

PROCESSO JUSTO, COLABORAÇÃO E ÔNUS DA PROVA

Daniel Mitidiero*

INTRODUÇÃO

O processo justo é a fórmula mínima do processo no Estado Constitucional (art. 5º, inciso LIV, da CRFB). A razão pela qual a doutrina impõe a observância do direito ao processo justo como condição de validade do processo no Estado Constitucional é bastante conhecida – a sua observação é condição necessária e indispensável, embora não suficiente, para obtenção de decisões justas¹. Trata-se de imposição inerente a qualquer espécie de processo – seja civil, trabalhista ou penal.

Dentre os seus elementos essenciais, consta o direito à colaboração no processo², que impõe ao juiz um duplo papel na sua condução: paridade no diálogo e assimetria apenas no momento da decisão³. Como observa eloquentemente a doutrina, “*le procès équitable implique un principe de coopération efficiente des parties et du juge dans l’élaboration du jugement vers quoi est tendue toute procédure*”⁴. Ao seu lado, compõe ainda o direito ao processo justo o direito à prova – que, de seu turno, impõe adequada compreensão e distribuição das normas sobre o ônus da prova no processo⁵.

O presente ensaio visa a entrelaçar esses dois direitos – visa a delinear o direito à colaboração no processo e a outorgar chaves para adequada compreensão do ônus da prova no processo civil do Estado Constitucional.

* Professor de Direito Processual Civil dos Cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UFRGS; Doutor em Direito (UFRGS); Membro da International Association of Procedural Law (IAPL) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP); Advogado.

- 1 Michele Taruffo, “*Idee per una Teoria della Decisione Giusta*”, *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 224.
- 2 Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 623/627.
- 3 Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 85/86.
- 4 Loïc Cadiet, Jacques Normand e Soraya Amrani Mekki, *Théorie Générale du Procès*. Paris: PUF, 2010, p. 385.
- 5 In: Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 660/661.

1 – O DIREITO À COLABORAÇÃO NO PROCESSO

Problema central do processo está na equilibrada organização de seu formalismo⁶ – vale dizer, da “divisão do trabalho” entre os seus participantes⁷. O *modelo* do nosso processo justo é o *modelo cooperativo* – pautado pela *colaboração* do juiz para com as partes⁸.

A colaboração é um *modelo* que visa a organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira *comunidade de trabalho* (*Arbeitsgemeinschaft*), em que se privilegia o *trabalho processual em conjunto* do juiz e das partes (*prozessualen Zusammenarbeit*)⁹. Em outras palavras: visa a dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma *equilibrada* o trabalho entre todos os seus participantes. Como modelo, a

-
- 6 O formalismo compreende a “delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo” (Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil* – Proposta de um Formalismo-Valorativo, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28).
- 7 A expressão é de José Carlos Barbosa Moreira, “O Problema da ‘Divisão do Trabalho’ entre Juiz e Partes: Aspectos Terminológicos”, *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35/44, Quarta Série.
- 8 Sobre o assunto, Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil* – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos, 2. ed. São Paulo: RT, 2011; “Colaboração no Processo Civil como *Prêt-à-Porter*? Um Convite ao Diálogo para Lênio Streck”, *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, p. 55/68, n. 194; Alvaro de Oliveira, “Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo”, *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, n. 90; Fredie Didier Júnior, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 46; “Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo”, *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, p. 219, n. 198; Lúcio Grassi, “Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real”, *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 6; Humberto Theodoro Júnior, “Juiz e Partes dentro de um Processo Fundado no Princípio da Cooperação”, *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2011, p. 64, n. 102; Igor Raatz dos Santos, “Processo, Igualdade e Colaboração: os Deveres de Esclarecimento, Prevenção, Consulta e Auxílio como Meio de Redução das Desigualdades no Processo Civil”, *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, p. 47/80, n. 192; “A Organização do Processo Civil pela Ótica da Teoria do Estado: a Construção de um Modelo de Organização do Processo para o Estado Democrático de Direito e o seu Reflexo no Projeto do CPC”. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011, p. 97/132, n. 75; Paulo Hoffman, *Saneamento Compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 47/55; Artur Carpes, *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 31/40; Júlio Lanes, *Audiências: Conciliação, Saneamento, Prova e Julgamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 108/114. Na doutrina estrangeira, Eduardo Grasso, “*La Collaborazione nel Processo Civile*”, *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1966; Rudolf Wassermann, *Der Soziale Zivilprozess – Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied und Darmstadt: Hermann Luchterhand Verlag, 1978, especialmente p. 97/125; Bernhard Hahn, *Kooperationsmaxime im Zivilprozeß? Grenzverschiebungen in der Verantwortung von Parteien und Gericht bei der Tatsachenbeschaffung und Sachverhaltseforschung im neuen Zivilprozeßrecht*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1983; Reinhard Greger, “*Kooperation als Prozessmaxime*”. In: Gottwald, Peter; Greger, Reinhard; Prütting, Hans (coords.), *Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa*. Bielefeld: Verlag Gieseking, 2000, p. 77/84.
- 9 Rudolf Wassermann, *Der Soziale Zivilprozess – Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied und Darmstadt: Hermann Luchterhand Verlag, 1978, p. 97.

