguesa, há que se compreender que está altamente relacionado com a gestão processual. Isso porque, sobre a gestão, o entendimento é que há a necessidade de uma

---

<sup>102</sup> PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. *O Código de Processo Civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma*. In: *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 190, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242945>>, p 98.

<sup>103</sup> PICARDI, Nicola; e NUNES, Dierle. *Ob. cit.*, p 98.

<sup>104</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2014, p 534-535.



postura ativa tanto do órgão judicial como também das partes, para que seja possível ocorrer um andamento processual mais célere e que melhor atenda aos interesses sociais.<sup>105</sup>

Ainda, compreende-se que nesse modelo há um equilíbrio entre o papel das partes e do magistrado no desenvolvimento da atividade processual, porque os poderes de gestão processual concedidos ao juiz são limitados por outros princípios norteadores do processo justo (ou equitativo).<sup>106</sup> Dessa forma, clara a adoção de um modelo novo e não um retorno à fase privatista, nem mesmo uma continuação da fase publicista.

Outrossim, cabe ressaltar que a doutrina portuguesa reconhece que esse novo modelo decorre da evolução da sociedade, de maneira que coloca o princípio da cooperação como parte cabal do processo civil não liberal de cunho social. Dessa forma, a inovadora estrutura processual busca conciliar os fins do processo civil com os fins do Estado social de direito, também para levar eficácia e legitimação às decisões judiciais.<sup>107</sup>

Lado outro, agora fala-se sobre a evolução ocorrida no Brasil.

Após todas as modificações feitas no decorrer do tempo ao Código de 1973 e, principalmente, após a promulgação da Constituição de 1988, a situação brasileira exigia mudanças ao sistema processual vigente. Dessa forma, foi aprovado um novo Código de Processo Civil no Brasil em 2015.

A existência de muitas legislações esparsas acabou por tornar desconexa a sistemática processual, de modo que foi necessária a elaboração de um novo Código para atender a essas imposições.<sup>108</sup> Além disso, cabe ressaltar o surgimento, nesse momento, de uma nova visão de processo, que de igual forma exige mudanças no sistema para que haja adaptação às novas ideologias.

Com a nova Constituição Federal no Brasil, promulgada em 1988, há um novo entendimento acerca dos fins do Estado, com maiores considerações sobre a justiça social e

---

<sup>105</sup> GOUVEIA, Mariana França; GAROUPA, Nuno; MAGALHÃES, Pedro; e CARVALHO, Jorge Morais. *Justiça Económica em Portugal: Novo Modelo Processual*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012, p 102-104.

<sup>106</sup> GOUVEIA, Mariana França; GAROUPA, Nuno; MAGALHÃES, Pedro; e CARVALHO, Jorge Morais. *Justiça Económica em Portugal: Gestão Processual e Oralidade*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012, p 87. Ainda, sobre o assunto, enumeram os autores alguns princípios que limitam a gestão, são eles: “Entre esses princípios estão o direito de defesa, o contraditório, a licitude da prova, a existência de prazos razoáveis de ação, de defesa e de decisão, o dever de fundamentação, a igualdade processual, a orientação para a verdade material ou a transparência. São estas as regras fundamentais do Direito Processual Civil que limitam o poder de gestão processual (...)”.

<sup>107</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2 ed. Lisboa: Lex, 1997, p 62.

<sup>108</sup> PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. *O Código de Processo Civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma*. In: *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 190, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242945>>, p 98.

consagração de novos princípios orientadores. Surge, então, uma ideologia constitucional de processo. Há uma nova interpretação dada à leitura do artigo 3º da Constituição<sup>109</sup>, que é agora considerada como o fim máximo da jurisdição e o meio para que se obtenha a tão desejada justiça social.<sup>110</sup>

Assim, pode-se dizer que o que se pretende com o processo é a efetivação dos direitos (inclusive constitucionalmente previstos). Não há rompimento com a visão do caráter público do processo, uma vez que não há que se falar no retorno a uma apreciação do processo apenas como meio para obtenção de direitos subjetivos, mas sim em um avanço que vai além do publicismo. Agora, o escopo do processo civil é a tutela efetiva dos direitos, que acaba por atender aos objetivos do próprio Estado.<sup>111</sup>

Portanto, percebe-se a influência da Constituição de 1988 na mudança da codificação processual brasileira, para que fosse possível atender aos novos objetivos do Estado e da ordem social. O sistema processual anterior não se adequava aos correntes objetivos, de maneira que necessária sua alteração. A coerência entre a norma constitucional e a norma legal é objetivo fundamental do sistema, mesmo porque é na norma inferior que se encontra a concretização dos objetivos da Constituição.<sup>112</sup>

Em razão disso, foi criada uma comissão de juristas, presididos pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, para elaboração de um novo Código de Processo Civil que atendesse às novas necessidades da sociedade. A exposição de motivos do projeto do novo código traz cinco objetivos que são buscados com a nova lei. Os objetivos são: estabelecimento de sintonia com a nova Constituição; fornecimento de meios para que o juiz possa proferir decisões mais próximas à realidade fática da causa; simplificação e redução de subsistemas; proporcionar o maior rendimento possível a cada processo; e possibilitar mais coesão ao sistema, por meio de maior organização de si próprio.<sup>113</sup>

---

<sup>109</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

<sup>110</sup> PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro*. Das origens lusas à Escola Crítica do Processo. São Paulo: Manole, 2002, p 360.

<sup>111</sup> MITIDIERO, Daniel. *A tutela dos direitos como fim do processo no Estado constitucional*. In: Revista de Processo. Instituto Brasileiro de Direito Processual. Coordenação: Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 64.

<sup>112</sup> LOURENÇO, Haroldo. *O Neoprocessualismo, o Formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC*. In: Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, out/dez 2011, p, 94.

<sup>113</sup> PICARDI, Nicola; e NUNES, Dierle. Ob. cit., p 99.

Assim, pode-se dizer que, seguindo as tendências processuais europeias, o modelo adotado é o cooperativo. É possível compreender que esse modelo foi adotado tendo como fim, além de atender a uma efetividade buscada pelo sistema, também para suprir as necessidades da nova ordem constitucional. Ao passo que a nova Constituição exerceu influência sobre o novo sistema processual civil, extrai-se do artigo 6º do novo CPC<sup>114</sup> a ênfase à visão neoconstitucional de processo, que se traduz no modelo cooperativo.<sup>115</sup>

Um dos pontos relevantes nesse sentido é a adoção da perspectiva democrática do princípio do contraditório, como garantia de influência e não surpresa.<sup>116</sup> Com efeito, é de se dizer que a nova interpretação do princípio do contraditório funda-se no valor da participação, que é a base constitucional para condução do processo.<sup>117</sup>

Outrossim, cabe mencionar que mesmo na fase moderna ainda se nota a influência da legislação portuguesa na brasileira, já que também em Portugal prevalecem atualmente, como norteadores do processo civil, a simplicidade, a oralidade, a informalidade e a economia processual. Bem como, de igual forma, objetiva-se que sejam prolatadas decisões que atendam melhor à justa composição do litígio.<sup>118</sup>

Analisado o presente modelo, possuidor de nova sistemática em conjunto com os seus princípios norteadores, depreende-se que tal adoção decorre da evolução da publicização do processo ocorrida em momento anterior. Assim, busca-se um processo mais justo, que se aproxime da verdade, no qual não seja o órgão judicial mero expectador, estando autorizado a determinar diligências e provas que se façam necessárias ao deslinde do caso.<sup>119</sup>

No entanto, a atuação do juiz ganha inovadora atribuição, para que haja equilíbrio entre os princípios do dispositivo e do inquisitório, com efeito, isso é o que busca o modelo cooperativo. Em decorrência da evolução histórica havida na matéria e da mudança de

---

<sup>114</sup> “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

<sup>115</sup> LOURENÇO, Haroldo. Ob. cit., p 95.

<sup>116</sup> PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. *O Código de Processo Civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma*. In: *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 190, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242945>>, p 99.

<sup>117</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. Coleção Temas atuais de Direito Processual Civil. V 14. Coordenação: Luiz Guilherme Marinoni; e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 76.

<sup>118</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2014, p 603-604.

<sup>119</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Processo Justo: O Juiz e Seus Poderes Instrutórios Na Busca Da Verdade Real*. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 80, p. 71/85, nov. 2009, p 21.

relações entre a sociedade e o Estado, fundamental é, também, a concretização dessas mudanças por meio do direito processual civil.

### 3 CONSIDERAÇÕES SOBRE ÔNUS DA PROVA E TEORIA DINÂMICA

#### 3.1. PROVA – CONSIDERAÇÕES GERAIS

Pode-se falar na existência de duas classes de prova, uma material (ou extraprocessual), que produz efeitos no campo das relações jurídicas materiais, e outra processual, que somente produz efeitos no âmbito do processo. Resta claro que, por ora, a referência será somente para a prova processual, para que seja possível o estudo dos efeitos por ela produzidos e suas implicações na esfera do processo.<sup>120</sup>

Sendo clara a indicação de que a referência de prova processual está ligada à ação de verificar a correspondência das alegações narradas com a realidade dos fatos, entende-se que, nesse caso, não se fala sobre verdade absoluta, mas sim relativa.<sup>121</sup>

Entende-se a prova como o procedimento havido para realizar a comprovação das afirmações e dos fatos e a verificação das razões. Afirma-se, ainda, a importância da prova ao dizer que se trata de um “*instrumento elementar*” não só do processo, mas do direito como um todo, porquanto a ausência da prova faz com que o direito não alcance a sua finalidade, quase que na totalidade das vezes.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1996, p 15.

<sup>121</sup> TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: Ensaio*. Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p 46. Ainda, sobre a verdade, afirma o autor: “*sublinhe-se que nesse contexto não se fala jamais de verdade “absoluta”, ainda que por vezes pareça que a esse tipo de verdade façam referência, implicitamente ou explicitamente, aqueles que negam que no âmbito do processo se possa verificar a verdade dos fatos. De verdade absoluta falam ainda poucos metafísicos e alguns religiosos integralistas, e nela não se fala nem mesmo no âmbito das teorias da ciência, de modo que menos ainda nela se pode falar no processo, assim como não se pode sensatamente nela falar na experiência cotidiana de quem deve tomar decisões fundando-se sobre a verificação de determinados fatos. Portanto, faz sentido falar somente de verdade relativa, mas o significado dessa qualificação deve ser especificado posteriormente. De um lado, a verdade que se pode conseguir no processo é relativa propriamente enquanto não pode ser absoluta, isto é, porque não coincide nunca exatamente com a verdade alética ou categórica. No processo a verdade alética representa um valor regulativo e constitui – como se costuma dizer – “o Norte”, isto é, um ponto de referência que pode não ser jamais alcançado, mas serve para indicar a direção para a qual são orientados os procedimentos cognitivos que se traduzem concretamente em ato. Desse ponto de vista a verdade que se pode conseguir no processo representa em realidade uma aproximação àquela que se poderia considerar como correspondência perfeita dos enunciados aos fatos reais que esses descrevem. De outro lado, essa verdade é relativa – e, portanto, o grau de aproximação é maior ou menor conforme a qualidade das informações sobre as quais se funda volta e meia o conhecimento dos fatos dos quais se trata. No contexto específico do processo isso significa que o grau de aproximação da verificação da correspondência dos enunciados aos fatos materiais que descrevem obedecem à qualidade e à quantidade das provas sobre as quais se funda a reconstrução dos fatos realizada pelo juiz – e é tanto melhor quanto mais afluam ao processo todas as provas relevantes, isto é, todas as provas que possam ser úteis para a verificação da verdade dos fatos”*”.

<sup>122</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005, p 267.

Nesse sentido, o objetivo da prova no processo civil é a demonstração de que as alegações realizadas correspondem à realidade dos fatos. Assim, se não há semelhança entre a situação descrita e a realidade, a pretensão não procede, já que a situação descrita é fundamento da pretensão.<sup>123</sup>

Quando se fala sobre a função das provas, entra-se em uma discussão acerca da busca pela verdade. Tradicionalmente, assevera-se que o processo tem como objetivo trazer a resolução do litígio, por meio da descoberta da verdade.<sup>124</sup> Em razão disso é notória, portanto, a função essencial da prova, já que a própria noção de prova – em sentido jurídico ou fora dele – está atrelada à ideia de descoberta da verdade.<sup>125</sup>

No entanto, percebe-se que o que é tradicionalmente definido como função da prova – a busca pela verdade – acaba por ser um conceito ambicioso.<sup>126</sup>

Aqui importa registrar que não há como se falar em certeza sobre a verdade na reconstrução dos fatos ocorridos. Nesse sentido, não se acredita ser possível que o resultado obtido com as provas seja correspondente à absoluta verdade, já que, justamente por se tratar de uma reconstrução (de situações anteriores), os fatos acabam por sofrer influências externas e subjetivas, o que os distanciam da realidade pura.<sup>127</sup>

A função da prova, portanto, não é a busca pela verdade real – inatingível – mas sim a descoberta da verdade no processo, ou seja, a melhor reconstrução possível dos fatos, que mais se assemelhe à realidade e que entregue aos sujeitos a verdade buscada possível.<sup>128</sup>

No mesmo entendimento está Carnelutti, que se posiciona no sentido de refutar a possibilidade de obtenção, por meio do processo, da verdade material e absoluta. Para isso, defende a existência de verdade material e formal, bem como relaciona essas formas de verdade à diferença entre finalidade e resultado do processo.<sup>129</sup>

---

<sup>123</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. *A prova difícil: da probatio levior à inversão do ónus da prova*. In: Revista de Processo. Nº 222. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 8.

<sup>124</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 48 ed. V 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p 482.

<sup>125</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Processo de Conhecimento. 11 ed. V 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 248-251. Acrescenta-se, ainda, que a prova é o que legitima a atuação do Estado no processo, porque possibilita a reconstrução da verdade dos fatos no ambiente processual e dá “*qualidade à justiça ofertada*”, ao cumprir o escopo principal do processo.

<sup>126</sup> AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1996, p 26.

<sup>127</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. Ob. cit., p 252-253.

<sup>128</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. Ob. cit., p 254-256.

<sup>129</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005, p 261.

Em outras palavras, explica-se a relação entre esses conceitos. De um lado está a verdade material relacionada à finalidade do processo, já que é a descoberta da verdade que alimenta a investigação, a produção de provas e mesmo o poder instrutório do juiz. E de outro lado, relacionam-se a verdade formal e o resultado do processo, porquanto como não se considera possível que haja uma reconstituição absolutamente fiel à realidade. O resultado do processo será, portanto, a verdade possível de ser obtida por meio da análise do material probatório.<sup>130</sup>

A formação do conceito de prova, como se vê, pode se apresentar múltiplo e controverso doutrinariamente, porém para que se elabore uma conceituação atual é necessária a exclusão de alguns preceitos já superados, de modo que esteja a conceituação em sintonia com a forma com que se percebe o direito.<sup>131</sup>

Para tanto, verifica-se que não se pode considerar a prova como um meio para que se obtenha certeza dos fatos ocorridos ou para que se chegue a uma verdade inquestionável sobre esses fatos. Isso porque não se considera possível, por meio da apresentação de provas processuais, que seja reconstituída uma situação ocorrida anteriormente sem que haja dúvidas acerca da convicção atingida.<sup>132</sup>

Desta sorte, como bem explicam Marinoni e Arenhart, “*tem-se que a prova pode resumir-se em um aspecto argumentativo-retórico, apto a justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo*”.<sup>133</sup> De modo que a prova se trata de um meio para formar no julgador uma convicção sobre as asserções realizadas no processo.

Ressalta-se que, nem por isso deixa a prova de ter (mesmo nessa conceituação) relação íntima com a verdade, visto que, de toda sorte, a intenção que se colocará na análise dos fatos e das provas por parte do juiz será a busca pela certeza e pela verdade. Assim, ainda que não seja possível uma reconstrução completamente genuína da realidade – mesmo para que não se torne uma busca utópica e infundável – ainda é este (a verdade) o elemento justificativo da emanção da convicção judicial.<sup>134</sup>

---

<sup>130</sup> CARNELUTTI, Francesco. Ob. cit., p 261.

<sup>131</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Processo de Conhecimento. 11 ed. V 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 260.

<sup>132</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. Ob. cit., p 260.

<sup>133</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. Ob. cit., p 261. – Ainda, ressaltam os autores que Taruffo se posiciona no mesmo sentido de que “*a prova assume, nesta perspectiva, a função de fundamento para a escolha racional da hipótese destinada a constituir o conteúdo da decisão final sobre o fato*” – (TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*).

<sup>134</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. Ob. cit., p 261-262.

Pode-se dizer, dessa forma, que se deixada de lado a aspiração pela verdade absoluta materialmente, é possível notar que a função principal da prova acaba por se tornar a formação da convicção do magistrado acerca dos fatos processuais, o que traz ao processo, por fim, a verdade, ainda que não absoluta.<sup>135</sup>

Nesse sentido, a prova processual pode ser entendida por dois aspectos. De forma objetiva é a maneira utilizada para que se verifique a existência ou não de determinados fatos, e de forma subjetiva é a convicção que se forma no julgador sobre os fatos que se quis demonstrar como existentes ou não. Do que, outrossim, é possível retirar que, pode o magistrado ser considerado como o principal destinatário da prova, ainda que não seja o único, porquanto a sua convicção é, inclusive, elemento formador do próprio conceito de prova.<sup>136</sup>

Entende-se, portanto, que, sendo a finalidade da prova, também, o convencimento do magistrado, se o material probatório oferecido não tornar o julgador convicto, não terá a prova sido útil ao processo, nem terá atingido a sua finalidade.<sup>137</sup>

Ademais, é no mesmo sentido o entendimento de Jaime Guasp, sobre a natureza jurídica da prova, ao se afirmar que existem duas categorias, sendo elas a prova material e a prova processual. Tal divisão demonstra que possuem elas sentidos diferentes. Assim, entende que o sentido processual da prova está relacionado diretamente com a atividade jurisdicional, porquanto a utilidade da prova no processo é realizar o convencimento psicológico do juiz.<sup>138</sup>

Ainda, o pensamento de Joan Picó i Junoy se dá no sentido de que a busca pela verdade no processo possibilita trazer a efetivação da tutela justa dos interesses em conflito. Com efeito, entende-se que, por esse motivo, deve ser dada maior liberdade ao órgão judicial no que toca à iniciativa probatória, sem que isso cause, no entanto,

---

<sup>135</sup> AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1996, p 28.

<sup>136</sup> LOPES, João Batista. *Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença*. In: *Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório*. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 49-50.

<sup>137</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 48 ed. V 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p 480. Explica o autor que: “*Não é raro a parte produzir um grande volume de instrumentos probatórios (documentos, perícia, testemunhas etc) e mesmo assim a sentença julgar improcedente o seu pedido ‘por falta de prova’*. De fato, quando o litigante não convence o juiz da veracidade dos fatos alegados, prova não houve, em sentido jurídico: houve apenas apresentação de elementos com que se pretendia provar, sem, entretanto, atingir a verdadeira meta da prova – o convencimento do juiz”.

<sup>138</sup> GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Introducción y parte general. 7 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2005, p 374.



desarmonia entre o caráter privado do objeto litigioso e a natureza indisponível no processo. Assim, isso possibilita que se atinja a finalidade real da prova, que é a de formar a convicção psicológica do juiz acerca dos fatos discutidos no processo, sem que eventualmente se perca a imparcialidade judicial. Para tanto, a atividade realizada pelo magistrado deve se desenrolar para o sentido de verificação dos fatos processuais.<sup>139</sup>

Nesse âmbito, cabe colacionar o entendimento de Taruffo, porquanto salienta que a verificação da verdade dos fatos constitui uma condição para que a decisão possa ser considerada justa, ao lado do correto desenvolvimento do processo à qual está integrada, bem como da correta interpretação das normas por parte do juiz. Mesmo não sendo condição única, a ausência da apuração da verdade dos fatos leva sozinha à injustiça da decisão, mostrando-se, assim, a busca pela verdade um importante elemento do processo justo.<sup>140</sup>

Utiliza-se dessa concepção para criticar o ceticismo com relação à averiguação da veracidade dos fatos no âmbito processual, afirmando, portanto, que, para que seja possível que se atinja uma decisão justa como resultado processual, deve-se ter em conta a relevância da busca pela verdade.<sup>141</sup>

Ao analisar as afirmações doutrinárias que inserem a verdade como imperativo para garantir a justiça da decisão, é possível compreender que, nesse sentido, a preocupação fundamental da sentença deve ser a realização da justiça, por meio da aproximação da verdade, de modo que se deve levar em conta a justa composição do litígio quando de sua elaboração.<sup>142</sup>

Por fim, nota-se que o próprio magistrado, ao realizar a análise e valoração do material probatório, além de incluir as suas próprias percepções acerca da matéria, também está condicionado à determinado conjunto de regras processuais. Esses fatores são

---

<sup>139</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1996, p 260-261. Salienta o autor, ainda, que essa atividade por parte do magistrado deve se dar no sentido de providenciar a produção de provas que se revelem existentes por meio da atuação de alguma das partes, de maneira a manter preservado o Princípio Dispositivo, que considera “*alma mater del proceso civil*”.

<sup>140</sup> TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: Ensaios*. Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p 36.

<sup>141</sup> TARUFFO, Michele. Ob. cit., p 38.

<sup>142</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova do processo civil*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2016, p 259.

inerentes à atividade processual e probatória, de modo que a busca pela verdade não pode se tornar tão rígida a ponto de se distanciar do possível.<sup>143</sup>

No entanto, como não é possível que o processo deixe de resolver o litígio, há casos em que a solução será dada mesmo sem que se tenha chegado à certeza sobre a realidade dos fatos.<sup>144</sup>

Isso não significa que não haja empenho na descoberta da verdade, porquanto se pode observar, pela análise das características do processo civil moderno, que essa questão sofre diversas influências, nomeadamente da mudança de visão acerca da função do processo na sociedade atual. Assim, verifica-se que a ideia de processo justo e a alteração dos modelos processuais adotados através dos tempos também corroboram como elementos a mais na busca pela verdade.<sup>145</sup>

Cabe ressaltar, no que toca ao objeto da prova, que ela deve tratar dos fatos litigiosos, quais sejam, aqueles sobre os quais existe controvérsia entre as partes. Assim, nota-se que não carecem de prova todos e quaisquer fatos presentes no processo, apenas os que se mostrarem relevante para o deslinde do caso.<sup>146</sup> Assim, a prova deve tratar das asserções que se relacionam com a lide que se deseja ver apreciada em juízo, ou seja, dos argumentos emanados pelo autor ou pelo réu, seja para suportar a pretensão buscada, seja para combater-la.<sup>147</sup>

Ao examinar o objeto da prova, Carnelutti realiza uma distinção entre objeto mediato – os fatos do processo – e imediato – as afirmações realizadas pelas partes.<sup>148</sup>

Ademais, entre os fatos que não necessitam de prova, colacionam-se, a título de exemplificação, os fatos não controversos, confissão, admissão tácita, revelia, fatos notórios, fatos decorrentes de presunção legal, entre outros.<sup>149</sup>

---

<sup>143</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Processo de Conhecimento. 11 ed. V 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 254.

<sup>144</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 48 ed. V 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p 482. O pensamento do autor é exarado no sentido de que “*O juiz não pode eternizar a busca pela verdade, sob pena de inutilizar o processo e de sonegar a justiça postulada pelas partes*”. Explica que, por isso, “*deve-se reconhecer que o direito processual se contenta com a verdade processual, ou seja, aquela que aparenta ser, segundo os elementos do processo, a realidade*”.

<sup>145</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. cit., p 482.

<sup>146</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. cit., p 481.

<sup>147</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Processo de Conhecimento. 11 ed. V 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 262.

<sup>148</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005, p 267.

<sup>149</sup> AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1996, p 43-54.

Por fim, compreende-se que não se nota mais a prevalência do princípio do dispositivo, de maneira que o juiz deixou de ser simples árbitro, para assumir papel importante, até mesmo nas questões probatórias. Assim, existe a possibilidade de iniciativa judicial na busca de provas que possam elucidar a questão controvertida, para uma melhor instrução do feito.<sup>150</sup>

Por fim, coaduna-se com a ideia de que o processo não tem como fim apenas a solução do caso concreto, de forma que importante que essa solução deve mostrar a interpretação adequada dos princípios e das regras do ordenamento, bem como dos fatos ocorridos. Assim, demonstra-se a importância das provas – sua produção e valoração – para que se alcance maior proximidade da realidade dos fatos, que é justamente o maior objetivo da teoria dinâmica, o objeto do presente estudo.<sup>151</sup>

### 3.2. ÔNUS DA PROVA

Ao prosseguir no estudo do tema, entende-se que corresponde à essência do processo civil que sobre as partes recaia a carga de trazer os fatos ao processo, de modo que é delas o dever de suscitar os pressupostos fáticos que ensejam a aplicação das consequências jurídicas pretendidas. E disso se extrai o entendimento havido tradicionalmente de que recai também sobre as partes a incumbência de trazer as provas desses fatos.<sup>152</sup>

Pode-se entender o ônus, assim, como a conduta esperada das partes, com o intuito de caracterizar como verdadeiros os fatos que tem interesse de que assim sejam reconhecidos. Essa necessidade de provar os fatos é intrínseca, portanto, ao desejo de ver atendida a pretensão, porque se não comprovada a verdade que se busca, assume-se o risco de sucumbir no processo.<sup>153</sup>

O ônus da prova, de maneira ampla, pode, então, ser compreendido como o encargo inerente às partes processuais de demonstrarem o fundamento concreto em que

---

<sup>150</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 48 ed. V 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p 485.

