

## **A dinamização do ônus da prova e seus reflexos no procedimento dos Juizados Especiais**

### **MAURÍCIO FERREIRA CUNHA**

Juiz de Direito (TJMG). Mestre (PUC/Campinas) e Doutor (PUC/Minas) em Direito Processual Civil. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação (PUC/Minas). Professor do CERS (Complexo de Ensino Renato Saraiva). Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Membro do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo).

INTRODUÇÃO. 1. ASPECTOS HISTÓRICOS DO CONCEITO E DA FUNÇÃO DA PROVA. 1.1 A influência do Processo Civil romano na delimitação do conceito e da função da prova. 1.2 Panorama do Processo Civil na Era Média: a evolução do conhecimento e a verdade, não mais como fruto do convencimento de quem julga. 1.3 Era Moderna: um novo pensar. 1.4 Era Contemporânea: a força inequívoca do pensamento liberal e o reducionismo da formalidade. 2. PROVA E ESTRUTURA PROCEDIMENTAL: A IMPORTÂNCIA DA TÉCNICA DA COGNIÇÃO. 3. ÔNUS DA PROVA. 3.1 A razão de ser do ônus da prova. 3.2 Ônus da prova subjetivo e objetivo. 3.3 A distribuição estática do ônus da prova e a teoria da carga dinâmica da prova. 4. A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E SEUS REFLEXOS NO PROCEDIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

### **INTRODUÇÃO**

Há tempos que o menoscabo ao teor do ordenamento constitucional vem se caracterizando como algo aparentemente normal na comunidade jurídica, situação que

somente reforça a desestabilização dos ideais da essência democrática. Desprezam-se conquistas históricas e relega-se ao plano secundário a base principiológica de interpretação e de aplicação da lei.

Proliferam, assim, as sensações de comodismo e de aceitação dos padrões de ilegalidade e de insurgência, como se um direito fundamental pudesse ser desrespeitado impunemente, sem consequências nefastas à viabilidade das relações jurídicas.

Urge, portanto, a construção de uma nova ordem que esteja assentada, acima de tudo, no acatamento irrestrito da principiológica constitucional democrática.

Sob tal perspectiva, a fruição do direito fundamental à prova como verdadeira forma de participação das partes, dentro de um contraditório efetivo e equilibrado (realizando plenamente a cognição processual, e afastando o protagonismo judicial), possibilita que se alcance a almejada legitimidade dos provimentos. E o texto do novo CPC sancionado em 16.3.2015, não obstante alguns necessários ajustes que virão com o passar do tempo, merece aplausos neste sentido.

É momento de reforçarmos o entendimento de que o trabalho cognitivo probatório deve ser estruturado através da atividade processualizada de análise, de exame, mas, antes de mais nada, de “valoração”, consistente na percepção da existência do elemento de prova nos autos, e de “valorização”, esta refletida na demonstração do conteúdo de importância daquele elemento de prova para a formação da cognição processual, aí se incluindo o convencimento discursivo dos sujeitos do processo (partes e Estado-juiz).

Porém, insista-se, para que tal cognição se realize de forma absoluta, afigura-se como elemento primordial a colaboração dos sujeitos processuais nela envolvidos, é dizer, a participação concreta das partes no exercício do contraditório, bem como a participação do responsável pela prolação do provimento ao proporcionar a implementação da postura argumentativa que tanto se busca, o que somente reforça a relevância do papel desempenhado pelo órgão jurisdicional<sup>1</sup>.

Revela-se imperioso fazer compreender, definitivamente, que o direito fundamental à prova encontra-se arrimado nos princípios do devido processo legal, da ação,

---

<sup>1</sup> Lúcio Antônio Chamon Júnior (*Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia e uma reconstrução das fontes do direito moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 176) expõe que o juiz não pode ser considerado autoridade que não participa da construção do processo, motivo pelo qual, dentro da postura argumentativa que se quer, seu papel jamais pode ser taxado como “esvaziado”.

da ampla defesa e do contraditório, todos enaltecidos na nova legislação (notadamente nos seus dispositivos iniciais), responsáveis por proporcionar o exercício dos direitos processuais adequados à solução dos conflitos trazidos a Juízo e, também, possibilitar resultados eficazes para todos aqueles que buscam a mediação da função jurisdicional.

É fato que o advento da Constituição Federal vigente contribuiu sobremaneira para que se alcançasse uma visão interpretativa do Direito totalmente apartada daquela prevalente quando da vigência do Estado Liberal e do Estado Social, mas não se pode pactuar com a ideia de aplicação do Direito sem a participação e fiscalização incessantes (intersubjetivas), consequência direta de um incontestável retrocesso temporal ofensivo ao próprio conceito de democracia.

Em termos propositivos, vem bem calhar a necessidade de implementação concreta do direito à prova (não somente em termos legislativos), de natureza fundamental que é, dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, como um instituto jurídico que, numa concepção sistemática, deve demonstrar a compreensão de que, resultante da lei escrita “são constituídos juízos lógicos compatíveis dentro dos quais há de se operar o raciocínio do intérprete do direito, como esquema de incidência e aplicação da lei” (LEAL, Rosemiro, 2009, p. 200).

Assim, como estruturadora do procedimento, a oportunidade probatória conferida quando da fixação dos fatos alegados pelas partes – ou, sob outra perspectiva, a apuração da “verdade material” ou fática - repercutirá, de forma incisiva, no momento processual de prolação do provimento, legitimando-o, desde que o órgão judicial guarde estrita obediência, insista-se, à linha principiológica constitucional e à legislação infraconstitucional estruturadora do procedimento, enfrentando todas as argumentações trazidas à baila pelas partes, mesmo porque não se concebe, há tempos, o pensamento de que o papel do julgador estaria atrelado a uma hercúlea missão de buscar os valores compartilhados em sociedade e insculpidos no texto constitucional.

A atuação do Estado-juiz deve, acima de tudo, por força da incidência do princípio fundamental estruturador do Estado e do Direito Democrático (Título I, da Constituição Brasileira), estar conectada ao papel de co-garantidora da eficácia do ordenamento e dos direitos fundamentais que embasarão o provimento, evidentemente, em conjunto com os participantes sujeitos do processo.

O protótipo jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, a seu turno, deve ser moldado e entendido como a possibilidade (concreta) de que os jurisdicionados se reconheçam como coautores do provimento, tendo participado e fiscalizado (permanentemente) da construção deste último. Se assim se procedeu, inquestionável que o direito à prova restou confirmado como direito fundamental assegurado em bases constitucionais, reflexo democrático do devido processo constitucional. Se as garantias constitucionais não forem observadas, evidente que ainda não se solidificou a mudança de paradigma instaurada a partir da Constituição Brasileira de 1988.

De qualquer forma, fato é que o reconhecimento da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo civil brasileiro, tema do presente estudo, é medida a ser enaltecida, porque inovadora em relação ao texto revogado, e, notadamente, por fornecer a todos os jurisdicionados o efetivo acesso à justiça.

A propósito, a redação constante do novo texto processual civil, em seu art. 373, assim dispõe:

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

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Adotando-se um novo modelo processual, como, de fato, se procedeu desde o início dos trabalhos legislativos visando uma nova legislação processual civil, principalmente em razão do expresso reconhecimento do princípio da cooperação em vários dispositivos legais, a dinamização do ônus da prova, em contraponto à distribuição estática, atualmente prevista no art. 333, do Código de Processo Civil, ganha força e permite uma nova visão do operador do direito, ratificando o pensamento de Giuseppe Chiovenda no

sentido de que, sem sombra de dúvidas, estamos diante de um dos “problemas vitais do processo”.

O sistema brasileiro, é possível afirmar, passa a ser misto, permitindo a aplicação, ao caso concreto, de ambas as teorias de distribuição da prova, cuja iniciativa, por certo, dependerá do juiz.

## **1. ASPECTOS HISTÓRICOS DO CONCEITO E DA FUNÇÃO DA PROVA**

A compreensão dos conceitos básicos do Direito passa, naturalmente, por uma investigação histórica dos seus institutos, leis e pensamentos. A importância do estudo da história do Direito, para fins de se tentar chegar a um entendimento a respeito do tema do presente tópico, advém do fato de que o ser humano, queiramos ou não, é um ser essencialmente histórico e que o seu desenvolvimento, mesmo nas Ciências Sociais, é aprendido e apreendido com os fatos antecedentes, é dizer, o Direito é a verdadeira história da humanidade (ALBERGARIA, 2012, p. 04).

Conhecer a História do Direito de forma mais aprofundada e, principalmente, tentar compreender os sistemas jurídicos é tarefa árdua, mesmo porque, infelizmente, trata-se de tema de pouca pesquisa e de pouca valorização pelos juristas brasileiros, não obstante seja extremamente gratificante.

Karl Popper, ao tecer uma abordagem pluralista à filosofia da história, aponta ser possível diferenciar entre a evolução do homem (no singular), é dizer, da humanidade e o seu conhecimento, e a história de diferentes homens individuais (plural). E acrescenta:

E não tenho qualquer dúvida de que o valor principal e a característica nuclear da disciplina a que chamamos história, na verdade, de todos os temas humanistas, é ser suficientemente vasta para se interessar não só pela evolução da raça humana e das suas instituições, mas também pelas histórias dos homens individuais (no plural) e pelas suas lutas com as suas instituições, com o seu meio ambiente e com os problemas suscitados pela evolução do homem e pelo conhecimento deste (POPPER, 2009, p. 245).

Ao final do capítulo dedicado à abordagem pluralista referenciada, o mesmo Karl Popper destaca constituir-se em problema de grande ordem compreender quanto o aumento do conhecimento afeta diretamente o homem:

Assim, a história é pluralista. Trata não só do homem, mas dos homens. Acima de tudo, permite-nos levantar o problema de quão muito ou quão pouco o aumento do conhecimento, a história da arte e a evolução do homem afectaram os homens. Esse problema, sugiro, é um dos maiores da história (POPPER, 2009, p. 246).

Em nossa visão, o maior propósito da História do Direito reside, justamente, na possibilidade de

[...] oferecer ao Direito atual a compreensão de sua retrospectiva, esclarecendo as suas dúvidas e levantando, passo a passo, a estrutura do seu ordenamento, seus institutos mais perenes, suas bases de fundo e suas características de forma, até chegar à razão de ser de seu significado e conteúdo. (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 19/22).

Não foi outro o posicionamento, na segunda metade do século passado, de João de Castro Mendes, alicerçado naquilo que juristas da época já compreendiam, e outros mais antigos, para assim conceituar prova: “é o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão” (MENDES, 1961, p. 741).

Fica patente, então, que, não obstante a mais do que pertinente consideração e o extremado saber do jurista lusitano (sem contar sua profunda pesquisa acerca do tema, resultado de sua tese de Doutorado), nada teria sido possível se não tivesse igualmente assentado seu raciocínio e exposições na História do Direito.

Não se pode olvidar, mesmo porque lógico, que a importância da compreensão qualificada de qualquer tema jurídico passa, fundamentalmente, pela necessidade do seu exame sob uma perspectiva histórica. Tentar justificar a existência de qualquer instituto sem o decisivo viés que possibilite o conhecimento dos seus antecedentes ao longo dos anos equivale a uma navegação em mar revolto e desprovido de qualquer rota indicativa. A propósito, ainda que tivessem sido registradas abalizadas críticas às características então

anunciadas de cada uma das várias experimentações probatórias espreiadas historicamente, fato é que todas, de uma forma de ou de outra, tiveram sua importância para que se chegasse ao estágio de pensamento atual.

