

## A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO E O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*DYNAMIC DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF EVIDENCE IN BRAZILIAN PROCEDURAL SYSTEM AND THE PROJECT OF THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE*

**Adriano Ribeiro Caldas<sup>1</sup>**

Procurador Federal da Advocacia-Geral da União

**Marco Félix Jobim<sup>2</sup>**

Mestre e Doutor em Direito

**RESUMO:** Diante do paradigma do Estado Constitucional e da função do processo na contemporaneidade, há que se tratar a questão do ônus da prova sem perder de vista as diversas situações de direito material subjacentes ao processo. Como autêntico direito fundamental, o direito à prova impõe que os ônus probatórios recaiam sobre a parte que esteja em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas de desincumbir-se de tal encargo, a despeito de sua posição no processo ou da natureza do fato. Dessa forma, deve-se conferir ao julgador a possibilidade

de distribuir dinamicamente o ônus da prova, ainda que não exista autorização legal expressa para tanto, desde que em decisão fundamentada e submetida ao contraditório. O projeto de novo Código de Processo Civil, contudo, prevê expressamente esta possibilidade de dinamização, consagrando o que doutrina e jurisprudência já admitiam.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ônus da prova; distribuição dinâmica; projeto de Código de Processo Civil.

**ABSTRACT:** *Before the Constitutional State paradigm and the function of legal*

<sup>1</sup> Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Pós-Graduado em Direito Processual pela Universidade Federal do Piauí - UFPI, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC.

<sup>2</sup> Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul da Graduação e Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado), Advogado.

*process nowadays, it must be addressed the issue of burden of proof without losing sight of the different situations of substantive law underlying the process. As authentic fundamental right, the right to evidence requires that the evidentiary burden lies on the party that is in better technical, professional or factual conditions for discharging in such a burden, despite its position in the process or the nature of the fact. Thereby, it must be given to the judge the possibility to dynamically distribute the burden of evidence, although there is no legal permission to do so, provided that there is a reasoned decision submitted to contradictory. The project of the new Civil Procedure Code, however, expressly provides this possibility of dynamic distribution, establishing what doctrine and jurisprudence have already admitted.*

**KEYWORDS:** *Burden of evidence; dynamic distribution; project of Civil Procedure Code.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Direito fundamental à prova; 2 Processo e direito material; 3 Processo e verdade; 4 A distribuição estática no modelo do vigente Código de Processo Civil; 5 A distribuição dinâmica do ônus da prova; 6 A distribuição dinâmica do ônus da prova no Projeto do Novo Código de Processo Civil; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Fundamental right to evidence; 2 Legal process and substantive law; 3 Process and truth; 4 The static distribution in the model of the current Civil Procedure Code; 5 The dynamic distribution of the burden of evidence; 6 The dynamic distribution of the burden of evidence in the Project of the New Civil Procedure Code; Final considerations; References.*

## INTRODUÇÃO

No Estado Constitucional, sobrepõe-se uma concepção sistêmica da ordem jurídica, buscando-se interpretar a lei em perspectiva dos princípios constitucionais. Assim, a jurisdição e o processo devem ser compreendidos a partir do encargo constitucional de tutelar adequada e efetivamente os direitos, especialmente os direitos fundamentais. Dito de outro modo, se a Constituição salvaguarda os direitos fundamentais, é necessário que o processo esteja configurado de molde a garantir tal finalidade, não somente como imposição ao legislador, a quem compete fixar parâmetros normativos idôneos à efetiva tutela jurisdicional, mas também ao julgador, a quem incumbe, na ausência ou insuficiência de técnicas processuais<sup>3</sup> adequadas idealizadas pelo legislador, extrair da regra processual a sua máxima potencialidade.

<sup>3</sup> Sobre o tema, recomenda-se a leitura: MARINONI, Luiz Guilherme. . *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

A prova ocupa posição de relevo no processo, uma vez que de nada adianta afirmar a existência de um direito em juízo e dele pretender extrair consequências jurídicas, se as partes não conseguem influir efetivamente no convencimento do magistrado acerca da veracidade dos fatos dos quais dimanam tal direito. Neste sentido, a questão da distribuição do ônus da prova avulta-se no direito processual contemporâneo voltado à efetiva garantia de acesso ao Judiciário e à prestação de uma tutela jurisdicional qualificada<sup>4</sup>.

No que concerne ao direito probatório, este estudo procura demonstrar que, diante da mudança de paradigma sobre a função do processo na contemporaneidade<sup>5</sup>, em especial pelo fenômeno de sua constitucionalização<sup>6</sup>, há que se tratar a questão do ônus da prova sem perder de vista as diversas situações de direito material subjacentes ao processo, ainda que isto implique em afastamento da disciplina estática cristalizada no texto normativo, seja no sistema processual vigente, seja no modelo que se pretende inaugurar com o novo Código de Processo Civil.

Para tanto, faz-se necessário uma breve abordagem sobre o direito fundamental à prova, como corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, apresentando-o como norte inafastável para a criação e interpretação das técnicas processuais postas à disposição das partes e do julgador, sem perder de vista sua dupla dimensão, subjetiva e objetiva. Esta abordagem será feita no tópico inicial deste trabalho.

No segundo tópico, será delineada a íntima relação entre direito material e processo<sup>7</sup>, apresentando-se este último como espaço para a construção judicial do direito concreto, dinâmico e que decorre do mundo dos fatos (mundo da vida),

---

<sup>4</sup> Um bom norte para entender o que vem a ser um processo qualificado pode ser encontrado na leitura de: BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>5</sup> Para compreender como o processo sofre influências para se adaptar na contemporaneidade, ler: JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

<sup>6</sup> Sobre o tema da constitucionalização do processo muitos estudos já foram realizados, mas recomenda-se um em especial: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>7</sup> Em resgate importante ao tema, recomenda-se a obra: MACEDO, Elaine Harzheim; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (Org.). *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana na aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

abandonando-se a ótica que vislumbra o processo como mero instrumento<sup>8</sup> de tutela ou de realização do direito material abstrato, conceitual e cristalizado na lei.

Procurar-se-á, no terceiro tópico, defender a ideia de que o processo deve almejar mais do que a mera coerência narrativa, desgarrada de uma concepção da verdade<sup>9</sup> como correspondência da descrição dos fatos à respectiva realidade efetiva, isto é, reduzido a um mero jogo de palavras. Em outros termos, a existência de limites fáticos e jurídicos ao alcance da verdade histórica não autoriza a desilusão nem a inércia dos agentes processuais, devendo ser aspiração última do processo a reconstrução fática verossímil e capaz de embasar a decisão judicial, tudo em uma ambiência dialogal.

O quarto e o quinto tópicos serão reservados para a apresentação dos modelos de distribuição do ônus da prova, analisando-se criticamente a opção do atual Código de Processo Civil pela regra estática de repartição do encargo probatório, baseado na posição das partes e na natureza dos fatos, assim como serão apresentados os argumentos em favor da possibilidade de dinamização dos ônus probatórios mesmo sem lei expressa que a ampare.

No último tópico, serão analisadas as alterações propostas no projeto de novo Código de Processo Civil, especificamente quanto à introdução legislativa expressa da autorização para a distribuição dinâmica do ônus da prova, posicionando-se sobre a necessidade e utilidade da consagração da teoria das cargas probatórias dinâmicas no ordenamento jurídico brasileiro.

## 1 DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

A importância conquistada pelo direito constitucional em relação à conformação da estrutura do Estado e do sistema jurídico mostra-se particularmente sensível no tocante à jurisdição e ao processo. Atualmente, percebe-se que a íntima conexão entre o processo e a proteção dos direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição passa a depender, cada vez em maior grau, da atividade interpretativa e criadora do direito pelos juízes

---

<sup>8</sup> Sobre a instrumentalidade do processo, não se pode perder de vista a leitura da obra: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>9</sup> Para uma leitura mais completa do tema verdade e processo, não pode faltar a obra de: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012.

diante do caso concreto. Essa perspectiva constitucional do processo é que veio contribuir para afastar o processo no plano das construções conceituais e meramente técnicas, inserindo-o na realidade política e social. O processo, que deve produzir decisões conformes ao Direito, presta-se também (e sobretudo) à produção de decisões sustentáveis, passando a ser meio de formação do direito, seja material, seja processual.