<sup>151</sup> CAMBI, Eduardo. *Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do ônus da Prova) – exegese do artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC*. In: *Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório*. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 247.

<sup>152</sup> AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1996, p 59-60. O autor realiza aqui uma distinção, ao dizer que a determinação das fontes da prova é de exclusividade das partes, mas que “*Por el contrario, que la determinación de los medios de prueba que van a utilizarse para incorporar las fuentes al proceso corresponda a las partes en exclusiva, no pertenece a la esencia del proceso civil, pues teoricamente nada se opone a que esa facultad se atribuya también al juzgador*”.

<sup>153</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Ob. cit.*, p 486.

baseiam suas pretensões e, caso não o façam, recaem sobre elas as consequências desta não demonstração.<sup>154</sup>

Nesse sentido, a distinção entre ônus e obrigação se mostra fundamental, porque há diferenças nos efeitos que decorrem de um e de outro instituto. Enquanto que do descumprimento de uma obrigação decorre uma sanção, o descumprimento de um encargo probatório somente faz com que à parte não se aproveitem os efeitos úteis que poderiam surgir da prática do ato.<sup>155</sup>

Não se pode, portanto, caracterizar o ônus da prova como um dever, já que não está a parte obrigada a produzir a prova, mas sim tem ela interesse na sua produção<sup>156</sup>, justamente para não ser atingida pelo ônus.

Ainda, nota-se que, de maneira geral, a realização de atos processuais não é tida como obrigatória, mas sim como potestativa. A parte está, portanto, desobrigada (já que não está sujeita a uma sanção pela não realização de determinado ato, bem como não pode ser coagida à sua prática), porém a ela se aproveitam os efeitos positivos da prática do ato, bem como a ela também incumbem as possíveis consequências prejudiciais que surgem caso o ato não seja praticado.<sup>157</sup>

Tal ideia aplica-se também à presente matéria, já que a carga processual é entendida como este imperativo que se impõe a uma parte, de forma não coercitiva, de cujo cumprimento podem eventualmente extrair-se vantagens processuais ou, ao menos, podem-se evitar desvantagens.<sup>158</sup>

Assim, nota-se que não há que se falar em obrigação acerca do tema. Isso porque não há aplicação de uma sanção ao descumprimento, e não há, no desenvolvimento da atividade processual, uma coerção às partes, seja para alegarem, seja para provarem. Dessa forma, a única consequência da abstenção é que a sentença não se poderá basear em fatos não alegados ou não provados, assim não há nenhum outro imperativo que não o próprio interesse da parte em triunfar.<sup>159</sup>

---

<sup>154</sup> FARIA, Rita Lynce de. *A inversão do ônus da prova no direito civil português*. Lisboa: Lex, 2001, p 13.

<sup>155</sup> FARIA, Rita Lynce de. Ob. cit., p 13.

<sup>156</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10 ed. V 2. Salvador: Jus Podivm, 2015, p 106-107.

<sup>157</sup> AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1996, p 63.

<sup>158</sup> PEYRANO, Jorge W. *La carga de la prueba*. In: Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal. Disponível em: <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>>, p 957.

<sup>159</sup> ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956, p 49.

Além desta diferenciação já vista, realiza-se outra análise, ao entender que há uma semelhança entre ônus e obrigação com relação ao elemento formal, que é o vínculo da vontade, de modo que a diferença então reside no elemento material (ou substancial). Assim, trata-se de obrigação quando o vínculo da vontade se ocupa de tutela de interesse alheio e, trata-se de ônus, quando o vínculo da vontade rege a tutela de um interesse próprio.<sup>160</sup>

Também por isso se nota a diferença obtida por aquele que não realize o ato que a si incumbia. No tratamento da tutela de interesse alheio, para a não prática há a atribuição de uma sanção, e no tratamento de interesse próprio há apenas o ônus de não se aproveitarem os efeitos úteis decorrentes do ato.

À vista disso, o ônus probatório existe, também, para que seja possível determinar qual das partes sofrerá as consequências de não ter sido considerado um fato como provado. Salienta-se que tal questão tem mais relevância, portanto, nas situações em que não foi possível chegar a uma conclusão definitiva sobre a realidade.<sup>161</sup>

Insta salientar que, nesse sentido, a prova produzida deve se mostrar suficiente para a comprovação dos fatos, haja vista que a prova insuficiente e a ausência de prova são da mesma forma consideradas e possuem o mesmo efeito para esse fim.<sup>162</sup>

Segundo Leo Rosemberg, a tarefa do juiz em cada processo é a aplicação do direito objetivo ao caso concreto e, para isso, deve-se ter em conta, conforme já dito, a existência dos pressupostos determinados pela legislação para que se possa realizar a aplicação.<sup>163</sup>

Todavia, pode acontecer que no litígio a exposição das partes sobre os fatos não chegue a produzir no julgador a certeza sobre a realidade, em razão da insuficiência dos meios de conhecimento. Isso porque é corriqueiro que não seja possível o esclarecimento acerca de todos os detalhes do fato que motiva o pleito, ou que não se possam comprovar como verdadeiras ou falsas determinadas circunstâncias importantes para a decisão, por exemplo.<sup>164</sup>

---

<sup>160</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005, p 255-256.

<sup>161</sup> AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1996, p 61.

<sup>162</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 48 ed. V 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p 487.

<sup>163</sup> ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956, p 1.

<sup>164</sup> ROSENBERG, Leo. Ob. cit., p 1.

No entanto, descarta-se a possibilidade de que o juiz chegue à uma decisão de *non liquet* com relação à questão de direito, mesmo em caso de dúvidas. Dessa forma, deve sempre se pronunciar para um sentido ou outro, seja para afirmar, seja para negar a consequência jurídica em discussão, de maneira que deve haver condenação ou absolvição, com relação à questão de fundo do processo, de acordo com o material probatório obtido no caso concreto.<sup>165</sup>

Para essas situações em que haja incerteza com relação aos fatos, a resposta pode ser dada pelas regras de ônus da prova, que possibilitam que o juiz chegue a uma conclusão, seja ela afirmativa ou negativa, sobre o objeto discutido. Funcionam, portanto, como uma espécie de guia para orientar o magistrado com relação ao conteúdo da sentença que deve pronunciar. Ainda, a decisão deve desfavorecer a parte que possuía o ônus probatório da afirmação que não restou elucidada.<sup>166</sup>

Afirma-se, no assunto, que a doutrina do ônus da prova é uma parte da teoria da aplicação do direito, porquanto o juiz – segundo a teoria das normas – somente pode aplicar um preceito jurídico, ou seja, declarar que foram produzidos os seus efeitos, quando estiver convencido da existência das circunstâncias que constituem os pressupostos deste preceito. Do que se extrai também que a norma deixará de ser aplicada não só quando o juiz estiver certo da inexistência dos pressupostos, mas também quando tiver dúvidas acerca de sua existência.<sup>167</sup>

À vista disso, se uma afirmação não for considerada como provada no processo, entende-se que não importa o motivo que fez originar a incerteza, se a própria parte para a qual a afirmação seria favorável quedou-se inerte, ou se teve ela atuação ineficaz, ou mesmo se a parte contrária conseguiu êxito em demonstrar afirmação diversa. Em decorrência disso, nota-se que a falta da certeza sobre as afirmações, por si só, faz necessário o uso das normas sobre o ônus probatório, de forma que o modo como se chegou a essa dúvida não exerce influência sobre a questão.<sup>168</sup>

---

<sup>165</sup> ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956, p 2.

<sup>166</sup> ROSENBERG, Leo. Ob. cit., p 2-3. Ressalta-se que tal situação só ocorre ao fim do processo, após analisadas as circunstâncias de fato e recebidas as provas.

<sup>167</sup> ROSENBERG, Leo. Ob. cit., p 11.

<sup>168</sup> ROSENBERG, Leo. Ob. cit., p 14-15.

Em caso de incerteza acerca de um fato, portanto, essa situação pode gerar a perda do processo para uma das partes.<sup>169</sup> Entende-se que essa noção leva as partes a promoverem maior esforço para demonstração da veracidade das afirmações discutidas, a fim de evitar o resultado desfavorável. Logo, o legislador se utiliza dessa consequência, ao entender que a parte realiza um esforço a fim de se desincumbir do ônus que lhe cabe, com o intuito de evitar a perda do processo.<sup>170</sup>

### 3.3. FUNÇÕES DO ÔNUS DA PROVA

Para que se compreenda melhor a sua função no processo, o ônus da prova deve ser analisado sob duas perspectivas: ônus subjetivo e ônus objetivo.<sup>171</sup>

De início, cabe falar sobre a faceta objetiva do ônus da prova, que pode ser entendida como uma regra de julgamento e é voltada para a orientação judicial no momento de proferir uma decisão.<sup>172</sup> A compreensão desta perspectiva torna-se imprescindível ao presente estudo, porque ainda que não se consiga, no desenvolvimento das atividades processuais, se obter material probatório suficiente à formação da convicção judicial, o juiz não se desobriga de proferir a decisão, uma vez que é vedado o *non liquet*.<sup>173</sup>

Dessa forma, se não é possível ao julgador dar fim ao processo sem proferir sobre ele alguma decisão, serve de orientação o ônus de prova em sua perspectiva objetiva, que pode ser visto, então, como a *ultima ratio* de julgamento<sup>174</sup>, com o esgotamento das demais

---

<sup>169</sup> Sobre o tema, especifica que essa situação deve ser levada em conta em casos que tratem de “*un procedimiento que deja a las partes la reunión del material y les impone la responsabilidad correspondiente*”.

<sup>170</sup> ROSENBERG, Leo. Ob. cit., p 15.

<sup>171</sup> Há também uma outra classificação feita por Barbosa Moreira, que considera o ônus subjetivo como formal e o objetivo como material. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Julgamento e ônus da prova*. Temas de Processo Civil – Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988, p 74-75.

<sup>172</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10 ed. V 2. Salvador: Jus Podivm, 2015, p 107.

<sup>173</sup> FARIA, Rita Lynce de. *A inversão do ônus da prova no direito civil português*. Lisboa: Lex, 2001, p 15-16. – Explica que se impõe ao juiz a necessidade de julgar, mesmo que ainda permaneçam dúvidas insanáveis sobre os fatos do processo, mesmo porque se fosse lícito a emissão de uma decisão de *non liquet* não seriam necessários os regramentos acerca do ônus de prova. Ainda, importa perceber que o *non liquet* em matéria de fato não pode levar ao *non liquet* em matéria de direito. Para esse fim, foi criado um conjunto de regras que regulam tal matéria, com o objetivo de orientar a função jurisdicional, bem como de procurar uma solução mais justa ao processo.

<sup>174</sup> MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: Lex, 2000, p 33.

possibilidades de prova sem ter sido atingida nenhuma conclusão sobre a verdade do caso.<sup>175</sup>

Logo, cabe ressaltar que esta faceta somente é levada em consideração ao final do processo, e se não houver nele a base probatória necessária ao deslinde do caso, porquanto se houver, a solução será aproveitada inclusive à parte inerte (desde que produzida a prova, seja pela parte contrária, seja pelo órgão jurisdicional). Nesse momento, o magistrado, na obrigação de emitir uma decisão, deve analisar as regras sobre o assunto para saber a quem incumbia o ato (imprescindível à resolução da controvérsia) que deixou de ser praticado.<sup>176</sup>

Ademais, o ônus da prova do caso concreto – seja ele distribuído pela lei ou pelo juiz, em dinamização das cargas – confere orientações sobre como deve ocorrer o julgamento nas situações em que as provas trazidas não se mostram suficientes para formar uma convicção sobre o caso. Nesse sentido, é um critério orientador, já que, havendo no processo alegação não esclarecida, a sucumbência recai sobre a parte que detinha o ônus de prova-la.<sup>177</sup>

Dessa maneira, é importante a função objetiva do ônus enquanto critério de decisão, já que as consequências da ausência da prova são aplicadas pelo julgador, após a devida análise crítica, contra a parte que era incumbida de provar o fato imprescindível para a solução do litígio.<sup>178</sup>

Por outro lado, afirma-se que a regra do ônus da prova não é direcionada somente ao juiz, para solucionar dúvidas no momento da decisão, mas também às partes. Em que pese exista a possibilidade de que o julgador decida o feito favoravelmente à parte que deixou de cumprir o ônus – nos casos de provas produzidas de ofício, ou mesmo pela parte contrária – não há como retirar a importância dessa distribuição subjetivamente. Isso

---

<sup>175</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. *A prova difícil: da probatio levior à inversão do ónus da prova*. In: Revista de Processo. Nº 222. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 10-11. Por fim, como não pode o juiz deixar de emitir uma decisão, o diploma processual civil português, nos termos do artigo 414º, dispõe que, em caso de dúvida para determinar qual o sujeito com a incumbência da prova, a decisão deverá ser contra a parte a quem o fato se aproveita. Assim: *Princípio a observar em casos de dúvida. “A dívida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita”*.

<sup>176</sup> FARIA, Rita Lynce de. *A inversão do ónus da prova no direito civil português*. Lisboa: Lex, 2001, p 10-11.

<sup>177</sup> CARPES, Artur Thompsen. *Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ónus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil*. In: Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 198.

<sup>178</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. Ob. cit., p 10.



porque devem ter as partes a ciência do material probatório que devem produzir a fim de obter um resultado favorável.<sup>179</sup>

Cumprido ressaltar que há divergências doutrinárias com relação ao aspecto subjetivo do ônus probatório, de maneira que alguns doutrinadores o questionam, ou mesmo não aprovam a separação das funções.<sup>180</sup> Mas ainda assim é fácil perceber o papel subjetivo, já que o ônus acaba por regular o comportamento das partes no desenvolvimento da atividade probatória.<sup>181</sup>

Entende-se, pois, que o reconhecimento do conceito de função subjetiva do ônus se manifesta no dever das partes de apresentar as afirmações de fato e os meios de prova correspondentes ao objeto em que se fundam as suas pretensões.<sup>182</sup> Em contraponto à função objetiva, à qual importa a determinação de quais são os fatos essenciais para que se comprove a pretensão desejada pelo processo.<sup>183</sup>

Assim, insta salientar que a função objetiva está presente em qualquer processo em que se tenha por finalidade a aplicação de normas abstratas a casos concretos, seja em um ordenamento predominantemente dispositivo, inquisitivo ou mesmo num sistema que misture ambos. E, ao contrário, a carga subjetiva só é observada em procedimentos que atribuam ao princípio do dispositivo um elevado status – como o caso do processo civil atual.<sup>184</sup>

Carnelutti também reconhece a dupla função do ônus da prova ao afirmar que tem ele tanto o papel de estimular as partes para que forneçam o material probatório, já que assim terão mais chances de verem sua pretensão julgada favoravelmente, quanto a função de guiar o juiz na decisão sobre os fatos desconhecidos, ou seja, que não restaram devidamente comprovados, seja por completa falta de provas, seja por apresentação de provas insuficientes.<sup>185</sup>

---

<sup>179</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Processo de Conhecimento. 11 ed. V 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 265.

<sup>180</sup> CARPES, Artur Thompsen. Ob. cit., p 199. Sobre o tema, discordam da separação da função subjetiva: TARUFFO, Michele. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012, p 248-249. MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: Lex, 2000, p 23.

<sup>181</sup> CARPES, Artur Thompsen. *Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil*. In: Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 199

<sup>182</sup> ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956, p 19.

<sup>183</sup> ROSENBERG, Leo. Ob. cit., p 21.

<sup>184</sup> ROSENBERG, Leo. Ob. cit., p 21-22.

<sup>185</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005, p 258.

Assim, verifica-se que, ao analisar a função subjetiva do ônus, ele adquire um “*verdadeiro significado de ônus de provar algo*”, já que a parte é quem arca com a falta de prova. Nesse sentido, a distribuição do ônus serve como uma regra de instrução, ou seja, uma orientação da atividade probatória a ser desenvolvida, para dar ciência aos sujeitos processuais dos encargos que a si incumbem e sua relação com a formação do juízo dos fatos.<sup>186</sup>

Importante salientar que esta figura incide de forma diferente sobre os diferentes sujeitos processuais, de modo que cada parte tem ônus sobre determinados tipos de fatos (constitutivos, extintivos, impeditivos e modificativos).<sup>187</sup> Dessa maneira, o autor tem o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, ou da pretensão que busca atingir, enquanto que o réu tem o ônus de deixar demonstrados os fatos que alegar em contraposição às afirmações do autor, sejam eles fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito autoral.<sup>188</sup>

Assim, entende-se que se carecer o autor de provas dos fatos constitutivos de seu direito e se as provas de alguma outra maneira não chegarem ao processo, não logrará êxito em obter a pretensão que busca em juízo. De igual forma, o mesmo acontece com o réu que não demonstra os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos, de modo a não refutar (ou desconstruir) o que foi demonstrado pelo autor.

O ônus subjetivo é considerado, para fins de sentença, somente caso não seja produzida a prova que era necessária, momento em que o ônus (neste caso considera-se a consequência maléfica da não-prática) recai então sobre a parte que, devendo, não realizou a produção da prova.<sup>189</sup>

Por fim, compreende-se que não há como minimizar a importância da conduta probatória das partes e, portanto, deixar de reconhecer a função subjetiva do ônus. Esse é, inclusive, o enfoque da teoria dinâmica, objeto do presente estudo, haja vista que busca

---

<sup>186</sup> FARIA, Rita Lynce de. *A inversão do ônus da prova no direito civil português*. Lisboa: Lex, 2001, p 10. Explica que o surgimento noção de ônus subjetivo se iniciou com a doutrina alemã (Rosenberg – *Die Beweislast*) e posteriormente se desenvolveu também na doutrina italiana (Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo – *Lezioni sul processo civile*).

<sup>187</sup> Importa esclarecer que, para esta apreciação, é considerada a aplicação da teoria clássica.

<sup>188</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10 ed. V 2. Salvador: Jus Podivm, 2015, p 111-113.

<sup>189</sup> FARIA, Rita Lynce de. *A inversão do ônus da prova no direito civil português*. Lisboa: Lex, 2001, p 11.

possibilitar que a instrução probatória seja tão ampla quanto possível, a fim de que o julgamento entenda em conformidade com os preceitos constitucionais.<sup>190</sup>

### 3.4 REGRAS SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO E O SISTEMA ATUAL

Entende-se que a distribuição dos encargos acerca da produção das provas pode ocorrer de três maneiras, pelo legislador, por convenção das partes e pelo juiz. A distribuição feita pelo legislador é considerada estática, enquanto as outras são consideradas dinâmicas, já que a alteração é realizada posterior e casuisticamente.<sup>191</sup>

Ao estudar a distribuição estática, entende-se que o legislador distribui o ônus de maneira geral e abstrata.<sup>192</sup> E, sobre tal forma de distribuição, é possível notar que o pensamento que regula estes regramentos passou por diversos momentos históricos e sofreu modificações no seu entendimento conforme evoluía, também, o estudo do próprio direito. Faz-se, por ora, uma breve observação acerca desta evolução.<sup>193</sup>

De início, é possível citar o período Justiniano (que foi retomado na Idade Média)<sup>194</sup>, em que o regramento era o mais básico possível, no sentido de que o ônus de provar incumbiria ao sujeito processual que realizasse a alegação dos fatos positivos, e não dos negativos. Nesse sentido, cabe salientar que as máximas romanas utilizadas para reger o assunto determinavam esse sentido de entendimento<sup>195</sup>, de que as provas deviam ser produzidas acerca dos fatos positivos e que, caso não o fossem, não deveria a parte contrária ter a incumbência de produzir prova sobre a inexistência dos fatos. Assim, havendo falta de provas dos fatos alegados, a parte que os alegou deveria sucumbir no processo.<sup>196</sup>

No ordenamento jurídico português tal ideia esteve presente no Código Civil de 1867, em seu artigo 2405º, que determinava que “*a obrigação de provar incumbe àquele*

---

<sup>190</sup> SILVEIRA, Bruna Braga da. *A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015*. In: Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 218.

<sup>191</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Ob. cit., p 107.

<sup>192</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Ob. cit., p 107.

<sup>193</sup> PEYRANO, Jorge W. *La carga de la prueba*. In: Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal. Disponível em: <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>>, p 960.

<sup>194</sup> PEYRANO, Jorge W. Ob. cit., p 960.

<sup>195</sup> Colacionam-se: “*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat; semper necessitas probandi illi qui agit; per rerum naturam factum negantis probatio nulla est; reus excipiendo fit actor; actore non probante, reus est absolvendus*”.

<sup>196</sup> FARIA, Rita Lynce de. *A inversão do ônus da prova no direito civil português*. Lisboa: Lex, 2001, p 24.

*que alega o fato*”. Sobre o assunto, nota-se que esta situação desestimula um comportamento leal no processo, porquanto mesmo em posse de maiores alegações (ainda que sem provas), a parte não as faria, em razão de recair sobre ela um ônus ainda maior.<sup>197</sup>

Posteriormente, estuda-se a aplicação da teoria de Chiovenda, segundo a qual a divisão das cargas probatórias ocorre de acordo com o tipo de fatos que se deseja ver provados. Sendo assim, o autor deve realizar prova dos fatos constitutivos de seu direito, enquanto que o réu deve apresentar provas dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor.<sup>198</sup>

Dessa maneira, como o fato constitutivo é aquele que gera direito para o autor, os demais fatos a serem alegados pelo réu são aqueles que, de alguma forma, exercem sobre o fato constitutivo alguma influência. Enquanto os fatos extintivos retiram a sua eficácia e fulminam diretamente o direito pretendido pelo autor, os fatos impeditivos obstam que aquele produza os efeitos pretendidos e, por fim, os fatos modificativos admitem a existência dos fatos constitutivos como certos, porém buscam a sua modificação.<sup>199</sup>

A regra que distribui dessa forma o ônus probatório entre autor e réu decorre da ideia de que deve o autor fornecer prova acerca dos fatos que constituem o direito afirmado por ele, e não acerca da inexistência dos fatos contrários à sua pretensão – seja os impeditivos de sua constituição, ou os que determinam a sua modificação/extinção – de forma que esse papel seria desempenhado pelo réu.<sup>200</sup>

Há, ainda, que se falar acerca da Teoria das Normas de Rosenberg, que determina que o ônus probatório deve ser repartido de modo que cada parte deve estar onerada a produzir provas sobre os fatos que se encaixem na norma em que baseiam suas pretensões ou defesas. Assim, o ônus é distribuído, então, pela norma em abstrato (a qual a parte deseja ver concretizada).<sup>201</sup>

Ensina Rosenberg que o juiz possui uma função tríplice ao realizar a aplicação do direito. A primeira função é o conhecimento do direito material em si, para saber se a sentença que pretende proferir possui conexão com o que estabelece o ordenamento

---

<sup>197</sup> PEYRANO, Jorge W. Ob. cit., p 960.

<sup>198</sup> PEYRANO, Jorge W. Ob. cit., p 961.

<sup>199</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10 ed. V 2. Salvador: Jus Podivm, 2015, p 111-113.

<sup>200</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Processo de Conhecimento. 11 ed. V 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 263.

<sup>201</sup> PEYRANO, Jorge W. *La carga de la prueba*. In: Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal. Disponível em: <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>>, p 961.

jurídico. Posteriormente, deve realizar uma análise das afirmações de fato realizadas no processo, a fim de perceber se coincidem com os pressupostos exigidos pelo ordenamento, para que se caracterize a situação jurídica da qual se deseja extrair consequências. E, por fim, a terceira função reside em averiguar a veracidade das afirmações, para formar uma ideia clara sobre as realidades do caso.<sup>202</sup>

Somente após o exame dessas três questões é que poderá o magistrado entregar às partes a adequada prestação jurisdicional, porquanto ciente da veracidade das alegações, bem como da correspondência dessas alegações com os pressupostos das normas jurídicas.<sup>203</sup>

Lado outro, a prestação deve ser negativa nas hipóteses em que não for abarcada pelo ordenamento jurídico, no caso de não haver correspondência entre os fatos concretos e as exigências da norma objetiva ou, e principalmente, quando não se puder atestar a verossimilhança das afirmações realizadas.<sup>204</sup>

Assim, na aplicação do preceito objetivo da norma ao caso concreto, caso não seja feita a tríplice análise, é possível afirmar que a norma não restou aplicada – caso sua aplicabilidade não tenha sido aferida no processo –, ou que a norma restou aplicada incorretamente – caso tenha sido analisada a aplicabilidade, mas chegado a um resultado inexato, seja para conferir uma pretensão indevida, seja para negar uma pretensão devida.<sup>205</sup>

De forma semelhante, Carnelutti afirma que a norma jurídica representa um “*mandado hipotético*”, que pressupõe um conflito de interesses e determina o posicionamento a ser tomado nesse caso. Deve, portanto, haver a comprovação de que existe no caso concreto uma situação idêntica àquela pressuposta pela lei, que justifique a sua aplicação.<sup>206</sup>

Dessa forma, a identificação de semelhança entre a hipótese da lei e a situação concreta, pode ser caracterizada como “*o fim do processo e o objetivo do julgamento*”.<sup>207</sup> Do que se extrai que a norma deve ser aplicada caso seja verificada, por meio do material

---

<sup>202</sup> ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956, p 5.

<sup>203</sup> ROSENBERG, Leo. Ob. cit., p 5.

<sup>204</sup> ROSENBERG, Leo. Ob. cit., p 5.

<sup>205</sup> ROSENBERG, Leo. Ob. cit., p 5.

<sup>206</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005, p 30.

<sup>207</sup> CARNELUTTI, Francesco. Ob. cit., p 30.

probatório, a semelhança entre hipóteses e não deve ser aplicada se verificada a desconformidade.