Assim, levando-se em consideração que o conhecimento se traduz num processo efetivo e permanente de compreensão do *locus* no qual todos nos encontramos situados, a absorção da essência do significado de todo e qualquer tema caminha, justamente, pela historicidade, pelo exame de todo o conjunto histórico-cultural, de todos os registros indelevelmente forjados nesta sucessão temporal. Não é demais, portanto, mencionar que se é um erro exceder-se no apego ao passado, ignorá-lo também o é (PACHECO, 1999, p. 01).

### **1.1 A influência do Processo Civil romano na delimitação do conceito e da função da prova**

Antes de adentrar no estudo do desenvolvimento do processo civil romano propriamente dito, com a abordagem de cada um dos 3 (três) grandes períodos (ou fases), entendemos como apropriado tecer algumas breves linhas a respeito de como eram distribuídos os magistrados em cada uma das 3 (três) esferas políticas, consoante o Império evoluísse, quais sejam, *Roma, Itália e Províncias Romanas*, a fim de que se possa situar o panorama vigente à época.

O que se observa é que, durante o primeiro período, o rei exercia, de forma concentrada, a função de juiz. Na República, a magistratura ficava a cargo de dois cônsules, instituindo-se, em 387 a.C., a figura do *pretor* para cuidar da administração da justiça. A função exercida pelo *pretor* era dividida entre o *pretor urbano*, responsável pela resolução dos litígios entre os cidadãos romanos, e o *pretor peregrino*, este incumbido de apreciar os litígios entre estrangeiros que povoavam Roma, e entre estrangeiros e romanos. Havia, ainda, o *edil curul* para julgar questões de venda de animais e escravos (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 409).

Por sua vez, na Itália, os *praefecti jure dicundo* atuavam como delegados do pretor, enquanto que nas *Províncias Romanas*, a administração da justiça estava nas mãos dos *governadores*, os quais, no período do Alto Império, passaram a ter sedes nas principais

cidades e eram assessorados pelos *questores*, cujas funções eram semelhantes às exercidas pelos *ediles curules* de Roma (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 409).

Feito esse sucinto apanhado, importante registrar, para que bem sejam conhecidas as experiências vivenciadas no processo civil romano, que nas suas duas primeiras fases, a saber, *legis actiones* (ações da lei, que vigorou desde a fundação de Roma – 754 a.C. – até o final da República) e *per formulas* (processo formular, com início a partir do visível declínio da República, consubstanciado na atividade dos pretores e sem reconhecimento legislativo, atingindo seu ápice com a edição da *Lex Aebutia*, em 149-126 a.C., e da *Lex Julia Privatorum*, em 17 a.C.), os magistrados eram eleitos, enquanto que na última fase, *cognitio extraordinaria* (iniciado a partir do principado em 27 a.C., e encerrado com a queda do Império Romano do Ocidente em 568 d.C.), em razão da publicização do processo, os magistrados eram funcionários públicos, razão pela qual se concebia a ideia de hierarquia entre juízes e a possibilidade de interposição de recurso<sup>2</sup>.

Particularmente, em relação às *legis actiones*, sabe-se que as mesmas possuíam este significado porque tinham como origem um texto legal (notadamente da Lei das XII Tábuas) ou porque as situações jurídicas por ela tuteladas se fundavam em uma lei.

Naquele período, a sistematização das ações se revelava escassa e definida pela tipicidade, cada uma possuindo uma estrutura individualizada para situações jurídicas expressamente reconhecidas. A formalidade era tamanha que, para a parte receber o que almejava, deveria repetir na *actio*, de forma minuciosa, as palavras mencionadas na lei (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 51/53).

Por outro lado, o conteúdo da defesa deveria se restringir à incidência, ou não, da fórmula legal ao fato descrito pelo autor quando da apresentação do seu pedido. Não é demais lembrar que o autor se comprometia a fazer com que o réu comparecesse em juízo, podendo se utilizar, inclusive, e se o caso, da chamada *legis actio per manus iniectioem*, ação que o permitia, até mesmo, agarrar o demandado e conduzi-lo ao tribunal (PAULA, 2002, p. 39).

---

<sup>2</sup> José Cretella Júnior (*Direito Romano Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 297/298), aprofundando um pouco mais na hierarquia concebida para os juízes da época, a divisão estabelecia três figuras: *superiores*, *ordinários* e *pedâneos*. Os primeiros eram os dois imperadores, que julgavam em qualquer instância, mas que deliberavam, regra geral, em superior instância, dando a última palavra sobre as decisões das controvérsias que lhes eram apresentadas. Já os *ordinários* eram as autoridades judiciárias



Algumas considerações de ordem prática quanto ao desenvolvimento do processo civil romano apontam no sentido de que, durante os períodos *legis actiones* e *per formula*, a atividade de instrução acontecia na fase *in iudicium* (que juntamente com a fase *in iure* compunha o procedimento estabelecido para a época e que era denominado *ordo iudiciorum privatorum*), oportunidade em que a tarefa do juiz era a de saber se os fatos aduzidos pelas partes, efetivamente, existiam e se justificavam as conclusões então estabelecidas, proferindo-se, por fim, sentença (PAULA, 1999, p. 37).

Era nítido que o procedimento então estabelecido não se apresentava como um conflito entre teses divergentes, inexistindo racionalidade no ato decisório que era prolatado, pois sua formação era assentada nos juízos divinos ou através de sinais divinos provocados com tal finalidade (WALTER, 1985, p. 14).

Aceitavam-se como meios de prova, no período das *legis actiones*, a confissão, o juramento e o testemunho, observando-se, à época, que apenas homens livres poderiam figurar como testemunhas, decorrendo que a importância de suas declarações se assentava no caráter e na posição social da pessoa. Outra hipótese de valoração da prova oral encontrava-se inserida na possibilidade de que a aludida verbalização fosse apresentada por escrito, ocasião em que recebia, porém, menor peso do que aquela primeira.

Com o período formular (coincidente com o início das grandes conquistas romanas e com o advento do Império Romano), porém, o processo passou a ser público, em verdadeira oposição ao período anterior das *legis actiones*, desempenhando, o magistrado, um papel quase totalmente passivo. Aqui, a prova documental ganhou corpo e passou a ser, juntamente, com a prova testemunhal, a mais importante (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 125). A propósito, relativamente à instrução, escreve Jônatas Luiz Moreira de Paula:

[...] já se aplicava o princípio ora denominado *iura novit curia*, razão pela qual não se obrigava às partes provar a existência e eficácia de determinada norma jurídica, devendo as partes, por isso, restringir-se à prova das questões de fato: os fatos narrados na *intentio* (autor) e os fatos narrados na *exceptio* (réu). Os meios de prova eram os seguintes: sentenças precedentemente prolatadas (*praeiudicia*), opinião pública (*fama atque rumores*), tortura (*tormenta*), documentos (*tabulae*), juramento (*ius iurandum*),

---

situadas logo abaixo dos juízes *superiores*, enquanto que os *pedâneos* ficavam como responsáveis pelo julgamento dos processos menos relevantes.

testemunhas (*testes*) e a confissão (*confessio*), que poderia ser prejudicial ou extrajudicial. Também pode ser arrolada como meio de prova a inspeção judicial (PAULA, 2002, p. 64/65).

Complementa o referido autor, relativamente à instrução, propriamente dita, no período *per formula*:

No que se refere à instrução, duas lições foram assentadas: o *onus probandi* cabia ao autor (*onus probandi incumbit ei qui agit*) e quem invoca uma exceção deveria suportar o ônus da prova como se fosse o autor (*reus excipiendi fit actor*). Essas regras se mantêm hodiernamente no direito processual brasileiro (art. 333, I e II, CPC). No processo formulário, o julgador tinha o poder da livre convicção, daí que não ficava adstrito ao resultado da prova, ao contrário da livre valoração, que predominava em Roma como resquício das *legis actiones* (PAULA, 2002, p. 65).

Quanto ao período da *cognitio extraordinaria*, caracterizado, justamente, por ser liberado da ordem (razão pela qual era também conhecido como processo *extra ordinem*), embora não fosse desorganizado, como se imaginava, compreende-se que o mesmo se pautava por uma riqueza e independência dos juristas e da jurisprudência romana<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> No que interessa, particularmente a respeito das provas, as seguintes normas foram apontadas por António dos Santos Justo: “1. a *lex* passa a regulamentar paulatinamente o procedimento probatório, reflectindo a evolução política e jurídica. Em consequência, a liberdade do *iudex privatus* na valoração da prova vai-se atenuando progressivamente. Já na época clássica, a *iurisprudencia* formulou certas regras que, agora na *cognitio extra ordinem*, são fixadas pela *lex*. Ao mesmo tempo, estabelece-se uma ordem de preferências e disciplina-se a apreciação de cada um dos meios de prova. Isto é, passou-se do sistema da livre apreciação da prova para o da prova legal; 2. entretanto, o uso generalizado de redigir documentos que reflectem os actos solenes e não solenes levou Justiniano a promulgar várias *constitutiones* sobre a forma dos negócios; e a impor uma preferência da prova documental (*instrumenta*) sobre a testemunhal. Constantino ainda dotara de igual valor as provas documental e testemunhal, mas uma *constitutio* de data incerta afirma expressamente que ‘*contra scriptum testimonium non scriptum testimonium haud profertur*’; 3. por outro lado, a primazia do magistrado sobre a actuação dos litigantes determinou a maior expansão do princípio da livre investigação: independentemente da prova produzida pelas partes, o magistrado pode recorrer a outros meios de prova (v.g., a peritos, ao juramento supletório, às *interrogationes*, etc.) se os considerar necessários à formação da sua convicção; 4. quanto ao *onus probandi*, regem os mesmos princípios fixados pela *iurisprudencia* clássica no processo das fórmulas. O ônus da prova de factos incumbe a quem pretender retirar consequências favoráveis: ao demandante, para fundamentar a sua pretensão; ao demandado, para sustentar uma reconvenção ou uma *exceptio*. Mantém-se o antigo princípio de que, nos processos reivindicatórios, basta ao possuidor demandado, para ser absolvido, que o demandante não prove o direito que alega; 5. continua igualmente a entender-se que a prova deve versar sobre factos porque o magistrado-juiz deve conhecer o direito aplicável. Porém, o magistrado não deixa de considerar as normas invocadas pelas partes” (*Direito Privado Romano – I – Parte Geral*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 398/400).

Importante destacar, ainda, 3 (três) aspectos que se relacionam à prova testemunhal produzida durante o período da *cognitio extraordinaria*. O primeiro diz respeito ao fato de que a fala de uma única testemunha carecia de valor probatório. O segundo, nitidamente discriminatório (porém, reflexo do pensamento à época), apontava no sentido de que a declaração de testemunha de elevada posição social tinha mais valor do que a declaração das testemunhas de classes sociais inferiores. Já o terceiro e último aspecto (de cunho nitidamente religioso) era relacionado às declarações prestadas por hereges e judeus nos litígios contra cristãos, vez que a elas não deveria ser outorgada a devida fé (JUSTO, 2000, p. 401).

Há que se mencionar, por oportuno, que proibia-se, no aludido período, o testemunho de parentes consanguíneos, institucionalizando-se, ainda, a regra *testis unus, testis nullus* (TUCCI; AZEVEDO, 2001, p. 146 e 156).

Em termos probatórios, ainda, admitiam-se as seguintes espécies de documentos: *a)* os *acta* (ou *gesta*), que seriam aqueles documentos redigidos por oficiais públicos, fazendo prova plena e perpétua; *b)* os *instrumenta publica*, que seriam os documentos propriamente ditos, então elaborados por pessoas que exercem uma profissão semelhante à notarial (*tabelliones*); *c)* os *chirographa*, que seriam os documentos redigidos por particulares, cujos valores probatórios dependiam do número de testemunhas que nele intervínham frequentemente (JUSTO, 2000, p. 401/402).