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, estatui que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nada obstante a garantia de acesso ao Poder Judiciário, tal direito passou por substancial evolução interpretativa, de nítido caráter sistemático, passando a ser entendida como direito a uma tutela judicial adequada e eficaz. A correta compreensão do direito à tutela jurisdicional, pois, pressupõe considerá-lo sob as seguintes perspectivas: (a) do acesso ao Poder Judiciário; (b) da adequação da tutela; e (c) da efetividade da tutela<sup>10</sup>.

A prestação da tutela jurisdicional efetiva pressupõe, todavia, o correto accertamento dos fatos sobre os quais irá pronunciar-se o juiz, razão pela qual resta evidenciado que o direito à prova é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, elevando-se, igualmente à condição de direito fundamental<sup>11</sup>, repousando, assim, sua legitimidade no modelo constitucional de processo<sup>12</sup> eleito pela CF de 1988.

De outra sorte, é possível sustentar que, por força do art. 5º, § 2º, da CF, o direito à prova não é uma mera decorrência das garantias constitucionais da ação, da ampla defesa e do contraditório. De fato, após a ratificação da Convenção

<sup>10</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 701-703.

<sup>11</sup> CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Coleção Alvaro de Oliveira: estudos de processo e constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 1, 2010. p. 87. Ressaltando o caráter “instrumental” do direito fundamental à prova: CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 170.

<sup>12</sup> SILVA, Solange Sprandel. *Direito probatório e sua valoração no processo civil*. Florianópolis: Insular, 2011. Na página 63, a autora refere: “Em síntese, a Constituição da República Federativa do Brasil e o Código de Processo Civil elucidam o Direito à Prova como sendo aquele vinculado à Prova legítima a ser exercido segundo os procedimentos regidos pela lei. O fundamento constitucional do Direito Probatório repousa no modelo constitucional do Processo, com as garantias que lhe são pertinentes – em especial o Contraditório, cujo aspecto essencial é o Direito à Prova e o Devido Processo Legal que assegura o Direito de alegar e produzir todas as provas necessária e cabíveis para influenciar na concepção do juiz. Serve para assegurar a obtenção dos meios e, dos resultados”.

Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>13</sup>, o direito à prova passou a integrar o rol dos direitos fundamentais e, como tal, deve ser interpretado tendo-se como norte a máxima realização da justa tutela jurisdicional<sup>14</sup>.

Ao reconhecer a relevância das regras sobre a prova para concretização dos direitos fundamentais, Canotilho<sup>15</sup> propôs o deslocamento do direito à prova do campo estrito do direito processual para localizá-lo no terreno constitucional. Neste sentido, o legislador infraconstitucional não está livre para o disciplinamento do direito à prova, sendo lícito falar-se em limites constitucionais materiais no caso de tal disciplina frustrar a fruição de um direito fundamental.

Para Mitidiero<sup>16</sup>, o direito à prova é um direito fundamental essencial à conformação do direito ao processo justo, o qual impõe ao legislador e ao órgão jurisdicional o acatamento dos seguintes pressupostos: (a) existência de relação teleológica entre prova e verdade; (b) admissibilidade da prova e dos meios de prova; (c) distribuição adequada do ônus da prova; (d) momento de produção da prova; e (e) valoração da prova e formação do convencimento judicial.

---

<sup>13</sup> Art. 8º, 2, e, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado pelo Decreto nº 678/1969: “direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”. Art. 14.3, e, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação”.

<sup>14</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 169; CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 259; ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. *Ônus da prova: no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2009. p. 73.

<sup>15</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O ônus da prova na jurisdição das liberdades. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004 apud GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova e a constituição. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009. p. 299. Reconhecendo no direito à prova o caráter de direito fundamental, Didier afirma: “O direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório. A dimensão substancial do direito fundamental o garante. Neste sentido, o direito à prova é também um direito fundamental” (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 18).

<sup>16</sup> MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, n. 1, p. 72-73; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 739-740.

Na mesma esteira, Carpes<sup>17</sup> afirma que o direito à prova pressupõe não só a participação da parte, entendida como a possibilidade desta lançar mão dos meios e das fontes de prova necessários à correta formação do juízo de fato, mas também o direito a um juízo de admissibilidade sempre motivado e à sua respectiva valoração pelo julgador.

Comoglio, Ferri e Taruffo<sup>18</sup>, por sua vez, entendem que as principais implicações do direito à prova, sem as quais não se pode dizer que tal direito está efetivamente assegurado, são: (a) o direito de deduzir todas as provas necessárias para demonstrar as próprias alegações das partes (*diritto di dedurre*); (b) o direito à contraprova, isto é, o direito de produzir provas que infirmem as alegações da parte adversa (*diritto alla prova contraria*); (c) a possibilidade de empregar as provas que foram deduzidas e admitidas no processo (*possibilità di far assumere*); (d) o direito à valoração da prova, ou seja, o direito a que o juiz leve em conta as provas produzidas pelas partes, pronunciando-se sobre elas na motivação de sua decisão (*diritto alla valutazione delle prove*).

Como se pode depreender, o direito fundamental à prova tem conteúdo complexo e deve ser examinado em sua dupla dimensão (objetiva e subjetiva)<sup>19</sup>.

De um lado, o direito fundamental à prova caracteriza-se como direito subjetivo das partes, logo sindicável e exigível como uma posição jurídica frente ao Estado. Nesta acepção, o direito à prova consiste no direito de as partes obterem, em condição de paridade, todas as oportunidades e meios suficientes (e adequados) para posicionar-se acerca dos fatos relevantes para o julgamento da causa, sendo dependentes não só da organização e do procedimento colocado à disposição pelo legislador, mas também da adequada aplicação e da interpretação

<sup>17</sup> CARPES, Artur. Op. cit., p. 88. Em idêntica linha de pensamento: COITINHO, Jair Pereira. Verdade e colaboração no processo civil: ou a prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada (Coords.). *Visões críticas do processo civil brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner*, 2005. p. 85-86. “Mais do que propor a demanda, o cidadão, agora jurisdicionado, tem o direito ao espaço para as alegações e produções de prova; enfim, ao debate” (BOTELHO, Guilherme. Op. cit., p. 133).

<sup>18</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile: il processo ordinario di cognizione*. 5. ed. Bolonha: Società Editrice Il Mulino, v. 1, 2011. p. 462-463.

<sup>19</sup> Acerca das funções ou dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. Os direitos fundamentais e sua dimensão organizatória. In: JOBIM, Eduardo; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *O processo na constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 881-891; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. e-book. 1 parte, cap. 5.

destas mesmas normas procedimentais e estruturas organizacionais por parte do julgador.

De outro, o direito fundamental à prova deve ser encarado como um valor a orientar o Estado Constitucional, em ordem a promover a remoção de óbices legais não razoáveis que impeçam ou dificultem a sua concretização (no plano legislativo), mas também a embasar a interpretação do ordenamento jurídico, em sua inteireza, de forma mais favorável à sua realização (no plano jurisdicional). É exatamente desta dimensão constitucional que se pode extrair a orientação de que os poderes do Estado-juiz em matéria probatória são, em verdade, deveres, exigindo-se sua efetiva (ativa) atuação controladora em relação ao procedimento probatório (proposição, admissão, produção e apreciação do *thema probandum*). Partindo-se igualmente da função objetiva do direito fundamental à prova é que se chega ao reconhecimento da existência de deveres das partes para com o Estado na reconstituição dos fatos pretéritos<sup>20</sup>.