Com efeito, o ônus somente poderá ser aplicado, de acordo com esta teoria, se o juiz estiver convencido de que todos os elementos da norma legal (que baseia a pretensão buscada) estiverem preenchidos, logo, em caso de não haver certeza de preenchimento, a decisão se dá no sentido contrário a quem seria pela norma beneficiado.<sup>208</sup> Ademais, nessa visão, a distinção anteriormente realizada (entre fatos constitutivos, extintivos, impeditivos e modificativos) somente espelha, de maneira imperfeita, que a norma é o critério base para a realização da divisão.<sup>209</sup>

Insta salientar que há, além destes, um outro entendimento sobre o tópico. Este, por sua vez, trata da probabilidade lógica prevalecente, ou seja, uma forma de mitigação do limite mínimo do valor de probabilidade lógica para o convencimento do juiz.<sup>210</sup>

Entende-se, segundo essa compreensão, que pode ocorrer uma diminuição da necessidade de provas (ou de provas fortes e definitivas), se o caso concreto trazer uma situação de prova difícil ou impossível. Assim, há uma diminuição no grau de convencimento do juiz por meio das provas que deveriam ser produzidas, para se levar em consideração os aspectos do caso, fazendo uso do juízo de probabilidade. Essa diminuição varia de acordo com o alcance da confirmação probatória obtida.<sup>211</sup>

No que toca à repartição do ônus pela lei, é possível fazer uma comparação entre os sistemas utilizados pelo legislador nos países estudados. Em Portugal o assunto é tratado pelo Código Civil, em seu artigo 342<sup>o</sup><sup>212</sup>, e o texto do ordenamento brasileiro é trazido pelo Código de Processo Civil do país<sup>213</sup>. Da leitura dos diplomas, é possível extrair que ambos os países adotam a teoria clássica como forma geral e abstrata de distribuição do ônus, de modo que cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos e ao réu a prova dos fatos

---

<sup>208</sup> MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: Lex, 2000, p 43.

<sup>209</sup> MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Ob. cit.*, p 46.

<sup>210</sup> PEYRANO, Jorge W. *La carga de la prueba*. In: *Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal*. Disponível em: <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>>, p 961.

<sup>211</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. *A prova difícil: da probatio levior à inversão do ônus da prova*. In: *Revista de Processo*. Nº 222. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 14-16.

<sup>212</sup> “Artigo 342.º (Ônus da prova) 1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado. 2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita. (...)”

<sup>213</sup> “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (...)”

impeditivos, modificativos e extintivos, de forma que resta, então, esclarecida a aplicação da distribuição legal estática nesses ordenamentos.

O Novo Código de Processo Civil brasileiro – lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – traz uma inovação com relação à codificação anterior, no sentido de autorizar a adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova<sup>214</sup>. A diferença entre os dois ordenamentos não é vista, portanto, na regra geral, mas sim na autorização recente dada pelo legislador brasileiro à aplicação da teoria dinâmica, que será melhor estudada oportunamente mais adiante.

Por fim, salienta-se que a modificação do tratamento dado à distribuição do ônus da prova – com a inclusão de sua possibilidade de modificação em juízo – é um dos temas mais relevantes do novo Código, tanto por sua importância prática para o cotidiano dos tribunais, quanto pela pertinência da própria temática probatória, que possui significativo papel para a tutela dos direitos.<sup>215</sup>

Por outro lado, quando se fala na distribuição realizada por convenção das partes, trata-se da modalidade em que os sujeitos processuais acordam entre si regras para a distribuição dos encargos diferentes daquelas previstas em lei. Para tanto, existem disposições e limites dados pelo legislador acerca da possibilidade e liberdade que possuem as partes na elaboração destes acordos.<sup>216</sup>

Observa-se, por meio da leitura dos diplomas legais português e brasileiro, que o tema recebe tratamento diferente nos dois países. No Brasil a convenção sobre matéria probatória tem um maior campo de possibilidades, haja vista que a norma legal apenas a limita quando girar em torno de direito indisponível ou no caso de tornar muito difícil a prova para a outra parte. Enquanto que em Portugal a limitação é maior, já que além de abranger as hipóteses listadas na lei brasileira, inclui outras situações em que haverá a

---

<sup>214</sup> “Art. 373. (...) §1o Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

<sup>215</sup> CARPES, Artur Thompsen. *Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil*. In: *Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório*. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 197.

<sup>216</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10 ed. V 2. Salvador: Jus Podivm, 2015, p 107.

nulidade da convenção, como a exclusão ou admissão de algum meio de prova diverso dos listados pela legislação.<sup>217</sup>

No entanto, ressalta-se que o enfoque do presente trabalho está na distribuição dinâmica realizada judicialmente, que é a modalidade na qual o magistrado, à luz do caso concreto, realiza a alteração das cargas probatórias fixadas em lei<sup>218</sup>, que é o que se estuda no próximo tópico.

### 3.5 TEORIA DINÂMICA – SURGIMENTO E EVOLUÇÃO

Há divergências doutrinárias acerca da origem exata desta teoria. Isso porque há quem remonte seu surgimento ao século XIX, porquanto outras teorias havidas àquela época versavam sobre questões semelhantes. A título de ilustração, podem-se citar as teorias apresentadas por Gian Micheli, que discorria sobre as dificuldades práticas decorrentes da distribuição rígida do ônus da prova, e por Jeremy Bentham, que defendia a necessidade de haver uma distribuição casuística do ônus probatório.<sup>219</sup>

Afirma-se que os ensinamentos exarados por Bentham podem ter sido influência para que se originasse a teoria, porquanto ele defendia que a imposição do ônus probatório deve se dar para a parte que conseguirá mais facilmente se desincumbir dele, por assim dizer, com menor uso de recursos, em menor prazo e com menores dificuldades, a ser analisado caso a caso. Vale dizer que essas ideias podem ter sido utilizadas para a elaboração da teoria, mesmo que em outro contexto histórico, ao se compreender que, em

---

<sup>217</sup> Agora não se adentrará profundamente à análise desta modalidade de distribuição dos encargos, porquanto tal assunto foge ao proposto desta pesquisa. No entanto, importante colacionar a determinação legal que rege o tema, para sua melhor compreensão. O Código de Processo Civil brasileiro sobre o assunto: “Art. 373. (...) §3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo”. Já o Código Civil português se pronuncia da seguinte forma: “Artigo 345.º (Convenções sobre as provas) 1. 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. 2. É nula, nas mesmas condições, a convenção que excluir algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais; mas, se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em quaisquer circunstâncias”.

<sup>218</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10 ed. V 2. Salvador: Jus Podivm, 2015, p 107.

<sup>219</sup> CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p 69-71.



alguns casos, a distribuição estática poderia acarretar prejuízos ao processo, caso fosse alocado o ônus com a parte que mais teria dificuldades em desincumbir-se dele.<sup>220</sup>

Mas a teoria, com suas delineações atuais, tem seu surgimento atribuído pela maior parte da doutrina ao final do século XX na Argentina, momento em que, seguindo a linha da teoria de James Goldschmidt sobre a situação jurídica processual<sup>221</sup>, os juristas argentinos Jorge W. Peyrano, Júlio O. Chiappini<sup>222</sup> e Augusto M. Morello<sup>223</sup> desenvolveram os primeiros passos desta doutrina.<sup>224</sup>

Ainda, afirma-se que nem a introdução, nem o desenvolvimento da teoria ocorreram de forma contínua, mas sim por meio de diversos trabalhos sobre o tema, publicados isoladamente, de maneira a acompanhar os movimentos jurídicos do país.<sup>225</sup>

Esta teoria trata, basicamente, sobre transladar, de maneira casuística, o encargo de produção probatória à parte contrária àquela que devia por obrigação geral da lei produzi-la, em razão da situação mais favorável em que se encontra para comprovar a realidade dos fatos, ou porque dispõe de meios ou argumentos capazes de melhor demonstrar a veracidade dos fatos. O que significa dizer que se trata de fazer recair o ônus

---

<sup>220</sup> ARDITO, Gianvito. *O ônus da prova no Novo Código de Processo Civil: a excepcionalidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*. In: *Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório*. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 277.

<sup>221</sup> Explica-se que a caracterização de ônus da prova realizada por Goldschmidt é diferente das anteriormente vistas. Nesse sentido, considera que as relações jurídicas entre as pessoas são fenômenos estáticos do direito e realiza, assim, uma separação, ao considerar que os vínculos formados no processo não são relações jurídicas, mas sim *situações jurídicas*, as quais considera que sejam fenômenos dinâmicos. Dessa forma, ao dizer que o ônus da prova tem figura de central importância para o desenvolvimento da atividade processual, exara-se o entendimento de que deve receber, nessa linha de raciocínio um tratamento também dinâmico. Entende-se que Peyrano se inspirou nessa conceituação para o desenvolvimento da teoria dinâmica. (James Goldschmidt – *Derecho Procesal Civil*, Traduzido por Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p 8.) Nesse sentido: COUTO, Camilo José D’Ávila. *Dinamização do ônus da prova: teoria e prática*. 2011. Descrição física: Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito. Área de concentração: Direito Processual. Orientador: Professor Doutor José Rogério Cruz e Tucci. Disponível em: Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, Brasil, p 98-99.

<sup>222</sup> Afirma-se que Peyrano é magistrado no Juizado da quinta nomeação da cidade de Rosário, na Argentina e exarou sentença aplicando a teoria em 1978, em um caso de erro médico. Posteriormente, publicou, em conjunto com Júlio O. Chiappini, o primeiro artigo sobre o tema: PEYRANO, Jorge W; CHIAPPINI, Júlio O. *Lineamientos de las cargas probatorias “dinámicas”*. In: *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p 43 e ss. A publicação original teria ocorrido em 1981 e teria sido então este o momento de surgimento da teoria para a comunidade jurídica. Cfr.: COUTO, Camilo José D’Ávila. Ob. cit., p 99.

<sup>223</sup> MORELLO, Augusto M. *La prueba. Tendencias modernas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991. A participação de Morello no desenvolvimento da teoria é afirmada por: CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p 71.

<sup>224</sup> CREMASCO, Suzana Santi. Ob. cit., p 71.

<sup>225</sup> COUTO, Camilo José D’Ávila. Ob. cit., p 98.

sobre a parte que se encontra em melhores condições profissionais, técnicas ou de fato para realizar a sua produção, porquanto isso possibilita uma maior busca pela verdade.<sup>226</sup>

Entende-se, pois, que o surgimento da teoria vem para combater a abstração e a predeterminação do ônus probatório, que são fundamentos trazidos pelas teorias clássicas e estáticas. Esse combate ocorre porque a teoria direciona suas preocupações para a realidade de cada caso concreto posto à apreciação pelo Poder Judiciário.<sup>227</sup>

O próprio autor da teoria ensina que a 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 repartem os esforços probatórios. Tal situação importa em um deslocamento do ônus probatório, segundo forem as circunstâncias do caso, para recair sob aquele sujeito processual que se encontra em melhores condições de produzi-la, para além de seu posicionamento como autor ou réu, ou de se tratarem de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.<sup>228</sup>

Portanto, entende-se que o objetivo da doutrina dinâmica é fazer uma melhor distribuição do ônus, para que se adeque à situação posta em juízo. Dessa forma, caso não seja satisfatória para determinado processo a solução fornecida pela regra genérica da lei, existe a possibilidade de uma melhor adequação do ônus probatório àquela situação específica, de modo a determinar a produção da prova pela parte que melhor puder realizá-la.

Nota-se, à vista disso, que a teoria objetiva trazer aos autos uma prova útil, que possa ser determinante para o deslinde do caso, e que, muito provavelmente, não seria produzida com a utilização da distribuição estática. Trata-se de medida complementar, que não pretende ser a regra quando se fala em ônus, mas a exceção, para afastar a regra geral apenas em casos extremos.<sup>229</sup>

---

<sup>226</sup> SÁNCHEZ, Pedro Donaires. *Aplicación jurisprudencial de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. In: *Derecho y cambio social*. Lima, n. 35. Disponível em: <[http://www.derechocambiosocial.com/revista035/APLICACION\\_JURISPRUDENCIAL\\_DE\\_LA\\_DOCTRINA\\_DE\\_LAS\\_CARGAS\\_PROBATORIAS\\_DINAMICAS.pdf](http://www.derechocambiosocial.com/revista035/APLICACION_JURISPRUDENCIAL_DE_LA_DOCTRINA_DE_LAS_CARGAS_PROBATORIAS_DINAMICAS.pdf)>, p 13-14.

<sup>227</sup> CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p 72.

<sup>228</sup> PEYRANO, Jorge W. *Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas*. In: *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p 19-20.

<sup>229</sup> SILVEIRA, Bruna Braga da. *A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015*. In: *Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório*. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 215. Explica: “*Em outras palavras, a distribuição dinâmica do ônus da prova (redistribuição do ônus da prova pelo juiz) se mostra como um complemento à distribuição estática (distribuição legal), adequada ao processo civil no Estado Constitucional*”.

É possível perceber que, ao realizar a distribuição estática do ônus probatório, o legislador pretende a vinculação da distribuição à lei material, com o intuito de majorar a segurança jurídica e proporcionar igualdade formal entre as partes. Nota-se que há a crença de que a norma, por si só, tem poder de resolução para quaisquer conflitos levados à juízo, porquanto o magistrado, sem possibilidade de realizar modificações, fica preso ao disposto pela norma.<sup>230</sup>

Nota-se que, nessa visão, ocorre uma idealização da norma, como se fosse ela capaz de abarcar em si todas as situações que possam surgir no andamento processual. O objetivo, claramente, é fornecer tratamento imparcial às partes, evitando discriminações e entregando maior segurança jurídica. Porém, tal visão se apresenta alheia à realidade, porquanto entrega igualdade formal, mas deixa de entregar igualdade material, haja vista que tal somente pode ocorrer ao se verificarem as especificidades do caso concreto.<sup>231</sup>

No entanto, observa-se que disposições legais genéricas e abstratas não se mostram adequadas às características da evolução da sociedade, já que, com pluralidades de grupos e de conflitos, cria-se a necessidade de normas que atendam a essas particularidades. Ainda mais, espera-se que o juiz exerça uma função mais efetiva e busque ajustar a legislação às disposições constitucionais. Pode-se relacionar à essa necessidade o surgimento da teoria dinâmica, porquanto mais condizente com a realidade atual que a distribuição estática.<sup>232</sup>

Cabe dizer, então, que a teoria da distribuição dinâmica surge para levar os direitos fundamentais ao processo civil, em especial no que toca ao direito à prova e ao devido processo legal. Assim, essa teoria busca superar injustiças que possam ocorrer no caso concreto, em razão da distribuição estática, quando o sujeito encarregado da produção de uma prova importante não fosse capaz de produzi-la, e se a parte contrária tiver maiores facilidades na produção.<sup>233</sup>

---

<sup>230</sup> CUNHA, Maurício Ferreira. *Ônus da prova, dinamicização e o novo CPC*. In: Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 316-317.

<sup>231</sup> CUNHA, Maurício Ferreira. Ob. cit., p 317.

<sup>232</sup> CUNHA, Maurício Ferreira. Ob. cit., p 317-319. Ainda, explica-se que “*o que a possibilidade de dinamização do ônus da prova trará é o fato de poder conformar, constitucionalmente, a atividade probatória, fundamentalmente nas oportunidades em que o modelo legal, diante de um caso concreto, não se adapte a esses preceitos constitucionais de acesso a jurisdição, de igualdade substancial e de direito fundamental à prova*”.

<sup>233</sup> SILVEIRA, Bruna Braga da. *A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015*. In: Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 214.

Em razão da proibição do *non liquet*, o juiz não pode se furtar a fornecer aos sujeitos processuais uma decisão que contenha certeza jurídica. Em decorrência disso, frisa-se que o objetivo buscado pelo sistema em estudo é uma possibilidade de acabar com a incerteza no caso concreto em que há fatos controvertidos carentes de prova, não sendo o objetivo, portanto, uma perseguição a qualquer custo da verdade absoluta.<sup>234</sup>

A lei processual deve estabelecer o modo de solucionar esses casos em que não foi possível a produção da prova necessária, apresentando como solução para tal situação as regras de distribuição do ônus da prova. Porém, apesar de não representar nenhum demérito, trata-se de uma decisão que deve ser tida como subsidiária, a ser utilizada quando não possível que se chegue a uma conclusão definitiva. Para isso, a teoria que agora se estuda pretende oferecer mais um meio para que se chegue a uma resolução adequada, antes que se faça necessário o uso das regras sobre a distribuição dos encargos.<sup>235</sup>

### 3.6. CRÍTICAS À TEORIA DINÂMICA

Cabe aqui, tratar-se das críticas havidas em torno da presente teoria, bem como realizar uma análise acerca delas.

#### 3.6.1. Doutrina portuguesa

Anota-se como crítica à teoria o fato de que sua origem se deu por meio da jurisprudência em um espaço jurídico em que não haviam regras acerca da inversão do ônus probatório (inversão legal).<sup>236</sup> Assim, a desconfiança advinda da literatura jurídica portuguesa está fundamentada no argumento de não se deve basear a alteração da carga probatória na questão da dificuldade de realização da prova por uma das partes, porque a legislação traz determinados casos de inversão do ônus justamente com esse objetivo de facilitação. Assim, entende esta corrente que a solução trazida pela dinamização não é aplicável a todos os casos.<sup>237</sup>

---

<sup>234</sup> PEYRANO, Jorge W. *La carga de la prueba*. In: Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal. Disponível em: <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>>, p 958.

<sup>235</sup> PEYRANO, Jorge W. Ob. cit., p 958.

<sup>236</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. *A prova difícil: da probatio levior à inversão do ônus da prova*. In: Revista de Processo. Nº 222. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 11.

<sup>237</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. Ob. cit., p 22-24.

Por fim, é emitido entendimento no sentido de que deve caber ao direito material “a primeira e a última palavras” com relação à determinação do esquema probatório, não devendo ocorrer a distribuição do risco pela incerteza em razão das dificuldades probatórias.<sup>238</sup>

No entanto, o que se deve anotar, novamente, é que o objetivo buscado pela teoria dinâmica não é o de resolver toda a problemática envolvendo a distribuição dos encargos probatórios. Por isso é que há a manutenção de um sistema estático definido pela lei, que possui condições de atender de maneira geral e abstrata a essas situações. O que se busca é a possibilidade de utilização de um instrumento a mais pelo magistrado, para facilitar a busca de uma mais justa composição do litígio de acordo com as especificidades do caso concreto.<sup>239</sup>

### 3.6.2. Doutrina italiana

Outro ponto a ser observado é o pensamento de Michele Taruffo, nomeadamente em razão de sua importância para o estudo e pesquisa em matéria processual civil. Ele é um dos principais críticos da teoria da distribuição dinâmica e nota-se que é possível transportar as objeções aos sistemas jurídicos brasileiro e português, em razão da grande semelhança havida com o sistema italiano.<sup>240</sup> Adota-se a mesma forma de distribuição estática do ônus probatório, do que se extrai da leitura do artigo 2.697 do Código Civil italiano.<sup>241</sup>

Dentre as críticas apresentadas, pode-se falar sobre a ideia de que a modificação casuística funcionaria como uma atribuição ao magistrado de um poder discricionário não

---

<sup>238</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. Ob. cit., p 26. Os autores defendem, com efeito, o emprego de uma denominação diferente para essa questão, como se lê: “O emprego da expressão «valoração dinâmica da prova», em lugar da «distribuição dinâmica do ônus probatório» teria, por isso, a vantagem de significar o tipo de frequência das facilidades probatórias, mas talvez essa vantagem seja compensada pela aceitação generalizada que a segunda entretanto colheu da doutrina”.

<sup>239</sup> SILVEIRA, Bruna Braga da. *A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015*. In: Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 215. Explica: “Em outras palavras, a distribuição dinâmica do ônus da prova (redistribuição do ônus da prova pelo juiz) se mostra como um complemento à distribuição estática (distribuição legal), adequada ao processo civil no Estado Constitucional”.

<sup>240</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 144.

<sup>241</sup> Codice Civile “Art. 2697. *Onere della prova. Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda*”.

conferido pela lei. De modo que estaria o julgador ultrapassando os limites que possui no julgamento do caso concreto.<sup>242</sup>

Por outro lado, critica também as justificativas utilizadas para a dinamização e defende que o fato de possuir a parte contrária maior facilidade na produção da prova não justifica a modificação do ônus, considerando que tal alteração se trataria de um excesso na busca pela verdade. Afirma que, se o que se objetiva é a aquisição de determinada prova, deveria o juiz ordenar a sua produção à parte que dispõe de melhores meios para fazê-lo, podendo inclusive determinar uma sanção para o caso de inobservância da ordem, sem que se fosse invertido o ônus, uma vez que considera tal inversão como descabida e exagerada, porque condiciona, a seu ver arbitrariamente, o êxito no fim do processo.<sup>243</sup>

Por fim, acrescenta que uma solução melhor seria a adoção de um dever geral de divulgação (*disclosure*), que obrigasse as partes, por meio de sanções, a produzirem todas as provas relevantes que possuam, inclusive as que produzam para si efeitos desfavoráveis.<sup>244</sup>

Assim, entende que a medida drástica está na alteração dos encargos, já que tal ação interfere na decisão ao fim do processo (no caso de haver necessidade de julgamento pelas regras de ônus da prova) e que, portanto, se o objetivo está em fornecer as provas úteis, considera que seria a melhor forma que se impusesse uma ordem de exibição à parte que detêm a prova útil, sob pena de sanções.<sup>245</sup>

Com relação ao primeiro ponto, considera-se de simples solução ao ordenamento brasileiro. Admite-se, no Brasil, a aplicação direta da Constituição ao caso concreto e a dinamização teria sua permissão, portanto, nesse fundamento, já que concretiza a aplicação de diversos princípios constitucionais, quais sejam, mormente o devido processo legal e também a cooperação e a flexibilização procedimental. Ademais, com a modificação do texto processual brasileiro, tal observação não mais se sustenta. Cabe anotar que no caso da

---

<sup>242</sup> TARUFFO, Michele. *O ônus como figura processual*. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XI. ISSN 1982-7636. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 19/06/2017, p 427-428

<sup>243</sup> TARUFFO, Michele. *O ônus como figura processual*. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XI. ISSN 1982-7636. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 19/06/2017, p 429.

<sup>244</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. 1 ed. Madrid: Marcial Pons, 2012, p 267. Explica na nota de rodapé 193 que “O *duty of disclosure* é previsto de modo analítico em uma das normas fundamentais que regulam o processo civil norte-americano, qual seja, a *Rule 26 (a)* das *Federal Rules of Civil Procedure*, que impõe às partes o dever preliminar de comunicar às outras partes todas as informações relativas às provas que possui”.

<sup>245</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. 1 ed. Madrid: Marcial Pons, 2012, p 267.

Argentina também levantaram-se críticas com relação a esse ponto, e o fundamento utilizado para combater-las é que a lei não é a única fonte do direito e que já outros institutos foram consagrados pela doutrina e jurisprudência antes da devida previsão legal.<sup>246</sup>

Ainda, fala-se em sanções ao descumprimento da ordem judicial para apresentação da prova, solução que não se mostra devidamente eficaz, porquanto se não for possível ainda assim a produção das provas necessárias, a parte hipossuficiente continuaria a ser prejudicada, já que nessa hipótese não ocorre a mudança dos encargos. Assim, não se compreende o tratamento da dinamização como sendo uma medida excessiva. Entende-se, pelo contrário, que a medida proposta como uma alternativa parece apresentar mais excesso, porque leva às partes um ônus ainda maior, de produção de provas sobre todos os fatos, e não somente sobre os que a si foram incumbidos (sejam eles fornecidos pela norma ou pela distribuição dinâmica feita pelo magistrado). Razão pela qual defende-se que a dinamização possibilita, com menos excessos, uma maior aproximação dos valores constitucionais no processo e, assim, a entrega de uma decisão mais justa.<sup>247</sup>

### 3.6.3. Doutrina garantista

Por ora, analisam-se demais pontos contrários havidos em torno da dinamização. Assinala-se que as críticas a seguir enumeradas originam-se da doutrina garantista e, em razão disso, cabe fazer uma breve reflexão sobre esta linha de pensamento processual.

A doutrina denominada de garantismo processual surge no momento histórico em que prevalecia o modelo processual inquisitório, que realizou uma valorização do papel do juiz, levando à conseqüente diminuição do papel das partes. Então, nesse contexto, surgiu essa linha de raciocínio, que busca proteção contra os abusos do Estado, e, portanto, a diminuição dos poderes judiciais e o aumento da importância das partes no processo.<sup>248</sup>

---

<sup>246</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 145-146.

<sup>247</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. Ob. cit., p 145-146.