Por fim, no que concerne à prova pericial, os técnicos eram agrupados em 3 (três) classes: *a)* os calígrafos; *b)* os agrimensores; *c)* os médicos e as parteiras. Elaborados os respectivos laudos, ao juiz era conferida ampla liberdade para avaliação de cada um dos conteúdos (JUSTO, 2000, p. 402).

## **1.2 Panorama do Processo Civil na Era Média: a evolução do conhecimento e a verdade, não mais como fruto do convencimento de quem julga**

A Era Média, historicamente, é período longo, compreendido entre a queda do Império Romano no Ocidente (476 d.C.) e a queda de Constantinopla (atual Istambul) no ano de 1.453 d.C., o que equivale a, aproximadamente, 1.000 anos de história do mundo ocidental.

Assim, tendo desaparecido o Império Romano no Ocidente, o modelo de processo então adotado passou a se basear em casos especiais e nos costumes (LOPES, 2000, p. 69).

Com a invasão germânica na Península Ibérica, começaram a ser formados os Estados Germânicos, fazendo-se notar a influência do direito daquele povo através da *Lex Visigothorum Recesvindiana*, *Liber Iudiciorum*, *Liber Iudicium*, *Forum Iudicium*, também conhecidos como *Código Visigótico*, datado da metade do século VII, que atrelava o juiz ao dever de buscar a verdade mediante a livre apreciação da prova, com forte destaque ao papel exercido pelas provas documental e testemunhal. Havia, porém, sinais de preservação do Direito Romano em algumas localidades, mais precisamente nos territórios invadidos pelos lombardos, evidenciados pela diversidade dos meios de prova disponíveis (ENGELMANN, 1969, p. 422).

Durante toda a Alta Era Média, prevaleceu o modelo vigente na realidade germânica. Assim, a incumbência de julgamento da lide antecedia a atividade instrutória, fixando-se qual a prova, o modo e o lugar no qual a mesma deveria ser produzida. A atividade instrutória, assim, tinha o objetivo de satisfazer a forma prescrita em contrato firmado pelas partes. Outro ponto relevante diz respeito ao conteúdo ético da referida produção probatória, já que sua finalidade também era a de restabelecer a honra daquele que se considerava pessoalmente ferido (WALTER, 1985, p. 48).

A verdade é que para cada modelo de ação, cabia uma diferente maneira de defesa e uma decisão, específica, sobre as regras do ônus da prova e os meios considerados lícitos ou necessários. O que as partes procuravam fazer é buscar a garantia do direito à prova, cabendo ao julgador decidir a qual das alegações correspondia o direito à prova (ENGELMANN, 1969, p. 135).

Os instrumentos de prova então aceitos eram o juramento, o duelo e as ordálias.

Relativamente ao uso da prova oral, a testemunha, tão-somente, efetuava um juramento no sentido de confirmar as alegações de uma determinada parte, sustentando ter conhecimento da procedência de sua fala por inferência ou por confiança na pessoa do litigante (ENGELMANN, 1969, p. 158). Somente prestava juramento quem estivesse convencido do seu direito. Interessante contribuição do jurista português Francisco Augusto das Neves e Castro convém ser destacada:

O juramento ou a invocação da Divindade para confirmação da verdade d'um facto que se alega, não podia deixar de ter um grande uso na legislação dos povos primitivos, sobre os quaes a religião tinha uma poderosa influencia, sendo que tem por base a propria crença dos homens, no que diz respeito a uma justiça suprema e omnipotente. Phytagoras julgava que o mundo tinha por origem um juramento por Deus, cuja consequencia era a sua criação. Uma tal explicação, como todas aquellas que se dão do mysterioso problema da origem do mundo, é mais incomprehensivel do que o proprio facto que pretende explicar-se (CASTRO, 1880, p. 21).

As ordálias eram uma espécie de prova judiciária, consistente na utilização de símbolos ou de duelos que poderiam indiciar a verdade e a justiça da demanda mediante intervenção de Deus. Consistiam em submeter “o acusado a uma certa e determinada prova, supondo que Deus não o deixaria sahir d'ella com vida se fosse culpado. Esta espécie encontra-se entre quase todos os povos primitivos” (CASTRO, 1880, p. 17/18). Citam-se como exemplos o uso do ferro em brasa para a acusação de adultério, o duelo e o combate judiciário.

A propósito do duelo, compreendia-se que o mesmo se baseava na crença de que as forças divinas ajudariam a parte triunfar na busca da justa proteção devida ao seu direito (WALTER, 1985, p. 48).

Ponto igualmente de destaque se refere à ordem que deveria ser observada nos meios de prova. O juramento era, sem dúvidas, a prova mais simples, porém a mais importante de que dispunham as partes. Assim, a parte deveria censurar a afirmação da outra, caso desejasse evitar que a lide fosse resolvida através do juramento. Passava-se, então, ao duelo e, em havendo dificuldades na sua produção, passava-se, por fim, às ordálias (WALTER, 1985, p. 49/50).

O que se observava era que o fato de a produção de prova ser considerada necessária somente em relação a fatos controvertidos, evidenciava o comprometimento do próprio sistema com a noção de verdade. Assim, se o fato alegado por uma das partes fosse admitido pela outra, então não haveria necessidade de produção de provas. Dentro da rigidez estabelecida por ocasião da atividade probatória, conclui-se que, por ocasião do julgamento, toda alegação considerada efetivamente provada seria verdadeira.

É importante que se mencione que o notável crescimento do papel da dialética não fez desaparecer, por total, a retórica, notadamente quando da transição entre as duas

grandes fases da Era Média. A retórica, ao inverso, passou a ser um freio daquelas tendências nitidamente formalistas e passou a interagir com outros campos, como a Teologia e o Direito.

Nota-se, então, o estabelecimento de uma nova ordem, esvaziando todo aquele conjunto de meios ritualísticos de prova associados ao sobrenatural, introduzindo-se técnicas de cunho racional para fins de análise crítica das provas disponíveis.

O que fica claro, diante de tal mudança, é que o objetivo da atividade instrutória passa a ser o de convencer o juiz ou o júri, dependendo do caso, possibilitando-se a elaboração de uma teoria jurídica da prova construída a partir de uma lógica da argumentação. O conceito de prova, nesta qualidade, era o de um instrumento para a persuasão do magistrado através da argumentação construída pelas partes.

Partindo da ideia da falibilidade do pensamento humano nos raciocínios práticos, surge, em termos de prova, um sólido regime jurídico baseado na lealdade dos sujeitos do debate, na igualdade entre as partes e na livre apreciação da prova. A propósito desta última característica, a prova testemunhal acaba por ganhar contornos diferenciados, pois sua admissibilidade e validade vêm condicionadas ao fato de que a testemunha somente poderia trazer ao debate conhecimentos obtidos a partir de sua percepção sensorial, não sendo lícito, de outro lado, fazer inferências a partir daquilo que efetivamente é de seu conhecimento.

A distinção entre “fato percebido” e “fato deduzido” ou “inferido” funciona, então, como um marco para separar o papel da testemunha em relação à tarefa do julgador, atuando como uma das várias regras de exclusão consideradas para fins de determinação do quadro a ser tomado em conta pelo julgador para a construção de sua decisão. É justamente a consciência quanto à falibilidade humana que impõe o dever de o testemunho ser valorado, evidentemente sempre com respeito ao contraditório (ENGELMANN, 1969, p. 481).

Foi a partir da metade do século XIII que os valores que sustentavam o *ordo iudiciarius medioevale* começaram a ser alvo de críticas. As regras concernentes à produção de provas saem da retórica e passam a ser fruto de princípios lógicos de outra dimensão: o postulado fundamental é o do caráter progressivo do conhecimento (GIULIANI, 1988, p. 537/539).

As consequências foram imediatas, notadamente o fato de a dialética, anteriormente inserida no domínio da opinião, gradualmente se transformar em uma ciência absoluta (GIULIANI, 1961, p. 156/157).

Já ao final do século XIII, a verdade judicial (formal) passa a ser considerada uma forma de racionalização da verdade real. A decisão quanto à verdade fática deixa, então, de ser fruto do convencimento do juiz, culminando com o advento do sistema da “prova legal”, definidor de que a valoração da prova passa a ser estabelecida, previamente, pelo próprio ordenamento jurídico.

Havia uma vontade premente de regulamentação da atividade de produção de provas no regime processual canônico, à época, motivo pelo qual, buscando a racionalização procedimental, instituiu-se o procedimento sumário como decorrência do decreto papal *Clementina Saepe* (TUCCI; AZEVEDO, 2001, p. 57, 59/60). O objetivo não era o de deixar de examinar o problema em sua plenitude, mas, sim, o de prestigiar a forma oral e reforçar os poderes instrutórios do juiz.

Mais ainda, o objetivo a ser alcançado no processo canônico era o de atingir a verdade dos fatos, tanto que a decretal *Cum Causam* estabelecia que o valor a ser atribuído aos diversos meios de prova dependia do grau de certeza que cada um deles era capaz de produzir.

A verdade maior é que o início do século XIII na realidade germânica traz, efetivamente, uma nova feição em termos probatórios, vez que o perfil da sociedade se alicerçava no aumento das transações comerciais e na conseqüente necessidade de se fazer maior uso de instrumentos escritos relacionados ao registro, justamente, de tais transações, passando a ser valorizada a prova documental que, sob tal contexto, passou a ter condição de prevalência em relação à prova testemunhal. Outro ponto que bem demonstra a nova feição foi o desaparecimento gradual das ordálias, as quais passaram a ser proibidas a partir do ano de 1.215.

Por obviedade, concluiu-se que o objetivo da prova era o de convencimento do magistrado a respeito da verdade real. Assim, em havendo conflito entre as afirmações de duas testemunhas a respeito de um determinado fato, a decisão acabava sendo tomada com base na livre apreciação da prova (WALTER, 1985, p. 54/55).

Esta situação singular de possibilidade de conhecimento imediato das fontes de prova pelo julgador acaba funcionando como uma justificativa para a adoção de um modelo que, no final do século XV, apresentava na livre apreciação da prova uma de suas principais marcas. Já se observava uma passagem para um modelo de prova tarifada, resultado direto da intervenção do soberano na regulamentação do *ordo iudicarius*.

Seja na realidade italiana, seja na realidade germânica, fato é que o processo romano-canônico era considerado causa de desordem na administração da atividade jurisdicional, motivo pelo qual a edição normativa do Estado passou a ser considerada a forma mais apropriada para que se possa estabelecer uma certeza dos padrões morais a serem observados.

Na realidade germânica, propriamente dita, surge um novo modelo de processo em tema de prova (extremamente detalhista) que abrange institutos da primeira etapa da Baixa Era Média e outros contemporâneos, como, por exemplo, a bilateralidade na atividade probatória. A oitiva de testemunhas sem a presença da parte contrária, o aumento do emprego de juramentos e o reforço dos poderes do juiz coexistiam em uma mesma realidade na qual tinham lugar o uso de prova documental e a garantia de que as partes teriam acesso a todas as provas ulteriormente produzidas.

A prolação de uma decisão, assim, se assentava na determinação do tema a ser provado, nas regras sobre o ônus da prova e nos prazos dentro dos quais deveria ocorrer a produção de provas. Em seguida, vinham as fases de especificação, produção ou recepção e determinação das provas. A decisão final, portanto, buscava a obtenção da verdade de acordo com o especificado pela prevalente teoria da prova legal, bem retratando as novas orientações sobre a formação do processo civil em vigor à época.