Tendo-se como premissa lógica a existência de um autêntico direito fundamental à prova no ordenamento jurídico brasileiro, a nortear a atividade do legislador e do julgador, é que serão abordadas as questões probatórias no presente trabalho<sup>21</sup>.

## 2 PROCESSO E DIREITO MATERIAL

O reconhecimento da existência de um direito fundamental à prova pressupõe a superação do paradigma moderno (legalista), que prestigiou o discurso de separação dogmático-científica entre direito material e processo e fez prevalecer a atuação meramente normativa, a qual afasta a possibilidade de transformação da realidade social por meio do processo e promove o “abandono do mundo prático”<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> COITINHO, Jair Pereira. Verdade e colaboração no processo civil: ou a prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada (Coords.). Op. cit., p. 102.

<sup>21</sup> Evidentemente não se desconhece que as partes também têm sua carga no processo. Na realidade, pode-se destacar o fato de que nos sistemas do *common law* e do *civil law* há diferenças em os deveres probatórios estarem mais centrados nas partes ou no juiz, mas isso não é óbice para não se reconhecer que não há sistema puro, no qual só há deveres ao juiz ou só há deveres para as partes. Para uma leitura mais atenta, ver: TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Em especial as páginas 112-115.

<sup>22</sup> HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. *Relação entre direito material e processo: uma compreensão hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 21-22.

Esta noção de direito material abstrato que foi legada à modernidade (e que é adotada até mesmo por boa parte daqueles que reconhecem o caráter autônomo e instrumental do processo), é a do direito dado *a priori* pelo legislador. Não se prestigia, portanto, o direito material concreto, que decorre dos fatos da vida em torno dos quais as pretensões das partes são discutidas no processo<sup>23</sup>.

De fato, notadamente a partir do trabalho de sistematização da Escola Histórica, fundada por Savigny, o Direito Romano Imperial, em que a atividade criadora do julgador foi substituída pela vontade do imperador como fonte primária do Direito, foi o que constituiu a base para o Direito moderno<sup>24</sup>. Não se perpetuou, assim, a figura do juiz romano liberto da imposição da apreciação mecânica dos fatos, mas sim um Direito romano já tomado pelo formalismo distanciado dos fatos<sup>25</sup>. Isto acarretou a afirmação de um direito material abstrato e de uma ciência processual infensa aos influxos do direito material concreto, culminando com a concepção de uma atividade judicial formalista, reduzida à tarefa de aplicação de uma solução *prêt-à-porter* engendrada previamente pelo legislador, a qual se afigurava mais segura e controlável pelo Estado<sup>26</sup>.

A técnica característica da modernidade, portanto, inverteu a essência das coisas, aprisionando o direito material no conceito, satisfazendo-se com a limitação da tarefa do juiz à adequação do processo ao direito material abstratamente previsto na norma<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Nas palavras de Silva, “nossa formação jurídica, por força de uma longa tradição cultural, impõem-nos que pensemos o Direito através de conceitos, vendo-o constituído por fórmulas e regras, sem considerar que o direito existe nos fatos” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito material e processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 55).

<sup>24</sup> “A ciência dos juriconsultos romanos era uma ciência jurídica de valores e de aporias em que o direito era do interesse de todos os cidadãos, com a passagem do período clássico para o pós-clássico, as normas e técnicas foram colocadas a serviço do Estado e abandonando a causa do justo” (ZANETTI JR., Hermes. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 102. A identificação do jurídico como “aquilo que é justo” foi afastada pelo positivismo pelo risco de subjetivismo e pela incerteza decorrente da multiplicidade de concepções de justiça. Assim, no Estado Moderno, o *jus* deixou de identificar-se com o *justum* e passou a ser identificado como o *jussum* (comando) do soberano (BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 14 e 19).

<sup>25</sup> HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. Op. cit., p. 37.

<sup>26</sup> Idem, p. 38.

<sup>27</sup> “O direito-regra torna-se o metro que nos permite ‘enquadrar’ a realidade em ‘nossos’ esquemas jurídicos.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito material e processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Orgs.). Op. cit., p. 64)

Uma noção contemporânea de processo é justamente aquela que propõe a superação desta noção de realização de justiça como garantia da ordem jurídica abstrata, em direção a uma compreensão de que o processo é uma técnica a ser moldada, por imperativo constitucional, em perspectiva de sua função de transformação social por meio do Direito. Essa técnica deve ser estruturada para realizar o direito material concretamente (“direito material em movimento”<sup>28</sup>), retornando-se aos fatos e se abandonando postura de descompromisso em face da ausência de resultados práticos da (não) atuação do Direito<sup>29</sup>.

Vale a advertência de que não se pugna, aqui, pelo afastamento, em regra, da lei tal como concebida aprioristicamente pelo legislador, sobretudo em face do princípio democrático que fundamenta sua edição e legitima sua precedência. O que se está a defender é a superação do paradigma excessivamente legalista, diante de situações específicas que imponham ao julgador a construção de uma solução sob medida para o caso concreto, com a evolução das técnicas processuais e com os preenchimentos das lacunas legais, alicerçados pelas garantias constitucionais<sup>30</sup>.

De outra sorte, deve-se considerar que o risco de arbítrio do juiz não pode servir de argumento para a construção da solução jurídica ante as peculiaridades do caso sob julgamento, porquanto sempre restará à doutrina e aos tribunais a possibilidade de idealizar e estruturar mecanismos de controle e de previsibilidade das decisões judiciais, sem prejuízo de responsabilização sempre que verificado excesso por parte de julgador<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. Op. cit., p. 28.

<sup>29</sup> Idem, p. 26.

<sup>30</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. In: NEVES, Daniel Amorin Assumpção (Coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 329. Refere o autor: “Ninguém duvida de que o processo civil moderno deve atualizar-se para fazer frente às necessidades do direito material e da nova dinâmica da sociedade contemporânea. Tampouco se duvida de que esta mudança não pode depender apenas de alterações legislativas, pois estas, muitas vezes, demoram a ocorrer. Impõe-se, então, buscar aprimorar o processo também com a evolução na interpretação judicial, com o manejo mais ajustado das técnicas processuais postas à disposição do juiz e com o preenchimento das lacunas legais, sob o vento das garantias constitucionais”.

<sup>31</sup> ZANETI JR., Hermes. A teoria circular dos planos: direito material e direito processual. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 196.

Firmado que o processo deve ser reconhecido como um “espaço jurídico de construção do direito do caso concreto”<sup>32</sup>, direito que deflui dos fatos (mundo da vida) e não de um conceito cristalizado de direito material, impende traçar a relação entre processo e verdade.

### 3 PROCESSO E VERDADE

Como adverte Taruffo<sup>33</sup>, são muitas e de várias espécies as teorias que sustentam alguma forma de ceticismo quanto à possibilidade (ou utilidade) na busca da verdade no âmbito processual, sendo mais cômodo compartilhar qualquer destes entendimentos do que enfrentar diretamente o problema da justiça das decisões judiciais. Tal ceticismo, contudo, não deve seduzir quem se ocupa dos problemas na solução das controvérsias por meio de decisões justas, sendo certo que uma das condições para que o processo conduza a decisões jurídica e racionalmente corretas (e, pois, justas) é que esse seja orientado ao estabelecimento da verdade dos fatos relevantes da causa.

Dados os limites do presente estudo, cabe apenas referir algumas das concepções teóricas que, segundo Taruffo, afirmam ser desprovido de sentido qualquer discurso com o propósito de busca da verdade no âmbito do processo, vez que insuperável a impossibilidade de um conhecimento efetivo da realidade externa ao sujeito: (a) aquelas segundo as quais a aceitação social das decisões judiciais está condicionada aos aspectos rituais do processo (função legitimante do processo), sendo a verificação da verdade ou falsidade dos fatos, sobre os quais se desenvolve o diálogo processual, considerada absolutamente irrelevante, como, de resto, irrelevante qualquer elemento referente ao conteúdo da decisão<sup>34</sup>; (b) as concepções que vislumbram o processo como simples mecanismo de solução de controvérsias, colocando fim aos conflitos individuais privados, a despeito do caráter injusto, ilegal ou infundado (quanto à verificação errada ou falsa dos fatos da causa) da decisão<sup>35</sup>; (c) a crença de que no processo

<sup>32</sup> MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 280.