<sup>248</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10 ed. V 2. Salvador: Jus Podivm, 2015, p 86. “*Esse pensamento funda-se na doutrina do filósofo italiano Luigi Ferrajoli, que esboçou uma teoria do garantismo para o Direito. Há ardorosos defensores desta concepção, destacando-se Juan Montero Aroca (Espanha), Luis Correia de Mendonça (Portugal), Franco Cipriani (Itália) e Hugo Cavero (Peru) - o garantismo já foi denominado no Brasil de*

Vale dizer, sobre esta linha de pensamento jurídico-filosófico, que extrai do antagonismo existente entre os modelos processuais clássicos (inquisitório e dispositivo) que não é possível haver um sistema misto (ou solidarista, ou cooperativo), porquanto não entende que possam os dois ideais anteriores conviverem no mesmo sistema processual, porque deve haver sempre um protagonismo (poder maior às partes ou ao juiz).<sup>249</sup> Portanto, decorre disso que tal pensamento se posiciona de lado oposto à tentativa de formação de um processo misto cooperativo, onde juiz e partes estariam na mesma posição de importância, justamente por considerar essa tentativa como totalitária. Busca então o garantismo um processo que tenha prevalência da posição das partes, no qual o papel do juiz seja de aplicar a lei e manter a paz social e a segurança jurídica<sup>250</sup>, que é o que entende ser a função maior do direito.<sup>251</sup>

1. A primeira crítica é em relação à ausência de previsão legal da autorização para mudança do ônus probatório. Já se comentou acima sobre o tema e, apesar de não se tratarem de visões completamente díspares, agora recebe o tema outro enfoque, o da defesa da chamada justiça do legislador. Tal crítica gira em torno de que não deveria ser autorizada a alteração casuística do ônus, porque não prevista em lei, já que essa situação geraria uma violação da justiça do legislador.<sup>252</sup>

Nesse sentido, a doutrina garantista entende que não se pode permitir que o magistrado mude as regras processuais segundo suas próprias opiniões, mesmo porque isso demonstra uma ação autoritária, já que, com isso, entende que o julgador não se sente vinculado ao ordenamento jurídico prévio.<sup>253</sup>

Nota-se que tal crítica não prevalece, porquanto a mudança da visão de processo – com a sua constitucionalização – faz perceber que pode ocorrer que não estejam abrangidos pela legislação os valores constitucionais, casos em que é papel do juiz realizar a aplicação da Constituição. Não há que se falar na existência de uma previsão completa e unívoca fornecida pelo legislador, razão pela qual autoriza-se, portanto, a atuação do juiz

---

"neoprivatismo processual" por Barbosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O neoprivatismo no processo civil". Leituras complementares de Processo civil. 7 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009).

<sup>249</sup> VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2005, p 159.

<sup>250</sup> VELLOSO, Adolfo Alvarado. Ob. cit., p 303-304.

<sup>251</sup> VELLOSO, Adolfo Alvarado. Ob. cit., p 49.

<sup>252</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 150.

<sup>253</sup> VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2005, p 201-202.



na adequação das normas infraconstitucionais aos preceitos da Constituição, no decorrer do andamento do caso concreto.<sup>254</sup>

2. Uma segunda crítica trata da impossibilidade de dinamização do ônus por ocasião da sentença, sob pena de violação do princípio do devido processo legal.<sup>255</sup> Assim, o entendimento se dá no sentido de que o juiz, ao realizar a modificação dos encargos na sentença teria alterado, por sua vontade, as regras do jogo, às quais as partes estavam sujeitas durante todo o processo, quando este já havia chegado ao fim. Considera-se que tal ação viola o dever de lealdade processual, bem como viola a garantia de defesa e contraditório.<sup>256</sup>

Sobre o tema, há que se manifestar concordância com a crítica realizada, vez que realmente seria ocasionada a quebra desses valores e garantias processuais. No entanto, salienta-se que a dinamização deve vir acompanhada de requisitos para a sua aplicação, entre os quais deve constar o momento de aplicação, que não pode ser na sentença.<sup>257</sup>

3. Anota-se também a crítica que considera inadequada a teoria dinâmica, em razão de considerar melhor a utilização de outro mecanismo para suprir a desigualdade probatória, no caso a elaboração de presunções legais sobre o tema das provas.<sup>258</sup>

Em parte, é possível concordar com o presente raciocínio, no sentido de que havendo um sistema de presunções legais para o assunto, isso acarretaria numa maior preocupação das partes com relação à produção prévia de material probatório. No entanto, entende-se que não é possível um sistema que abarque todas as situações de fato capazes de ensejar dificuldades na atividade probatória. De modo que seria apenas uma forma de diminuir os casos de dinamização concreta e não de extinguir a sua necessidade.<sup>259</sup>

4. Lado outro, há a crítica que gira em torno do problema da segurança jurídica e da calculabilidade.<sup>260</sup> Entende-se, nesse sentido, que a dinamização demonstraria um desprezo pelo texto legal e causaria, assim, a ausência da segurança jurídica.<sup>261</sup>

---

<sup>254</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. Ob. cit., p 150.

<sup>255</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. Ob. cit., p 150.

<sup>256</sup> VELLOSO, Adolfo Alvarado. Ob. cit., p 202-204.

<sup>257</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 150.

<sup>258</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. Ob. cit., p 150.

<sup>259</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. Ob. cit., p 150.

<sup>260</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. Ob. cit., p 151.

<sup>261</sup> VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2005, p 202.

Parece óbvio que a distribuição estática agregue maior segurança ao processo, já que as partes sabem antecipadamente os encargos que possuem. Entretanto, depreende-se que há outros princípios no ordenamento que merecem ser considerados, não se tratando a segurança jurídica do maior deles. Assim, cabem ser relacionados os princípios da igualdade, cooperação, acesso à justiça e flexibilização processual, os quais estão de acordo com a teoria da dinamização.<sup>262</sup>

Já no que toca à calculabilidade, entende-se, de igual forma à posição anterior, que um sistema legal de distribuição dos ônus que incluísse as presunções seria melhor teoricamente, pois regularia a conduta das partes de modo a dispender recursos para formar um material probatório prévio, de acordo com as determinações das presunções. No entanto, não se pode garantir que seria esse sistema infalível, não impedindo, por exemplo, que as presunções levassem à formação de provas diabólicas (ou de difícil produção). E para tanto, a solução apresentada pela teoria dinâmica é a proibição de alteração do ônus quando for caso de gerar prova diabólica, em razão das particularidades do caso concreto, situação em que a parte onerada demonstra a ausência de condições para se desincumbir do ônus e aplica-se a regra da inesclarecibilidade.<sup>263</sup>

Por fim, resta esclarecer um ponto. Assevera-se que essa crítica contempla a segurança jurídica com uma visão exagerada, como se o ordenamento fosse capaz de fornecer determinações legais com efeitos inequívocos, o que resta claro não ser possível. Cabe aqui uma reflexão com relação ao tema. No caso, nota-se que há duas opções, ou se proporciona maior grau de segurança jurídica e desconsidera-se a tutela das situações específicas, ou, por outro lado, proporciona-se um menor grau de segurança, com o objetivo de atender às necessidades particulares do caso concreto. E a solução que parece

---

<sup>262</sup> MACÊDO, Lucas Buri de; e PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 151.

<sup>263</sup> MACÊDO, Lucas Buri de; e PEIXOTO, Ravi. Ob. cit., p 151-152. Ainda, anotam os autores outra forma de aumento da calculabilidade da dinamização, que é a *“teoria dos precedentes obrigatórios. Com o passar do tempo, é natural que o Superior Tribunal de Justiça, Corte responsável pela uniformização do direito infraconstitucional federal, fixe entendimentos definindo as hipóteses em que deve e em que não deve ser aplicada a dinamização probatória, dando maior concretude à norma e viabilizando aos jurisdicionados que se preparem para novas situações de litígio. Com isso, as partes já terão conhecimento, de antemão, de várias situações em que deve haver a aplicação da dinamização da carga probatória, o que viabiliza o planejamento. Pode o hospital, por exemplo, investir em filmagens durante cirurgias, em maior detalhamento da documentação etc, já tendo conhecimento da tendência jurisprudencial em impor a dinamização nos casos em que há alegação de erro médico”*.

melhor atender aos objetivos da constitucionalização do processo é a que prioriza a tutela efetiva em detrimento de um aumento na segurança jurídica.<sup>264</sup>

5. Há outra discordância, que afirma que a dinamização do ônus violaria a presunção de inocência. Primeiramente, há que se compreender que a presunção de inocência é um princípio enquadrado no direito processual penal e tem sua razão de existir justamente devido a características inerentes a esse sistema – para suprir a necessidade de *jus puniendi* do Estado – e não pode, assim, ser transportado a outros ramos da ciência jurídica, sob pena de se tornar inadequado sob as demais óticas.<sup>265</sup>

Ainda, não faz sentido tal afirmação, porque, caso fosse considerada a aplicação da presunção de inocência ao processo civil, isso acarretaria que, sempre que houvesse dúvida por parte do julgador, essa situação teria de se resolver favoravelmente ao réu. Desse modo, seria extinta a figura do ônus da prova – em sua função objetiva (critério de julgamento) – porquanto desnecessária, já que havendo dúvidas o julgamento se daria sempre em favor do réu.<sup>266</sup>

6. Há que se falar, ainda, na crítica que tem por objeto que a dinamização causaria a violação da liberdade probatória das partes. O argumento aponta que a alteração dos encargos tira das partes o controle sobre a sua estratégia processual e as obriga a agir de forma contrária a seus próprios interesses.<sup>267</sup>

Defende-se a ideia de que a dinamização não causa violações à liberdade probatória, isso porque não se força a parte a produzir prova contrária a seus interesses. A diferença é a parte terá para si um ônus que anteriormente não possuía, porém continuará a agir em defesa própria. A título de ilustração, se determinado réu é desfavorecido pela dinamização (tem a si atribuído um ônus que não antes possuía), não se espera dele que produza provas de fatos constitutivos do direito do autor, mas sim da inexistência desses fatos, ou seja, ele agirá na defesa de seus próprios interesses, para evitar a decisão de procedência.<sup>268</sup>

7. Outra objeção afirma que a dinamização afetaria a confiança entre a parte e advogado, sob o fundamento de que tal relação restaria abalada com a necessidade de

---

<sup>264</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. Ob. cit., p 152.

<sup>265</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. Ob. cit., p 152.

<sup>266</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 153.

<sup>267</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. Ob. cit., p 149.

<sup>268</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. Ob. cit., p 153.

produção de provas que possam afetar os interesses do defendido. Não se acolhe tal afirmação, sob o argumento de que o Poder Judiciário impõe diversos mecanismos que fazem com que a parte atue em condutas desvantajosas e tal situação não revela na prática a desestabilização das relações.<sup>269</sup>

8. Por fim, uma última crítica que cabe apontar é a que diz que a dinamização viola a igualdade das partes, ao beneficiar uma em detrimento da outra.<sup>270</sup> Ocorre que tal ação por parte do juiz se dá justamente no sentido de amenizar as desigualdades materiais existentes, por meio de mecanismos processuais, tornando, assim, possível a prolação de uma decisão que atenda aos interesses do processo justo.<sup>271</sup>

Em que pese não se concorde com as críticas aqui apresentadas, há que se mencionar sua importância para o estudo do tema, mesmo com o intuito de aprimoramento da pesquisa e aperfeiçoamento da teoria.<sup>272</sup>

### 3.7. APLICAÇÃO DA TEORIA

Com relação à aplicação da teoria ora em estudo, podem-se citar três países que a realizam, são eles a Argentina, a Espanha, sobre os quais se comentará brevemente, e o Brasil, que, por fazer parte do enfoque do trabalho, terá uma análise mais pormenorizada. Nota-se que nesses três casos há uma semelhança muito marcante, já que a aplicação foi iniciada por via jurisprudencial e somente depois foi positivada.

#### 3.7.1. Argentina

No caso da Argentina, havia a utilização jurisprudencial da dinamização dos encargos probatórios, em momento anterior à positivação, com relação à diversas matérias

---

<sup>269</sup> MACÊDO, Lucas Buri de; e PEIXOTO, Ravi. Ob. cit., p 154. Os autores determinam alguns exemplos das condutas. “(...) diversas medidas executivas que ignoram por completo a vontade do sujeito para a realização de uma obrigação (e.g., ação possessória, medidas executivas para conversão de bens em dinheiro para pagamento de dívida, demolição de obras, paralisação de empresa etc) e medidas mandamentais que constroem a vontade do sujeito em determinado sentido (e.g., mandado de segurança, ordem sob pena de multa, prisão civil para pagamento de alimentos etc)”.

<sup>270</sup> Sobre o tema, está melhor esclarecida a questão da igualdade no terceiro capítulo, onde se analisam os princípios relacionados à dinamização do ônus probatório.

<sup>271</sup> MACÊDO, Lucas Buri de; e PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 154.

<sup>272</sup> MACÊDO, Lucas Buri de; e PEIXOTO, Ravi. Ob. cit., p 154.

e insta salientar que já havia sido inclusive aplicada pela Suprema Corte do país, antes da previsão legal expressa.<sup>273</sup>

A positivação ocorreu no âmbito do Código de Processo Civil das províncias de Pampa<sup>274</sup>, Corrientes<sup>275</sup>, Santiago del Estero<sup>276</sup> e San Juan<sup>277</sup>, ao que se percebe que a adoção não é generalizada pela legislação do país.<sup>278</sup>

Nota-se que a Argentina foi o local da criação da teoria da distribuição dinâmica, como conhecida atualmente e, mesmo sem haver a determinação legislativa de forma geral

---

<sup>273</sup> PEYRANO, Jorge W. *La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas y la Máquina de Impedir em Matéria Jurídica*. In: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p 85.

<sup>274</sup> “Artículo 360. Carga de la prueba. 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 tengan 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. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a la apreciación de las omisiones, deficiencias de la prueba o ausencia de la colaboración debida, conforme al artículo 368. Sin perjuicio de ello, tendrá la carga de probar los hechos, aquel que por las circunstancias del caso, se encuentre en mejores condiciones de arrimar a conocimiento del tribunal, el esclarecimiento de los mismos”.

<sup>275</sup> “Artículo 377. Carga de la prueba 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. Las directivas contenidas en esta norma se adecuaran al deber de colaboración de las partes, si, por razón de la habitualidad, especialización u otras condiciones, la atención de la carga ha de entenderse que es a la parte contraria a quien corresponde según las particulares del caso. 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”.

<sup>276</sup> “ART. 382º.- Carga de la prueba. Serán objeto de la prueba los hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos de la pretensión, respectivamente alegados por las partes, como también los preceptos jurídicos invocados que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. 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. Cada una de las partes tendrá la carga de probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Cuando la materia fáctica controvertida lo justifique, el juez podrá variar la regla del apartado anterior y distribuirá la carga de la prueba aplicando el deber de colaboración de las partes, asignando su producción a quien por su situación le sea más cómodo aportarla por tener más fácil o exclusivo acceso a las evidencias por razón de habitualidad, especialización u otras condiciones, según las particularidades del caso”.

<sup>277</sup> “ARTÍCULO 340.- 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 o tratados, invocados por alguna de las partes no hubiere sido probada, será facultad del juez investigar su existencia, su vigencia y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio. En los casos en que el interés comprometido requiera, por su gravedad, tutela especial o prioritaria, los jueces dispondrán de amplios poderes de investigación, sin perjuicio del respeto del principio de contradicción y de los propios del debido proceso legal. Las directivas para el juez contenidas en esta norma se adecuarán, asimismo, a una mayor exigencia del deber de colaboración de las partes, según les sea a éstas menos dificultoso aportar las evidencias o esclarecer las circunstancias de los hechos controvertidos o si, por razón de habitualidad, especialización u otras condiciones, ha de entenderse que es a esa parte a quien corresponde la atención de la carga según las particularidades del caso. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal. Los jueces o tribunales podrán obrar de manera activa a fin de acceder a la verdad jurídica material y al debido esclarecimiento de la causa”.

<sup>278</sup> PEYRANO, Jorge W. *La carga de la prueba*. In: *Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal*. Disponível em: <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>> p 972.

no país, para a redistribuição dos encargos, ela é defendida pela doutrina e jurisprudência, sob o argumento já visto de que é papel do Estado a aplicação da técnica processual apta a entregar a efetiva prestação jurisdicional.<sup>279</sup>

Por fim, podem-se relacionar alguns casos que, de forma repetida no país, tem a carga probatória dinâmica aplicada em sede jurisprudencial. Ocorre, majoritariamente, em processos que tem por objeto a responsabilidade civil de profissionais liberais (máxime em casos de erro médico); ações para anulação de negócio jurídico que, sob o fundamento de vício da vontade; ações trabalhistas, quando o fato a ser provado é prova de difícil produção por parte do trabalhador (o que se deve à disparidade entre as posições de empregador e empregado); ações de seguridade social em que a prova deveria partir do ente responsável e não pode por ele ser produzida, situação em que deve a parte contrária fornecer a prova, por possuir maiores condições.<sup>280</sup>

### 3.7.2. Espanha

Na Espanha, a teoria da dinamização, de igual forma, já era aplicada pelos magistrados, principalmente em casos de responsabilidade médica, frente a questões de prova difícil, e foi só posteriormente incluída na legislação.<sup>281</sup>

Primeiramente, cabe mencionar que, antes da positivação, a jurisprudência espanhola realizava a aplicação de uma técnica processual para flexibilizar o ônus probatório, e para tanto utilizava-se do fundamento do “*principio de facilidad*” na produção da prova. Nesse sentido, flexibilizava-se o ônus em razão de possuir a parte contrária mais facilidade para produzir a prova necessária. E pode-se afirmar que essa aplicação ocorria com o intuito de proteger e efetivar os direitos fundamentais no país, porquanto entende-se que a ausência da prova poderia ocasionar lesão ao direito fundamental.<sup>282</sup>

---

<sup>279</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 161.

<sup>280</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. Ob. cit., p 163.

<sup>281</sup> PEYRANO, Marcos L. *La teoria de las cargas probatorias dinámicas en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000)*. In: Cargas probatorias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 179-193. O autor afirma, inclusive, que houve muita pressão doutrinária para que ocorresse a positivação da teoria e cita, entre outros atores, Joan Picó i Junoy.

<sup>282</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. Ob. cit., p 160.

A inclusão se deu por meio da *Ley de Enjuiciamiento (Ley 1/2000)*, em seu artigo 217.7, com o objetivo de dar efetividade à tutela jurisdicional.<sup>283</sup> Isso porque a mencionada legislação que institui a teoria no sistema espanhol, justifica a inclusão em sua exposição de motivos, ao afirmar que a tutela judicial efetiva é garantida pela Constituição espanhola, em seu artigo 24, 1.<sup>284</sup> Além disso, explicita-se, ainda na exposição de motivos da lei, a necessidade social de uma justiça civil nova, caracterizada especialmente pela efetividade.<sup>285</sup>

Com a positivação do instituto da dinamização na legislação civil espanhola, cumpre ressaltar que o artigo que rege a distribuição dos encargos probatórios apresenta a distribuição estática e autoriza a aplicação da distribuição dinâmica, nos momentos em que seja ela necessária, de forma subsidiária. Isso porque o tema não é tratado apenas pela *Ley de Enjuiciamiento*, mas também por diversos dispositivos que trazem determinações específicas, como por exemplo o Código de Comércio, o Código Civil e outras leis especiais. Assim, a distribuição dinâmica tem lugar quando não houver previsão de lei específica e for a distribuição estática inadequada ao caso em análise, ao se perceber uma

---

<sup>283</sup> A lei espanhola sobre o assunto diz: “*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 reconvención. 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 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. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes. 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”.*

<sup>284</sup> “*Artículo 24. Protección judicial de los derechos 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.*

<sup>285</sup> PEYRANO, Marcos L. *La teoría de las cargas probatorias dinámicas en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000)*. In: Cargas probatorias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 179-193.

grande capacidade probatória de uma das partes em confronto com pouca capacidade da outra parte.<sup>286</sup>

Por fim, cabe mencionar um problema enfrentado nesse país, que se dá com relação ao momento da dinamização. Tal ocorre em razão da visão que se tem, majoritariamente, do ônus como possuidor apenas da função objetiva, nesse entendimento o ônus é tratado, portando, como regra de julgamento e tem sua dinamização realizada no momento da sentença. Ocorre que isso impede que as partes possam se desonerar do ônus a si incumbido, o que se entende como inadmissível, por impedir o contraditório adequado. Deve-se ter em mente que a distribuição dos encargos serve também como regra orientadora da atuação das partes, motivo pelo qual deve ter sua aplicação realizada em momento anterior.<sup>287</sup>

### 3.7.3. Brasil

E, por fim, pode-se observar que no caso do Brasil com a disposição dada pelo antigo Código (art. 333 – CPC/73), não havia a possibilidade de dinamização do ônus. No entanto, observa-se que nem sempre era possível, no andamento de um caso concreto, que se separassem de forma adequada fatos constitutivos e extintivos, bem como via-se prejudicado o acesso à verdade, com o uso dessa distribuição de ônus fixada pela lei.<sup>288</sup>

Do que se iniciou a formação de um entendimento jurisprudencial e doutrinário que permitia em determinados casos que houvesse um abrandamento da regra da lei. Em maior parte, esse entendimento era direcionado às ações de responsabilidade civil, máxime em casos de prestação de serviços, como médicos e dentistas, o que se deve ao fato de que nesses casos era por vezes difícil que a parte inicialmente onerada produzisse a prova necessária, em razão mesmo da ausência de conhecimentos técnicos ou informações específicas, os quais teria a outra parte maior facilidade em fornecer.<sup>289</sup>

Dessa forma, ao analisar as peculiaridades do caso, o juiz dinamizaria o ônus. Assim, a parte que deveria produzir a prova dos fatos controvertidos poderia não ser a mesma que estava inicialmente onerada com essa função. Para tanto, o entendimento

---

<sup>286</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 160.

<sup>287</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. Ob. cit., p 161.

<sup>288</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 48 ed. V 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p 488.

<sup>289</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. cit., p 488.



jurisprudencial e doutrinário determinava que deveriam haver no processo elementos que permitissem a formação de uma situação de verossimilhança das informações prestadas, que corroborassem com a mudança das cargas.<sup>290</sup>

Salienta-se que não se tratava essa autorização de uma revogação do sistema legal, mas sim que seria uma tentativa de complementação dele, sob a influência de princípios orientadores que buscam o alcance do processo justo, da cooperação, a busca pela verdade, e o cumprimento dos deveres de lealdade e boa-fé.<sup>291</sup>

Assim, nota-se que no Brasil, de igual forma como ocorria nos demais países, o tema era tratado pela jurisprudência nacional. Pode-se exemplificar a questão com o julgamento de um caso de erro médico ocorrido em período anterior à edição do novo Código de Processo Civil, autorizador da dinamização, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Embargos Infringentes nº 70017662487, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 31/08/2007).<sup>292</sup>

Nesse caso, o posicionamento se deu no sentido de dinamizar o ônus probatório, e razão das peculiaridades do caso concreto, de forma que não seria mais incumbência da parte autora realizar a produção da prova, mas sim do profissional médico. Explica-se, no julgado, que *“não se duvida que ao médico é muito mais fácil de comprovar que não agiu negligentemente ou com imperícia, porque aplicou a técnica adequada, do que ao leigo demonstrar que esta mesma técnica não foi convenientemente observada”*.

---

<sup>290</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. cit., p 488.

<sup>291</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. cit., p 488. Pode-se justificar ainda esse entendimento ao realizar a leitura do artigo 339 do Código de 1973, vigente à época: *“ninguém de exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”*.

<sup>292</sup> “EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA. APLICABILIDADE DIANTE DO PECULIAR E ESCASSO MATERIAL PROBATÓRIO. 1. A utilização da técnica de distribuição dinâmica da prova, que se vale de atribuir maior carga àquele litigante que reúne melhores condições para oferecer o meio de prova ao destinatário que é o juiz, não se limita, no caso, apenas às questões documentais, como prontuários e exames, que se alega pertencem ao hospital, mas à prova do fato como um conjunto, ou seja, não se duvida que ao médico é muito mais fácil de comprovar que não agiu negligentemente ou com imperícia, porque aplicou a técnica adequada, do que ao leigo demonstrar que esta mesma técnica não foi convenientemente observada. 2. Quando a aplicação dos contornos tradicionais do ônus probatório na legislação processual civil não socorre a formação de um juízo de convencimento sobre a formação da culpa do médico, a teoria da carga dinâmica da prova, importada da Alemanha e da Argentina, prevê a possibilidade de atribuir ao médico a prova da sua não-culpa, isto é, não incumbe à vítima demonstrar a imperícia, a imprudência ou a negligência do profissional, mas a este, diante das peculiaridades casuísticas, a sua diligência profissional e o emprego da técnica aprovada pela literatura médica. Destarte, a aplicação de dita teoria não corresponde a uma inversão do ônus da prova, mas avaliação sobre o ônus que competia a cada uma das partes. Incumbe, pois, ao médico especialista o ônus de reconstituir o procedimento adotado, para evidenciar que não deu causa ao ocorrido. (...) EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA DE VOTOS. (Embargos Infringentes Nº 70017662487, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 31/08/2007).

Assim, se a modalidade tradicional de distribuição dos encargos não se mostra capaz de formar um juízo de convicção, entende-se possível a dinamização dos encargos, em decorrência das especificidades do caso concreto, em que uma das partes detinha maiores facilidades na produção da prova necessária.

Nota-se que a jurisprudência trazida é antecessora à alteração legislativa sobre o tema, o que ocorre com o objetivo de demonstrar que a aplicação já era realizada pelos tribunais antes de ser determinada pelo texto legal. Assim é possível fazer uma relação com o surgimento da dinamização de maneira prática nos outros países estudados.

Defendia-se, antes da mudança da legislação, que a regra geral era a aplicação da norma abstrata trazida no Código, mas já se observava a existência de situações específicas que justificariam a mudança da carga trazida pela lei. Há, por exemplo, situações em que se considerava que o juiz deveria reduzir as exigências de prova, casos em que poderia julgar com base em uma convicção da verossimilhança. E, por outro lado, em casos da prova ser muito difícil de ser produzida por quem deveria fazê-lo, o que se considerava correto era a inversão dos encargos.<sup>293</sup>

A positivação legislativa se deu no país muito recentemente, com o novo Código de Processo Civil (lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.), em seu artigo 373, §1º.<sup>294</sup>

Após a mudança da legislação brasileira, a regra geral continua sendo a mesma da antiga codificação, de forma que antes de ajuizar a ação já é possível saber como será, de forma geral, a distribuição dos encargos probatórios. A inovação ocorre, portanto, na positivação da possibilidade de dinamização do ônus da prova.<sup>295</sup>

O conceito de dinamização pode ser melhor compreendido quando comparado ao conceito de ônus dinâmico. Enquanto o ônus dinâmico pressupõe a que distribuição

---

<sup>293</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Processo de Conhecimento. 11 ed. V 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 271.