colaboração rejeita a jurisdição como polo metodológico do processo civil, ângulo de visão evidentemente unilateral do fenômeno processual, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo como centro da sua teoria¹⁰, concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática insita ao Estado Constitucional¹¹.

Semelhante modelo processual resulta da *superção histórica* – e, pois, cultural – dos modelos de *processo isonômico* e de *processo assimétrico*¹². Há quem caracterize a cooperação, ainda, a partir das conhecidas linhas do *processo dispositivo* e do *processo inquisitório*¹³. Seja qual for a perspectiva, é certo que a análise histórico-dogmática da *tradição* processual mostra o rastro pelo qual se formou e ganhou corpo a colaboração no nosso contexto processual.

A colaboração é um modelo que se estrutura a partir de *pressupostos culturais* que podem ser enfocados sob o ângulo *social, lógico e ético*¹⁴. Do ponto de vista social, *o Estado Constitucional de modo nenhum pode ser confundido com o Estado-Inimigo*. Nessa quadra, assim como a sociedade pode ser compreendida como um empreendimento de cooperação entre os seus membros visando à obtenção de proveito mútuo¹⁵, também o Estado deixa de ter um papel

-
- 10 Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 48/50.
- 11 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 89.
- 12 Sobre os modelos de processo isonômico e de processo assimétrico, Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 71/115, com ampla exposição bibliográfica, com destaque para as obras de Nicola Picardi e Alessandro Giuliani (de ambos, *La Responsabilità del Giudice*. Milano: Giuffrè, 1995; do primeiro, “*Processo Civile: c) Diritto Moderno*”. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, vol. XXXVI; “*Audiatur et Altera Pars – Le Matrici Storico-Culturali del Contraddittorio*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2003; do segundo, *Il Concetto di Prova – Contributo alla Logica Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971; “*L’Ordo Judicarius Medioevale – Riflessioni su un Modello Puro di Ordine Isonomico*”, *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1988). Adotando ainda expressamente a colaboração como modelo processual civil, Fredie Didier Júnior, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 46/49; Artur Carpes, *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 61/65.
- 13 É o caminho trilhado por Eduardo Grasso, “*La Collaborazione nel Processo Civile*”, *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1966, e Rudolf Wassermann, *Der Soziale Zivilprozess – Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied und Darmstadt: Hermann Luchterhand Verlag, 1978, especialmente p. 97/125, em que se tem como pano de fundo o aspecto liberal e social das instituições processuais. No Brasil, pelo mesmo caminho, Fredie Didier Júnior, “Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo”, *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, p. 219, n. 198. Igualmente, Dierle Nunes, *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 39/140, nada obstante não fale expressamente em colaboração. Embora a literatura sobre processo dispositivo e processo inquisitório seja imensa, é possível buscar bom panorama em Mauro Cappelletti, *La Testimonianza della Parte nell Sistema dell’Oralità*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 303/375, vol. I.
- 14 Com maior vagar, Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 71/115.
- 15 Marie-Emma Boursier, *Le Principe de Loyauté en Droit Processuel*. Paris: Dalloz, 2003, p. 297.