<sup>33</sup> TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Coleção processo e direito. Apres., org. e trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 38.

<sup>34</sup> Idem, p. 37-38.

<sup>35</sup> Criticando tal entendimento, Taruffo afirma que, “se o exclusivo fim do processo e da decisão é somente o de colocar fim à controvérsia, então existem outros modos mais rápidos e eficazes de obter esse escopo: assim eram os ordálios, que colocavam fim ao processo simplesmente eliminando uma das partes, sendo igualmente um resultado da sorte, como, de resto, alguém sugeriu ao menos para os casos mais difíceis, ou o lançamento de uma moeda (idem, p. 76).

somente é possível alcançar-se uma verdade processual ou formal, estando a verdade real para além de seus limites, que são impostos pelas normas que regulam a admissão, a produção e a valoração das provas, as quais não existiriam fora do processo<sup>36</sup>.

É preciso, contudo, deixar gizado o entendimento de que jamais é dado falar-se em verdade absoluta no contexto do processo. Desse ponto de vista, a verdade a ser perseguida no processo representa uma “aproximação àquela que poderia considerar como correspondência perfeita dos enunciados aos fatos reais que descrevem”<sup>37</sup>. O grau de aproximação dos enunciados aos fatos materiais descritos fica na dependência da qualidade e da quantidade das provas que fundamentam a atividade de reconstrução levada a cabo pelo juiz<sup>38</sup>.

É claro que, dados os limites impostos à reconstrução dos fatos pretéritos, não é razoável a pretensão de, como afirmado linhas atrás, obtenção da verdade absoluta, estreme de vícios ou imperfeições. A erronia dessa pretensão decorre do fato de que a aplicação do direito não se fundamenta apenas em um raciocínio de índole formal, fundado na lógica clássica, segundo o qual o raciocínio jurídico desenvolver-se-ia partindo de uma premissa maior (consubstanciada na norma legal abstrata) e de uma premissa menor (caso concreto), chegando-se a uma conclusão (manifestação do juízo concreto ou decisão). É dizer, a aplicação do direito está vinculada a discursos que articulem valores, que não se confundem com evidências racionais ou empíricas que fundamentam o raciocínio silogístico dedutivo ou indutivo<sup>39</sup>.

Com efeito, mais do que a interpretação da norma que deve aplicar como regra de decisão, o problema essencial a ser solucionado pelo juiz reside nos fatos que compõem o objeto da controvérsia e aos quais a norma deve ser aplicada. Para Taruffo, “a verificação da verdade dos fatos é condição necessária para a justiça da decisão”<sup>40</sup>. Caso não se tenha verificado o fato correspondente

---

<sup>36</sup> Idem, p. 48-49.

<sup>37</sup> Idem, p. 46.

<sup>38</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>39</sup> COITINHO, Jair Pereira. Verdade e colaboração no processo civil: ou a prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada (Coords.). Op. cit., p. 79.

<sup>40</sup> TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado...*, p. 35.

ao suporte fático, a norma, ainda que interpretada adequadamente, não pode ser corretamente aplicada como regra de decisão<sup>41</sup>.

O processo não é bastante a mera coerência narrativa, alheia a uma concepção da verdade como correspondência da descrição dos fatos à respectiva realidade efetiva. Exige-se do juiz mais do que a construção de uma boa narração a despeito do que resulta ou não resulta das provas. É dever do julgador a elaboração de uma descrição o mais aproximada possível daquilo que se verificou no mundo externo, não se devendo confundir o processo com um jogo de palavras. Não se deve reduzir o processo a um jogo de palavras, mas sim encará-lo como um “procedimento orientado à obtenção do conhecimento dos fatos, assim como verificados no mundo real”<sup>42</sup>.

É certo que, a par dos limites naturalmente impostos à obtenção da verdade no processo civil, ditados pela natural falibilidade do conhecimento humano, não se pode olvidar os limites decorrentes do próprio ordenamento jurídico, os quais constituem entraves à reconstrução dos fatos, sendo de referir as normas sobre admissibilidade da prova, notadamente as que dizem com a sua licitude, legitimidade e constitucionalidade do método de sua obtenção<sup>43</sup>.

A existência de limites fáticos e jurídicos ao alcance da verdade histórica, todavia, não autoriza a desilusão nem a inércia dos agentes processuais, não sendo lícita a renúncia quanto à busca da verdade. A aspiração máxima do processo é a reconstrução fática verossímil, suficiente a embasar o juízo<sup>44</sup>, razão pela qual ganham especial relevo, neste contexto, a dialética e o contraditório concretizados pelo diálogo no processo<sup>45</sup>.

Consideradas, pois, a variedade de questões fáticas (materiais) que subjazem ao processo, e que reclamam sua adequação para a criação da solução para o caso concreto, assim como a função do processo na busca da verdade (que, repise-se, não se confunde com certeza ou verdade absoluta), cabe indagar se a disciplina da distribuição do ônus da prova, tanto no modelo do art. 333 do

<sup>41</sup> Idem, p. 36.

<sup>42</sup> Idem, p. 44-45.

<sup>43</sup> COITINHO, Jair Pereira. Verdade e colaboração no processo civil: ou a prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada (Coords.). Op. cit., p. 77.

<sup>44</sup> Idem, p. 80.

<sup>45</sup> Idem, p. 82.

vigente Código de Processo Civil<sup>46</sup>, quanto na dicção do art. 380 do Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010)<sup>47</sup>, atende a este desiderato.

#### 4 A DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA NO MODELO DO VIGENTE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A função precípua da distribuição dos ônus probatórios no Estado Constitucional é a de organizar a atividade das partes, de molde a que estas tenham prévio conhecimento dos esforços de prova cabíveis a cada uma delas. Busca-se, com isto, a redução dos riscos de uma sentença baseada na ausência de prova, o que significaria aumentar a distância entre o processo e sua finalidade principal, qual seja a realização da justiça substancial<sup>48</sup>.

Ao prescrever que, ao autor, cabe o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito e, ao réu, o encargo de provar a ocorrência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, a regra do art. 333 do vigente Código de Processo Civil vincula-se claramente às teorias formuladas com base na posição das partes em juízo (autor ou réu) e na natureza dos fatos que embasam suas pretensões (constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos)<sup>49</sup>.

A intenção do legislador de 1973 foi a de dar primazia aos valores da segurança jurídica e da igualdade meramente formal entre as partes, típicos do paradigma liberal, do qual se infere a pretensão racionalista de conformar a realidade à lei, o que, pela própria condição imponderável da realidade material, acaba por ensejar injustiças em casos particulares. Conforme esta ótica, a distribuição estática e fechada do ônus da prova destinar-se-ia à garantia da neutralidade no tratamento das partes e da previsibilidade do procedimento,

---

<sup>46</sup> “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

<sup>47</sup> “Art. 380. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

<sup>48</sup> CARPES, Artur. Op. cit., p. 89.

<sup>49</sup> Acerca das teorias sobre o ônus da prova fundadas na natureza dos fatos, com destaque para as teorias de Chiovenda, Carnelutti e Betti: PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 44, 2011. p. 106-116.

sem o que não se poderia garantir a justiça em uma sociedade formada por iguais<sup>50</sup>. Ocorre que, superado o paradigma liberal em favor de uma concepção constitucional de processo, cabe indagar se superada também estaria a visão clássica de distribuição do ônus da prova.