### **1.3 Era Moderna: um novo pensar**

O início da Era Moderna acontece a partir da queda do Império Bizantino no ano de 1453 e prolonga-se até a Revolução Francesa, no século XVIII, tendo havido, porém, outros fatores que contribuíram para o surgimento de uma nova forma de pensar, na ocasião, de construção de novas normas de conduta para os homens.



Um dos fatores, a título exemplificativo, foi a chegada do europeu ao novo continente, via marítima (Cristóvão Colombo nas Américas, 1.492; Vasco da Gama no Extremo Oriente, em 1.498; Fernão de Magalhães com a circum-navegação do globo terrestre em 1.518/1.522), uma vez que mal sucedido o caminho terrestre para as Índias nas chamadas Cruzadas Religiosas.

Mais ainda, na Itália surge o movimento Renascentista, amparado pela classe burguesa e que busca colocar, novamente, o homem no centro do universo, tendo havido descobertas científicas (Nicolau Copérnico, Galileu Galilei, René Descartes, dentre outros) que bem refletiam o novo pensar a que fizemos referência.

A despeito de tamanha ebulição cultural, o que se viu, em termos processuais, foi um movimento retrógrado ao pensamento que se expõe na presente pesquisa, vez que buscava suceder ao praxismo indicado no período anterior, designando-se por processualismo, oportunidade em que se almejava (como se conseguiu) um maior tecnicismo do Direito (desprezando sua operacionalidade), tornando seus operadores menos politizados, ou como dizia Ovídio Araújo Baptista da Silva, “escravos do poder” (SILVA, 1997, p. 219).

O método utilizado pelo processualismo era o científico (ou autonomista), através do qual se buscava expulsar da disciplina processual todo e qualquer resquício de direito material, a fim de que pudesse ser justificado o direito processual civil como um ramo próprio e autônomo.

Identificava-se, assim, uma racionalidade muito mais teórica, positivista, tendente a colocar, em primeiro lugar e acima de qualquer coisa, o problema da norma jurídica, o que somente enaltecia o sistema da prova legal, da livre convicção, da predominância do elemento escrito (LOPES, 2002, p. 21) e da ausência de publicidade, com reduzida influência da dialeticidade. Assim, ficava claro que havia uma tendência à norma emanada do Estado em que a tarefa do julgador ficaria restrita a descobrir a *mens legis*, verdadeira onipotência, o que fez com que o Processo Civil ficasse estagnado nas questões técnicas, tão-somente.

#### **1.4 Era Contemporânea: a força inequívoca do pensamento liberal e o reducionismo da formalidade**

O regime processual vigente na maior parte do território germânico tinha origem nos costumes e, naturalmente, sofria forte influência do Direito Romano e dos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Sacramentava-se, então, a teoria da prova legal, devidamente reconhecida em procedimento no qual era considerado nulo o julgamento baseado em provas não-documentadas nos autos e garantido o direito da parte a ser ouvida antes de ser proferida a sentença (WALTER, 1985, p. 85).

As críticas, porém, foram sucessivas quanto ao sistema vigente, notadamente em relação ao princípio da eventualidade, ao sigilo do procedimento e ao uso de terminologia de língua estrangeira, não acessível ao cidadão comum. Mais ainda, a excessiva rigidez no emprego da forma documental era outro ponto que somente enaltecia o formalismo, tal qual o completo esquecimento das regras de experiência.

As respostas apresentadas para a melhoria do sistema como um todo traziam consigo uma nova ideia de racionalidade. O surgimento do *Codex Marchicus*, em 1.748, preconizava que o cabia ao autor demonstrar, plenamente, o fundamento de sua pretensão, nos exatos termos da *forma probandi* estabelecida, havendo, ainda, uma ordenação hierárquica dos meios de prova. Era o pensamento da escola jusnaturalista que encontrava no sistema da prova legal as sugestões que deveriam ser seguidas para fins de tentativa de superação dos limites da verdade provável.

Juntamente com o *Codex Pomeranicus*, ambas as legislações delineavam um caminho que rumava à construção de uma codificação unificadora das normas de direito processual que vigoravam em todo território germânico, situação que se consolidou no final do século XVIII.

O advento do *Allgemeine Gerichtsordnung für die preussische* consagrou o posicionamento de que às partes era dada a obrigação de fornecer ao magistrado todo o apoio para a obtenção da chamada verdade real, o que somente fez reforçar o sistema da livre apreciação da prova.

O que se delineava, de maneira clara, era o pensamento segundo o qual a investigação da verdade de uma maneira direta e segura somente poderia advir de um ordenamento processual ditado por governantes iluminados e aplicado por juízes dotados de razão.

A verdade é que a adoção de um modelo de processo traduzido na acentuada aplicação do princípio inquisitório não alcançou o êxito que se esperava. Não somente o excessivo volume de trabalho, mas, também, a dificuldade de manter a sua imparcialidade, foram consequências da aplicação da metodologia estabelecida naquela última codificação alemã (ENGELMANN, 1969, p. 593/594).

Novos diplomas processuais foram editados em 1.833 e 1.846, alicerçados no princípio dispositivo como solução, limitando os poderes dos juízes. Inicialmente pensada para as causas de pequeno valor em um procedimento sumário, a legislação acabou sendo adotada, mais adiante, como regra geral (ENGELMANN, 1969, p. 594/595).

As novas ordenanças surgidas ao longo do tempo eram fomentadas pelo desejo de um procedimento dotado de oralidade e de publicidade, características das ideias tipicamente liberais, o que somente fez reforçar e conferir mais espaço para o sistema da livre convicção em detrimento do sistema da prova legal.

O advento do *Zivilprozessordnung* alemão em 1.877, resultado das ideias influentes naquele momento histórico do pensamento liberal, trazia em seu teor uma diminuição da rigidez formal na apresentação das provas e um marcante rompimento com o sistema legal anterior. As partes passam a poder dispor livremente quanto ao objeto da lide, fazendo com que seja atribuído, ao juiz, um papel mais passivo no debate processual.

Este mesmo sentimento acima alinhavado também era encontrado nas entrelinhas do Código de Processo Civil italiano, de 1.865, que não acolheu, porém, a ideia de maior simplificação do procedimento, proporcionando a multiplicação de decisões interlocutórias passíveis de recurso. Aqui, a atividade instrutória era desenvolvida entre as partes e por sua iniciativa, sem a intervenção judicial.

Em 1.895, surge o *Zivilprozessordnung* austríaco, justamente durante o período em que tentava-se a reforma da legislação processual italiana e germânica.

Todavia, somente com a reforma do Código de Processo Civil alemão, em 1.933, verdadeiro fruto de uma evolução histórica, é que se nota uma superação do modelo anterior, destacando-se, quanto à produção de provas, o reforço do princípio da imediatidade do juiz. Como resultado, ainda, são atribuídos ao magistrado alguns poderes de direção processual e outros poucos poderes instrutórios, mantendo-se íntegro o princípio dispositivo.

A contrarreforma de 1.950, porém, tornou a reduzir os poderes do juiz, situação que somente ganhou novos contornos a partir das reformas introduzidas na última década do século XX, mais precisamente nas alterações introduzidas no Código de Processo Civil italiano em 1.995 e 1.997.

## **2. PROVA E ESTRUTURA PROCEDIMENTAL: A IMPORTÂNCIA DA TÉCNICA DA COGNIÇÃO**

A cognição se reveste, fundamentalmente, de importantíssima técnica de adequação processual à natureza do direito ou à característica peculiar da pretensão que se quer ver tutelada. Assim, diante do que se propõe expor no corpo da presente tese, no sentido de que o Estado Democrático de Direito somente se legitima se o direito fundamental à prova for respeitado na sua inteireza (de forma isonômica e efetiva), legitimando-se, futura e igualmente, os provimentos emanados no exercício da função jurisdicional, conhecer o referido instituto de forma mais aprofundada se mostra imprescindível.

O desenrolar procedimental tradicionalmente adotado precisa, pois, mais do que uma revisitação, de novos contornos que contribuam para o aperfeiçoamento pleno da atividade probatória.

Conceituar o que seria o ato cognitivo em si não é tarefa das mais fáceis, cabendo destacar, antes de adentrar na abordagem histórica propriamente dita da evolução das técnicas cognitivas, a fim de melhor equacionar o pensamento que alicerça a pesquisa, os posicionamentos de dois juristas que bem retratam seu caráter prevalentemente lógico.

Dentro dessa linha de raciocínio, Kazuo Watanabe, que há tempos se debruça sobre o estudo da cognição e seus aspectos mais relevantes, assim se manifesta:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo (WATANABE, 2012, p. 67).

Giuseppe Chiovenda, por sua vez, esclarece:

Antes de decidir a demanda, realiza o juiz uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada e, pois, para declarar existente ou não existente a vontade concreta de lei, de que se cogita. Essas atividades intelectuais, instrumento da atuação da vontade da lei mediante verificação, constituem a cognição do juiz. E, naturalmente, uma vez que a cognição é tão necessária para receber como para rejeitar a demanda, a análise dessas atividades pertence à doutrina da relação processual (CHIOVENDA, 1998, p. 217/218).

O que se percebe, diante do exposto, é que a aceção tradicional entende a atividade de cognição como exclusiva do juiz, sendo prevalentemente lógica, mas, também, com componentes de caráter não intelectual. Assim, cabe ao julgador, diante da demanda que lhe fora submetida, e valendo-se de sua intuição, convicção, vivência e *inúmeros outros fatores, como o psicológico, volitivo, sensitivo, vivencial, intuitivo, cultural e outros mais* (WATANABE, 2012, p. 69), analisar e avaliar as provas apresentadas pelas partes para, ao final, proferir a decisão concreta<sup>4</sup>.

Concentra-se, então, nas mãos do juiz, de forma até mesmo soberana (o que, evidentemente, não compactua com o raciocínio que ora expomos), a atividade cognitiva voltada ao provimento final. É aquilo que se chamou, doutrinariamente, de *aplicação jurídica solitária e sensível pelo julgador* (NUNES, 2008, p. 98), consoante raciocínio de Oskar Von Büllow, estruturador da autonomia do Direito Processual, cujo entendimento apontava que a relação jurídica processual encontrava-se, lastreada exclusivamente na figura do juiz, considerando as partes como meros colaboradores.

---

<sup>4</sup> Ao tratar da teoria geral da prova no processo penal, Aury Lopes Júnior, em posicionamento doutrinário de destaque, mesmo porque em conformidade constitucional como o próprio autor denomina seus estudos, opta por chamar de “atividade recognitiva” aquela desenvolvida quando do exame das provas, responsável por fazer com que o órgão judicial cumpra a “reconstrução (aproximativa) de um fato passado”, destacando, também, que “o processo penal e a prova nele admitida, integram o que se poderia chamar de *modos de construção do convencimento* do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença” (*Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. V. 1, 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 490).

Seria o juiz, então, um verdadeiro mensageiro do sentimento jurídico de um povo, a autoridade (mito criado) que acalentaria os desígnios da coletividade, o que retrataria uma visão privilegiadamente solipsista e que o consideraria o único protagonista do processo<sup>5</sup>.

O pensamento idealizador do protagonismo judicial, apontando a figura do juiz como o único responsável pela solução dos problemas e mazelas do sistema, porém, sucumbiu à evolução da ciência jurídica ao longo dos anos, como se verá, em seguida, impondo-se, portanto, reconhecer a necessidade de revisitação.

A questão é simplória. A partir do momento em que o ideal democrático deve possibilitar a ampla participação do cidadão na formação do provimento, aceitar o pensamento de que o exercício da função jurisdicional pacifica as relações sociais, que o processo é meio de realização da justiça e que o juiz é o salvador exclusivo das relações conflituosas que lhe são submetidas, equivale a um retrocesso sem igual.