de pura abstenção e passa a ter que prestar positivamente para cumprir com seus deveres constitucionais. Do ponto de vista lógico, o processo cooperativo pressupõe o reconhecimento do *caráter problemático do Direito*, reabilitando-se a sua *feição argumentativa*. Passa-se da lógica apodítica à lógica dialética¹⁶. Finalmente, do ponto de vista ético, o processo pautado pela colaboração é um processo *orientado pela busca*, tanto quanto possível, *da verdade*¹⁷, e que, para além de emprestar relevo à *boa-fé subjetiva*, também exige de todos os seus participantes a observância da *boa-fé objetiva*¹⁸, sendo igualmente seu destinatário o juiz¹⁹.

O modelo de processo pautado pela colaboração visa a outorgar *nova dimensão ao papel do juiz na condução do processo*. O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando

-
- 16 Alvaro de Oliveira, “A Garantia do Contraditório”. In: *Do Formalismo no Processo Civil*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 231.
- 17 Michele Taruffo, “*Idee per una Teoria della Decisione Giusta*”, *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 224. Para uma ampla discussão do problema da verdade na perspectiva do processo, Michele Taruffo, *La Semplice Verità – Il Giudice e la Costruzione dei Fatti*. Roma: Laterza, 2009, p. 74/134; *La Prova dei Fatti Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 1/66; Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y Verdad en el Derecho*, 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 55/78. Para um diálogo crítico, Daisson Flach, *A Verossimilhança no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2009.
- 18 O que implica reconhecer uma série de *comportamentos* como vedados aos seus participantes. A boa-fé objetiva revela-se no comportamento merecedor de fé, que não frustre a confiança do outro. Age com comportamento adequado aquele que não abusa de suas posições jurídicas. A doutrina aponta que são manifestações da proteção à boa-fé no Direito a *exceptio doli*, o *venire contra factum proprium*, a inalegabilidade de nulidades formais, a *supressio* e a *surrectio*, o *tu quoque* e o desequilíbrio no exercício do direito (na doutrina em geral, Antônio Menezes Cordeiro, *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001; na doutrina brasileira, Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2000). Em todos estes casos há abuso do direito e frustração à confiança e, daí, à boa-fé como regra de conduta. A *exceptio doli* é a exceção que tem a pessoa para paralisar o comportamento de quem age dolosamente contra si. O *venire contra factum proprium* revela a proibição de comportamento contraditório. Traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Age contraditoriamente quem, dentro do mesmo processo, frustra a confiança de um de seus participantes. A inalegabilidade de vícios formais protege a boa-fé objetiva na medida em que proíbe a alegação de vícios formais por quem a eles deu causa, intencionalmente ou não, desde que por aí se possa surpreender aproveitamento indevido da situação criada com a desconstituição do ato. A *supressio* constitui a supressão de determinada posição jurídica de alguém que, não tendo sido exercida por certo espaço de tempo, crê-se firmemente por alguém que não mais passível de exercício. A *supressio* leva a *surrectio*, isto é, ao surgimento de um direito pela ocorrência da *supressio*. O *tu-quoque* traduz a proibição de determinada pessoa exercer posição jurídica oriunda de violação de norma jurídica por ela mesma patrocinada. O direito não pode surgir de uma violação ao próprio Direito ou, como diz o velho adágio do *Common Law*, *equity must come with clean hands*. A ideia de desequilíbrio no exercício do direito revela, em seu conjunto, o despropósito entre o exercício do direito e os efeitos dele derivados. Três são as manifestações do exercício desequilibrado do direito: o exercício inútil danoso, a ideia subjacente ao brocardo *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* e a desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem (Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Código de Processo Civil Comentado*, 3. ed. São Paulo: RT, 2011; também, Fredie Didier Júnior, *Op. Cit.*, p. 79/103).
- 19 Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 106.

impõe suas decisões. *Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão*²⁰.