De fato, é preciso reconhecer que a interpretação dos princípios da isonomia e da segurança jurídica no processo civil deve estar correlacionada com a evolução da sociedade contemporânea, não sendo suficiente uma previsão estática e definitiva acerca das regras do ônus de prova tão somente baseada na posição que as partes assumem no processo ou na natureza dos fatos que embasam suas pretensões. A isonomia deve ser entendida enquanto “isonomia no caso concreto”, a qual somente será possível se a distribuição dos ônus de prova for procedida caso a caso, de acordo com as capacidades<sup>51</sup> e limitações das partes, além de consideradas as peculiaridades do direito material (enquanto direito concreto, que decorre dos fatos) que sustenta a controvérsia.

Pela regra estática do vigente art. 333 do Código de Processo Civil, compete ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito. Quanto a tais fatos, não pesa qualquer ônus probatório sobre o réu, embora se lhe faculte a possibilidade de contraprova quanto à ilegitimidade formal ou material da prova trazida pelo autor. Somente se atribui ao réu o ônus da prova de fatos novos que trouxer ao processo, isto é, dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor (defesa indireta)<sup>52</sup>.

Há fatos específicos, contudo, em relação aos quais a prova é por demais onerosa (ou até impossível) para uma das partes, enquanto que, para a parte adversa, verifica-se relativa facilidade para desincumbir-se do encargo (por

<sup>50</sup> CARPES, Artur. Op. cit., p. 67-70.

<sup>51</sup> Sen afirma que, em contraponto às teorias de cariz contratualista ou deontológico, em que a justiça é considerada como decorrência de instituições e regras perfeitas (transcendentalismo), uma teoria da justiça não pode deixar de levar em consideração as capacidades das pessoas: “A necessidade de uma compreensão da justiça que seja baseada na realização está relacionada ao argumento de que a justiça não pode ser indiferente às vidas que as pessoas podem viver de fato. A importância das vidas, experiências e realizações humanas não pode ser substituída por informações sobre instituições que existem e pelas regras que operam. Instituições e regras são, naturalmente, muito importantes para influenciar o que acontece, além de serem parte integrante do mundo real, mas as realizações de fato vão muito além do quadro organizacional e incluem as vidas que as pessoas conseguem – ou não – viver” (SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. e-book. Introdução, p. 27 de 50.

<sup>52</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela*. 8. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 86.

razões técnicas, financeiras, profissionais ou pela maior proximidade dos fatos). A *probatio diabolica* representa justamente esta situação e pode verificar-se não só nos casos de hipossuficiência anteriormente referidas, mas também naquelas em que se exige a prova de fato negativo ou, ainda, em face de situações peculiares de direito material (erro médico, dano ambiental, acidentes de trabalho) ou de obstacularização da instrução pela parte adversa<sup>53</sup>.

Ressaltando que a insuficiência dos critérios estáticos de distribuição passou a ser constatada pela jurisprudência em determinadas situações de direito material, Peyrano e Chiappini<sup>54</sup> pontuam:

*Hasta tiempos no demasiado distantes, el tema no se prestaba a mayores sutilezas. Básicamente, las reglas de la carga probatoria seguían siendo estáticas y no eran otras que las arriba reseñadas, em cuanto a lo fundamental. Pero, ya más modernamente, la praxis – una vez más – alertó a la doctrina respecto de que dichas bases resultaban a veces insuficientes o bien inadecuadas. [...]*

*Por ello fue que, paulatinamente y al impulso de decisiones judiciales que procuraban la justicia del caso, comenzaron a nacer reglas acerca de la carga de la prueba que, inclusive, desbordaron el encuadre que realizó del tema el legislador contemporáneo.*

Conforme já afirmado, a constitucionalização do processo impõe que o intérprete, diante de tais situações, não se satisfaça com a mera aplicação de regras abstratas de distribuição do ônus da prova que desconsiderem as características das partes e do direito em questão, impedindo a produção probatória e o contraditório efetivo. Neste paradigma, forçoso é convir que as previsões contidas nas regras estáticas do art. 333 do Código de Processo Civil não mais dão conta da ampla gama de situações em que devam ser aplicadas (direitos transindividuais, demandas de massa, danos coletivos), porquanto sua feição estática e definida *a priori* obsta qualquer poder de conformação por parte do magistrado.

<sup>53</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 164-184; No mesmo sentido: CARPES, Artur. Op. cit., p. 90-99.

<sup>54</sup> PEYRANO, Jorge Walter; CHIAPPINI, Julio O. Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas”. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 15-16.

Por tal motivo, se a repartição dos esforços de prova levada a cabo aprioristicamente pelo legislador não estiver ajustada ao problema colocado à apreciação judicial, deve-se conferir ao julgador a possibilidade de distribuir dinamicamente tal ônus. Busca-se, com a relativização do esquema legal, fazer recair, sobre aquele que esteja em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas, o encargo de produzir a prova indispensável à prestação jurisdicional adequada e efetiva, a despeito da condição de autor ou réu, ou, ainda, de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos<sup>55</sup>.

É justamente desta dinamização da distribuição do ônus da prova que se cuidará a seguir.

## 5 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

O advento da Constituição Federal de 1988 não somente capacitou o processo a cumprir, mais do que a função meramente instrumental ao interesse privado das partes, a função pública de pacificar com justiça<sup>56</sup>, na medida em que acentuou não apenas a atividade e a responsabilidade do juiz no processo, mas também das partes. Tal esforço compartilhado entre os atores processuais é chamado de dever de cooperação<sup>57</sup>.

Com efeito, por meio da cooperação entre os atores processuais, a democracia, um dos cânones do Estado Constitucional, é vertida no processo, funcionando como legitimador da decisão judicial e como condição de sua justa construção no caso concreto<sup>58</sup>. O diálogo passa a ser elemento indispensável para a construção da sentença, sendo imperioso o comprometimento do juiz com os debates e com a influência exercitada pelas partes na decisão, propiciando-se não só a devida atenção às importantes peculiaridades de cada caso levado a conhecimento do Judiciário, como também a adequação do processo aos

<sup>55</sup> CARPES, Artur. Op. cit., p. 74-75.

<sup>56</sup> Idem, p. 38.

<sup>57</sup> Sobre os desdobramentos do dever de cooperação (dever de esclarecimento, dever de lealdade, dever de proteção, dever de prevenção e dever de consulta), conferir: DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: DIDIER JR., Fredie; LEVY, Wilson; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato (Coords.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 207-218.

<sup>58</sup> Como produto da democracia, o processo deve constituir-se em um espaço para o exercício direto do poder popular, isto é, “como um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, 2011. p. 50).

direitos fundamentais em jogo (igualdade substancial, efetiva e adequada tutela jurisdicional e à prova, entre outros).

Neste contexto, o problema dos ônus probatórios e de sua distribuição entre as partes passa a ocupar posição de destaque no processo. Sendo vedado ao juiz o *non liquet*, presente a necessidade de pacificar o litígio e constatada a insuficiência do material probatório, será por meio da repartição do ônus da prova que cada parte estruturará sua atividade de busca da otimização na formação do juízo de fato. A correta administração dessa tarefa pelo órgão judicial é que incrementará, substancialmente, as chances de se alcançar a decisão justa<sup>59</sup>.

A construção da decisão diante do caso concreto em uma ambiência de diálogo e cooperação passa, contudo, pela correta produção e valoração da prova quanto aos elementos de fato e de direito que subjazem à causa, o que pressupõe, por seu turno, uma distribuição adequada dos encargos probatórios entre as partes.

A técnica de dinamização dos ônus probatórios encontra-se em total consonância com esta ideia de processo civil pautado pela colaboração, em que a necessidade de garantir às partes uma efetiva igualdade impõe a observância dos deveres de cooperação nos domínios do Direito Processual Civil, mais precisamente quanto ao dever de auxílio do órgão jurisdicional para com as partes e destas para com aquele<sup>60</sup>.