<sup>294</sup> O novo código trata do ônus da prova no seguinte sentido: “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo”.

<sup>295</sup> MACÉDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 141.

sempre ocorrerá no decorrer do processo, a dinamização do ônus demanda a existência de uma determinação dos encargos prévia e abstrata, feita pela lei, porém confere ao juiz a possibilidade de alterá-la, de acordo com as necessidades do caso concreto, que é o caso do Brasil.<sup>296</sup>

Tem-se, assim, que o sistema brasileiro atual adota a teoria abstrata de distribuição do ônus e a complementa com a possibilidade de dinamização. Dessa forma, confere-se um poder-dever ao magistrado de que altere as cargas probatórias, se no caso em análise a distribuição legal não se mostrar adequada constitucionalmente e não seja, portanto, capaz de entregar devidamente a justiça.<sup>297</sup>

---

<sup>296</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. Ob. cit., p 141

<sup>297</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. Ob. cit., p 141

## 4 ADEQUAÇÃO DA TEORIA AO PROCESSO JUSTO E OS FUNDAMENTOS DE SUA APLICAÇÃO

### 4.1. ELEMENTOS ESTRUTURAIS DA TEORIA

Para que seja possível a realização da distribuição dinâmica do ônus da prova, alguns elementos estruturais devem estar presentes. Caso contrário, a dinamização levaria a uma ofensa à ordem jurídica, de forma que se observam, por ora, as condicionantes, tanto materiais, quanto processuais.<sup>298</sup>

No que toca aos requisitos processuais da teoria, entende-se que englobam a correta fundamentação da decisão e o próprio momento em que deve ocorrer a decisão de dinamização. Por um lado, deve estar clara a demonstração da inadequação da regra geral, bem como a fundamentação que deu ensejo à alteração dos encargos no sentido de possuir maiores condições probatórias a parte inicialmente desonerada. E por outro lado, a decisão de alteração deve se dar em momento apropriado para que possa o sujeito processual ao qual foi atribuída a nova distribuição se desincumbir da prova.<sup>299</sup>

A fundamentação da sentença deve exprimir, em razão de todos os princípios aos quais está sujeito o modelo processual moderno, também a essência do contraditório, porquanto todos os elementos constantes da decisão devem ter sido objeto de debate prévio entre os participantes do processo. Isso porque fere inclusive a própria natureza do processo, à luz do modelo cooperativo e do Estado constitucional, que se prolate decisão que não possibilitou efetivo diálogo entre os sujeitos processuais, de modo que deve a decisão se fundar sobre elementos já discutidos.<sup>300</sup>

Insta salientar que, em que pese existam disposições doutrinárias em sentido contrário, considera-se que a aplicação da dinamização deve ocorrer em momento oportuno para que a parte possa desonerar-se do ônus que a si for atribuído.<sup>301</sup>

Nesse mesmo sentido, do texto legal que regulamenta a questão no Brasil é possível extrair requisitos em que se deve basear a aplicação da dinamização dos encargos probatórios. Dentre eles, de igual forma, há requisitos formais e materiais.<sup>302</sup>

---

<sup>298</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. Coleção Temas atuais de Direito Processual Civil. V 14. Coordenação: Luiz Guilherme Marinoni; e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 128.

<sup>299</sup> MITIDIERO, Daniel. Ob. cit., p 129-130.

<sup>300</sup> MITIDIERO, Daniel. Ob. cit., p 136 e 139.

<sup>301</sup> CUNHA, Maurício Ferreira. *Ônus da prova, dinamicização e o novo CPC*. In: Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 318.

Os requisitos formais são basicamente três. A exigência de decisão fundamentada afirma a necessidade de apontamento das premissas fáticas que ensejam a dinamização, bem como a determinação de sobre quais fatos específicos se deve aplicar a modificação probatória.<sup>303</sup> Por outro lado, deve ser observado o momento de aplicação da dinamização, para que seja respeitado o princípio do contraditório e seja oferecida à parte a possibilidade de se desincumbir do ônus que agora lhe recai. E, por último, a redistribuição não pode implicar na criação de uma prova diabólica reversa, o que ocorre porque não deve haver a dinamização nos casos em que é identificada a prova diabólica para ambas as partes processuais.<sup>304305</sup>

Afirma-se que as atividades probatórias devem ser organizadas logo no início do processo, na fase instrutória – o novo Código brasileiro determina que o momento adequado seria a decisão saneadora, nos termos do artigo 357, III.<sup>306</sup> Assim, tanto a distribuição dinâmica quanto os casos de inversão devem ser aplicados em momento oportuno, a fim de garantir a efetivação do contraditório e de demais princípios, para assegurar a visão cooperativa.<sup>307</sup>

Apenas anota-se, por ora, que o contraditório é analisado atualmente em uma nova perspectiva, de maneira dinâmica e com sua análise voltada para a substância do processo. Para garantia, portanto, sua correta aplicação, deve-se possibilitar a efetiva participação das partes, com tempo hábil para manifestação, tanto sobre os argumentos da parte contrária, quanto sobre a produção probatória.<sup>308</sup> É o que entende que deve ocorrer também no caso da dinamização.

---

<sup>302</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10 ed. V 2. Salvador: Jus Podivm, 2015, p 124-129.

<sup>303</sup> Isso ocorre porque a regra geral é a distribuição legal, portanto os fatos que deixarem de ser referenciados na decisão não poderão ter os encargos probatórios alterados.

<sup>304</sup> Em tal situação, explica-se que “*deve ser utilizada a regra da inesclarecibilidade, de forma a analisar qual das partes assumiu o risco da situação de dúvida insolúvel, devendo esta ser submetida à decisão desfavorável*”.

<sup>305</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Ob. cit., p 124-126.

<sup>306</sup> Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - *definir a distribuição do ônus da prova*, observado o art. 373.

<sup>307</sup> CAMBI, Eduardo. *Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do ônus da Prova) – exegese do artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC*. In: Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 258.

<sup>308</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p 269.

Lado outro, no que toca à perspectiva material, impende que se esclareça, para autorizar a dinamização, o fundamento pelo qual a norma estática não deve ser aplicada. Em outras palavras, é necessário que se demonstre a razão da inadequação da distribuição legal dos ônus probatórios, mesmo porque se trata de um afastamento excepcional da regra geral sobre o assunto. Dessa forma, restando clara a inadequação da regra ao caso concreto, deve ela ser afastada, em decorrência da razoabilidade.<sup>309</sup>

Já os requisitos materiais trazidos pela lei brasileira exigem que a fundamentação da decisão se baseie em ao menos uma das duas questões, ou na prova diabólica, nos moldes já estudados acima, porquanto o texto legal faz referência a casos em que há “impossibilidade” ou “excessiva dificuldade de cumprir o encargo”, trata-se da hipótese clássica de inversão do ônus da prova, já aceita anteriormente pelos tribunais e defendida pela doutrina. A outra possível fundamentação é na maior facilidade de prova de fato contrário.<sup>310</sup>

Sobre este segundo requisito material, Fredie Didier Jr. exemplifica com uma situação clássica de maior facilidade probatória, que ocorre nos casos de responsabilidade civil por erro médico, em cirurgias ou tratamentos. Assim, havendo discussão sobre a culpa, de maneira geral, o profissional médico tem maiores condições de demonstração da regularidade de sua atuação profissional.<sup>311</sup>

Ademais, atribui-se a relevância da prova diabólica quando vista nesse contexto, porquanto não se considera possível chegar a uma solução justa para o litígio se uma das partes estiver onerada com prova de difícil ou impossível produção, de forma que nesses casos não se pode aplicar a regra geral que estabeleça essa situação. Insta salientar que deve ocorrer uma avaliação de que a parte contrária possui facilidades na formação da prova, posto que não seria correta a dinamização que culminasse em prova diabólica reversa.<sup>312</sup>

---

<sup>309</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. Coleção Temas atuais de Direito Processual Civil. V 14. Coordenação: Luiz Guilherme Marinoni; e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 128.

<sup>310</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10 ed. V 2. Salvador: Jus Podivm, 2015, p 128.

<sup>311</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Ob. cit., p 128. Esse exemplo corrobora, inclusive, com o entendimento jurisprudencial acima colacionado, no sentido de autorizar a alteração dos encargos probatórios, porque o médico teria, na prática, melhores condições de realizar a prova de sua correta atuação do que a outra parte, leiga quando ao assunto, de realizar prova da atuação inadequada.

<sup>312</sup> MITIDIERO, Daniel. Ob. cit., p 128-129.

Sobre a prova diabólica, cabe ressaltar que a variação de nomenclaturas deste instituto decorre do conceito que possui. A prova diabólica é a impossível ou muito difícil de ser produzida.<sup>313</sup> Ocorre, portanto, quando for difícil a demonstração da realidade dos fatos, em razão das características do próprio fato ou das circunstâncias em que ocorre.<sup>314</sup>

A prova difícil, além de assim ser considerada em razão dos elementos fáticos, também é tida como difícil com relação a um determinado sujeito. Nesse sentido, a prova que pode ser de difícil produção para um sujeito pode não o ser para outro.<sup>315</sup> Dessa maneira, encontra-se aqui uma valorosa justificativa para a aplicação da teoria dinâmica. Se no caso concreto há uma dificuldade na produção de determinada prova por uma das partes, dificuldade essa que não atinge a outra parte, a decisão que dinamiza a realização desta prova tem muita utilidade prática, já que possibilitará uma maior busca pela verdade dos fatos naquele processo.<sup>316</sup>

Lado outro, há que se falar sobre a existência da prova duplamente diabólica, que é aquela difícil de ser produzida por ambos os sujeitos processuais.<sup>317</sup>

Com relação a isso, cabe a menção de um exemplo, repetido na doutrina, que trata da situação que acarretou o falecimento de um nadador em uma piscina de grande profundidade de um clube social de nadadores. A piscina não possuía sinalização indicativa de que era imprópria para a utilização por iniciantes e, em razão disso, foi ajuizada uma ação de indenização pela família da vítima. No entanto, o clube defendeu-se com o argumento de que a morte não se deu por afogamento, mas sim por um colapso cardíaco ou circulatório e que, portanto, não havia nexo de causalidade capaz de configurar a responsabilidade. Ocorre que com o desenvolvimento processual restou demonstrado que era inviável a produção de prova das possíveis causas do falecimento, de modo que havia uma situação de inescurecimento. Com efeito, a decisão se deu no sentido de distribuir as consequências negativas ao clube de nadadores, pois deixou de realizar o seu dever de sinalizar a piscina e, por esse fato, assumiu o risco da situação de inescurecimento, já

---

<sup>313</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10 ed. V 2. Salvador: Jus Podivm, 2015, p 114.

<sup>314</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. *A prova difícil: da probatio levior à inversão do ónus da prova*. In: Revista de Processo. Nº 222. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 07.

<sup>315</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. Ob. cit., p 08.

<sup>316</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Ob. cit., p 115.

<sup>317</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Ob. cit., p 115.

que não há possibilidade de produção de prova que exclua definitivamente o nexo de causalidade.<sup>318</sup>

Sobre o assunto, uma crítica à teoria central do presente estudo se dá no sentido de que, havendo no caso concreto a ocorrência desta modalidade de dificuldade probatória, a decisão de dinamização (ou mesmo de inversão) não será capaz de trazer ao caso uma solução real.<sup>319</sup> Em parte, possui razão o argumento, na medida que não haveria utilidade prática da dinamização nesse caso, no entanto a justificativa para aplicação da teoria está na prova unilateralmente diabólica, como visto acima, em que a prova é difícil para um sujeito processual e não para o outro, caso em que a dinamização facilita a formação do material probatório e o deslinde do litígio.

Dessa forma, entende-se que em caso de prova duplamente diabólica, a solução deve vir no sentido contrário àquele que provocou a situação de inescurecimento.<sup>320</sup>

Por fim, importante compreender que o que se busca é a utilização de um instrumento a mais para possibilitar a solução dos casos concretos de maneira justa e equitativa, e não uma solução para toda e qualquer dificuldade probatória passível de surgir no andamento processual. Portanto, deve ser observado o enfoque da teoria, para sua real compreensão e não tentar aplicá-la a situações que nela não se encaixam.

## 4.2. FUNDAMENTOS DA APLICAÇÃO

### 4.2.1. Acesso à justiça

O acesso à justiça está garantido pela Constituição Federal brasileira em seu artigo 5º, XXXV<sup>321</sup>, com o objetivo de assegurar o direito de ação e consagrar o princípio da

---

<sup>318</sup> O exemplo é atribuído à doutrina de Gerhard Walter. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Ob. cit., p 116-117. E SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. Ob. cit., p 26-27.

<sup>319</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. *A prova difícil: da probatio levior à inversão do ónus da prova*. In: Revista de Processo. Nº 222. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 26-27.

<sup>320</sup> Os autores afirmam, ainda, que “a decisão desfavorável àquele que cria a impossibilidade probatória surge, com toda a evidência, como uma sanção contra o incumprimento de deveres extraprocessuais”. SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. Ob. cit., p 26-27.

<sup>321</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.



inafastabilidade do controle jurisdicional, de modo que está resguardado o acesso à justiça, inclusive das determinações do próprio Poder Legislativo.<sup>322</sup>

De outro lado, a sua efetivação em Portugal consta do texto do artigo 20º/1<sup>323</sup> da Constituição da República Portuguesa e considera-se a garantia de acesso à justiça como “*uma concretização do princípio estruturante do Estado de direito*”.<sup>324</sup>

Compreende-se que o direito de ação, constitucionalmente garantido, engloba o direito ao processo justo e à tutela jurisdicional adequada. Desse modo, resta claro que se a lei infraconstitucional impedir a prestação de tutela adequada, ela fere o direito constitucional de ação.<sup>325</sup>

Assim, é possível notar que, para o estudo do acesso à justiça, garantido constitucionalmente, é necessário que se compreenda esse direito não só como o direito de realizar a demanda, mesmo porque de nada adianta que seja assegurado o direito de demandar, sem que o sujeito interessado tenha satisfeitos os seus interesses postulados.<sup>326</sup>

Com efeito, percebe-se que o acesso à justiça implica em garantias maiores que apenas o acesso aos tribunais, de modo que deve haver uma verdadeira facilitação do acesso ao próprio direito e, tendo em consideração os valores garantidos, entende-se que as reformas do processo civil devem se dar sempre no sentido de eliminar as barreiras existentes a esse acesso, sejam elas a nível econômico, organizatório ou processual propriamente dito.<sup>327</sup>

Quanto ao obstáculo econômico, as legislações processuais modernas preveem diversas alterações ao regime antigo, para que não se obste o acesso à justiça por motivos de impossibilidades financeiras da parte, como por exemplo as possibilidades de dispensa de custas processuais e de pagamento dos serviços advocatícios. Já no que toca às barreiras

---

<sup>322</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. Processo Civil, Penal e Administrativo. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 208-209.

<sup>323</sup> Artigo 20.º Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva. 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

<sup>324</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p 491.

<sup>325</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Ob. cit., p 210.

<sup>326</sup> Sobre a tutela jurisdicional, exprime-se uma conceituação: “*a tutela jurisdicional tem o significado de proteção de um direito ou de uma situação jurídica, pela via jurisdicional. Implica prestação jurisdicional em favor do titular de uma situação substancial amparada pela norma, caracterizando a atuação do Direito em casos concretos trazidos à apreciação do Poder Judiciário. É o estudo da técnica processual a partir de seu resultado e em função dele*”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. Influência do direito material sobre o processo. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p 37.

<sup>327</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2 ed. Lisboa: Lex, 1997, p 34.

organizatórias, o acesso à justiça visa a alteração de institutos e regras tradicionais do processo civil, com o fim de possibilitar a legitimação para ajuizamento de ações que cuidem de direitos difusos e coletivos, propondo garantir a viabilidade do real acesso à tutela desses direitos.<sup>328</sup>

Lado outro, o obstáculo processual, que é o tema de que trata o presente trabalho, impede o acesso à justiça na medida em que determinadas tutelas não são capazes de serem resolvidas pelos tradicionais métodos processuais. Afirma-se, por claro, que o formalismo é parte inerente do processo civil, de forma que não pode e nem deve ser extinto. No entanto, há que se observar que não há mais um culto exacerbado ao formalismo, de forma que o foco está na garantia de acesso e de decisões justas.<sup>329</sup>

Nesse sentido, foram criados procedimentos especiais, para que houvesse uma melhor adaptação a determinados tipos de tutela. Todavia, entende-se que não abrangem esses procedimentos todas as inadequações existentes com relação ao procedimento comum, de modo que ainda restam situações em que as regras existentes acabam por impedir o acesso correto à justiça. Assim, para essas situações há o entendimento de que deve o juiz, inclusive de ofício, com respeito à igualdade das partes, em especial no que toca ao princípio do contraditório, ajustar o procedimento, para que melhor se adeque às especificidades do caso.<sup>330</sup> Inclusive essa determinação consta expressa no texto do artigo 547º do Código de Processo Civil português.<sup>331</sup>

Em razão disso, a necessidade de adequação do direito processual ao material se mostra primeiramente na existência de regras específicas para determinados procedimentos, em razão das peculiaridades da relação jurídica existente. Pode-se exemplificar tal situação por meio da disposição havida no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, que determina a possibilidade de inversão do ônus probatório, em decorrência da hipossuficiência do consumidor perante a parte contrária. Essa disposição é entendida como uma forma de garantir o efetivo acesso à justiça.<sup>332</sup>

---

<sup>328</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Ob. cit., p 35-36.

<sup>329</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Ob. cit., p 36-37.

<sup>330</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Ob. cit., p 37.

<sup>331</sup> Artigo 547.º (art.º 265.º-A CPC 1961) Adequação formal. O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo.

<sup>332</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. Influência do direito material sobre o processo. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p 56.

Nesse âmbito, a disposição presente no Código de Defesa do Consumidor<sup>333</sup> autorizava, ainda em momento anterior à modificação do diploma processual, a inversão do ônus da prova nas ações em que fosse aplicado o código consumerista. Disso, portanto, era possível realizar uma analogia para possibilitar a inversão também em outros ramos do direito.<sup>334</sup>

Explica-se que o fato da lei autorizar expressamente a inversão nas ações de direito do consumidor não implica em uma proibição para que essa inversão ocorra em outras matérias. Esse raciocínio levaria a duas conclusões, ou que somente as relações de consumo podem ensejar a alteração do ônus probatório, ou que, ainda que outras situações a ensejem, a alteração não poderia ser realizada em razão da falta de autorização legal para tanto.<sup>335</sup>

Sobre a primeira hipótese, há que se registrar que não se sustenta a ideia de que somente as relações de consumo autorizem essa mudança do ônus. Entende-se que, em que pese haja uma segregação das demais relações de direito com relação às de direito do consumidor, mesmo porque resta claro que não cabe que ao consumidor sejam imputados determinados ônus – como, por exemplo, prova sobre defeitos de serviços ou produtos ou também a relação de causa e efeito entre eles, em razão de que essas situações importam em especificidades próprias, que não estão presentes em casos comuns – tal situação não significa que não existam outros casos que também exijam a realização de inversão ou mesmo atenuação das regras estáticas do ônus probatório. A título de ilustração, podem-se citar as relações jurídicas que decorrem de atividades perigosas, porquanto não devem ser tratadas como casos comuns e exigir-se que apresente a parte autora prova da causalidade entre a atividade e o dano. Salienta-se, no entanto, que não se busca a aplicação da disposição relativa ao consumidor a casos em que não se trata desse tipo de relação, mas sim verifica-se que como certa a existência de outros casos que similarmente exijam a modificação dos encargos.<sup>336</sup>

---

<sup>333</sup> Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990): “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

<sup>334</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Processo de Conhecimento. 11 ed. V 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 268.

<sup>335</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. Ob. cit., p 268-269.

<sup>336</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. Ob. cit., p 269.

Acerca da outra hipótese possível, que seria a impossibilidade de modificação do ônus em relações que dela necessitem, devido à ausência de previsão no direito positivo, entende-se que tal situação igualmente não procede. Isso porque há a compreensão de que, mesmo a própria regra estática do código (artigo 373) não precisaria ser expressa na lei para que fosse utilizada, já que sua aplicação decorre não somente da força da lei, mas principalmente da aplicação do direito material ao caso concreto, já que esta requer a presença de determinados pressupostos, que devem restar preenchidos no processo para que seja aplicada a norma.<sup>337</sup>

Nesse sentido, se as normas que regem os encargos probatórios decorrem do direito material, é clara a percepção de que as diferenças existentes entre as relações materiais podem causar a necessidade de diferenciação também na distribuição desses encargos. Não há sentido em proibir que seja feita essa adequação casuisticamente, mesmo porque deve haver um controle rígido das decisões judiciais, realizado por meio da exigência de fundamentação racional das decisões, que faz com que estejam resguardados os limites de atuação do magistrado.<sup>338</sup>

Ainda, entende-se que a inversão do ônus da prova trazida pelo Código de Defesa do Consumidor é um reflexo de novas necessidades surgidas no ordenamento brasileiro, sobretudo porque a promulgação da Constituição de 1988 trouxe novas perspectivas de acesso à justiça e direitos fundamentais sobre a prova. Tais disposições exigem, portanto, que o ordenamento se adeque e forneça respostas efetivas aos problemas jurídicos, não apenas de forma abstrata, mas ajustadas aos casos concretos.<sup>339</sup>

Reafirma-se, portanto, que a disposição autorizadora da dinamização no novo Código brasileiro tem seu fundamento constitucional no princípio do acesso à justiça, que garante às partes acesso efetivo ao Poder Judiciário, e não meramente formal. Compreende-se que o acesso deixa de ser efetivo se não há técnicas probatórias adequadas, que possam garantir uma diferença de tratamento destinado aos casos concretos, de acordo com o nível de complexidade que possuam.<sup>340</sup>

---

<sup>337</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. Ob. cit., p 269. Essa ideia vem também do direito alemão e da já tratada Teoria das Normas, de Leo Rosenberg.

<sup>338</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. Ob. cit., p 269-270.

<sup>339</sup> CUNHA, Maurício Ferreira. *Ônus da prova, dinamização e o novo CPC*. In: Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 318.

<sup>340</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 142.

Por fim, importa esclarecer que a dinamização possui outros argumentos autorizadores no sistema brasileiro, em especial no que toca aos princípios relativos ao processo.

#### 4.2.2. Aplicabilidade dos princípios

Considera-se que os princípios e as regras sejam duas espécies do conceito de norma. Assim a diferença entre eles reside, dentre outras particularidades, no caráter estruturante e fundamental dos princípios, porque organizam o sistema jurídico – quando se fala em princípios do Estado de direito – e porque possuem posição superior no sistema de fontes de direito – quando se fala em princípios constitucionais. Ainda, nota-se que os princípios, em relação às regras, possuem também uma característica importante diferenciadora, qual seja, o fato de que precisam de medidas concretizadoras para que sua aplicação possa ser realizada, seja pelo legislador, seja pelo juiz, enquanto que as regras possuem aplicação mais direta.<sup>341</sup>

Todavia, compreende-se que possuem as normas constitucionais aplicabilidade direta, garantida inclusive pelas constituições brasileira<sup>342</sup> e portuguesa<sup>343</sup>. Nesse sentido, normas constitucionais que tratem de direitos, liberdades e garantias fundamentais tem sua aplicabilidade possível de ser realizada desde logo, mesmo que não haja posituação à nível legal. Assim, esse entendimento garante a aplicação na ausência de lei afirmadora, e também aplicação contra lei existente contrariadora dos princípios.<sup>344</sup>

Dessa forma, mostra-se necessário realizar uma análise sobre a influência exercida pelos princípios sobre as regras existentes no direito. Os princípios podem ser entendidos como normas maiores – ou superiores – que regulam a aplicação das leis – normas inferiores – formando uma espécie de guia de como deve ocorrer sua aplicação, de modo que estejam resguardados certos pilares, que não podem ser superados.<sup>345</sup>

---

<sup>341</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p 1160.

<sup>342</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>343</sup> Artigo 18.º Força jurídica. 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

<sup>344</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ob. cit.*, p 1179.

<sup>345</sup> CARPES, Artur Thompsen. *Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil*. In: *Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório*. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 204.

Com efeito, observam-se os princípios e os direitos fundamentais processuais para a aplicação das regras de direito processual.<sup>346</sup> Pode-se citar, a título de ilustração, alguns direitos fundamentais garantidos pelo Estado constitucional brasileiro, quais sejam, direito à igualdade, à prova, ao processo justo, à tutela jurisdicional adequada e efetiva, ao contraditório e amplo acesso à jurisdição. Estes princípios, portanto, devem ser responsáveis pela regulação das regras que determinam a sistematização do procedimento. Dessa forma, das normas que disciplinam sobre o assunto e, em especial, da aplicação dessas normas ao caso concreto deve constar o respeito aos princípios.<sup>347</sup>

Desse raciocínio é possível extrair que, no julgamento do caso concreto, a presença dos princípios regula a subsunção do caso concreto à norma processual abstrata. Devendo, para isso, que haja adequação de um ao outro – caso concreto ajustado à norma em abstrato – sem que seja ferido nenhum princípio. Isso porque, como se encontra em posição superior, o desrespeito a algum princípio impede a aplicação da regra. Dessa forma, a aplicação das regras de procedimento está condicionada à não violação de princípios constitucionais que regulam o processo civil.<sup>348</sup>

Por fim, insta ressaltar que esse entendimento é utilizado na aplicação da dinamização do ônus probatório, matéria do presente estudo, porquanto a teoria dinâmica está em consonância com diversos princípios constitucionais e tem, portanto, sua aplicação autorizada por eles, ainda que não haja norma legal.