A colaboração no processo é um *princípio jurídico*²¹. Ela impõe um *estado de coisas* que tem de ser promovido²². O fim da colaboração está em servir de elemento para organização de processo justo idôneo a alcançar decisão justa²³. Para que o processo seja organizado de forma justa os seus participantes têm de ter *posições jurídicas equilibradas* ao longo do procedimento. Portanto, é preciso perceber que a organização do processo cooperativo envolve – antes de qualquer coisa – a necessidade de um *novo dimensionamento de poderes no processo*, o que implica necessidade de *revisão da cota de participação* que se defere a cada um de seus participantes ao longo do arco processual. Em outras palavras: *a colaboração visa a organizar a participação do juiz e das partes no processo de forma equilibrada*.

A colaboração impõe a organização de processo cooperativo – em que haja colaboração entre os seus participantes. *O legislador tem o dever de perfilar o processo a partir de sua normatividade, densificando a colaboração no tecido processual*. E aqui importa desde logo deixar claro: *a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes*. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio²⁴.

A colaboração estrutura-se a partir da previsão de *regras* que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo. O juiz tem os deveres de *esclarecimento*, de *diálogo*, de *prevenção* e de *auxílio* para com os litigantes. É assim

20 Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 81. Com expressa adesão, Fredie Didier Júnior, Op. Cit., p. 48.

21 Partimos aqui da acatada concepção de princípio sustentada por Humberto Ávila (Teoria dos Princípios, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008), cuja seriedade e importância são atestadas não só pelo debate que vem suscitando no Brasil, mas também pela sua circulação no cenário internacional com a publicação de versões de seu trabalho sobre o assunto em alemão (*Theorie der Rechtsprinzipien*), com prefácio de Claus-Wilhelm Canaris, e em inglês (*Theory of Legal Principles*), com prefácio de Frederick Schauer. Para uma detalhada exposição da colaboração como princípio jurídico, partindo igualmente da obra de Humberto Ávila, Fredie Didier Júnior, Op. Cit., p. 50/56; também situando a colaboração como princípio, Antônio do Passo Cabral, *Nulidades no Processo Moderno – Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 215/236.

22 Humberto Ávila, Op. Cit., p. 78/79.

23 Fim indelével do processo civil, Alvaro de Oliveira, Do Formalismo no Processo Civil, p. 99; Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, Curso de Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16, vol. I.

24 O ponto é tranquilo na doutrina: Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 114.

que funciona a cooperação. *Esses deveres consubstanciam as regras que estão sendo enunciadas quando se fala em colaboração no processo.* A doutrina é tranquila a respeito do assunto²⁵.

O *dever de esclarecimento* constitui “o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo”²⁶. O de *prevenção*, o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos “ser frustrado pelo uso inadequado do processo”²⁷. O de *consulta*, o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser dado à causa²⁸. O *dever de auxílio*, “o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”²⁹.

2 – O DIREITO À PROVA E À COMPREENSÃO DAS NORMAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PAUTADO PELA COLABORAÇÃO

Há direito fundamental à prova no processo³⁰. Trata-se de elemento essencial à conformação do direito ao processo justo³¹. O direito à prova impõe que o legislador e o órgão jurisdicional atentem para: i) existência de *relação*