O conceito de cognição passa, portanto, pela necessidade inquestionável de participação das partes na formação e na legitimidade do provimento final (argumentação racional vinculando a atividade cognitiva).

Para que melhor se compreenda a importância da cognição na produção probatória, buscar sua origem histórica é caminho nem sempre fácil, verdadeiro desafio, até porque somos tradicionalmente tendenciosos a analisar o presente sem tornar os olhos para o passado, acreditando, piamente, na contemporaneidade e nos recursos que ela nos proporciona. A dificuldade, pois, tem seu lastro assentado nas seguintes linhas:

Ademais, enquadrada na Ciência Jurídica, a cognição jurisdicional não contou com uma evolução linear, lógica e de crescente aperfeiçoamento. Se se analisar a história jurídica que a cerca, pode-se concluir que a cognição, assim como o próprio Direito, esboçou avanços e retrocessos, fruto do avançar e retroceder da própria humanidade. De governos democráticos seguiram-se governos religiosos, da paz seguiu-se a guerra. O Direito, enquanto

---

<sup>5</sup> Vem bem a calhar o pensamento de Flaviane de Magalhães Barros ao analisar a base reformista na instrumentalidade do processo, que traria embutida o “garantismo” que se pretendeu introduzir com a reforma processual penal lastreada pelas Leis nº 11.690/08 e 11.719/08, alteradoras, respectivamente, do capítulo referente às provas, às partes, aos atos de comunicação, à sentença e ao procedimento comum: “O problema é que se pretende uma legislação processual penal garantista, mas fundada em um juiz penal garantidor, nos termos do paradigma Social, e não em um processo que se funda na participação dos afetados (partes) com iguais possibilidades de influência, argumentação e construção participada da decisão, adequado, portanto, ao Estado Democrático de Direito (*Reforma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis nº 11.690/08 e nº 11.719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 8).

ciência intimamente ligada ao homem, seguiu a mesma sorte de tais variações (MADEIRA, 2008, p. 48).

Diferenciada a atividade cognitiva, historicamente, nos períodos das *legis actiones*, *per formula* e da *cognitio extra ordinem*, consoante já exposto no segundo capítulo, o direito romano, indubitavelmente, é aquele que melhor aborda o sentido e o significado da cognição, pois da conjugação dos três períodos, conforme se vê, resumidamente, nos próximos parágrafos, é possível inferir que cada um deles apresentava características próprias, sempre tangenciadas a um maior ou a um menor formalismo.

Por óbvio, há que se ressaltar que a Era Média, a Era Moderna e a Era Contemporânea (esta como representatividade da transição do Estado Liberal para o Estado Social) também trouxeram como pano de fundo a necessidade do pensar e do repensar os fundamentos da melhor técnica cognitiva que se adaptasse ao pensamento vigente na época.

Inicialmente, quando o mencionado primeiro período se inclinava para fins de tentativa de uma sistematização na resolução dos conflitos, constatava-se verdadeira incipiência no que concerne à definição do que seria a cognição propriamente dita. A oralidade e a palavra, mais do que qualquer outra preocupação, tinham significativa importância, bem como os atos de natureza privada, estes sempre preponderantes sobre aqueles de natureza pública, além da estrita imperiosidade de observância da forma.

No período seguinte, igualmente revestido de obediência formal, a lide era conhecida e apreciada segundo determinada fórmula que, nem sempre passível de obediência e cumprimento em cada caso concreto, possibilitava que o então árbitro decidisse conforme a sua consciência. Mais uma vez, a história se deparava com um momento em que não se definia, tampouco se vislumbrava, uma técnica de cognição apropriada para a análise das provas e fundamentos apontados.

Antevendo que a formalidade não seria o melhor caminho na missão de buscar a mais adequada resposta possível para os casos levados ao conhecimento do julgador, o período seguinte da *cognitio extra ordinem* revelou um aperfeiçoamento mais do que considerável na definição de uma técnica cognitiva, uma vez que cabia àquele, de forma exclusiva, trazer para si a presidência dos atos de instrução e o julgamento das lides.

No que se refere às provas, vislumbrava-se, ainda que timidamente, que as partes tinham a possibilidade de exposição mais abrangente de suas pretensões, não sendo por

outro motivo que se entende o aludido período histórico como aquele em que a garantia do contraditório teria dado seus primeiros passos. Fato é que a maior conquista advinda dessa mudança de visão se aperfeiçoou com a necessidade de que o julgador, antes de proferir sua decisão para o caso que lhe fosse submetido, efetivamente analisasse os argumentos e teses expostas pelas partes, deixando de ficar restrito às fórmulas indicadas no período anterior.

Ainda que as conquistas oriundas do direito romano pudessem servir, como de fato serviram, para amoldar o entendimento de cognição jurisdicional que hoje se quer no Estado Democrático de Direito, outras interpretações foram conquistadas nos períodos históricos que o sucederam até que se chegasse à inarredável conclusão, nos dias atuais, e dentro de uma crítica abalizada, de não aceitação do modelo ainda prevalente de autoritarismo decisional, e de consagração, por outro lado, da cognição compartilhada entre os sujeitos do processo.

Não se questiona que a ideologia que embasava os modelos passados se assentava no pensamento vigente na respectiva época, ostentando vícios e dificuldades de aplicação prática para o que hoje se almeja. Todavia, não se pode desprezar tudo aquilo que for aproveitável daquela temporalidade, dentro, é claro, do exercício de uma racionalidade crítica, de uma racionalidade que compreenda o aprendizado com os próprios erros pretéritos (POPPER, 1994, p. 72).

A valorização da história não pode ser amparada na ideia de sua simples reiteração, mas, sim, no respeito e no aproveitamento daquilo que se afeiçoe à necessidade dos novos tempos.

Os desafios a serem enfrentados no Direito Contemporâneo passam pela necessidade de reflexão sobre essas bases históricas, políticas e teóricas do Processo Civil, conformando-as com o novo paradigma que se quer, que se busca para uma prestação jurisdicional que reflita, de forma legitimada, a participação isonômica de todos, não mais o raciocínio antiquado e mais do que ultrapassado de uma separação de papéis na estrutura processual que tenha o juiz, de um lado, com maestria de comando, e as partes, do outro lado, verdadeiramente apartadas da dialética processual.

Com propriedade, Dierle José Coelho Nunes assevera que a estruturação processual, a partir da perspectiva democrática de Estado, somente se legitima através de técnicas que estejam de acordo com tal entendimento e esclarece:



O processo ganha, nessa perspectiva, enorme dimensão ao se transformar em espaço onde todos os temas e contribuições devam ser instersubjetivamente discutidos, de modo preventivo ou sucessivo a todos os provimentos, assegurando técnicas de fomento ao debate que não descurem o fator tempo-espacial do seu desenvolvimento (NUNES, 2008, p. 49).

Destarte, a importância do conhecimento da técnica cognitiva implica, via reflexa, no enorme interesse que o estudo do procedimento ordinário desperta nos doutrinadores<sup>6</sup>, modelo que, por sua amplitude, possibilita que as partes discutam qualquer questão envolvida no conflito levado ao conhecimento do órgão jurisdicional, da mesma forma que, ainda que sob o já mencionado viés autoritário, autoriza que se proceda à realização de uma cognição exauriente, aprofundada, sobre as mesmas questões.

Indubitavelmente, não se pode deixar de compreender que a técnica da cognição encontra-se diretamente relacionada à atividade probatória e seus institutos correlatos.

Num primeiro ponto, a cognição pode ser examinada em relação ao direito material em si<sup>7</sup>. O referencial, quando a cognição é tomada neste sentido, é a própria extensão da matéria a ser analisada nos autos. É por isso que ela é chamada de “cognição horizontal” (relacionada à extensão, à amplitude), podendo ser “plena” ou “parcial”, a primeira sendo própria do procedimento comum, inexistindo qualquer impedimento de que sejam apresentadas e conhecidas todas e quaisquer questões, e a segunda como caracterizadora dos chamados procedimentos especiais, restringindo a possibilidade da discussão de certas questões.

A “cognição vertical”, por sua vez, é aquela em que o importante é a intensidade em relação ao objeto de prova, não importando sua extensão. Pode ser classificada em “exauriente” (completa) e “sumária” (incompleta).

---

<sup>6</sup> Por coerência mencionar DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª edição. V. 3, 2004, p. 34; WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44/45; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Objeto da cognição judicial*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense. V. 373, maio/junho 2004, p. 85.

<sup>7</sup> “O direito material é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista etc.)”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40.

Relativamente à “cognição horizontal”, seja estabelecendo os limites do que pode ser deduzido pelo autor, seja fixando os limites do que pode ser sustentado pelo réu, não se pode olvidar que perceber o alcance daquilo que é cognoscível se mostra como fundamental para a delimitação dos fatos controvertidos, trazendo, como resultado, uma melhor e mais adequada instrução probatória.

A verdade é que a partir do instante em que se consegue delimitar o procedimento a ser observado em determinado feito (cognição parcial), fixando-se os pontos controvertidos, ao juiz é defeso determinar, de ofício, a produção de determinada prova.

Há que se ponderar, todavia, que eventual restrição da cognição “parcial”, proibindo que seja discutida certa questão num determinado procedimento, a fim de conferir maior efetividade a uma situação de direito substancial, não impede que a parte a traga ao processo e aos sujeitos (juiz e partes) por intermédio de outra demanda, decorrência lógica do que preconiza o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 65).

Revela-se fundamental, portanto, saber compreender os motivos que conduzem à restrição mencionada no parágrafo anterior, e que fazem surgir procedimentos diferenciados, pois somente assim é que será possível controlar a legitimidade da sua elaboração legislativa, desenvolvendo posição mais crítica neste sentido. Se há a limitação de um determinado direito, que a mesma esteja adequada e conforme o direito material e o texto constitucional. Conclui-se que a cognição “parcial” está, assim, diretamente relacionada com a legitimidade do direito material que a justifique.

No que concerne à “cognição vertical”, técnica em que as situações apresentadas culminam com decisões que ficam limitadas a afirmar o “provável”, diferentemente, assim, do que ocorre com as tutelas de cognição exauriente, sabe-se que a mesma pode apresentar diferentes graus, como ocorre com as liminares obtidas em mandado de segurança e em medidas cautelares.

E a razão é simples, pois, quanto ao primeiro caso indicado no parágrafo anterior, a liminar é deferida com base no juízo de probabilidade de que as informações trazidas pela parte autora não serão rebatidas em sentido contrário pela autoridade coatora, ao passo que, quanto ao segundo caso, concede-se a liminar com lastro no juízo de probabilidade de que a

afirmação será demonstrada, ainda que de forma sumária, através das provas que serão admitidas no procedimento sumário.

Pondera-se, todavia, que a ideia de “provável” deve ser compreendida apenas e tão-somente como a imprescindível possibilidade de modificação dos atos decisórios pela influência dos sujeitos do processo<sup>8</sup>.

Após a conceituação e a perspectiva histórica delineada, o que deve ser ressaltado, por necessário, acerca da ideal procedimentalidade a ser incorporada por ocasião da realização da atividade judicial cognitiva, encontra-se bem explicitado nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira:

Convém, no entanto, apontar, ainda que de passagem, para outra dimensão do problema, decerto não mais acanhada ao prisma do interesse público na efetividade da tutela jurisdicional. É missão do processo conduzir o litígio a uma solução que corresponda, com a maior fidelidade possível, à realização do direito material no caso concreto; por conseguinte, a atividade judicial cognitiva, consciente embora das suas inevitáveis limitações, deve tender à reconstituição verdadeira dos fatos, pressuposto da correta aplicação das normas jurídicas. Ora, o conhecimento humano da realidade, unilateral e fragmentário por natureza, só pode tornar-se menos imperfeito na medida em que as coisas sejam contempladas por mais de um ângulo e se ponham em confronto as diversas imagens parciais assim colhidas (BARBOSA MOREIRA, 2011, p. 1112).