A título de ilustração, é possível mencionar alguns princípios que se adequam à teoria dinâmica. O princípio da igualdade processual, que garante o tratamento diferente a situações que se mostrem suficientemente díspares a ponto de causar prejuízo significativo a uma das partes, o princípio da adaptação processual, que determina que o magistrado deve atuar no caso concreto a fim de corrigir situações jurídicas processuais que estejam em dissonância com valores constitucionalmente protegidos – aqui anota-se a garantia de acesso à justiça – e, por fim, o princípio da cooperação, que traz a necessidade de controle

---

<sup>346</sup> Ademais, entende-se que os direitos fundamentais podem ser considerados da mesma forma que os princípios reguladores e devem ser observados para que seja possível promover um andamento do direito de forma a cumprir sua função, ao realizar a entrega da tutela efetiva, sem, no entanto, para isso, ferir liberdades e garantias constitucionais.

<sup>347</sup> CARPES, Artur Thompsen. Ob. cit., p 204-205.

<sup>348</sup> CARPES, Artur Thompsen. Ob. cit., p 205.

que impeça abusos que possam causar dano ao acesso à justiça para algum dos sujeitos processuais.<sup>349</sup>

Entende-se que a cooperação, juntamente com a mudança trazida por ela da visão de processo – processo cooperativo –, pode ser considerada como um passo a mais na efetivação do devido processo legal.<sup>350</sup> Essa noção deve ser tida, portanto, como o objetivo do processo, já que é ele considerado como um instrumento de justiça material e deve ter atrelado a si o respeito ao conjunto de princípios reguladores da matéria processual.<sup>351</sup>

A consagração do devido processo no Brasil se dá por meio do artigo 5º, LIV, da Constituição Federal<sup>352</sup> e em solo português, com a denominação de processo equitativo, ocorre pelo artigo 20º/4 da Constituição<sup>353</sup>, bem como artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos do Homem<sup>354</sup>, artigo 14º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos<sup>355</sup> e artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>356 357</sup>.

Com efeito, entende-se que a noção de processo equitativo deriva do *due process of law*, extraído da experiência constitucional americana, de modo que vale analisar o conteúdo deste devido processo – ou processo justo – porquanto enquadra-se nos ordenamentos, tanto português, quanto brasileiro. Assim, é possível que se extraia a ideia

---

<sup>349</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 142-143.

<sup>350</sup> DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p 79.

<sup>351</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. Influência do direito material sobre o processo. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p 63.

<sup>352</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

<sup>353</sup> Artigo 20.º Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva. (...) 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

<sup>354</sup> Artigo 6º Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (...)

<sup>355</sup> Artigo 14.º Todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda a pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, segundo a lei, independente e imparcial, na determinação dos fundamentos de qualquer acusação de carácter penal contra ela formulada ou para a determinação dos seus direitos ou obrigações de carácter civil. (...)

<sup>356</sup> Artigo 10.º Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

<sup>357</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p 492.

de que a prestação jurisdicional deve ser realizada em harmonia com a lei do país, que se pode entender pelo processo devido em direito.<sup>358</sup>

Ademais, cabe mencionar que o processo justo é considerado como a faceta procedimental do devido processo legal e se trata, portanto, da concretização deste princípio por meios processuais.<sup>359</sup> Decorrem dele algumas variáveis, dentre as quais importa falar-se, primordialmente, em isonomia e igualdade de partes, na garantia do acesso à justiça e da obtenção da tutela efetiva, adequada e equitativa, com o objetivo de que se concretizem as garantias e os direitos fundamentais na prática processual.<sup>360</sup>

Nota-se que a cláusula do devido processo legal pode ser considerada como um importante elemento a favor da proteção das liberdades públicas, juntamente com o princípio da igualdade. É possível salientar sua importância no que toca ao controle dos arbítrios e discricionariedades, tanto legislativos como governamentais, em especial quando à razoabilidade e racionalidade das leis, de forma que não se trata mais de uma simples garantia processual. Assim, é necessário o controle do conteúdo normativo das leis frente ao princípio da igualdade, porquanto essa conformação é imprescindível para que a norma esteja de acordo com o devido processo. O controle de razoabilidade das leis tem, portanto, a finalidade de evitar leis arbitrárias e discriminatórias, que não respeitem o princípio da igualdade.<sup>361</sup>

Nota-se que, por vezes, a própria legislação é capaz de carregar injustiças, de modo que se torna fundamental que possam os juízes, com base nas condições particulares de cada caso, analisar os requisitos intrínsecos da lei, a fim de aumentar a proteção aos direitos fundamentais. E por meio da análise do caso em concreto é que se realiza a efetivação do processo justo e equitativo com o controle da aplicação, aos casos, dos direitos, liberdades e garantias afirmadas em sede constitucional.<sup>362</sup>

Em decorrência disso, o papel do juiz no processo tem grande importância, por ser ele o condutor das atividades processuais, e ter o dever também de aplicar a técnica

---

<sup>358</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p 492.

<sup>359</sup> Nas palavras do autor, "*Justo processo – ou fair procedure, ou faire Verfahren – nada mais é do que a procedural due process clause, ou seja, o devido processo legal processual, ou, mais simplesmente, devido processo*". NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. Processo Civil, Penal e Administrativo. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 101.

<sup>360</sup> NERY JR, Nelson. Ob. cit., p 100 e 104-105.

<sup>361</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 160.

<sup>362</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p 495.



processual adequada ao objetivo buscado, devendo inclusive realizar a flexibilização das normas, para melhor adequação. Não se considera correta, nesse sentido, a limitação do ativismo judicial, porque deve ser realizado em contexto social (e não totalitário), com a consideração, portanto, das garantias constitucionais do processo e do contraditório e ampla defesa.<sup>363</sup>

O princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa – ou elasticidade processual – assume grande importância ao se considerar essa visão de instrumentalidade do processo, com a maior preocupação alocada nos resultados a serem produzidos. Assim, concebe-se um modelo processual flexível, que poderá ser adaptado às necessidades do caso concreto, de forma que não se admite mais como possível um procedimento rígido ou único, devendo ser possível que sofra modificações a fim de se adequar à relação jurídica. Portanto, com a valoração prévia do contraditório e respeito à igualdade, é necessário que o juiz ajuste os aspectos procedimentais às especificidades do caso concreto.<sup>364</sup>

Sobre o princípio da igualdade, reconhecido tanto pelo Brasil (Constituição Federal, artigo 5º, *caput* e I<sup>365</sup> e artigo 139<sup>366</sup> do Código processual), quanto por Portugal (Constituição da República Portuguesa, artigo 13º<sup>367</sup> e artigo 3º-A<sup>368</sup> do Código processual), há que se registrar que o seu conteúdo, quando transportado ao ramo do processo civil, é compreendido como fornecer tratamento aos sujeitos processuais na medida de suas igualdades ou desigualdades. Para tanto, verifica-se o já citado exemplo de inversão do ônus probatório trazido pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro, já que é possível notar uma clara demonstração da aplicação deste princípio constitucional ao processo, uma vez que o ônus deve ser modificado, nesse caso específico de direito

---

<sup>363</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. Influência do direito material sobre o processo. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p 65-66.

<sup>364</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ob. cit.*, p 74-75.

<sup>365</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

<sup>366</sup> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento.

<sup>367</sup> Artigo 13.º Princípio da igualdade. 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

<sup>368</sup> Artigo 4.º (art.º 3.º-A CPC 1961) Igualdade das partes. O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais.

consumerista, em razão da desigualdade existente entre as posições de consumidor e fornecedor.<sup>369</sup>

Compreende-se que o princípio da igualdade deve também ter sua concepção reavaliada, porquanto não se pode mais considerá-lo como relativo somente à igualdade formal, já que as características materiais do caso podem provocar desigualdades, e tal situação consistiria em uma barreira ao devido processo legal e ao acesso à justiça. Assim, a relação jurídica material pode exigir a criação de formas de superação das desigualdades, de maneira que prevaleça o valor da justiça sobre o formalismo.<sup>370</sup>

Assim, deve-se assegurar, ao longo de todo o procedimento, um equilíbrio substancial entre as partes, com o exercício de iguais funções e, da mesma forma, possibilidade de iguais defesas.<sup>371</sup>

E nessa linha de entendimento, é possível extrair quatro sentidos (ou materializações) do princípio da igualdade processual – com a clara compreensão de que a igualdade deve estar concretizada com relação a todos esses componentes<sup>372</sup> – quais sejam, a imparcialidade do juiz (equidistante das partes), igualdade no acesso à justiça, redução de desigualdades que dificultem o acesso à justiça e, por fim, igualdade no acesso às informações necessárias ao exercício do contraditório, de forma que a isonomia engloba também a produção de provas e distribuição dos encargos probatórios.<sup>373</sup>

Assevera-se que a introdução do modelo cooperativo e a constitucionalização do processo acarretaram mudanças, de igual forma, na compreensão da finalidade do princípio do contraditório, já que este passou de uma mera defesa – ou oposição ao apresentado pela parte contrária –, para ter o intuito de efetivamente influenciar no desfecho do processo, nessa conformidade, deixou de ser um comportamento negativo para se tornar positivo.<sup>374</sup>

---

<sup>369</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. Processo Civil, Penal e Administrativo. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 128.

<sup>370</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. Influência do direito material sobre o processo. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p 61.

<sup>371</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2 ed. Lisboa: Lex, 1997, p 42-43.

<sup>372</sup> Entende-se que, além da concretização do próprio princípio da igualdade, trata-se de uma concretização do princípio do devido processo legal e, portanto, do processo justo. E sobre a igualdade das partes, cabe apenas anotar a exigência de equilíbrio entre as partes em todas as fases do processo, bem como com relação a todos os meios e instrumentos processuais que possam ter acesso. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil*. Conceitos e princípios gerais à luz do novo código. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p 136-137.

<sup>373</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17 ed. Salvador: Jus Podium, 2015, v 01, p 97.

<sup>374</sup> FREITAS, José Lebre de. Ob. cit., p 125.

No anterior modelo processual inquisitório, em que prevalecia a posição do magistrado, o papel das partes era então minorado e, com isso, a noção era de um contraditório que se demonstrava “*fraco, formal e estático*”. Com efeito, da mudança de perspectiva sobre o contraditório, decorrem também mudanças na organização e divisão de trabalhos, porquanto fica mais valorizada a participação das partes na formação da matéria jurídica, com mais voz e possibilidade de influenciar.<sup>375</sup>

Entende-se, portanto, que essa mudança de visão também foi condicionada pela mudança da perspectiva sobre a jurisdição. Assim, para que seja legitimado o exercício da jurisdição, é necessário que haja a participação, mas mais que isso, essa participação deve ser possibilitada de forma que estejam as partes materialmente equiparadas e tenham a mesma oportunidade de influenciar o julgamento. Isso é que garante que um processo seja justo e democrático.<sup>376</sup>

Cabe registrar, que a nova perspectiva o contraditório determina uma igualdade de posições no processo entre partes e juiz, por meio de deveres de “*consulta, esclarecimento, auxílio e correção*”.<sup>377</sup> E assim, há a compreensão de que possui o magistrado papel significativo na condução e direção do processo, com a incumbência, no entanto, de assegurar que tenham, também, as partes uma participação ativa.<sup>378</sup>

O objetivo então está para além de garantir uma simples isonomia formal, porquanto busca-se que haja a possibilidade de influência (*Einwirkungskmöglichkeit*) dessas sobre o desenvolvimento da atividade processual, bem como sobre a própria resolução do litígio, de modo que estejam reduzidas as possibilidades de surpresa na decisão.<sup>379</sup>

---

<sup>375</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. Coleção Temas atuais de Direito Processual Civil. V 14. Coordenação: Luiz Guilherme Marinoni; e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 90-92.

<sup>376</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Teoria geral do Processo. 7 ed. V 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 417-418.

<sup>377</sup> NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; HORTA, André Frederico; e SILVA, Natanael Lud Santos e. *Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC-15*. In: Grandes Temas do Novo CPC – Normas Fundamentais. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016, p 220.

<sup>378</sup> NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; HORTA, André Frederico; e SILVA, Natanael Lud Santos e. Ob. cit., p 223. Afirmam, ainda, os autores: “*Devemos nos preocupar com o reforço do papel do juiz, mas, ao mesmo tempo com o reforço do papel das partes e dos advogados, pois caso contrário delinear-se-á ora um sistema anti-democrático de aplicação de tutela onde o juiz deverá trabalhar praticamente sozinho sem subsídio técnico algum do procedimento e dos advogados, ora um sistema dominado pelas partes e, particularmente, pela parte com melhores condições de conduzir o processo*”.

<sup>379</sup> NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; HORTA, André Frederico; e SILVA, Natanael Lud Santos e. Ob. cit., p 221.

Ainda sobre a temática, a relação que se pode perceber com a matéria probatória é muito clara, haja vista que a prova é tida como um elemento essencial do princípio do contraditório – para além de garantia constitucional<sup>380</sup>. Isso porque o contraditório, conforme entendido atualmente, teve sua configuração alargada justamente para compreender o diálogo entre os sujeitos processuais, de modo que sua participação seja efetiva.<sup>381</sup>

Ademais, ao falar sobre justo processo, fala-se sobre garantir o acesso a uma ordem jurídica justa, a qual impõe que às partes processuais seja garantido o acesso à justiça, o direito à prova (que aqui inclui também a correta/melhor distribuição dos encargos probatórios), para que ao fim haja a obtenção de uma tutela efetivamente justa. A ligação, portanto, entre a distribuição do ônus probatório e a tutela efetiva é muito clara, já que o resultado do processo, que está intimamente ligado ao interesse das partes e à própria administração da justiça, sofre direta influência da distribuição desses encargos, notadamente inclusive porque a própria distribuição probatória assume, modernamente, o papel de questão de cunho constitucional.<sup>382</sup>

Ao aproximar o raciocínio acerca da superioridade dos princípios sobre as normas – e sua aplicabilidade direta ao caso concreto – do estudo das cargas probatórias é possível identificar, com certa facilidade, a presença de dois princípios norteadores atinentes ao assunto, são eles os direitos fundamentais à igualdade e à prova. Assim, exara-se o entendimento de que não há que se falar em dinamização do ônus probatório se não com o objetivo de atender a esses princípios e fazer valer a influência exercida por eles sobre as regras de distribuição dos encargos.<sup>383</sup>

Sobre o assunto, é possível anotar, conforme já visto anteriormente, que as cortes superiores brasileiras já aplicavam a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova antes de sua regulamentação pelo novo Código. Tal situação se deve justamente à busca pelo

---

<sup>380</sup> LOPES, João Batista. *Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença*. In: *Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório*. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 51. Sobre o assunto, ainda, salienta-se que a distinção entre direito e garantia constitucionais está em saber que o primeiro tem caráter declaratório e a segunda tem caráter assecuratório, deduz-se, assim, que a prova é uma garantia constitucional, em razão de suas características assecuratórias de direito.

<sup>381</sup> LOPES, João Batista. *Ob. cit.*, p 51.

<sup>382</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. Processo Civil, Penal e Administrativo. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 104 e ss.

<sup>383</sup> CARPES, Artur Thompsen. *Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil*. In: *Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório*. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 206.

atendimento desses direitos – direito à igualdade e à prova –, porquanto nos casos postos ao apreço do Poder Judiciário não poderia ser aplicada a legislação havida à época, sob pena de violação dos princípios.

Para elucidar essa situação, fala-se, por ora, sobre duas decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Em primeiro, verifica-se que o acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial nº 1286704/SP, aplica a teoria das cargas dinâmicas em momento anterior à sua positivação (o julgamento data de 22/10/2013). O caso gira em torno da determinação dos limites da responsabilidade civil da parte ré por apontamento indevido para protesto de notas promissórias e a decisão entende que houve pela ré uma conduta de resistência e uma defesa simplista. Mesmo considerando que tais atitudes podem constituir a estratégia de defesa, afirma-se que “*não podem elas, em contrapartida, se eximir dos respectivos riscos, inclusive a distribuição dos ônus da prova*”. Assim, foi aplicada a dinamização do ônus probatório, com justificativa nas circunstâncias fáticas do caso, que levaram à necessidade de alteração dos encargos da distribuição estática, em razão de possuir uma das partes melhores condições de produção das provas necessária.<sup>384</sup>

Ainda, a Ministra Nancy Andrighi, relatora do caso, explica que, mesmo não havendo no momento previsão desta possibilidade pelo CPC, a interpretação sistemática da legislação processual, incluídas aqui suas bases constitucionais, legitima a aplicação da teoria, por meio dos princípios e direitos fundamentais orientadores.<sup>385</sup>

Ademais, no julgamento do Recurso Especial nº 619148/MG, pode-se notar novamente a adoção da teoria dinâmica em julgamento ocorrido em 20/05/2010. Trata-se,

---

<sup>384</sup> “Mesmo que a prova não incumbisse exclusivamente às rés, pode-se falar, no mínimo, em distribuição dinâmica do ônus da prova, que tem por fundamento a *probatio diabolica*, isto é, a prova de difícil ou impossível realização para uma das partes, e que se presta a contornar a teoria de carga estática da prova, adotada pelo art. 333 do CPC, que nem sempre decompõe da melhor forma o *onus probandi*, por assentar-se em regras rígidas e objetivas. Com base na teoria da distribuição dinâmica, o ônus da prova recai sobre quem tiver melhores condições de produzi-la, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso”. Acórdão. STJ, REsp 1286704/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22/10/2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201102426968&dt\\_publicacao=28/10/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102426968&dt_publicacao=28/10/2013)>.

<sup>385</sup> “Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação dessa teoria, levando-se em consideração, sobretudo, os princípios da isonomia (arts. 5º, caput, da CF, e 125, I, do CPC), do devido processo legal (art. 5º, XIV, da CF), do acesso à justiça (art. 5º XXXV, da CF) e da solidariedade (art. 339 do CPC), bem como os poderes instrutórios do Juiz (art. 355 do CPC)”. Acórdão. STJ, REsp 1286704/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22/10/2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201102426968&dt\\_publicacao=28/10/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102426968&dt_publicacao=28/10/2013)>.

no início, de agravo de instrumento contra decisão proferida em execução de título extrajudicial, que indeferiu o bloqueio de saldo disponível em contas correntes do executado, sob o fundamento de não comprovação da natureza dos valores – no caso, não se considerou provado que os valores não fossem de natureza salarial – e a questão gira em torno de saber a quem incumbia este ônus probatório. Sobre o tema, o relator, Ministro Luis Felipe Salomão, esclarece que se fosse aplicada ao caso concreto a distribuição estática, que à época era determinada pela lei, seria gerada uma situação de prova diabólica para a parte previamente onerada.<sup>386</sup> Assim, a este caso aplica-se de igual forma a dinamização, uma vez que o encargo probatório deve recair sobre quem pode mais facilmente produzir a prova, mesmo porque em caso contrário seria impossível a produção pela outra parte.<sup>387</sup>

Posteriormente, com a modificação do diploma processual civil brasileiro, houve a inclusão da possibilidade de dinamização dos encargos probatórios pelo magistrado, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Por fim, compreende-se que o novo Código brasileiro trouxe a obrigatoriedade da observação, dentre outros, de dois princípios reguladores do processo quando da distribuição do ônus probatório, a igualdade das partes e o direito fundamental à prova. Assim, deve ser feita a apreciação de cada caso em concreto para saber se será aplicada a regra geral constante do *caput* do artigo, de forma estática, ou a dinamização, de forma a melhor atender aos princípios, de modo que a dinamização deve ocorrer quando necessária para evitar a violação dos princípios e direitos fundamentais processuais.<sup>388</sup>

---

<sup>386</sup> “(...) no caso concreto, a exigência de o exequente provar que os saldos de conta corrente não possuem natureza salarial - a par de ser prova diabólica, negativa -, somente poderia ser atendida mediante a prática de ilícito penal, consistente em violação de sigilo bancário”. Acórdão. STJ, REsp nº 619148/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 20/05/2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200302319623&dt\\_publicacao=01/06/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200302319623&dt_publicacao=01/06/2010)>.

<sup>387</sup> “Com efeito, à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria”. Acórdão. STJ, REsp nº 619148/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 20/05/2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200302319623&dt\\_publicacao=01/06/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200302319623&dt_publicacao=01/06/2010)>.

<sup>388</sup> CARPES, Artur Thompsen. *Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil*. In: *Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório*. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 209.

## 4.3 O SISTEMA PORTUGUÊS

### 4.3.1. Presunções legais de inversão do ônus probatório

No sistema português, há a disposição legal de inversão do ônus probatório em determinadas situações, conforme o exposto no artigo 344º, do Código Civil português.<sup>389</sup> Dessas situações, então, se percebe que houve o entendimento de que, por algum motivo, não deveria ser aplicada a regra geral de ônus.<sup>390</sup>

Primeiramente, cabe tratar do caso das presunções legais. Sobre o tema, entende-se que as presunções regulam situações em que se verifica a existência de “*probabilidade e verossimilhança*”, de modo a presumir – ou prever – os efeitos que decorrerão de uma situação que se encaixe na base da presunção. Em outras palavras, se o caso concreto possui relação de probabilidade e verossimilhança com a situação base da presunção legal, entende-se que é provável que o fato presumido seja também verificado, o que facilita que fiquem demonstrados fatos que seriam impossíveis ou difíceis de serem provados. Em decorrência dessa compreensão, desonera-se a parte incumbida com o ônus de determinado fato que a beneficiaria, para passar a ter apenas o ônus de provar o fato que configura como base da pretensão. Assim, a inversão legal no caso das presunções se dá no sentido de que a parte inicialmente desonerada passa a ter a si atribuído o encargo de realização da prova do fato contrário àquele que beneficia a outra parte.<sup>391</sup>

A lei portuguesa traz referência a outra possibilidade de inversão, nos casos de dispensa ou liberação do ônus probatório. Nesse âmbito, existem determinadas situações em que a legislação reconhece certos fatos como verdadeiros e, em razão disso, não necessita a parte onerada com a prova desse fato realizar a produção, de modo que recai então na parte contrária o ônus de provar fato antagônico, e é nesse sentido que ocorre então a inversão do ônus probatório.<sup>392</sup>

---

<sup>389</sup> Artigo 344.º (Inversão do ônus da prova) 1. As regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ônus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine. 2. Há também inversão do ônus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações.

<sup>390</sup> FARIA, Rita Lynce de. *A inversão do ônus da prova no Direito Civil português*. Lisboa: Lex, 2001, p 33.

<sup>391</sup> FARIA, Rita Lynce de. Ob. cit., p 34.

<sup>392</sup> FARIA, Rita Lynce de. Ob. cit., p 39-41. Para exemplificar, utiliza-se o artigo 779º, do Código Civil português, já que “nos termos deste artigo, “o prazo tem-se por estabelecido a favor do devedor, quando não se mostre que foi a favor do credor, ou do devedor e do credor conjuntamente.” Conforme resulta deste preceito, é ao credor que compete provar que o prazo acordado foi estabelecido no seu próprio interesse, podendo consequentemente exigir a prestação antes de decorrido o prazo”.

Impende ressaltar que, da análise dos casos legais de inversão do ônus no direito português, extrai-se que existem duas possibilidades de razões motivadoras, podendo ser de natureza particular ou pública. Quanto aos motivadores de natureza particular, pode-se notar a existência de algumas possibilidades, a maior delas se configurando em uma razão prática, qual seja, a existência de dificuldade ou impossibilidade probatória por uma das partes – aquela inicialmente onerada – em oposto à facilidade da parte contrária na produção. De outro lado, existem circunstâncias de dificuldade probatória que giram em torno da prova de fato negativo, de modo que estas situações justificam, em conjunto com presunções de fatos negativos – a disposição trazida pelo artigo 343º, nº 1<sup>393</sup>. Dentre outras razões motivadoras da inversão, elas se traduzem, de forma geral, na dificuldade probatória subjetiva da parte, com análise, portanto, da situação concreta. E no que toca aos motivos de ordem pública, é possível compreender que englobam eles situações em que a inversão acarretará economia e celeridade processuais.<sup>394</sup>

É possível que se compreenda que os casos de inversão previstos pelo Código Civil não abrangem todas as situações em que se podem verificar a presença de motivos que justifiquem a inversão, assim, analisa-se a possibilidade de afastamento das regras gerais de distribuição do ônus a ser realizado pelo juiz em face das exigências do caso concreto, em outras hipóteses que não as definidas em lei.<sup>395</sup>

Com relação à prova de fatos negativos, entende-se que a doutrina portuguesa se posiciona, em sua maioria, no sentido de não considerar possível que se inverta o ônus da prova em casos de haver dificuldade da produção da prova de fatos negativos, por meio de aplicação judicial análoga da norma do artigo 344º. E, assim, entende-se que não pode ser realizada aplicação análoga dessa norma, por se tratar de rol taxativo, ao se considerar que a intenção da lei é a restrição a essas hipóteses determinadas, bem como, mesmo se se considerasse que existe uma lacuna na lei – com a existência de casos concretos em que se configura essa situação de dificuldade de prova de fato negativo, com as mesmas razões justificadoras das hipóteses legais – não entende, em maior parte da doutrina portuguesa,

---

<sup>393</sup> Artigo 343.º (Ónus da prova em casos especiais) 1. Nas acções de simples apreciação ou declaração negativa, compete ao réu a prova dos factos constitutivos do direito que se arroga.