-
- 25 Assim, na doutrina portuguesa, Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. Lisboa: Lex, 1997, p. 65/67; na doutrina nacional, Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 84/85; Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Op. Cit.*, p. 81; Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Código de Processo Civil Comentado*, p. 174; Fredie Didier Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 80/82, vol. I, que fala em deveres de esclarecimento, de consulta e de prevenção; Lúcio Grassi, “Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real”, *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 6. No mais, para aplicação dos deveres de colaboração ao longo de todo o arco do processo comum, Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 119/173.
- 26 Miguel Teixeira de Sousa, *Op. Cit.*, p. 65. Exemplo: determinação de emenda da petição inicial por defeito de narrativa (art. 295, parágrafo único, inciso II, do CPC).
- 27 Miguel Teixeira de Sousa, *Op. Cit.*, p. 66. Como exemplo de dever de prevenção, observa Jesús González Pérez, com apoio na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, que é vedado ao juiz não conhecer de determinada postulação da parte por defeito processual sanável sem que se tenha dado oportunidade para a parte saná-lo. Tal conduta afronta, segundo Jesús González Pérez e a jurisprudência espanhola, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (*El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, 2. ed. Madrid: Civitas, 1989, p. 65/66).
- 28 Miguel Teixeira de Sousa, *Op. Cit.*, p. 66/67. Na jurisprudência, STF, Pleno, MS nº 25.787/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 08.11.06, DJ 14.09.07, p. 32.
- 29 Miguel Teixeira de Sousa, *Op. Cit.*, 1997, p. 67. Exemplo: o dever de o órgão jurisdicional determinar ao executado que indique bens à penhora (art. 652, § 3º, do CPC).
- 30 Eduardo Cambi, *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001.
- 31 STF, RMS nº 28.517, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.08.2011, DJe 04.08.2011.

teleológica entre prova e verdade; ii) *admissibilidade* da prova e dos *meios* de prova; iii) distribuição adequada do *ônus da prova*; iv) momento de *produção* da prova; e v) *valoração* da prova e formação do *convencimento* judicial.

Interessam-nos agora mais de perto as normas sobre o *ônus da prova*.

Uma vez dimensionado o *thema probandum*, interessa ao processo de corte cooperativo a repartição do encargo probatório. Assunto, de seu turno, que remete diretamente à análise das diferentes funções que o Direito Processual pode confiar às normas sobre o *ônus da prova*.

De um modo geral, a doutrina outorga maior relevo à caracterização do *ônus da prova* como uma norma de julgamento, acentuando o seu aspecto objetivo³². Defere-lhe a função de formalizar o julgamento do mérito em caso de insuficiência do quadro probatório mesmo depois do esforço das partes e do juiz em provar as alegações de fato no processo³³. Evita-se, por essa senda, eventual arbítrio jurisdicional, incidindo no quando da sentença precisamente com essa finalidade³⁴.

Ao lado dessa abordagem, todavia, persiste em aludir-se ao *ônus da prova* como uma norma de instrução, ressaltando-se o seu caráter subjetivo³⁵. Colima-se, dessarte, estimular as partes no encargo de produzir a prova de suas alegações e, por essa via, bem instruir o processo a fim de que se alcance uma solução justa, desiderato maior do processo civil no Estado Constitucional. E, para tanto, têm as partes de se encontrar bem avisadas de seus encargos no processo, a fim de evitarem-se eventuais surpresas no quando da decisão da causa.

Observe-se o ponto, pois: ao lado da caracterização clássica do *ônus da prova* como regra de julgamento, cujo objetivo central está no evitar-se o

32 Dentre os clássicos, sirvam de exemplo Leo Rosenberg, *La Carga de la Prueba*, traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956, p. 2; Gian Antonio Micheli, *L'Onere della Prova*, 2. ed. Padova: Cedam, 1966, p. 112; na doutrina brasileira, entre outros, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 153; Luiz Eduardo Boaventura Pacifico, *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 131/142.

33 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 153.

34 Maristela da Silva Alves, "O Ônus da Prova como Regra de Julgamento". In: Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto (org.), *Prova Cível*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 94. A propósito, daí a razão pela qual Giovanni Verde entende que a impositação do *ônus da prova* funciona como consequência de uma escolha de "civilità", proibindo o juiz de dar por existentes fatos para os quais não lhe fora alcançada prova plena e convincente ("Considerazioni sulla Regola di Giudizio Fondata sull'Onere della Prova", *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1972, p. 445).