Hodiernamente, no Direito Democrático a cognição deve ser considerada como instituto jurídico umbilicalmente ligado ao exercício da função jurisdicional, mais diretamente aos sujeitos do processo, obediente aos princípios que regem o devido processo. Há tempos não se pode mais comungar dos pensamentos construídos ao longo do Estado Liberal e do Estado Social, vez que totalmente divorciados do entendimento que se deve conferir a uma cognição que precisa restar vigente no Estado Democrático de Direito.

---

<sup>8</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 71/72, refutando a impropriedade de se falar em juízo de probabilidade para se aludir à cognição sumária, esclarecem ser mais prudente utilizar a expressão “juízo provisório” em vez de “juízo de probabilidade”, estando, o primeiro, diretamente relacionado ao juízo sobre o objeto, e não à intensidade da participação. Acrescentam que, em se levando em consideração a ideia de descoberta da verdade, fica fácil demonstrar a fragilidade da contraposição de “juízo de probabilidade” com “juízo de verdade”, pois, na perspectiva de busca da verdade, não significa dizer que o juiz, ao final do processo, terá chegado a um juízo que lhe confirma uma maior certeza acerca dos fatos.

O que se quer deixar bem aclarado é o fato de que a mudança de mentalidade, seja ela em sede legislativa ou jurisprudencial, se impõe como única forma de potencialização de uma procedimentalidade e de um provimento legitimados. Revisar a teoria do processo como relação jurídica e pavimentar o caminho cognitivo, tecnicamente, de forma a permitir que todos os envolvidos participem, de forma isonômica e em obediência aos princípios inerentes, na formação da decisão final, num constante exercício dialético, somente contribuirá para que se reconheça, definitivamente, o afastamento da ideia de autoritarismo oriunda de períodos longínquos.

A respeito, e com os olhos da técnica processual voltados para uma visão democrática que evidencia o contraditório como elemento indissociável da atividade cognitiva, Aroldo Plínio Gonçalves destaca:

Com as novas conquistas do Direito, o problema da justiça foi deslocado do “papel-missão” do juiz para a garantia das partes. O grande problema da época contemporânea já não é o da convicção ideológica, das preferências pessoais, das convicções íntimas do juiz. É o de que os destinatários do provimento, do ato imperativo do Estado que, no processo jurisdicional, é manifestado pela sentença, possam participar de sua formação, com as mesmas garantias, em simétrica igualdade, podendo compreender por que, como, por que forma, em que limites o Estado atua para resguardar e tutelar direitos, para negar pretensos direitos e para impor condenações (GONÇALVES, 2001, p. 195).

### **3. ÔNUS DA PROVA**

É sabido que o ônus da prova foi, e ainda é, objeto de vários estudos nas doutrinas brasileira e estrangeira, importando, porém, no que concerne ao objeto do presente artigo, tratar da forma como se dá sua distribuição no contexto atual do processo civil brasileiro e no que virá exposto na nova legislação.

O tema é de indubitosa relevância, tanto que parte considerável da doutrina concorda com a ideia de que a repartição do ônus da prova se insere dentre os problemas vitais do processo (CHIOVENDA, 1998, p. 443).

O Código de Processo Civil revogado disciplinava a distribuição do ônus da prova em seu art. 333, norma já prevista na anterior legislação processual de 1939, também com

suporte semelhante no art. 2.697 do Código Civil da Itália, no art. 377 do Código Processual Civil e Comercial da Nação Argentina e no art. 342º do Código Civil Português<sup>9</sup>. Evidencia-se, nos breves exemplos, a opção legislativa de alguns países pela inserção da regra de repartição no direito material e outros no direito processual.

O novo texto processual civil, por sua vez, mantém a regra da distribuição estática do ônus da prova (art. 373, inc. I e II), albergando, ainda, a possibilidade da distribuição dinâmica, desde que observados os requisitos então estabelecidos para tanto (art. 373, § 1º), inserindo, também, um dispositivo que limita, procedimentalmente, o momento para que se proceda à dinamização (art. 357, III).

Pois bem. Apenas para uma melhor compreensão das linhas seguintes, convém assinalar que *ônus* tem significado distinto de *dever*, este último pressupondo a aplicação de uma sanção quando não obedecido. A propósito, quando a norma jurídica impõe um dever, como, por exemplo, não causar qualquer dano material a outrem, ainda que sob a forma culposa, quer dizer que o responsável pelo infortúnio ficará obrigado a repará-lo (arts. 186 e 927, do Código Civil).

Relativamente ao ônus, porém, caso haja o seu descumprimento, a sanção será, tão-somente, de natureza processual. Evidentemente que o sujeito processual que busca a satisfação de sua pretensão tem total interesse no cumprimento do ônus da prova, pois sua atividade positiva implicará em trazer consequências favoráveis ao seu desiderato. Via reflexa, caso opte por se manter inativo, tem total conhecimento das implicações que isto lhe trará.

A referida distinção, ainda que pareça simples, se mostra necessária na medida em que o ônus probatório se apresenta como uma obrigação do sujeito processual que pode resultar em benefício próprio, sendo possível concluir que, embora não haja sanção no ônus, decorre, sim, um encargo.

O ônus da prova, portanto, pode ser conceituado, segundo José Frederico Marques (1974, p. 187), como a necessidade de provar para vencer a causa.

---

<sup>9</sup> Segundo Jorge Augusto Pais do Amaral, jurista português, o ônus da prova “traduz-se, para a parte a quem compete, no encargo de fornecer a prova do facto visado, incorrendo nas desvantajosas consequências de se ter como líquido o facto contrário, quando omitiu ou não logrou realizar essa prova; ou na necessidade de, em todo o caso, sofrer tais consequências se os autos não contiverem prova bastante desse facto (trazida ou não pela mesma parte)”. (*Direito Processual Civil*. 10ª edição. Lisboa: Almedina, 2011, p. 271).

Relevância, ainda, deve ser conferida ao Processo Penal, uma vez que é sabido que a distribuição do ônus da prova há que se fazer, sempre, em parâmetros constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII).

Assim, cabe à parte acusadora a função de demonstrar e provar a culpa do acusado com lastro na certeza, impondo-se uma interpretação mais apropriada do teor do art. 156, do Código de Processo Penal, após as reformas proporcionadas pelas Leis nº 11.690/08 e 11.719/08, inclusive, e se o caso, com o decreto de absolvição mesmo que haja fundada dúvida sobre a existência de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade<sup>10</sup>.

### **3.1 A razão de ser do ônus da prova**

A prova, como ensina a doutrina contemporânea, pertence ao processo, pois, uma vez produzida, servirá aos sujeitos processuais sem distinção. O que não se admite é obrigar o sujeito processual a produzir prova contra si mesmo, prova contrária ao seu interesse, o que só faria reduzir a nada o princípio dispositivo.

A regra inserida no art. 333, do Código de Processo Civil revogado, distribuindo o ônus da prova entre os sujeitos processuais, traz como embasamento lógico o tratamento isonômico constitucionalmente previsto, igualmente racional, cabendo à parte autora provar os fatos que constituem o direito por ela afirmado, enquanto à parte ré impõe-se demonstrar situações impeditivas, modificativas ou extintivas do pleito inicialmente formulado.

Seria ilógico exigir que alguém que afirma determinado direito seja obrigado a fazer referência a fatos que impeçam o seu reconhecimento pelo órgão judicial<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Em posicionamento crítico e fundamentado acerca das reformas processuais então mencionadas, BARROS, Flaviane de Magalhães, ensina que “a distribuição do ônus da prova deve se manter com base nos parâmetros constitucionais da presunção de inocência. Nessa seara, não se pode dizer que o acusado é quem tem de provar sua inocência, mas sim que cabe à parte que acusa provar a culpa do acusado” (*(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis nº 11.690/08 e nº 11.719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 29).

<sup>11</sup> Exemplificando com o direito alemão, em que não há norma similar ao teor do art. 333, do Código de Processo Civil, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart traduzem que o direito tedesco segue lógica idêntica. Argumenta-se que aquele que pretende se ver beneficiado pelos efeitos de uma determinada norma fica jungido a provar os pressupostos fáticos para a sua aplicação. E complementam: “Se para a aplicação de uma norma são relevantes os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos, aquele que deseja a produção dos seus efeitos deve provar somente os fatos que são exigidos para a sua aplicação, e não os que impedem a sua aplicação, ou modificam ou extinguem o direito. Na ausência de regra expressa sobre a divisão do ônus da prova, a doutrina alemã, desenvolvendo a ideia de que a discussão em torno da aplicação de uma norma pode girar em torno dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos, chegou à

Mais do que representar um encargo para as partes, parcela da doutrina considera que a norma processual revogada seria, relativamente ao órgão judicial, uma mera regra de decisão a ser adotada quando em estado de dúvida.

Entendemos, no entanto, que a atividade de produção probatória alcança o órgão judicial, mas não o vincula somente em estado de dúvida, mesmo porque, na fase de convicção (antes da dúvida), devem ser levada em consideração, além da natureza dos fatos em discussão e a quem seria impingido o ônus da prova, a situação concreta discutida nos autos.

Se o objetivo da repartição do ônus probatório é o de possibilitar que se chegue ao convencimento diante de um caso concreto, é preciso que também se entenda que a exigência para tanto irá variar conforme as peculiaridades de cada situação levada em juízo. Como o convencimento precede a prolação do provimento, fica inviável admitir que a regra do ônus da prova somente teria importância para possibilitar a emissão daquele mesmo provimento em caso de dúvida.

O que se quer dizer, de forma sintetizada, é que o órgão judicial pode, até mesmo, decidir favoravelmente àquela parte que não cumpriu seu encargo probatório, tomando por lastro, na dialética processual, o conjunto probatório como um todo, no que se inclui a prova produzida pela parte contrária.

E mais, sendo a atividade probatória elemento fundamental para a compreensão da exata dimensão do processo civil contemporâneo, não se pode olvidar do seu vínculo em relação à participação dos sujeitos processuais, através da garantia do contraditório, já que configura condição de legitimidade do provimento (democracia participativa).

A produção da prova, não obstante o comando inserto no art. 333, do Código de Processo Civil, não se reveste de conduta imprescindível para a prolação de um provimento favorável. O ônus da prova, e aqui entra a questão do “risco”, somente aponta que a parte que não cumprir o encargo estará sujeita ao risco de uma decisão que lhe seja desfavorável. É preciso que se compreenda que a ideia de se repartir o encargo probatório não traz como consequência imediata o fato de que, produzida a prova, o resultado será favorável, mas

---

conclusão lógica de que o autor somente deveria provar os fatos pressupostos para a aplicação da norma, e o réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 160).

sim o de relacionar a produção probatória a uma possibilidade maior de convencimento do órgão judicial.

O rigorismo da lei está sobreposto pela norma constitucional do direito fundamental à prova e, nesse sentido, não se pode supor que todo o conjunto probatório seja deixado em segundo plano se restou cumprida, ou não, a regra do ônus da prova.

### 3.2 Ônus da prova subjetivo e objetivo

Bem se observou, diante do exposto no subitem anterior, que a repartição do ônus probatório, mais do que poder se traduzir como uma regra de decisão<sup>12</sup>, constitui-se, também, em norma organizacional da atividade probatória a ser desenvolvida pelos sujeitos processuais (ECHANDÍA, 1998, p. 424/425).