A distribuição positivada, *per se*, não se torna em obstáculo intransponível para a observância do dever de cooperação, desde que se reserve ao juiz a possibilidade de alteração do esquema legal de distribuição dos ônus probatórios, sempre que estes estejam a criar dificuldades e a vulnerar a igualdade entre as partes. A ideia é, pois, a de colocar a técnica processual a serviço do direito material e dos fins últimos do processo, limitando-se o mínimo possível o desempenho dos agentes processuais, de modo que a regulação legal contenha apenas o indispensável para uma condução bem organizada do processo<sup>61</sup>. A distribuição dos ônus probatórios deve também atentar para que a atividade probatória das partes desenvolva-se em termos ótimos, de sorte que a produção

<sup>59</sup> CARPES, Artur. Op. cit., p. 40.

<sup>60</sup> MITIDIERO, D. Op. cit., p. 81-86.

<sup>61</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo do no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 173.

da prova alcance o grau máximo de efetividade na sua função de esclarecer a verdade acerca das alegações fáticas que constituem a controvérsia judiciária<sup>62</sup>.

Com vistas a dar solução a situações claramente injustas verificadas na jurisprudência, resultantes da distribuição estática do ônus da prova baseada na natureza dos fatos e na posição das partes no processo, a doutrina, sobretudo pelas mãos de juristas argentinos<sup>63</sup>, sistematizou a teoria das cargas probatórias dinâmicas, que consiste em atribuir o ônus da prova à parte que se encontre em melhores condições profissionais, técnicas ou fáticas para produzir a prova do fato controvertido<sup>64</sup>.

Tal como concebida em sua formulação original, a repartição dinâmica do ônus da prova consubstancia-se em solução subsidiária à regra legal de distribuição, sempre que constatada situação de manifesta injustiça<sup>65</sup>. Sobre o tema, Godinho<sup>66</sup> preleciona:

Como decorrência da insuficiência das regras clássicas de distribuição do ônus da prova, vem merecendo a atenção da doutrina a denominada “teoria dinâmica do ônus da prova”. Essa teoria foi batizada com essa denominação pelo processualista argentino Jorge W. Peyrano, mas não revela uma idéia [sic] absolutamente original, nem mesmo uma vinculação com essa nomenclatura, embora se possa dizer que possivelmente a idéia [sic] subjacente a essa teoria será mesmo

<sup>62</sup> CARPES, Artur. Op. cit., p. 89.

<sup>63</sup> Pacífico menciona Jorge W. Peyrano e Julio O. Chiappini como os pioneiros no estudo sobre o ônus dinâmico das provas (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Op. cit., p. 222-223).

<sup>64</sup> Sobre o tema, Peyrano invoca enunciado cunhado pela Comisión de Derecho Procesal nas Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático: “La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del onus probandi, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, em cabeza de quien está en meros condiciones técnicas, profesionales o fáticas para pruducirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos” (PEYRANO, Jorge Walter. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 19-20).

<sup>65</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Op. cit., p. 223.

<sup>66</sup> GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova e a constituição. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). Op. cit., p. 305-306.

conhecida como distribuição “dinâmica” do ônus da prova. A idéia [sic] básica dessa teoria é a facilidade para a produção da prova, suportando o ônus aquele que estiver em melhores condições de produzi-la. Isso significa que a distribuição do ônus da prova dependerá do caso concreto, não havendo nenhuma vinculação a regras fixadas aprioristicamente, flexibilizando o regramento clássico que, em uma postura estática, pretendia regular abstratamente todas as situações.

Neste passo, importante trazer à colação as palavras de Peyrano<sup>67</sup>:

*Que, entonces, no se interprete mal. De lo que se trata es, pues, no de propiciar outra regla rígida de distribución de la carga de la prueba que concurre en um pie de igualdad com los parâmetros legalmente regulados, sino de formular una pauta “excepcional” que sólo puede funcionar allí donde aquéllas manifiestamente operan mal porque fueron elaboradas para supuestos “normales y corrientes” que no son los correspondientes al caso.*

Desta forma, ainda que se admita a manutenção da regra legal e apriorística de distribuição do ônus da prova para a maioria dos casos, não se pode negar que tais critérios não são capazes de conduzir a uma decisão justa para todas as situações, hipótese em que a teoria dinâmica dos ônus probatórios assume a tarefa de distribuir, da forma mais equânime, os encargos inerentes à atividade probatória.

Deve-se advertir, entretanto, que a dinamização do ônus da prova não pode conduzir a surpresas nocivas, injustiças e impedimentos ao livre exercício do contraditório substancial, daí porque a necessidade de se informar previamente as partes acerca desta possibilidade. Afinal, não seria lícito, à guisa de evitar-se uma injustiça, perpetrar-se outra.

Por tal motivo, deve o magistrado, presente a possibilidade de aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, advertir expressamente as partes, seja por ocasião da audiência preliminar prevista no art. 331 do Código de Processo

---

<sup>67</sup> PEYRANO, Jorge Walter. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). Op. cit., p. 24.

Civil, seja mediante despacho saneador; tudo em decisão devidamente fundamentada<sup>68</sup>, em ordem a permitir a sindicabilidade das razões do julgador<sup>69</sup>.

Busca-se, como dito anteriormente, evitar-se a *probatio diabolica* inversa, isto é, simplesmente transferir-se o encargo probatório excessivamente oneroso de uma parte à outra. Mesmo nas relações de consumo<sup>70</sup>, em que a lei admite expressamente a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor hipossuficiente, não é possível determinar qualquer modificação na distribuição do ônus da prova se isso significar encargo insuportável ou excessivo à parte onerada<sup>71</sup>.

Pode-se objetar que a atribuição de tal prerrogativa ao magistrado poderia acarretar a completa indeterminação e descontrole de seus poderes, o que resultaria em um processo completamente desprovido de formas, guiado segundo o livre arbítrio do juiz, com provável prejuízo à igualdade substancial entre as partes e violação do direito fundamental à segurança jurídica.

Ocorre que este ativismo<sup>72</sup> é, em certa medida, decorrente da tomada de consciência de que o juiz é também um agente do poder estatal, com competências

<sup>68</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 182.

<sup>69</sup> Quanto ao imperativo de evitar surpresas nocivas ao contraditório, Peyrano preleciona: “*El primer punto de la conclusión en estudio recoge cierta tendencia a ‘agitar el fantasma’ de la indefensión, cuando algún tribunal aplica oficiosamente la doctrina de marras, y ello lo hace recién al momento de emitir la sentencia de mérito. [...] Posteriormente, se propone de lege ferenda que si se adoptara en el futuro alguna especie de audiencia preliminar, sería conveniente tomar el recaudo de alertar a las partes acerca de que las circunstancias del caso hacen que tal o cual litigante deberá soportar un esfuerzo probatorio especial, distinto y superior al que surge del reparto normal y corriente del onus probandi*” (PEYRANO, Jorge Walter. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). Op. cit., p. 23-24).

<sup>70</sup> “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.”

<sup>71</sup> CARPES, Artur. Op. cit., p. 91.

<sup>72</sup> “A diferença entre juiz ‘ativo’ e juiz ‘autoritário’ é confirmada pela circunstância de a função ‘ativa’ do juiz no que concerne à produção das provas configurar-se claramente como complementar e supletiva com relação à atividade probatória das partes, com a consequência de que quando essas exercem de forma completa os seus direitos de produção de todas as provas disponíveis e fornecem ao juiz elementos suficientes para verificação dos fatos – como normalmente acontece na praxe – não existe qualquer necessidade de o juiz exercer seus poderes. Absolutamente diferente seria uma função inquisitória e autoritária de um juiz que produz provas de ofício, de iniciativa própria e expropriando as partes de seus direitos e das garantias que titularizam no âmbito do processo. De semelhante função, no entanto, não existe qualquer resquício nos ordenamentos modernos”. (TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado...*, p. 72)

expressamente previstas na Constituição e, em última instância, investido em decorrência da democracia indireta praticada nos Estados Constitucionais contemporâneos. Destarte, não haveria qualquer razão para enclausurá-lo em “cubículos formais do procedimento”<sup>73</sup>, com pouquíssima liberdade criativa. O apego ao formalismo excessivo conduziria, via de consequência, à exaltação das prescrições formais com um fim em si mesmo, de modo incompatível com as finalidades sociais do processo contemporâneo.