35 Na doutrina clássica, por todos, Leo Rosenberg, traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956, p. 19; na doutrina contemporânea, por todos, Andrea Proto Pisani, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 4. ed. Napoli: Jovene, 2002, p. 440.

arbitrio no processo, tem ganhado renovado fôlego a caracterização do ônus da prova como regra de instrução, o que se leva a efeito com o fito declarado de forrar-se o processo com todos os elementos necessários à formação da convicção judicial. Dupla função, portanto, que se acomete ao ônus da prova no processo de corte cooperativo³⁶.

Partindo-se dessa última perspectiva³⁷, e com o fito de bem atender-se a determinadas situações da vida no processo, a doutrina tem aludido à possibilidade de dinamizar o ônus da prova, fundamentando a partir do caso concreto a repartição do encargo probatório³⁸. Esse expediente, embora perigosíssimo³⁹ quando manejado de maneira inadequada, encontra-se em total consonância com a ideia de processo civil pautado pela colaboração⁴⁰, pressupondo, mesmo para sua aplicação, um modelo de processo cooperativo⁴¹. Seu fundamento

36 Artur Thompsen Carpes, “A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Formalismo-Valorativo”, *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: s/ed., 2006, p. 11/12, n. 104.

37 Porquanto, como já observou Vittorio Denti, “L’Inversione dell’Onere della Prova: Rilievi Introductivi”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 709, a partir da perspectiva objetiva não se pode mesmo procurar compreender o problema da inversão judicial do ônus da prova e, pois, da repartição dinâmica do encargo de provar.

38 Tem-se, com efeito, criticado de maneira contundente a distribuição estática do ônus da prova posta no art. 333 do CPC. Um dos exemplos oferecidos pela doutrina como sendo de absoluta inadequação a utilização do art. 333 do CPC, para repartição do encargo probatório está na discussão a respeito da concretização de cláusulas gerais (Pedro Ferreira Múrias, *Por uma Distribuição Fundamentada do Ônus da Prova*. Lisboa: Lex, 2000, p. 156/157). Na doutrina brasileira, consultem-se sobre o tema o ensaio seminal de Antônio Janyr Dall’agnol Júnior, “Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios”, *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 2001, p. 92/107, n. 788, bem como os ensaios de Luiz Guilherme Marinoni, “Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as Peculiaridades do Caso Concreto”, *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, 2006, p. 60/73, n. 13; de Danilo Knijnik, “As (Perigosíssimas) Doutrinas do ‘Ônus Dinâmico da Prova’ e da ‘Situação de Senso Comum’ como Instrumentos para Assegurar o Acesso à Justiça e Superar a *Probatio Diabolica*”. In: Fux, Luiz; Nery Jr., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (coords.), *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 942/951 e de Artur Thompsen Carpes, “A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Formalismo-Valorativo”, *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: s/ed., 2006, p. 9/18, n. 104. Consulte-se, ainda, Márcia Pereira Azário, *Dinamicização da Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Orientador Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre, 2006.

39 Danilo Knijnik, “As (Perigosíssimas) Doutrinas do ‘Ônus Dinâmico da Prova’ e da ‘Situação de Senso Comum’ como Instrumentos para Assegurar o Acesso à Justiça e Superar a *Probatio Diabolica*”. In: Fux, Luiz; Nery Jr., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (coords.), *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 942/951.

40 Augusto M. Morello, *La Prueba – Tendencias Modernas*, 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 86.

41 Danilo Knijnik, “As (Perigosíssimas) Doutrinas do ‘Ônus Dinâmico da Prova’ e da ‘Situação de Senso Comum’ como Instrumentos para Assegurar o Acesso à Justiça e Superar a *Probatio Diabolica*”. In: Fux, Luiz; Nery Jr., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (coords.), *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 942/951; Artur Thompsen Carpes, “A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Formalismo-Valorativo”,

está na necessidade de velar-se por uma efetiva igualdade entre as partes no processo⁴² e por uma escorreita observação dos deveres de cooperação nos domínios do Direito Processual Civil⁴³, notadamente do dever de auxílio do órgão jurisdicional para com as partes.