Nesse contexto, a distribuição do ônus da prova acaba por desempenhar dupla função: estrutura a atividade probatória, dimensionando-a entre os sujeitos processuais (subjetiva); atua como possibilidade de contribuir para o convencimento do órgão judicial (objetiva), até porque é incabível pronunciamento pelo *non liquet*<sup>13</sup>.

Fica claro, a partir do advento do Estado Democrático de Direito e do real significado de um procedimento compartilhado, que se apresenta como totalmente equivocada o pensamento doutrinário, e até mesmo jurisprudencial, de conferir maior relevância à função objetiva, desprezando, sem qualquer razão de ser, a função subjetiva.

Minimizar a importância do ônus da prova enquanto regra de estruturação da atividade probatória significa ignorar o caráter dialético do processo decorrente da

---

<sup>12</sup> Sob tal perspectiva, o jurista italiano Gian Antônio Micheli, que tão bem se debruçou sobre a questão do ônus da prova em obra específica, mas em tom diverso do que ora defendemos, prefere considerá-lo de forma unitária, tão-somente com o caráter de regra de decisão, proporcionando ao juiz a possibilidade de se pronunciar em qualquer caso, inclusive quando forem ignorados fatos relevantes da controvérsia. Acrescenta que é preciso superar as contraposições entre aspecto objeto e aspecto subjetivo e que é preciso deslocar a importância para a atividade de julgamento. (MICHELI, Gian Antônio. *L'onere della prova*. 2ª edição. Padova: Cedam, 1966, p. 112). Pontes de Miranda também foi adepto da ideia de existência, tão-somente, do ônus objetivo da prova: “O ônus da prova é objetivo, não subjetivo (...) Uma vez que todos têm de provas, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova objetivo, regula a consequência de se não haver produzido prova (...) O problema da carga ou do ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as consequências de se não haver provado” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª edição. V.6, 1997, p. 270/271).

<sup>13</sup> “As normas pressupõem-se conhecidas do juiz, mas a instrução pode não esclarecer (ou esclarecer insuficientemente) os fatos relevantes e controvertidos do processo. Ainda assim, o juiz tem o dever (poder-



cooperação mútua. A democracia participativa e o exercício ativo da cidadania, em questões processuais, é algo que, mais do que ser estimulado, necessita ser respeitado.

No Estado Constitucional, a democracia se molda num procedimento permeado pela observância e garantia do contraditório, através da qual os sujeitos processuais desempenham suas respectivas atividades, não apenas alegando, mas também requerendo e produzindo provas.

Entendemos como condição essencial, sob a égide democrática, que devem ser destacadas a importância e também o significado de representação da função subjetiva do ônus probatório. Não se aceita, por óbvio, que as regras legais somente interessem diante da ausência de uma prova eficaz que resulte em certeza do juízo, tampouco que as ditas regras somente devem ser aplicadas caso uma determinada circunstância de fato não tenha sido demonstrada, como, infelizmente, boa parte da doutrina ainda se posiciona<sup>14</sup>.

Com Artur Carpes, convém transcrever:

Ora, se a repartição do ônus da prova possui influência na participação das partes - na medida em que vai servir à estruturação da sua respectiva atividade probatória -, e tal participação constitui elemento fundamental para a construção da decisão justa, não se pode mais minimizar a importância da função subjetiva (CARPES, 2010, p. 54).

A partir do instante, finalizando nosso raciocínio, em que se confere a devida observância aos aspectos objetivo e subjetivo do ônus da prova, quer-se crer que estaremos afastando a ideia antidemocrática de formalização da decisão judicial.

### **3.3 A distribuição estática do ônus da prova e a teoria da carga dinâmica da prova**

---

dever) de julgar, sendo-lhe vedado pronunciar *non liquet*”. (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 154).

<sup>14</sup> Hermes Zaneti Júnior, descrevendo o Estado Democrático de Direito e o papel do contraditório como elemento de participação dos destinatários finais nos atos decisórios, acrescenta, com Fazzalari, tratar-se de situação que inverte o conceito de processo, o qual passa a ser compreendido como ‘procedimento em contraditório’, abandonando a teoria da ‘relação jurídica processual’ que servia “a qualquer facção ideológica” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O processo constitucional: o modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 62/63).

A teoria da carga dinâmica da prova é atribuída a Jorge W. Peyrano, jurista argentino, deitando suas raízes na concepção de Bentham, no século XIX, que já defendia a atribuição do ônus da prova à parte que pudesse dele desincumbir-se com menos inconvenientes, menor perda de tempo e de despesas<sup>15</sup>.

Como já consignado, o texto processual civil de 1.973, tem, na redação do já citado art. 333, o reflexo da chamada “teoria das normas”, determinando que o ônus da prova sobre uma alegação do fato recaia sobre aquele que pretenda a aplicação da norma invocada, cabendo ao réu o mesmo ônus de desconstituir as alegações que ensejem a aplicação de tais normas, através de uma defesa indireta.

Infere-se, a despeito de se observar o caráter estático da regra, haver, inclusive, autorização para que as partes convençam em torno do ônus probatório, somente não sendo possível quando recair sobre direito indisponível e quando tornar demasiadamente difícil o exercício de um direito (art. 333, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

Percebe-se que o objetivo do legislador foi o de fazer vincular a distribuição do ônus da prova à lei material, fixando-o, de forma genérica, sob a responsabilidade da parte que pretende ver reconhecido determinado direito. A preocupação mais se assentou em respaldar a segurança jurídica e a igualdade formal entre as partes, o que, de plano, nos remete a uma visão liberal do tema.

Evidencia-se, portanto, o caráter hermético da regra, uma vez que deixa o órgão judicial sem qualquer possibilidade de modificação, acreditando que a lei tivesse a capacidade de prever toda e qualquer situação conflituosa levada em juízo.

Por certo, não se pensava, quando da elaboração do texto processual civil revogado, que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa não pudessem prescindir de um processo que estivesse adaptado às circunstâncias do caso concreto. A norma, acima de tudo, e de todos, disporia de respostas para toda e qualquer situação conflituosa, imaginando, o legislador, repita-se, com ideias liberais, que conseguiria dar vazão ao procedimento probatório na sua inteireza. Ficou claro que a pretensão era a de garantir que

---

<sup>15</sup> A teoria dos “ônus probatórios dinâmicos” teria sido inicialmente manifestada por ocasião das Quintas Jornadas Bonaerenses de Direito Civil, Comercial, Processual e Informático, realizadas em Júrin, na Argentina, em outubro do ano de 1992 (PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. LÉPORI WHITE, Inés (Org.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2004, p. 19/20).

as partes fossem tratadas de forma imparcial, sem qualquer tipo de discriminação, e que a segurança jurídica pudesse prevalecer.

Obviamente, o resultado de tal pensamento, no contexto de um Estado Democrático de Direito que entende a prova como um direito fundamental, possibilitando o amplo acesso à jurisdição (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal), não é o mais adequado, tampouco o mais desejado. A distribuição do ônus da prova, tal qual hoje prevista, se apresenta alheia à realidade de igualdade substancial dos sujeitos processuais, situação que apenas poderá ser visualizada diante da peculiaridade de cada caso concreto.

Clamava-se por mudanças legislativas há tempos.

Ora, uma coisa é clara: a lei, genérica e abstrata, passível de abarcar uma sociedade formada por iguais (utopia que não pode ser relevada), em momento algum pode ser aplicada a todo e qualquer caso, como se imaginava, pois as características da sociedade em que vivemos, com distintos grupos e classes sociais, fazem surgir inúmeros fenômenos e diferentes situações conflituosas que exigem uma normatividade diversa e que corresponda às necessidades, bem como tenham a aptidão de serem substituídas quando do surgimento de novas necessidades.

Não foi por outro motivo, aliás, que surgiram teorias tentando modificar ou conferir outra visão ao *status quo*, dentre elas a teoria da dinamização do ônus probatório, que ganhou muito espaço na seara doutrinária, legislativa e jurisprudencial, muito mais condizente com aquilo que se espera de um ordenamento direcionado a dar respaldo aos conflitos levados ao conhecimento do órgão judicial.

A conclusão inarredável a que se chega é no sentido de que a distribuição do ônus da prova se constitui em técnica processual que tem o objetivo de estruturar a atividade probatória e que não pode deixar de se ajustar ao sistema de normas em que está inserida.

Há que se deixar de lado, como fez o novo legislador, a influência recebida de uma necessidade de estrita obediência à legalidade, como se fosse a solução para todas as mazelas, a fim de que possamos compreender o direito como uma ciência que se constrói na dialética. Há tempos que o juiz deixou de ser “a boca da lei”, devendo ser respeitada a legalidade substancial que, sob o paradigma democrático, impõe a “correção da lei às diretrizes constitucionais” (CARPES, 2010, p. 72).

O ajustamento da ciência jurídica, especialmente do direito processual, engloba a construção participada para a prolação do provimento, tudo em conformidade com as circunstâncias concretas do caso levado ao conhecimento do órgão judicial. A conquista dos novos direitos fundamentais, no século XX, principalmente, acabou sendo reforçada após a Segunda Guerra Mundial, ganhando espaço em nosso território a partir da Constituição de 1988, responsável por inserir a prova no seu ideário e o acesso à jurisdição. Cabe, assim, ao ordenamento processual, possibilitar a plena realização de tais direitos fundamentais, dando a sua resposta, não apenas de forma abstrata, mas à luz de cada caso concreto.

Com certeza, já pensando na disposição do texto constitucional, foi promulgada a Lei nº 8.078/90, nosso Código de Defesa do Consumidor, trazendo diversos artigos que melhor traduziram a participação, em juízo, daquele que ela definiu como “consumidor”. A tessitura realizada por meio de provas abertas possibilitou, dentre outras situações, a chamada “inversão do ônus da prova” (art. 6º, inc. VIII), através da qual o órgão judicial, constatando que as alegações do consumidor são dotadas de verossimilhança e que este último é hipossuficiente, pode flexibilizar, melhor dizendo, relativizar a norma prevista no já mencionado art. 333, do Código de Processo Civil, adaptando-a a uma situação concreta.

A teoria da carga dinâmica da prova teve seu fundamento primário em doutrinas abalizadas para, somente depois, ser erigida à legalidade, não permitindo que o órgão judicial, diante da presença dos requisitos autorizadores, como ocorre na legislação consumerista, não a considere<sup>16</sup>.

É importante, até porque agora há previsão legal no novo texto processual civil, que sejam constantemente buscadas as verdadeiras bases teóricas para uma adequada dinamização do ônus probatório, em consonância com a essência do Estado Democrático de Direito, a fim de que possamos fixá-las e adequá-las ao processo civil brasileiro, ainda que, futuramente, venham a ser modificadas, dentro do raciocínio popperiano de falibilidade.

---

<sup>16</sup> Ainda que se mencione que a manifestação mais remota da doutrina data do Século XIX, através de Jeremy Bentham, fato é que quem mais atuou de forma dogmática a desenvolver a temática da carga dinâmica da prova foi o jurista argentino Jorge W. Peyrano, notadamente a partir da década de 80 do século passado (GARCÍA GRANDE, Maximiliano. *Las cargas probatorias dinámicas: inaplicabilidad*. Rosario: Juris, 2005, p. 45).

Em nossa compreensão, mais do que simplesmente se pretender rechaçar a *ratio* da distribuição estática, é preciso ter em mente, antes de qualquer outro item, o respeito ao direito fundamental de acesso à jurisdição e o respeito à ampla produção probatória, mandamentos constitucionais, quando da elaboração da técnica de dinamização que será aplicada ao caso concreto, não deixando de lado, também, a questão inerente a um outro direito fundamental, não menos importante, a da igualdade substancial das partes. É que a igualdade constitui a base para que o órgão judicial operacionalize referida técnica toda vez que observar desequilíbrio nos esforços de prova.