A teoria dinâmica do ônus da prova revela-se, portanto, muito mais consentânea com a atual compreensão da atividade do julgador<sup>74</sup>. É superada a visão do juiz inerte, passivo, havendo de ser substituída pela figura de um agente processual ativo, atuando em conjunto com as partes para a reconstrução dos fatos<sup>75</sup>.

A dinamização do ônus da prova é consectário do direito fundamental à prova e atende ao paradigma contemporâneo de processo, sendo lícito ao juiz tratar de forma particularizada a questão do ônus da prova, ainda quando ausente norma expressa neste sentido, desde que devidamente fundamentada a decisão.

A despeito de ser admitida a atuação judicial em caso de ausência ou de insuficiência das prescrições legais, cumpre avaliar a conveniência e a utilidade de inserir-se na legislação, a possibilidade de distribuição dinâmica dos ônus da prova. É o que se fará, a seguir, quanto à disciplina introduzida no Projeto de Novo Código de Processo Civil.

---

<sup>73</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 188. “[...] eventuais ou excepcionais comportamentos abusivos de algum magistrado não devem impressionar no sentido de fechar a todos os juízes, de modo absoluto, as portas para um sadio ativismo probatório” (CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório...*, p. 262).

<sup>74</sup> “A liberdade do magistrado deve ser atrelada sempre à responsabilidade. Logo, a decisão, que distribui a carga da prova deve ser motivada, levando em consideração fatores culturais, sociais e econômicos, bem como princípios e valores contemporâneos. Percebe-se, pois, que a distribuição dinâmica do *onus probandi* amplia os poderes do juiz, tornando-o um intérprete ativo e criativo, um *problem solver* e *policy-maker*, além de assumir, freqüentemente [*sic*], o papel de uma *Law-maker*”. (CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 343)

<sup>75</sup> Esta é justamente a concepção do modelo de processo cooperativo, em que o juiz assume dupla função, isto é, assume posição de igualdade no diálogo com as partes, mas mantém posição assimétrica quando da decisão. (MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. Op. cit., p. 67.

## 6 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010), em seu texto mais recente<sup>76</sup>, trouxe, no art. 380<sup>77</sup>, algumas inovações quanto à distribuição do ônus da prova<sup>78</sup>, apesar de manter-se atrelado, como regra, às teorias formuladas com base na posição das partes em juízo (autor ou réu) e na natureza dos fatos que embasam as pretensões de autor e réu (constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos)<sup>79</sup>.

A manutenção de tais critérios como regra geral de repartição dos ônus probatórios é bastante criticável, sobretudo quando se considera que não existe qualquer parâmetro para a qualificação de certo fato como constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo. Pacífico, referindo-se à redação do art. 333 do vigente CPC (repetida pelo projeto do novo Código de Processo Civil),

<sup>76</sup> O referido projeto de lei foi remetido ao Senado Federal, em 27.03.2014, passando a tramitar naquela casa legislativa como Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) nº 00166/2010, cuja tramitação mais recente data de 01.09.2014, sem, contudo, qualquer alteração quanto aos dispositivos sobre o ônus da prova (BRASIL. Congresso. Senado. SCD – Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado, nº 166, de 2010. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=116731](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731)>. Acesso em: 20 out. 2014.

<sup>77</sup> “Art. 380. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

<sup>78</sup> Algumas destas mudanças estão previstas, também, no projeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (PL 5.139/2009), em trâmite na Câmara dos Deputados, que, além de consagrar o dever de colaboração de todos os partícipes do processo na produção das provas (art. 3º, VII), prevê que, na audiência preliminar e em decisão fundamentada, o juiz: (a) distribua a responsabilidade pela produção da prova levando em conta conhecimentos técnicos e informações detidas pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração (art. 20, IV); (b) distribua esta responsabilidade conforme ajuste prévio entre as partes, desde que tal acordo não torne excessivamente difícil o direito de uma delas (art. 20, V); (c) possa rever, a todo momento, o critério de distribuição diante de fatos novos, observados o contraditório e a ampla defesa (art. 20, VI); (d) observe o dever de esclarecer às partes sobre a distribuição do ônus da prova (art. 20, VII) (BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.139/2009. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=651669&filename=PL+5139/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=651669&filename=PL+5139/2009)>. Acesso em: 20 out. 2014).

<sup>79</sup> Estas teorias, segundo destaca Pacífico, foram contributos da doutrina italiana ao Direito brasileiro, tendo sido adotada por nomes como Chiovenda, Canelutti e Betti (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Op. cit., p. 117.

afirma que o “critério expresso na legislação brasileira é de *per si* insuficiente, tornando necessário utilizar outro critério para a qualificação dos fatos, que não pode prescindir da análise do direito substancial”<sup>80</sup>.

Embora afigurem-se mais adequadas, como defendido por Pacífico<sup>81</sup>, as teorias de Rosenberg e de Micheli (a primeira, ressaltando a importância do direito substancial para a distribuição do ônus da prova, e a segunda, salientando o papel das pretensões deduzidas pelas partes) como critério geral de repartição dos encargos probatórios, deixa-se de abordar esta matéria, dado que o presente estudo concentra-se na análise da possibilidade de aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova no sistema processual vigente, assim como da conveniência de sua consagração expressa no regime a ser inaugurado, caso entre em vigor o Projeto de Novo Código de Processo Civil.

Antes de adentrar-se o exame das alterações propostas no projeto quanto à dinamização dos ônus probatórios, é preciso posicionar-se quanto à necessidade e à conveniência da previsão expressa em lei. De fato, a prevalecer a tese defendida neste estudo, de que a repartição dinâmica do encargo probatório prescinde de expressa autorização legal, porquanto esta possibilidade deflui como consectário direto do direito fundamental à prova e da constitucionalização do processo, poder-se-ia, em um olhar menos atento, qualificar o permissivo legal como destituído de qualquer utilidade.

A regulação legal, todavia, não é despicienda. Como adverte Peyrano<sup>82</sup>, a incorporação das construções doutrinárias e jurisprudenciais pelo texto

---

<sup>80</sup> Idem, p. 148.

<sup>81</sup> Idem, ibidem. Para uma compreensão sobre o tema, além da obra de Pacífico, recomenda-se conferir: ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de pruebas judiciales*. Bogotá: Temis, 1969; ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2. ed. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: B de F, 2002; MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1989.

<sup>82</sup> “Se recomienda la regulación legal del ideario ínsito en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Resultaría, en cambio, inconveniente su incorporación legislativa a través de disposiciones taxativas, demasiado casuísticas y que puedan interpretarse de manera inflexible, dificultándose así el necesario ajuste de la decisión respectiva a las circunstancias del caso. [...] Desde el punto de vista personal y luego de algunas vacilaciones, nos hemos persuadido de las bondades de dicha recomendación. Es que, guste o no, lo cierto es que el aval legislativo expreso de una institución es importante y crucial a la hora de decidir los jueces respecto de la posibilidad de aplicar tal o cual figura ‘novedosa’. En la especie, se ha tenido el tino de declarar, asimismo, la inconveniencia de componer fórmulas legales demasiado rígidas y casuísticas, por ir ello a contrapelo de la connatural adaptabilidad a las circunstancias del caso propia de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Bastaría, entonces, con alguna alusión del legislador apta para dar pie para que los estrados judiciales puedan dar debido y circunstanciado cauce a la doctrina en comentario”. (PEYRANO, Jorge Walter. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). Op. cit., p. 22).

normativo funciona como um aval importante, embora não imprescindível, para reforçar a legitimidade das decisões judiciais e, até mesmo, como forma de dar maior publicidade da teoria da distribuição dinâmica no seio da comunidade jurídica. Há de se evitar, apenas, a utilização de disposições demasiado taxativas ou casuísticas, as quais, por demais minudentes, podem engessar o campo de atuação do julgador e atuar em contraste com a necessidade de adaptabilidade às peculiaridades do caso concreto. Criar-se-ia, com isto, uma regra estática para a distribuição dinâmica!