Deveras, à vista de determinados casos concretos, pode se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar (tal como está no art. 333 do CPC). Em semelhantes situações, tem o órgão jurisdicional, atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo, implicar direito fundamental à prova⁴⁴, dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar. Cumprirá o órgão judicial, dessarte, com o seu dever de auxílio, inerente à colaboração⁴⁵. Nesse sentido orienta-se, de resto, expressamente o Direito espanhol (art. 217, n. 6, *Ley de Enjuiciamiento Civil*⁴⁶). Providência desse corte visa a superar a *probatio diabolica*, possibilitando um efetivo acesso à justiça.

A dinamização do ônus da prova, deslocando-se o encargo de provar daquele fixado *a priori* pela legislação, requer a demonstração de determinadas condicionantes. Não se pode, pois, dinamizar o ônus da prova sem grave ofensa à ordem jurídica sem que estejam presentes condicionantes materiais e processuais⁴⁷.

Revista da Ajuris. Porto Alegre: s/ed., 2006, p. 15, n. 104; Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 62, vol. II.

42 Eduardo Cambi, *A Prova Civil – Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 410.

43 Carlos Alberto Carbone, “Cargas Probatorias Dinamicas: una Mirada al Derecho Comparado y Novedosa Ampliación de su Campo de Acción”, *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2005, p. 181, n. 35.

44 Nicolò Trocker, *Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 510; Eduardo Cambi, *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 112/113.

45 Haja vista que o “dever de auxílio” grava justamente o órgão jurisdicional com o “dever de auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais” (Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 67).

46 Reza o art. 217 (“carga de la prueba”), n. 6: “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”.

47 Vale dizer: a opção legal constante do art. 333 do CPC, tem de ser respeitada, somente sendo possível a aplicação da dinamização do ônus da prova nos casos em que essa se mostre imprescindível para consecução de uma tutela jurisdicional justa e efetiva do direito material, o que se afere em função das condicionantes materiais e processuais de sua aplicação (Jorge W. Peyrano, “Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas”. In: Peyrano, Jorge W. (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 21).

Na perspectiva material, o que primeiro deve se apontar no processo para que se dê a dinamização do ônus da prova é a não incidência, por inadequação, do art. 333 do CPC. Consoante observa a doutrina, “uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra”⁴⁸. Não estando atendida a “razão motivadora” da regra, essa tem a sua incidência afastada pelo postulado normativo aplicativo da razoabilidade (na acepção de razoabilidade como equidade)⁴⁹.

Em sua dimensão subjetiva, de regra de instrução, o ônus da prova serve para orientar a conduta probatória das partes, visando a levar ao processo todos os elementos de prova necessários para justa resolução do caso concreto⁵⁰. O desiderato que se assinala ao ônus da prova, nessa perspectiva, está em possibilitar que se alcance a justiça do caso concreto. Eis aí a sua razão motivadora. E, evidentemente, não se pode imaginar que se chegará a uma solução justa atribuindo-se a produção de prova diabólica a uma das partes, ainda mais quando a outra parte, dadas as contingências do caso, teria melhores condições de provar. Tal ocorrendo, não pode incidir o art. 333 do CPC.

Em seguida, deve-se aferir se a outra parte, a princípio desincumbida do encargo probatório, encontra-se em uma posição privilegiada diante das alegações de fato a provar. Vale dizer: se terá maior facilidade em produzir a prova⁵¹. Tendo, legitimada está a dinamização do ônus da prova. Observe-se o ponto, porém: não se poderá, de modo nenhum, dinamizar o ônus da prova se a

48 Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 97/98.

49 Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 97/98.

50 Algo nesse sentido, Rui Manuel de Freitas Rangel, *O Ônus da Prova no Processo Civil*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 127.