<sup>394</sup> FARIA, Rita Lynce de. *A inversão do ónus da prova no Direito Civil português*. Lisboa: Lex, 2001, p 59-62.

<sup>395</sup> FARIA, Rita Lynce de. *Ob. cit.*, p 63.



que pode ela ser preenchida, em razão de se tratarem as regras acerca do ônus da prova de regras excepcionais.<sup>396</sup>

Todavia, a posição deste trabalho é em sentido contrário a esse entendimento, porquanto cabe analisar, por ora, como se desenvolve a cooperação do sistema português.

#### 4.3.2. Modelo cooperativo português

No que toca aos modelos processuais, entende-se que o modelo português de processo não é liberal, nem autoritário, possuindo orientação social e democrática. Nesse modelo há o ativismo do juiz e uma divisão de domínio sobre o processo entre partes e juiz, de modo que deve haver cooperação entre todos os sujeitos, já que se encontram em patamar de igualdade. Ainda, a decisão sobre a causa deve, para que seja considerada legítima, possuir primordialmente correção substancial, e não somente formal, notadamente porque se possibilita a adequação ou o afastamento de regras processuais que não se mostrem aptas a contribuir com a justa composição do litígio.<sup>397</sup>

A cooperação no direito português é decorrente da reforma processual que buscou harmonizar a estrutura e os fins do direito processual civil com os princípios de uma nova visão de Estado – o Estado social de direito. Para tanto, está disposta a determinação de cooperação intersubjetiva no artigo 7º, nº 1<sup>398</sup>, que dispõe sobre a necessidade de colaboração entre as partes, o magistrado e os advogados, para que se obtenha uma justa composição do litígio, com eficácia e rapidez.<sup>399</sup>

Explica Paula Costa e Silva que o processo, à luz da cooperação, deve ser entendido como uma “*comunidade de comunicação*”, com o fim de possibilitar que sejam discutidas as circunstâncias que importam para a decisão do caso, sejam de fato ou de direito, e sobre isso ainda se faz uma comparação com o *Rechtsgespräch*, instituto do direito alemão que propõe, de igual forma, o diálogo durante todo o andamento do processo.<sup>400</sup>

---

<sup>396</sup> FARIA, Rita Lynce de. Ob. cit., p 65-67.

<sup>397</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2 ed. Lisboa: Lex, 1997, p 59.

<sup>398</sup> Artigo 7.º (art.º 266.º CPC 1961) Princípio da cooperação. 1 - Na condução e intervenção no 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.

<sup>399</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2 ed. Lisboa: Lex, 1997, p 62.

<sup>400</sup> SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interação e nos vícios do acto postu lato*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p 578-579.

Entende-se que a expressa adoção do princípio da cooperação é uma importante alteração da reforma – de 1995/1996 – realizada do Código de Processo Civil, com o objetivo de instituir um desenvolvimento de forma colaborativa ao longo de todo o processo, por meio de atribuição de diversas situações jurídicas aos sujeitos do processo. Reafirma-se o intuito do princípio de obtenção da justa composição, com eficácia e brevidade.<sup>401</sup>

Por outro lado, existe a compreensão acerca do princípio da boa-fé, que também é necessário para a definição da cooperação. Espera-se, portanto, máxime em um modelo processual cooperativo, que se comportem os sujeitos processuais mediante uma espécie de “*norma de conduta*” – assim entendida como a boa-fé objetiva –, que é destinada não somente às partes, mas também ao órgão jurisdicional. Assim, também a boa-fé é fonte da cooperação, por estabelecer a cooperação entre os sujeitos processuais como um dever.<sup>402</sup>

Afirma-se que, no tocante às partes, a cooperação está demonstrada pelo dever de boa-fé processual, do artigo 8º<sup>403</sup> e, no que toca à prova, a determinação é trazida pelo artigo 417º, nº 1<sup>404</sup>, que estabelece o dever de cooperação para a descoberta da verdade, que se entende como independente da repartição dos ônus probatórios e que vincula inclusive a parte que não é onerada pela prova.<sup>405</sup>

Nessa linha, se houver quebra desse dever de cooperação por uma das partes, há duas opções. Se for recusa em colaboração que favorece a si própria, há a livre apreciação desse comportamento pelo julgador, e se for recusa em situação que torne impossível a prova à parte contrária, que estava onerada, ocorre a inversão do ônus probatório, conforme a disposição dos artigos mencionados.<sup>406</sup>

Lado outro, cabe ressaltar apenas, que, sobre o direito à prova no ordenamento português, entende-se que um dos pontos importantes é que há a atribuição ao juiz um

---

<sup>401</sup> SILVA, Paula Costa e. Ob. cit., p 590.

<sup>402</sup> DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p 79-80 e 86.

<sup>403</sup> Artigo 8.º (art.º 266.º-A CPC 1961) Dever de boa-fé processual. As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior.

<sup>404</sup> Artigo 417.º (art.º 519.º CPC 1961) Dever de cooperação para a descoberta da verdade. 1 - Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados.

<sup>405</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2 ed. Lisboa: Lex, 1997, p 64.

<sup>406</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Ob. cit., p 64.

poder assistencial no artigo 7º, nº 4, do Código de Processo Civil<sup>407</sup> português, que determina que sempre que uma das partes sustentar grave dificuldade na obtenção de determinado documento ou informação, que sejam necessários tanto para que exerçam alguma faculdade, quanto para que cumpram algum ônus processual, o magistrado deve procurar a cessação da dificuldade.<sup>408</sup>

Ademais, analisa-se também a qualidade da cooperação como princípio e não como regra, de modo que assume o legislador a opção clara por um modelo processual cooperativo, ao estabelecer orientações sobre a conduta dos sujeitos ao longo do processo. Ao verificar a posição de princípio da cooperação, há o entendimento de que necessita ele de concretização, que surge de forma dispersa ao longo do Código. Dessa observação, extrai-se, ainda, que o caráter principiológico gera uma impossibilidade de que a aplicação da cooperação se dê em todos os casos em que possa garantir a justa composição, mas sim somente quando a intervenção esteja prevista como possibilidade decorrente do desdobramento do princípio em seus quatro deveres – esclarecimento, prevenção, auxílio e consulta. E tal, considera Paula Costa e Silva como um “*empobrecimento*” a que o princípio fica sujeito, porquanto depende de norma concretizadora, já que assume que não pode ele ser livremente aplicado quando atingir unicamente seu propósito maior, que é a justa composição.<sup>409</sup>

Nesse sentido, nota-se que prevalece na doutrina portuguesa o entendimento de que a eficácia do princípio da cooperação depende de concretização legislativa. Sobre tal situação discorda Fredie Didier Jr., ao exarar entendimento no sentido de que não deixam os princípios de serem espécies normativas, já que estabelecem um objetivo a ser atingido em uma determinada situação – que no caso específico da cooperação se traduz em uma situação processual dominada pela cooperação, diálogo e lealdade. Dessa forma, mesmo na ausência de elementos concretizadores nas regras processuais, entende que a situação processual está garantida pelo princípio.<sup>410</sup>

---

<sup>407</sup> Artigo 7.º (art.º 266.º CPC 1961) Princípio da cooperação. (...) 4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

<sup>408</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Ob. cit., p 56.

<sup>409</sup> SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interação e nos vícios do acto postu latoivo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p 591-592.

<sup>410</sup> DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p 50-51.

A “*comunidade de trabalho*” que se busca estabelecer através da cooperação implica no uso dos meios para tanto, que, por vezes, podem ser inclusive atípicos. Dessa forma, entende-se que o próprio princípio já autoriza que sejam tomadas medidas para sua concretização, não se mostrando necessária que se faça por meio de outras regras.<sup>411</sup>

Sobre este ponto, cabe o comentário acerca de uma decisão judicial de inversão do ônus probatório no sistema português. Nesse sentido, menciona-se a decisão prolatada em 31/03/2009, pelo Supremo Tribunal de Justiça português, no julgamento do Recurso de Revista nº 09A197. Trata-se de caso em que foi invertido o ônus probatório em desfavor da instituição bancária, que realizou a destruição de um cheque, que foi apresentado como pagamento. Nessa situação, a instituição teria conhecimento da autenticidade do documento, bem como tinha o conhecimento de que ele seria utilizado no processo, já que era objeto da discussão. Assim, tal situação foi considerada como abuso de direito e como contrário à noção de cooperação processual.<sup>412</sup>

Nota-se que é demonstrado aqui o entendimento sobre o princípio da cooperação em matéria probatória, justamente porque no caso houve a imposição de uma prova diabólica para uma das partes. Nesse sentido, compreende-se que é importante a verificação de que a jurisprudência realiza a aplicação da inversão, em razão das particularidades do caso concreto, com justificativa na cooperação processual.

E cabe então realizar uma ligação do tema com a teoria dinâmica, em estudo. Dessa forma, entende-se que a autorização de aplicação da dinamização dos encargos probatórios se dá mesmo no caso de não haver legislação sobre o tema, isso porque os princípios constitucionais que regem o processo, bem como o próprio modelo processual adotado se mostram em consonância com esse instituto. Assim, há que realizar a adaptação do processo, para que atenda melhor às exigências da relação material e, nesse caso, se constantes os elementos estruturais e os fundamentos de aplicação formadores da teoria dinâmica, há que se afastar a regra legal estática, para proporcionar a justa composição do litígio.

---

<sup>411</sup> DIDIER JR, Fredie. Ob. cit., p 51-52.

<sup>412</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 09A197, Relator Conselheiro Fonseca Ramos, julgado em: 31/03/2009. Disponível em: <<http://www.stj.pt/index.php/jurisprudencia/acordaos-basedados>>.

### 4.3.3. Gestão processual portuguesa

Afirma-se que em que pese a origem do processo seja, na maior parte das vezes, uma situação de conflito, não pode se tornar o desenvolvimento processual num ambiente conflituoso (ou de “*guerra aberta*”), mesmo em razão da visão que se tem do processo moderno, com necessidade de diálogos e mais direcionado para a busca da verdade, com o fim de se obterem decisões justas, porquanto se também deve ser preocupação do julgador que seja realizada a melhor reconstituição possível dos fatos, que mais se assemelhe à realidade.<sup>413</sup>

Com efeito, a origem da gestão processual no sistema português remonta ao século XX, por meio das ideias defendidas por Alberto dos Reis<sup>414</sup> e nesse sentido, cabe menção ao artigo 14º do Decreto nº 21.287, de 1932, que também tratava da gestão processual. Posteriormente, o tema foi tratado no Código de 1939, na reforma processual em 1995/1996 e pela atual codificação de 2013.<sup>415</sup>

Com relação à questão procedimental, importa apenas a compreensão de que se define uma fase para o exercício da gestão processual, que ocorre após a fase dos articulados. Nesse momento, pode-se optar por uma gestão inicial ou subsequente. A gestão inicial pode consistir na promoção de diligências que supram as exceções dilatórias, a dizer, artigo 590º, nº 2, alínea “a”, ou pode configurar também ato de controle dos articulados das partes, conforme disposição do artigo 590º, nº 1 e 2 - alínea “b”, 3 e 4<sup>416</sup>.

---

<sup>413</sup> MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?* In: Revista de Legislação e Jurisprudência, nº 3995, ano 145º, novembro-dezembro 2015, p 78.

<sup>414</sup> Sobre o tema, afirma-se ainda que: “*Alberto dos Reis, referindo-se ao poder de impulsão, frisava que o artigo 28.º, n.º 9, do Decreto n.º 12.353, de 22 de Setembro de 1926, conferia ao juiz o poder de «remover todos os obstáculos ao seguimento do processo»*”.

<sup>415</sup> MESQUITA, Miguel. Ob. cit., p 80.

<sup>416</sup> Artigo 590.º (art.º 234.º-A/508.º CPC 1961) Gestão inicial do processo. 1 - Nos casos em que, por determinação legal ou do juiz, seja apresentada a despacho liminar, a petição é indeferida quando o pedido seja manifestamente improcedente ou ocorram, de forma evidente, exceções dilatórias insupríveis e de que o juiz deva conhecer oficiosamente, aplicando-se o disposto no artigo 560.º. 2 - Findos os articulados, o juiz profere, sendo caso disso, despacho pré-saneador destinado a: a) Providenciar pelo suprimento de exceções dilatórias, nos termos do n.º 2 do artigo 6.º; b) Providenciar pelo aperfeiçoamento dos articulados, nos termos dos números seguintes; c) Determinar a junção de documentos com vista a permitir a apreciação de exceções dilatórias ou o conhecimento, no todo ou em parte, do mérito da causa no despacho saneador. 3 - O juiz convida as partes a suprir as irregularidades dos articulados, fixando prazo para o suprimento ou correção do vício, designadamente quando careçam de requisitos legais ou a parte não haja apresentado documento essencial ou de que a lei faça depender o prosseguimento da causa. 4 - Incumbe ainda ao juiz convidar as partes ao suprimento das insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido. (...)

Por outro lado, a gestão subsequente ocorre nas situações de dispensa de audiência prévia, artigo 593º, nº 1<sup>417</sup>, de escolha dentre as opções de ações com valor que não seja superior à metade da alçada da Relação, artigo 597º<sup>418</sup>, e de programações da audiência final, artigo 591º, nº 1, alínea “g”<sup>419</sup>. Por fim, há que se dizer, sobre a adequação formal, que pode ser determinada a qualquer momento no decorrer da tramitação, porém tem sua ordenação geralmente na fase de gestão processual.<sup>420</sup>

Lado outro, insta salientar que este princípio outorga poderes de gestão processual ao magistrado e o faz com o objetivo de transformar em flexível um processo antes rígido. E desse dever de gestão se extrai o entendimento de que deve o juiz dirigir ativamente o processo, promovendo seu andamento de maneira célere, inclusive com a possibilidade de promoção, de ofício, de diligências a fim de melhorar o andamento do feito, além de poder recusar atos de dilação ou que possam se tornar impertinentes e, também, tomar medidas de aceleração e simplificação processual. Para tanto, deve estar sempre presente o respeito ao contraditório, com a oitiva das partes. Assim, se entende possível que tome forma um processo que está preocupado com a justa composição, conforme o entendimento do artigo 6º, nº 1<sup>421</sup>, do Código processual.<sup>422</sup>

---

<sup>417</sup> Artigo 593.º (art.º 508.º-B CPC 1961) Dispensa da audiência prévia. 1 - Nas ações que hajam de prosseguir, o juiz pode dispensar a realização da audiência prévia quando esta se destine apenas aos fins indicados nas alíneas d), e) e f) no n.º 1 do artigo 591.º.

<sup>418</sup> Artigo 597.º Termos posteriores aos articulados nas ações de valor não superior a metade da alçada da Relação. Nas ações de valor não superior a metade da alçada da Relação, findos os articulados, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 590.º, o juiz, consoante a necessidade e a adequação do ato ao fim do processo: a) Assegura o exercício do contraditório quanto a exceções não debatidas nos articulados; b) Convoca audiência prévia; c) Profere despacho saneador, nos termos do no n.º 1 do artigo 595.º; d) Determina, após audição das partes, a adequação formal, a simplificação ou a agilização processual, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 6.º e no artigo 547.º; e) Profere o despacho previsto no n.º 1 do artigo 596.º; f) Profere despacho destinado a programar os atos a realizar na audiência final, a estabelecer o número de sessões e a sua provável duração e a designar as respetivas datas; g) Designa logo dia para a audiência final, observando o disposto no artigo 151.º.

<sup>419</sup> Artigo 591.º (art.º 508.º-A CPC 1961) Audiência prévia. 1 - Concluídas as diligências resultantes do preceituado no n.º 2 do artigo anterior, se a elas houver lugar, é convocada audiência prévia, a realizar num dos 30 dias subsequentes, destinada a algum ou alguns dos fins seguintes: (...) g) Programar, após audição dos mandatários, os atos a realizar na audiência final, estabelecer o número de sessões e a sua provável duração e designar as respetivas datas.

<sup>420</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*. In: Cadernos de Direito Privado, nº 43, 2013, p 13.

<sup>421</sup> Artigo 6.º (art.º 266.º CPC 1961) Dever de gestão processual. 1 - Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei 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 litúgio em prazo razoável.

<sup>422</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Ob. cit., p 10.

Compreende-se que tem a gestão um papel duplo, no fator instrumental há a adequação formal, e no fator substancial está a própria condução do processo. O objetivo geral é que o juiz busque a justa resolução da causa, com redução de tempo, custos e complexidade no procedimento. Sobre a adequação formal, insta salientar que é considerada como a expressão da cooperação entre partes e juiz, porquanto todos os atos de adequação exigem que sejam as partes previamente ouvidas.<sup>423</sup>

Ainda sobre o caráter dúplice, é possível identificar que o primeiro aspecto trata de uma forma de gestão puramente processual, ligada à celeridade e economia, e o outro sentido engloba uma gestão material, com o objetivo de garantir a justa composição. Isso porque entende-se que a própria ideia de que a gestão deve zelar pela justa composição implica em uma gestão, portanto, material, baseada na ideia de cooperação.<sup>424</sup>

Faz-se uma comparação, nesse sentido, da gestão material do processo utilizada em Portugal com outros dois institutos, que também conferem esse tipo de atribuição ao magistrado, o *active case management* inglês, que outorga ao juiz poderes de direção do processo – que inclui poderes como estimular a cooperação entre as partes e, inclusive, dispõe sobre a forma de distribuição do ônus probatório, mediante os aspectos do caso em análise – e a gestão material (*materielle Prozessleitung*) na *Zivilprozessordnung* alemã, que se encontra em seu § 139 e busca a interferência do julgador no sentido de garantir um processo que atenda à eficiência e à justiça material da sentença – também visando a cooperação entre os sujeitos processuais.<sup>425</sup>

Da análise de como ocorre a gestão material do processo em Portugal, o entendimento de Miguel Mesquita é no sentido de que se mostra útil, no que toca ao tema probatório, que o juiz possa seguir a linha do *case management* inglês e distribuir os ônus da prova, após a identificação das questões controvertidas, da forma que mais se adequar ao caso.<sup>426</sup>

Esse entendimento é extraído da análise dos trabalhos de gestão realizados por ocasião da audiência prévia, designadamente conforme menciona o artigo 591.º, n.º 1<sup>427</sup>, do

---

<sup>423</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*. In: Cadernos de Direito Privado, n.º 43, 2013, p 10 e 13.

<sup>424</sup> MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?* In: Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3995, ano 145.º, novembro-dezembro 2015, p 82-83.

<sup>425</sup> MESQUITA, Miguel. Ob. cit., p 85-91.

<sup>426</sup> MESQUITA, Miguel. Ob. cit., p 96.

<sup>427</sup> Artigo 591.º (art.º 508.º-A CPC 1961) Audiência prévia. 1 - Concluídas as diligências resultantes do preceituado no n.º 2 do artigo anterior, se a elas houver lugar, é convocada audiência prévia, a realizar num

diploma processual português. Considera-se imprescindível que no processo, em especial quando não houver questionário, o exercício da gestão se ocupe de identificar e esclarecer o objeto do litígio e as questões importantes relativas à prova.<sup>428</sup>

Assim, se na audiência prévia o magistrado deve exercer o seu poder-dever de gestão, ao estabelecer as matérias controvertidas e as provas necessárias para a elucidação do caso, entende-se que esse é o momento correto para que, caso haja necessidade em razão das questões da relação material, se realize a distribuição dos ônus probatórios, de forma que possua a parte onerada a oportunidade de se desincumbir. Aqui compreende-se a ligação também da gestão processual com a dinamização, porquanto deve o magistrado possibilitar a alteração dos encargos legais, caso seja necessário para melhor atender à justa composição e a entrega da tutela efetiva.

Entende-se a gestão material do processo como uma consequência da evolução do direito, que deseja levar ao processo a busca pela verdade e a justa composição. Para tanto, o papel do magistrado consiste na condução do processo por meio de diálogo e cooperação com as partes, registrando sempre a necessidade de observação e respeito à igualdade e aos demais princípios processuais.<sup>429</sup>

#### 4.4. ADEQUAÇÃO AO PROCESSO JUSTO

Conforme já visto anteriormente, após o encerramento da fase processualista, que tinha a preocupação voltada para a técnica e cientificidade do direito processual, iniciou-se a fase instrumentalista, que direciona os seus objetivos para a importância dos resultados produzidos pelo processo e sua relação com o direito material. Essa instrumentalidade tem

---

dos 30 dias subsequentes, destinada a algum ou alguns dos fins seguintes: a) Realizar tentativa de conciliação, nos termos do artigo 594.º; b) Facultar às partes a discussão de facto e de direito, nos casos em que ao juiz cumpra apreciar exceções dilatórias ou quando tencione conhecer imediatamente, no todo ou em parte, do mérito da causa; c) Discutir as posições das partes, com vista à delimitação dos termos do litígio, e suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto que ainda subsistam ou se tornem patentes na sequência do debate; d) Proferir despacho saneador, nos termos do n.º 1 do artigo 595.º; e) Determinar, após debate, a adequação formal, a simplificação ou a agilização processual, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 6.º e no artigo 547.º; f) Proferir, após debate, o despacho previsto no n.º 1 do artigo 596.º e decidir as reclamações deduzidas pelas partes; g) Programar, após audição dos mandatários, os atos a realizar na audiência final, estabelecer o número de sessões e a sua provável duração e designar as respetivas datas. 2 - O despacho que marque a audiência prévia indica o seu objeto e finalidade, mas não constitui caso julgado sobre a possibilidade de apreciação imediata do mérito da causa. 3 - Não constitui motivo de adiamento a falta das partes ou dos seus mandatários. 4 - A audiência prévia é, sempre que possível, gravada, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 155.º.

<sup>428</sup> MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?* In: Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3995, ano 145º, novembro-dezembro 2015, p 96.

<sup>429</sup> MESQUITA, Miguel. Ob. cit., p 106.



o propósito de resolver as crises do direito material, por meio da função jurisprudencial do Estado e entende-se que, para tanto, deve ser utilizado o método de trabalho adequado e que permita a ampla participação dos sujeitos processuais na formação da convicção judicial.<sup>430</sup>

No âmbito dessa mudança de visão sobre o processo, a própria Constituição brasileira estabelece um direito processual constitucional, com garantias e princípios a serem aplicados no processo. Nota-se, ainda, que isso decorre da ideia de que a ciência processual não encontra um fim em si mesma, mas sim nos resultados que efetivamente produz. Assim, devem ser levados em conta critérios de racionalidade material e não somente formal, para a análise e aplicação dos instrumentos processuais, para que não se corra o risco de o processo não atingir seu fim principal.<sup>431</sup>

Assim, deve-se buscar uma adequação do processo às necessidades surgidas no plano substancial, porquanto a preocupação maior deve girar em torno de um aumento na justiça e não no tecnicismo. Tal entendimento decorre inclusive da noção de que a própria ciência processual é construída através de crises que surgem no direito material e precisam ser resolvidas pelo juiz.<sup>432</sup>

Dessa forma, ao se considerar a importância da visão de instrumentalidade conferida ao direito processual moderno, é de clara compreensão que deve ele estar em sintonia com as exigências do direito substancial, para o fim de garantir a sua efetiva realização. Disso decorre a noção de que o instrumento deve se adaptar às características de seu objeto, de modo que o processo deve poder se ajustar às necessidades surgidas em razão do direito material. Como a atuação do processo é mesmo nas relações de direito material, deve se mostrar útil para este fim, ao prestar a tutela jurisdicional efetiva exigida pelo caso concreto.<sup>433</sup>

Insta salientar que tal situação não implica em abandono da segurança jurídica. Isso porque compreende-se que a consideração das garantias inerentes ao devido processo, como por exemplo, o contraditório e a garantia de participação dos sujeitos interessados, tem sua importância assegurada pelo instrumentalismo. De forma que possível que se chegue à conclusão de que a visão instrumentalista e a visão garantista não se mostram

---

<sup>430</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. Influência do direito material sobre o processo. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p 20.

<sup>431</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Ob. cit., p 20-21.

<sup>432</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Ob. cit., p 22-25.

<sup>433</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Ob. cit., p 26-27.

antagônicas, porquanto ambas levam em conta a preocupação com a construção de mecanismos capazes de tornar o processo um meio efetivo de entrega da tutela jurisdicional necessária.<sup>434</sup>

Compreende-se que, com os avanços sociais e legislativos, há um novo contexto de formação e compreensão das leis, bem como são consideradas novas possibilidades de fontes para a criação do direito. Dessa forma, não há que se falar em normas gerais e abstratas capazes de demonstrar uma unicidade no entendimento do direito e detentoras de irrestrita aplicabilidade.<sup>435</sup>

A mudança da visão anterior do princípio da legalidade – momento em que a norma era compreendida como o próprio direito e tinha sua legitimidade decorrente de sua produção pelo Legislativo – leva justamente a essa nova compreensão, de que a lei é formada através da união de diversas forças contrárias de grupos sociais e necessita, portanto, de um controle para que sejam aplicados os princípios da justiça.<sup>436</sup>

Vale anotar que, mesmo que não se leve em conta a ideia de pluralismo destacada, não se considera possível que se tome a lei por um instrumento completo e acabado, que seja capaz de entregar sozinho a prestação adequada. Por isso mesmo é que se mostra necessário, inclusive através de uma análise histórica<sup>437</sup>, que a lei e sua aplicação sejam controladas de alguma forma, para garantir sua essência e sua conformação com os princípios do Estado. Assim, assevera-se que a lei encontra limitações em sua essência – ou substância – para que se adeque aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais previstos na Constituição, que passam a ter plena eficácia normativa.<sup>438</sup>

Com efeito, essa mudança de entendimento deve ser aplicada também à ideia de jurisdição, para que deixe de ser tida como um simples cumprimento da vontade da lei,

---

<sup>434</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. Influência do direito material sobre o processo. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p 28. Acrescenta a ideia de que “a possibilidade de a tutela jurisdicional atuar como efetivo fator de pacificação social depende fundamentalmente da perfeita compreensão a respeito das inúmeras situações da vida sobre que o provimento surtirá efeito. Somente assim poderá o processualista prever as tutelas adequadas ao escopo da função jurisdicional”, p 30.