Felizmente, a opção do legislador no projeto de lei foi por um texto de tectura aberta<sup>83</sup>, admitindo a repartição do ônus da prova de modo diverso da regra geral (posição das partes e natureza dos fatos), nas hipóteses previstas em lei ou quando as peculiaridades da causa assim recomendarem, a critério do juiz. A dinamização poderá, assim, dar-se *ope legis*, sempre que seja estabelecida previamente pelo legislador para situações específicas, ou *ope judicis*, quando a decisão acerca da distribuição for deixada ao alvedrio do magistrado de acordo com as peculiaridades da caso sob julgamento<sup>84</sup>.

Em seu art. 380, § 1º, o Projeto do Novo CPC consagrou a possibilidade de distribuição do ônus da prova, nos casos previstos em lei ou consideradas as circunstâncias do caso concreto pelo juiz, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, desde que por decisão devidamente fundamentada e garantida, à parte a quem o encargo foi atribuído, a oportunidade de prévia manifestação.

Na linha do que foi exposto ao longo deste estudo, percebe-se que o legislador foi feliz na redação do dispositivo. Primeiro, porque a lei conferiu ao julgador a função de aferir o cabimento da distribuição somente à vista do caso concreto, abrindo mão de definir exaustivamente as hipóteses de cabimento, embora tenha resguardado a possibilidade de previsão legal específica. O condicionamento para a dinamização ficou apenas por conta do que a doutrina já apontava como adequado, isto é, a verificação da excessiva onerosidade para a

<sup>83</sup> “O direito inclui, hoje, uma forte dose de indeterminação, quer pela sua submissão aos parâmetros de justiça, aferíveis da Constituição, quer pela dissociação entre texto e norma, mais notadamente agora, pela profusão de normas de tectura aberta, que não contêm a *fattispecie* e a consequência jurídica de forma determinada. Assim, abrem espaço para a determinação judicial”. (ZANETI JR., Hermes. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Op. cit., p. 120).

<sup>84</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros Op. cit., p. 121.

parte a quem competiria a produção da prova pela regra geral ou, ainda, a maior facilidade para a parte na produção da prova. Segundo, porque o dispositivo legal exigiu que a distribuição de modo diverso da regra geral seja determinada em decisão fundamentada, oportunizando às partes a possibilidade de controle das razões do magistrado e o “direito ou possibilidade de influir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado da demanda”<sup>85</sup> (contraditório em sua dimensão substancial).

Em seu § 2º, o art. 380 do referido projeto de lei veda expressamente a possibilidade de distribuição do ônus da prova que importe em encargo excessivo ou impossível à parte onerada. Neste dispositivo, o legislador pretendeu afastar a possibilidade de ocorrência da já mencionada *probatio diabolica* inversa, em que, a pretexto de salvaguardar uma das partes do ônus excessivo na produção da prova, o julgador venha a onerar a parte adversa com ônus igualmente excessivo ou, até mesmo, impossível, o que, sem dúvida, não é a *ratio* da teoria da distribuição dinâmica.

Conclui-se, portanto, que a inovação legislativa foi construída adequadamente e virá ao encontro do anseio, já manifesto na doutrina e vivenciado na prática dos tribunais, de repartição mais isonômica do encargo probatório, tudo em prol de uma reconstrução dos fatos o mais verossímil possível no âmbito do processo, ensejadora de uma prestação jurisdicional concretizadora dos direitos fundamentais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste estudo, demonstrou-se que, com a superação do paradigma legalista moderno e a adoção de uma concepção constitucional do processo, o direito à prova deslocou-se do campo estrito do direito processual e passou a ser encarado como instrumental e essencial à concretização dos direitos fundamentais, notadamente do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Por outro lado, restou evidenciado que a repartição dos ônus probatórios não deve servir apenas à tutela do direito material cristalizado em um conceito legal, mas sim à construção de um direito material concreto, dinâmico e que deflui dos fatos corretamente apurados no âmbito do processo, o que pressupõe que os agentes processuais atuem em colaboração e diálogo.

---

<sup>85</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 258-259; DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 15. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2013. p. 56-57.

Assim sendo, tem-se que a observância estrita de uma regra estática de distribuição dos encargos probatórios pode, em casos específicos, significar o abandono do mundo prático (mundo da vida) e do fim precípua de construir uma decisão justa para o caso concreto, decisão esta que não pode ser alcançada sem que o processo seja estruturado com vistas à busca da verdade, a qual não se confunde com as ideias de certeza ou de verdade absoluta, mas com a reconstrução fática o mais verossímil possível da realidade histórica.

Por tal motivo, se a repartição dos esforços de prova levada a cabo aprioristicamente pelo legislador não estiver ajustada ao problema colocado à apreciação judicial, deve-se conferir ao julgador a possibilidade de distribuir dinamicamente tal ônus. Busca-se, com a relativização do esquema legal, fazer recair, sobre aquele que esteja em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas, o encargo de produzir a prova indispensável à prestação jurisdicional adequada e efetiva, a despeito da condição de autor ou réu, ou, ainda, de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.

Não seduz a objeção de que a atribuição de tal prerrogativa ao magistrado poderia acarretar a completa indeterminação e descontrole de seus poderes, porquanto a decisão pela repartição do ônus probatório deve ser determinada pelo juiz em decisão fundamentada e observado o contraditório efetivo, garantindo-se às partes não só a possibilidade de sindicarem as razões do julgador como a de influir em seu convencimento. A figura de um juiz inerte, passivo, não se coaduna com as finalidades sociais do processo contemporâneo.

A despeito de ser admitida distribuição dinâmica do ônus da prova independentemente de expressa autorização legal, o fato é que a introdução de um permissivo legal no projeto do Novo Código de Processo Civil, sem disposições demasiado taxativas ou casuísticas, veio em boa hora, visto que a consagração das construções doutrinárias e jurisprudenciais pelo texto normativo funciona como um aval importante, embora não imprescindível, para reforçar a legitimidade das decisões judiciais e, até mesmo, como forma de dar maior publicidade da teoria da distribuição dinâmica no seio da comunidade jurídica.

## REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo do no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. In: NEVES, Daniel Amorin Assumpção (Coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Coleção Alvaro de Oliveira: estudos de processo e constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 1, 2010.

COITINHO, Jair Pereira. Verdade e colaboração no processo civil: ou a prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada (Coords.). *Visões críticas do processo civil brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner*, 2005.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile: il processo ordinario di cognizione*. 5. ed. Bolonha: Società Editrice Il Mulino, v. 1, 2011.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 15. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2013.

\_\_\_\_\_. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: DIDIER JR., Fredie; LEVY, Wilson; NALINI, José Renato.; RAMOS, Glauco Gumerato (Coords.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela*. 8. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de pruebas judiciales*. Bogotá: Temis, 1969.

GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova e a constituição. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009.

HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. *Relação entre direito material e processo: uma compreensão hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (Org.). *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana na aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: JusPodivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1989.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, 2011.

\_\_\_\_\_. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, n. 1, p. 67-77.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 44, 2011.

PEYRANO, Jorge Walter. Nuevos lineamientos de las cargas probatórias dinámicas. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatórias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

\_\_\_\_\_; CHIAPPINI, Julio O. Lineamentos de las cargas probatórias “dinâmicas”. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2. ed. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: B de F, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. ebook.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais e sua dimensão organizatória. In: JOBIM, Eduardo; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *O processo na constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. ebook.

SILVA, Solange Sprandel. *Direito probatório e sua valoração no processo civil*. Florianópolis: Insular, 2011.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito material e processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. *Processo civil comparado: ensaios*. Coleção processo e direito. Apres., org. e trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. A teoria circular dos planos: direito material e direito processual. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela*

jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2012.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. *Ônus da prova: no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2009.