51 Sobre o ponto, especificamente, Sergio José Barberio, “Cargas Probatorias Dinámicas: qué Debe Probar el que no Puede Probar?”. In: Peyrano, Jorge W. (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 101: “¿Qué implica estar en mejores condiciones de producir la prueba? Pues que el sujeto a quien se atribuye la carga probatoria reviste una posición privilegiada o destacada con relación al material probatorio y de cara a su contraparte. Es decir que, en virtud del rol que desempeña en el hecho generador de la controversia, por estar en posesión de la cosa o instrumento probatorio o por ser el único que ‘dispone’ de la prueba etcétera, se encuentra en mejor posición para revelar la verdad y su deber de colaboración se acentúa al punto de atribuirle una carga probatoria que, en principio, según las clásicas reglas que mencionamos más arriba, no tenía. Las mejores condiciones de aportar la prueba, se ha sostenido, pueden también fundarse en razones profesionales, técnicas, económicas o jurídicas. Nuestro máximo tribunal nacional expresó que corresponden mayores cargas a quien dispone de mejores posibilidades en razón de la posesión de medios idóneos de prueba, o por tener un conocimiento técnico y haber intervenido en forma directa en el hecho dañoso”.

atribuição do encargo de provar acarretar uma *probatio diabolica* reversa, isto é, incumbir a parte contrária, a princípio desonerada, de uma prova diabólica⁵².

Em termos processuais, duas são as condicionantes para dinamização do ônus da prova: motivação da decisão e atribuição do ônus da prova com a correlata oportunidade de provar. A fundamentação da decisão, a propósito da dinamização do ônus da prova, tem de estar expressa nos autos, indicando, a uma, a razão pela qual não incide o art. 333 do CPC, e, a duas, os motivos que levaram o órgão julgador a considerar que a parte a princípio desonerada da prova tem maior facilidade probatória diante do caso concreto. O ideal é que essa organização prospectiva do processo em tema de prova se dê no quando da audiência preliminar (art. 331 do CPC), oralmente, em regime de diálogo entre as pessoas do juízo, ou, por escrito, à semelhante altura do processo. Nada obsta, porém, que se dinamize o ônus da prova em momento posterior, dês, é claro, que se lhe acompanhe a correlata oportunidade de provar⁵³. Vale dizer: em sendo o caso, reabra-se a fase instrutória, a fim de não se ferir o direito fundamental à prova no processo civil. Fora daí há “retroatividade oculta” da normativa sobre o ônus probatório, o que é evidentemente vedado no Direito Processual Civil brasileiro⁵⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Estado Constitucional, o processo deve ser visto a partir da ideia de processo justo. Daí a necessidade de organizá-lo a partir da colaboração entre os seus participantes. Cuida-se de imposição que perpassa toda a compreensão do processo e amalgama-o como unidade. Especialmente no que tange às normas do ônus da prova, a colaboração implica dever de compreendê-la em sua dupla dimensão: como norma de instrução e como norma de julgamento. Trata-se de ângulo de visão que privilegia a tutela dos direitos e a proteção da segurança jurídica no processo – em suma, que privilegia a justiça na sua organização.

52 Danilo Knijnik, “As (Perigosíssimas) Doutrinas do ‘Ônus Dinâmico da Prova’ e da ‘Situação de Senso Comum’ como Instrumentos para Assegurar o Acesso à Justiça e Superar a *Probatio Diabolica*”. In: Fux, Luiz; Nery Jr., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (coords.), *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 948.

53 Artur Thompsen Carpes, “Apontamentos sobre a Inversão do Ônus da Prova e a Garantia do Contraditório”. In: Knijnik, Danilo (coord.), *Prova Judiciária – Estudos sobre o Novo Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 41/47.

54 Danilo Knijnik, “As (Perigosíssimas) Doutrinas do ‘Ônus Dinâmico da Prova’ e da ‘Situação de Senso Comum’ como Instrumentos para Assegurar o Acesso à Justiça e Superar a *Probatio Diabolica*”. In: Fux, Luiz; Nery Jr., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (coords.), *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 948.