<sup>435</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Teoria geral do Processo. 7 ed. V 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 43.

<sup>436</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p 43.

<sup>437</sup> Ainda, afirma-se que “a própria história se encarregou de mostrar as arbitrariedades, brutalidades e discriminações procedidas por leis *formalmente* perfeitas”, de modo que entende-se que não é a perfeição formal que garante a justeza da lei, devendo ela ser materialmente adequada.

<sup>438</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p 43-44.

mas que tenha o papel maior de compreensão e interpretação da lei a partir dos princípios e direitos fundamentais.<sup>439</sup>

Nesse âmbito, a lei não é mais vista como o objeto central, mas como um elemento que levará à formação da norma – que não é o próprio texto legal, e sim o resultado final obtido por meio de sua interpretação e correção à luz dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais. De modo que fácil é perceber que o papel do jurista não é mais o de revelar a lei, sendo-lhe atribuído o encargo de conformação da lei e formação da norma aplicável.<sup>440</sup>

Barbosa Moreira, ao realizar uma análise da legislação processual brasileira em comparação com as de demais ordenamentos, entende que é possível assumir que, já em 1973, a legislação processual no Brasil caminhava no sentido de atribuir ao juiz um papel maior no andamento da ação que o de simples árbitro, tendo ele inclusive poderes instrutórios em matéria probatória. Todavia, notava-se uma certa relutância, por parte dos juízes, de realizar a efetiva aplicação destes poderes, permanecendo por vezes omissos e passivos nesse sentido, e realizando um julgamento que não conduz, na medida do possível, à realidade dos fatos.<sup>441</sup> E nesse sentido, exprime-se que não há que se falar na ideia de um juiz que seja um “*convidado de pedra*”, porquanto deve ele assumir um papel mais significativo, a fim de imprimir maiores esforços na averiguação da verdade dos fatos.<sup>442</sup>

Ainda nesse sentido, assevera Barbosa Moreira, sobre a ideologia que rege o processo civil, que é possível notar, em alguns momentos um retorno, no início do século XXI, do pensamento que existia na maior parte do século XIX, no que toca à divisão de atribuições entre litigantes e juiz no desenvolvimento das atividades processuais. De forma que, utilizando-se da comparação já realizada entre modelos processuais dispositivos e inquisitório, é possível que se perceba um retorno – ou “*contra corrente*”, como se refere o autor – da modalidade de pensamento liberal à atualidade, com uma desvalorização do papel do juiz no processo. Todavia, aponta que essa doutrina se mostra falha para conferir às partes a devida isonomia, porquanto compreende que possui, nesse sentido, uma grande

---

<sup>439</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Teoria geral do Processo. 7 ed. V 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 44.

<sup>440</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p 45-46.

<sup>441</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Processo Civil contemporâneo: um enfoque comparativo*. In: Revista Brasileira de Direito Comparado, n° 25, 2° semestre 2003, p 78-79.

<sup>442</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Processo Civil contemporâneo: um enfoque comparativo*. In: Revista Brasileira de Direito Comparado, n° 25, 2° semestre 2003, p 86.

importância a atuação do magistrado, a fim de eliminar as desigualdades substanciais entre as partes com o intuito de promover um julgamento mais justo.<sup>443</sup>

Ocorre que, posteriormente, afirma o mesmo autor que existe uma tendência crescente no direito processual civil de atribuir ao magistrado maiores poderes no desenvolvimento das atividades processuais e cita a doutrina garantista como detentora de posicionamento contrário a esta tendência, sob o fundamento de que tal situação caracterizaria um autoritarismo no processo.<sup>444</sup>

Em decorrência disso, explica que as tendências de pensamento processual são fluidas e se encontram em constante mudança, de modo que não é sempre possível estabelecer uma correspondência entre o exato momento político do país com a natureza ideológica de sua codificação processual. Dessa forma, entende-se que, mesmo que em alguns momentos históricos se notem coincidências, nem sempre haverá a correspondência entre um regime político autoritário e o aumento de poderes do magistrado, não estando sempre um vinculado ao outro.<sup>445</sup>

Reafirma-se, portanto, o papel do juiz no processo, inclusive na questão probatória, porquanto se impedido de se manifestar e determinar quais provas são essenciais e devem ser produzidas, tal pode acarretar que não se esclareça devidamente a situação, o que acaba por criar injustiças, de modo que se deve buscar a maior correspondência possível com a realidade dos fatos, já que essa situação leva a uma decisão mais justa.<sup>446</sup>

Enfrenta-se o argumento que defende a passividade judicial, em razão de que as partes se encontram em melhores condições de defender seus próprios interesses, dispensando a participação judicial, porquanto partilha-se da ideia que tal situação leva, na

---

<sup>443</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Correntes e contra Correntes no processo Civil Contemporâneo*. In: Revista Brasileira de Direito Comparado, n° 27, 2º semestre 2004, p 17-18.

<sup>444</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O neoprivatismo no processo civil*. In: Cadernos de Direito Privado, n° 10, abril/junho 2005, p 3.

<sup>445</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O neoprivatismo no processo civil*. In: Cadernos de Direito Privado, n° 10, abril/junho 2005, p 4-7. Para exemplificar a situação, utiliza-se de uma situação surgida no direito brasileiro, no que toca especialmente à matéria probatória: “Enfim, no Brasil, a Lei n.º 9.099, de 26/9/1995, estatui no art. 5.º: “o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”. Observe-se que o art. 130.º do Código de Processo Civil já autorizava o órgão judicial, “de ofício ou a requerimento da parte”, a ordenar, “as provas necessárias à instrução do processo”. O Código, porém, foi editado sob um dos governos militares e poderia incorrer por isso na suspeita de autoritarismo. Em 1995, vivia o país em pleno regime democrático, politicamente liberal”.

<sup>446</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O neoprivatismo no processo civil*. In: Cadernos de Direito Privado, n° 10, abril/junho 2005, p 8.

prática, a uma quebra na isonomia das partes, em razão de suas diferenças materiais. Por fim, confere Barbosa Moreira a denominação de *neoprivatismo* à doutrina contrária, por representar, a seu ver, um retorno da mentalidade liberal no processo havida em época anterior.<sup>447</sup>

Há que se compreender que muito corresponde esse pensamento com a ideia da dinamização dos ônus probatórios, já que na doutrina em estudo busca-se justamente a atribuição desse poder-dever ao magistrado de equilibrar e igualar a situação jurídica das partes por meio da distribuição dinâmica dos encargos. Não há que se falar que tal atuação gere desequilíbrio na prática, mesmo porque o objetivo da conduta judicial é garantir o equilíbrio e a justa composição.

Superada então a ideia do positivismo clássico, para o qual a jurisdição tinha o único papel de aplicar a norma, revelando seu texto, bem como a concepção de que a aplicação dos princípios não era condizente com a função que se espera do magistrado, é possível que se realize uma compreensão do Estado e da jurisdição segundo as Constituições modernas. Há que ser realizada, então, pela jurisdição, a conformação das regras aos princípios constitucionais.<sup>448</sup>

Ademais, de igual forma se analisam as situações em que ocorre uma omissão da norma legal, que leva à violação de princípios e direitos fundamentais. Nota-se que, se uma norma existente é capaz de violar esses preceitos, de igual forma, a ausência da norma também pode fazê-lo. Assim, a ausência de uma norma que permita a efetivação dos preceitos constitucionais, também autoriza a conformação pelo órgão judicial, para permitir a efetivação dos direitos.<sup>449</sup>

Ao levar tal entendimento à esfera processual, é ainda mais fácil sua compreensão, porquanto em razão da instrumentalidade do direito processual, percebe-se, de maneira clara, quando a efetiva tutela do direito material é impedida pela ausência ou insuficiência da norma processual. Em outras palavras, a própria ideia de processo implica na adequação da norma legal ao caso concreto, sendo assim, fácil notar quando a norma não é capaz de realizar a entrega da tutela efetiva. Dessa forma, o papel do magistrado

---

<sup>447</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O neoprivatismo no processo civil*. In: Cadernos de Direito Privado, nº 10, abril/junho 2005, p 11-12.

<sup>448</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Teoria geral do Processo. 7 ed. V 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 49-50.

<sup>449</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Teoria geral do Processo. 7 ed. V 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 60-61.

deve ser o de conformar positivamente a ausência ou insuficiência da regra aos preceitos fundamentais, máxime porque o papel do juiz no processo é o de entregar a efetiva tutela.<sup>450</sup>

Cabe aqui, de igual forma, um paralelo com a distribuição dinâmica dos ônus, porquanto compreende-se que se não está presente no ordenamento a normatização relativa à essa modalidade complementar de distribuição dos encargos, haverá uma falha na concretização dos princípios que a ela se relacionam e por meio dela são efetivados. Dessa forma, concebe-se que é papel do magistrado realizar essa conformação positiva.

O direito à efetividade da tutela jurisdicional não pode ser entendido como o direito de receber uma prestação positiva, mas sim sua compreensão deve englobar três aspectos, quais sejam, o direito à resposta do julgador, direito de participar da ação, por meio de procedimento adequado e direito à técnica processual adequada. Dessa forma, ao se compreender a tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, imprescindível que o juiz esteja apto a entregar, também, a técnica processual adequada à tutela dos direitos.<sup>451</sup>

Em razão disso, entende-se que o direito à tutela jurisdicional efetiva não significa apenas o direito de acesso à justiça e ao procedimento legalmente instituído, se for o caso desse procedimento não conseguir atender da melhor maneira à tutela dos direitos materiais e fundamentais. Desse modo, se a técnica processual estabelecida em lei se mostrar inadequada para atender às particularidades do caso concreto, tal situação também implica em violação aos preceitos constitucionais e ao direito à tutela jurisdicional efetiva.<sup>452</sup>

Assim, pode-se considerar que a ausência da técnica processual adequada retrata uma omissão legislativa que viola o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Dessa forma, o papel do juiz ao se deparar com um caso nesse sentido é o de interpretar a legislação à luz dos preceitos constitucionais e formular a técnica processual adequada ao caso concreto, extraindo da norma procedimental a sua máxima potencialidade, a fim de proteger a efetividade dos direitos, desde que não seja violado o direito de defesa.<sup>453</sup>

---

<sup>450</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Teoria geral do Processo. 7 ed. V 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 62.

<sup>451</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 150-152.

<sup>452</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 153.

<sup>453</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 153.

Por fim, depreende-se, com a relação à dinamização do ônus a partir do caso concreto, que pode configurar em opção perigosa se realizada de maneira inadequada, mas se realizada corretamente, à luz da colaboração, trata-se de ideia consonante com o modelo cooperativo de processo. Isso porque, em determinadas situações, em razão das particularidades do caso concreto, a distribuição prévia e abstrata do ônus pode se mostrar insuficiente na proteção ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e adequada. Assim, justamente ao levar-se em consideração os valores do processo cooperativo é que encontra o seu fundamento a dinamização, ao prezar por igualdade efetiva das partes e consolidação dos deveres de cooperação.<sup>454</sup>

Nessa linha, a dinamização viabiliza maior produção de material probatório, como fim de se ter um processo melhor instruído, para que se alcance uma decisão justa, que é o objetivo do próprio direito no Estado constitucional. Portanto, se for o caso de a distribuição estática se mostrar inadequada, é papel do juiz dinamizar os encargos e atribuir a produção da prova a quem tenha melhores condições de fazê-lo, tendo em vista o direito fundamental ao processo justo, que implica também em direito à prova.<sup>455</sup>

---

<sup>454</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. Coleção Temas atuais de Direito Processual Civil. V 14. Coordenação: Luiz Guilherme Marinoni; e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 126-127.

<sup>455</sup> MITIDIERO, Daniel. Ob. cit., p 125-127.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível notar que, de uma maneira geral, o modelo de organização política da sociedade condiciona o ordenamento jurídico e, juntamente com ele, o direito processual. De igual forma, o desenvolvimento das relações sociais e da relação do indivíduo com o Estado, que acabam por alterar a organização política, por sua vez, fazem com que se altere o ordenamento jurídico e a visão de processo que se tem em cada momento da história. Com efeito, o papel atribuído ao juiz no comando do processo e, em consequência, o papel das partes como sujeitos processuais, está diretamente ligado à relação do Estado com a população. Assim, se muda essa relação, muda igualmente o papel do magistrado na condução processual e, portanto, altera-se o modelo processual adotado no ordenamento.

Entende-se que os modelos processuais reconhecidos pela doutrina estão relacionados com os princípios preponderantes no sistema jurídico. Assim, se é dominante o princípio do dispositivo, o processo adquire modelo adversarial e o mesmo ocorre com a prevalência do princípio do inquisitório, que leva ao modelo inquisitorial e, com o princípio da cooperação, que leva ao modelo cooperativo. Nota-se que a tendência é que se observe essa ideologia também presente na organização do Estado e no pensamento jurídico que a rodeia, mas ressalta-se que não é sempre vista essa correspondência entre a organização estatal e a processual, de forma que se pode observar modelos processuais que admitem e incentivam a participação judicial em governos que não possuem ideologia autoritária.

No que respeita ao modelo cooperativo, a posição do Estado em relação à sociedade evolui para a busca da justiça social, permitindo que o papel do juiz do processo seja igualado ao das partes, sem que haja ofuscação por nenhum dos lados, com uma visão democrática tanto de organização social como de distribuição de poderes processuais. Assim, adquirindo o processo feições colaborativas, a intervenção do magistrado é necessária para garantir a aplicação dos preceitos do Estado constitucional.

Por fim, nota-se que a evolução dos modelos processuais nos dois países em estudo se dá de maneira muito semelhante, tendo o início da análise histórica na adoção do modelo dispositivo, posteriormente a mudança de ideologia para a prevalência do inquisitório contando com influências recíprocas e similitudes constantes, bem como é de fácil percepção que na atualidade encontram-se ambos na fase da cooperação processual. Isso resulta dos novos ideais de Estado democrático de direito e da nova relação Estado-



sociedade e assim, busca-se um processo menos rígido e formal, orientando-se na economia processual e na justa composição do litígio, com a defesa de interesses sociais de justiça por meio do processo.

Posteriormente há que se compreender a função essencial da prova, em razão de sua importância como meio para a descoberta da verdade, que é tradicionalmente definida como o objetivo principal do processo. Todavia, entende-se que não há que se falar em obtenção da verdade absoluta por meios processuais, já que não se considera possível que se faça uma reconstrução irretocável da realidade dos fatos, porquanto, justamente por se tratar de uma reconstrução, sofre influência de inúmeros fatores que podem alterar a sua elaboração. Nem por isso deixa a prova de ter profunda conexão com a verdade, já que esta continua a ser o elemento justificativo da emanção da convicção judicial. Assim, passa a ser então o objetivo da prova a formação da convicção do magistrado acerca dos fatos processuais, que é o que leva a verdade ao processo, ainda que não seja ela absoluta.

Na sequência, da análise do ônus probatório, releva a compreensão de suas duas funções no processo. A função objetiva faz o ônus funcionar como uma regra de julgamento ao fim do processo, de modo que, caso não se chegue a uma conclusão definitiva sobre a realidade dos fatos, o magistrado orienta a decisão em sentido contrário à parte que deixou de produzir a prova, que a si incumbia, essencial para o deslinde da controvérsia. E do outro lado se encontra a função subjetiva, que funciona como regra de instrução e orienta as partes na produção do material probatório. E, no que toca à distribuição dos encargos probatórios, verifica-se que ambos os países adotam a teoria clássica como regra, de modo que deve o autor produzir prova dos fatos constitutivos de seu direito, enquanto o réu deve produzir prova acerca dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor. Assim, a diferença entre os dois ordenamentos não é observada na regra geral estática, mas sim na autorização recente dada pelo legislador brasileiro à aplicação da teoria dinâmica, de maneira complementar.

Nesse sentido se apresenta a teoria dinâmica do ônus da prova, cujo objeto é a redistribuição do ônus probatório à luz do caso concreto, quando não se julgar apropriada a aplicação do ônus distribuído pela regra geral da lei. Aduz-se, portanto, que se trata de um elemento a mais na busca de uma solução para situações de dificuldade probatória, como, por exemplo, em casos de prova difícil ou impossível, ou em casos em que as peculiaridades da relação jurídica demonstrem que a parte onerada terá muitas dificuldades

de produção de prova essencial, enquanto que a outra, que se encontra desonerada, terá mais facilidades, demonstrando a necessidade de modificação dos encargos.

Impende que se verifique, ainda, que a teoria possui alguns elementos estruturais, que devem estar presentes para que sua aplicação possa ser realizada, dentre eles se observam alguns elementos materiais que devem constar da relação jurídica, para justificar a inadequação da regra legal, como por exemplo a prova diabólica, e alguns requisitos processuais, como a correta fundamentação da decisão de dinamização e o momento em que deve ser realizada. Sobre tal, insta ressaltar que é de suma importância que a decisão de dinamização se dê em momento oportuno para possibilitar a realização do devido contraditório e a desoneração do encargo, porquanto inclusive é esse elemento que garante a visão cooperativa e a segurança jurídica do processo.

Em Portugal, a legislação estabelece alguns casos de inversão do ônus probatório, no entanto percebe-se que as hipóteses existentes não se mostram suficientes para atender a todas as situações em que é necessária a inversão. A legislação processual do país não traz a possibilidade de dinamização do ônus, no entanto, entende-se que se amolda esse mecanismo, de igual maneira, à ideologia processual adotada no país, porquanto a exigência de efetivação dos princípios constitucionais e a visão de modelo cooperativo e de processo justo estão presentes no ordenamento do país. Notadamente, quando se fala sobre a gestão processual, que determina uma postura ativa e dirigente do magistrado na condução do processo, a fim de que se leve ao caso a verdade e a justa composição, entende-se mais ainda a adequação da teoria ao sistema português, já que se exige essa participação ativa do juiz, para flexibilização das normas.

É importante ter em mente que a teoria dinâmica tem aplicação subsidiária, em determinados casos, em razão de suas particularidades concretas e não exclui, portanto, a aplicação da teoria clássica. Pelo contrário, soma-se a ela, na tentativa de buscar a verdade e levar ao processo uma decisão mais justa. Nesse sentido, Barbosa Moreira ensina que: *“ao menos em princípio, a probabilidade de atingir-se uma decisão justa cresce na razão direta do rendimento dos mecanismos probatórios”*.<sup>456</sup>

Por fim, entende-se que a teoria realiza a concretização dos princípios constitucionais do Estado de direito, como a igualdade, o direito à prova e o acesso à justiça, no que cabe ressaltar que os princípios possuem aplicabilidade imediata. Dessa

---

<sup>456</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Alguns problemas atuais da prova civil*. Doutrinas Essenciais Processo Civil, v. IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 19.

forma, ainda que não haja legislação regulatória do tema, a aplicação é garantida, tanto nos casos em que a lei é omissa quanto nos casos em que for contrária à efetivação dos princípios. Igualmente, a dinamização se mostra ajustada à ideia de processo justo e de cooperação, porque possibilita maior aproximação da verdade e da entrega da tutela efetiva, através do aumento dos mecanismos probatórios.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARDITO, Gianvito. *O ônus da prova no Novo Código de Processo Civil: a excepcionalidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*. In: *Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório*. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1996.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Alguns problemas atuais da prova civil*. Doutrinas Essenciais Processo Civil, v. IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Correntes e contra Correntes no processo Civil Contemporâneo*. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº 27, 2º semestre 2004.

\_\_\_\_\_. *Julgamento e ônus da prova*. Temas de Processo Civil – Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *O neoprivatismo no processo civil*. In: *Cadernos de Direito Privado*, nº 10, abril/junho 2005.

\_\_\_\_\_. *O Processo Civil contemporâneo: um enfoque comparativo*. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº 25, 2º semestre 2003.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. Influência do direito material sobre o processo. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CAMBI, Eduardo. *Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do ônus da Prova) – exegese do artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC*. In: *Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório*. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005.

CARPES, Artur Thompsen. *Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil*. In: *Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório*. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2014.

\_\_\_\_\_. *Nota de apresentação. Ordenações Afonsinas – Livro I*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

\_\_\_\_\_. *Nota de Apresentação. Ordenações Manuelinas – Livro I*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

COUTO, Camilo José D'Ávila. *Dinamização do ônus da prova: teoria e prática*. 2011. Descrição física: Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito. Área de concentração: Direito Processual. Orientador: Professor Doutor José Rogério Cruz e Tucci. Disponível em: Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, Brasil.

CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

CUNHA, Maurício Ferreira. *Ônus da prova, dinamicização e o novo CPC*. In: *Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório*. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17 ed. V 1. Salvador: Jus Podivm, 2015.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10 ed. V 2. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FARIA, Rita Lynce de. *A inversão do ônus da prova no direito civil português*. Lisboa: Lex, 2001.

FRANCO, Loren Dutra. *Processo civil: origem e evolução histórica*. In: *Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna*, n. 2, abr. 2005. Disponível em <[http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art\\_20002.pdf](http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_20002.pdf)>, acesso em 27/11/2016.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil*. Conceitos e princípios gerais à luz do novo código. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GOUVEIA, Mariana França. *Os Poderes do Juiz Cível na Acção Declarativa*. Em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão. In: *Julgar*, nº 1, 2007.

GOUVEIA, Mariana França; GAROUPA, Nuno; MAGALHÃES, Pedro; e CARVALHO, Jorge Morais. *Justiça Económica em Portugal: Novo Modelo Processual*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012.

\_\_\_\_\_. *Justiça Económica em Portugal: Gestão Processual e Oralidade*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012.

GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Introducción y parte general. 7 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2005.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

LOPES, João Batista. *Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença*. In: *Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório*. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOURENÇO, Haroldo. *O Neoprocessualismo, o Formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC*. In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, out/dez 2011.

MACÊDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Teoria geral do Processo. 7 ed. V 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Processo de Conhecimento. 11 ed. V 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Mário Reis. *História do Direito Português Medieval e Moderno*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?* In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 3995, ano 145º, novembro-dezembro 2015.

MITIDIERO, Daniel. *A tutela dos direitos como fim do processo no Estado constitucional*. In: *Revista de Processo*. Instituto Brasileiro de Direito Processual. Coordenação: Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Colaboração no Processo Civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. Coleção Temas atuais de Direito Processual Civil. V 14. Coordenação: Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORELLO, Augusto M. *La prueba*. Tendencias modernas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: Lex, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal. Processo Civil, Penal e Administrativo*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; HORTA, André Frederico; e SILVA, Natanael Lud Santos e. *Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC-15*. In: *Grandes Temas do Novo CPC – Normas Fundamentais*. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016.

PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*. Desde as origens até o advento do novo milênio. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro*. Das origens lusas à Escola Crítica do Processo. São Paulo: Manole, 2002.

PEYRANO, Jorge W. *La carga de la prueba*. In: *Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal*. Disponível em: <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>>.

\_\_\_\_\_. *La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas y la Máquina de Impedir em Matéria Jurídica*. In: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

\_\_\_\_\_. *Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas*. In: *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PEYRANO, Jorge W; CHIAPPINI, Júlio O. *Lineamientos de las cargas probatorias “dinámicas”*. In: *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PEYRANO, Marcos L. *La teoría de las cargas probatorias dinámicas en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000)*. In: *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. *O Código de Processo Civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma*. In: *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 190, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242945>>. Acesso em: 05/06/2016.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba em el proceso civil*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1996.

RAATZ, Igor; SANTANNA, Gustavo da Silva. *Elementos da história do processo civil brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973*. In: *Revista Justiça & História*, vol. 09, n. 17-18, 2012.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova do processo civil*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2016.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956.

SÁNCHEZ, Pedro Donaires. *Aplicación jurisprudencial de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. In: *Derecho y cambio social*. Lima, n. 35. Disponível em: <[http://www.derechoycambiosocial.com/revista035/APLICACION\\_JURISPRUDENCIAL\\_DE\\_LA\\_DOCTRINA\\_DE\\_LAS\\_CARGAS\\_PROBATORIAS\\_DINAMICAS.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista035/APLICACION_JURISPRUDENCIAL_DE_LA_DOCTRINA_DE_LAS_CARGAS_PROBATORIAS_DINAMICAS.pdf)>, acesso em 03/05/2016.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo*. O dogma da irrelevância da vontade na interação e nos vícios do acto postu lativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. *A prova difícil: da probatio levior à inversão do ónus da prova*. In: *Revista de Processo*. Nº 222. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVEIRA, Bruna Braga da. *A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015*. In: *Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório*. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*. In: *Cadernos de Direito Privado*, nº 43, 2013.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2 ed. Lisboa: Lex, 1997.

TARUFFO, Michele. *O ônus como figura processual*. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XI. ISSN 1982-7636. Disponível em: <[www.redp.com.br](http://www.redp.com.br)>. Acesso em: 19/06/2017.

\_\_\_\_\_. *Processo civil comparado: Ensaio*. Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012.

\_\_\_\_\_. *Uma simples verdade*. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. 1 ed. Madrid: Marcial Pons, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 48 ed. V 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008.



\_\_\_\_\_. *O Processo Justo: O Juiz e Seus Poderes Instrutórios Na Busca Da Verdade Real*. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 80, nov. 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2005.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *História do processo: uma análise do Código de Processo Civil de 1939 sob o prisma terminológico*. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados (RTJE)*, 183-184/15. São Paulo: Jurid Vellenich, jul/set. 2001.