Em linhas gerais, o que a possibilidade de dinamização do ônus probatório trará é o fato de poder conformar, constitucionalmente, a atividade probatória, fundamentalmente nas oportunidades em que o modelo legal, diante de um caso concreto, não se adapte a esses preceitos constitucionais de acesso a jurisdição, de igualdade substancial e de direito fundamental à prova.

Caso uma das partes apresente melhores condições de prova, segundo o caso concreto trazido aos autos, a dinamização tem o condão de ajustar o exercício do direito fundamental à prova, naquela situação exata, impedindo tratamento diferenciado a um ou outro sujeito processual. Há uma evidência de desigualdade em relação à produção probatória que necessita ser corrigida, e assim o será, no momento certo.

Ao fim, a propósito do momento em que deve ser proferida a decisão que determina que se opere a dinamização do ônus da prova, sabemos que há opiniões doutrinárias no sentido de que aquela deve ter lugar quando da sentença, outros entendem que a decisão deve se dar na fase postulatória (logo após o recebimento da inicial), além de uma terceira corrente sustentando que o provimento deve ocorrer quando do saneamento do processo.

Uma quarta corrente, porém, entendia que não haveria momento processual para que o juiz fixasse o ônus da prova ou sua dinamização, posicionamento calcado na ideia de que não se estaria tratando de uma regra de procedimento, tornando-se desnecessário, nas relações de consumo avisar a parte contrária<sup>17</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, e dentro do raciocínio que comungamos neste artigo, consignou, depois de vários outros entendimentos em sentido

contrário, que a técnica de dinamização do ônus probatório deve se dar, preferencialmente, até o momento processual em que proferido o despacho saneador ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade, raciocínio que foi adotado pelo novo Código de Processo Civil em seu art. 357, III:

“PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. EXAME ANTERIOR À PROLAÇÃO DA SENTENÇA. PRECEDENTES DO STJ.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução e não regra de julgamento, sendo que a decisão que a determinar deve - preferencialmente - ocorrer durante o saneamento do processo ou - quando proferida em momento posterior - garantir a parte a quem incumbia esse ônus a oportunidade de apresentar suas provas. Precedentes: REsp 1395254/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 29/11/2013; EREsp 422.778/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 21/06/2012.

2. Agravo regimental não provido” (AgRg no REsp 1.450.473/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 23.9.2014, p. 30.9.2014).

#### **4. A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E SEUS REFLEXOS NO PROCEDIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS**

A Constituição Federal previu a necessidade de instituição dos Juizados Especiais nos Estados, Distrito Federal e Territórios, como mecanismo tendente a assegurar a máxima efetividade do postulado do acesso à justiça. Com esse espírito, o inciso I do art. 98 prescreveu:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de

---

<sup>17</sup> Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 203.225/MG. Rel: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 2.4.2002, p. 344; REsp nº 422.788/SP. Rel: Ministro Castro Filho, j. 19.6.2007, p. 220 (BRASIL, 2007).

causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau

O comando constitucional, entretanto, somente veio a ser regulamentado 7 (sete) anos depois de seu advento, com a edição da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais como órgãos da Justiça Ordinária no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Destarte,

Com a entrada em vigor da Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995 (DOU 27.09.1995, p. 15.034-15.037), que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, introduziu-se no mundo jurídico um novo sistema ou, ainda melhor, um microssistema de natureza instrumental e de instituição constitucionalmente obrigatória (o que não se confunde com a competência relativa e a opção procedimental) destinado à rápida e efetiva atuação do direito, estando a exigir dos estudiosos da ciência do processo uma atenção toda particular, seja a respeito de sua aplicabilidade no mundo empírico como do seu fundamento técnico-procedimental. (TOURINHO NETO, 2011, p. 41).

A Lei 9.099/95, seguindo os ditames constitucionais, estabeleceu um procedimento simplificado, informado por uma principiologia própria. Nesse sentido, o art. 2º daquele diploma legal anuncia que o processo nos Juizados Especiais orienta-se pelos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, privilegiando, sempre que possível, a solução consensual do litígio.

Os mencionados princípios, é intuitivo, estruturam um procedimento diferenciado, dotado de inúmeras peculiaridades, muitas delas incompatíveis com institutos do processo civil tradicional, a exemplo das intervenções de terceiros, da reconvenção e da ação rescisória, que, adianta-se, não têm guarida nos Juizados Especiais.

Por isso, os atos processuais no procedimento sumaríssimo são concentrados, realizando-se sempre que possível sob a forma oral, sendo reduzidas as hipóteses em que é necessário o registro escrito do ato. A propósito, reza o § 3º, do art. 13, da Lei 9.099/95, que “apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas

manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão”. Inspirado na mesma sistemática, o art. 36 dispõe que a prova oral não será reduzida a escrito, devendo a sentença referir, no essencial, os informes trazidos nos depoimentos.

Portanto, “a concentração no juizado especial é intensa, pois na audiência praticam-se quase todos os atos processuais, seja na audiência de conciliação ou na de instrução e julgamento” (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2012, p. 476).

Outrossim, predomina nos Juizados Especiais a simplicidade e a informalidade, realçando-se a importância do princípio da instrumentalidade das formas, expressamente previsto no § 1º, do art. 13, segundo o qual não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.

À luz desta principiologia, o procedimento probatório foi regulado pelos arts. 32 a 37, da Lei 9.099/95, que prestigia o princípio da oralidade e seus consectários, especialmente a imediatidade, a concentração dos atos processuais e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Para além da atipicidade dos meios de prova delineada no art. 32, a Lei 9.099/95 estabeleceu regras relativas ao momento em que são produzidas as provas, especificou aspectos referentes à prova testemunhal e pericial, além de permitir que a instrução seja conduzida por juiz leigo, sob a supervisão do juiz togado. Não obstante, a Lei 9.099/95 não traça regras específicas sobre o ônus da prova, de modo que, nesse particular, aplicam-se as normas da legislação processual civil pertinente, desde que compatíveis com o modelo procedimental estabelecido.

Por conseguinte, o ônus da prova no microsistema dos Juizados Especiais é extraído da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, impondo-se que seja evidenciada sua compatibilidade com o ordenamento especializado. Antes de enfrentar o referido tema, é indispensável tecer algumas breves notas sobre a inversão do ônus da prova e o momento adequado para tanto.

Já foi mencionado que o CPC de 1.973 adotou a técnica de distribuição estática do ônus da prova, não fazendo qualquer ressalva, de modo que, ao autor, incumbe o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu, o fato modificativo, impeditivo ou



extintivo do direito do autor (art. 333). Diz-se distribuição estática ou “a priori”, porque a legislação fixa, antecipada e abstratamente, quem tem o ônus de provar determinada alegação (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 395).

Por sua vez, e também como já indicado, o Código de Defesa do Consumidor rompeu com a tradição processual da distribuição do ônus da prova ao consagrar como direito básico do consumidor a inversão do ônus da prova quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência (art. 6º, inciso VIII). Cuida-se, a bem da verdade, de norma que consagra a dinamização do ônus da prova nas relações de consumo, situação que constitui, frente à nova Codificação, um dos “casos previstos em lei” a que faz alusão o § 1º, do art. 373, do NCPC.

Positivada a nova orientação, a jurisprudência passou a admitir, excepcionalmente, a distribuição dinâmica do ônus da prova, que é aquela em que o magistrado, à luz das peculiaridades do caso concreto, atribui responsabilidade pela produção da prova à parte que tenha melhores condições de fazê-lo. Em outros termos, o que se quis dizer foi que “a dinamização importa na atribuição do ônus de provar àquela parte que tem maior facilidade probatória” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 396).

A prática, contudo, desencadeou discussões relativas ao momento adequado para a dinamização do ônus da prova. Isso porque a dinamização importa, na maioria das vezes, em modificação da regra previamente fixada em lei, transferindo o ônus para a parte que, originariamente, não era onerada. Entendendo que se trata de regra de julgamento, a parte poderia ser surpreendida com a transferência do encargo probatório na sentença, quando não mais teria oportunidade de produzi-la. O Superior Tribunal de Justiça chegou a adotar a referida tese, mas, no julgamento do EREsp 422.778/SP, antes indicado, a 2ª Seção daquele Sodalício firmou orientação em sentido oposto, entendendo tratar-se de regra de instrução.

A referida concepção, sem embargo da divergência, alberga tanto o direito à efetividade da tutela jurisdicional quanto o princípio do contraditório, conciliando-os. Até porque “se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia” (DIDIER JR., 2015, p. 125).

Não foi por outro motivo que a nova Codificação manteve a regra da distribuição estática do ônus da prova, mas fez concessões excepcionais à dinamização, dispondo no § 1º do art. 373 que

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

Comentando o sobredito dispositivo legal, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero lecionam:

“[...] 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 [...] A partir daí, 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 prova. Tendo, legitimada está a dinamização do ônus da prova [...]” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 396).

O legislador do novo Estatuto Processual foi mais além e, adotando a posição consolidada na jurisprudência do STJ, determinou que a dinamização do ônus da prova não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil (art. 373, § 2º), situação conhecida na doutrina como “prova diabólica”. Vale dizer, positivou-se o entendimento de que o ônus da prova é regra de instrução e como tal deve ser definido no momento oportuno, que, a teor do art. 357, inciso III, do CPC de 2015, é a decisão de saneamento.

Pois bem. Fixadas tais premissas, e adentrando, especificamente, na possibilidade de dinamização do ônus da prova nos Juizados Especiais, tem-se que, confrontando as disposições específicas da Lei 9.099/95 e o procedimento regulado pelo CPC, as regras de

dinamização do ônus da prova, especialmente aquela relativa ao momento adequado para sua definição, foram projetadas para um modelo procedimental amplo, cujas fases encontram-se bem definidas, tanto que as provas são requeridas nos atos de postulação e admitidas na decisão de saneamento, considerado o momento adequado para a distribuição do ônus da prova. De fato, o art. 357, inciso III, do NCPC, prescreve que, não sendo caso de julgamento antecipado do mérito ou de extinção do processo, o juiz deverá proceder ao saneamento e à organização do processo, oportunidade em que definirá a regra de distribuição do ônus da prova.

A referida sistemática se revela distante do procedimento delineado pela Lei 9.099/95, que é predominantemente oral, concentrando a realização dos atos processuais na audiência de conciliação, instrução e julgamento, incluindo a admissão e produção de provas. Logo, a adoção pura e simples da dinamização do ônus da prova nos Juizados Especiais pode ensejar distorções e, conseqüentemente, malferir os princípios constitucionais aplicáveis à espécie.

Como, então, compatibilizar a dinamização do ônus da prova com as peculiaridades procedimentais dos Juizados Especiais?

Interpretando literalmente a legislação especializada, a resposta seria no sentido da impossibilidade de dinamização do ônus da prova. No entanto, não se pode olvidar que, na prática, o procedimento vem sendo relativizado com a cisão da audiência una em audiência inaugural de conciliação, em que, não obtida a resolução amigável do conflito, deve ser apresentada a resposta do réu, e audiência de instrução e julgamento, em que são admitidas e produzidas as provas orais.

Bem sopesado tudo o que fora exposto, é possível a adoção da dinamização do ônus da prova nos Juizados Especiais, desde que seja assegurada, à parte sobre a qual recairá o ônus da prova, oportunidade para dele se desincumbir.

Para isso, será recomendável que a distribuição dinâmica do ônus da prova se dê na audiência inaugural de conciliação, hipótese em que as partes já sairiam cientes dos encargos probatórios. E não se argumente com o fato de, nos termos do parágrafo único, do art. 27, da Lei 9.099/95, a audiência de instrução e julgamento, tendo lugar, em regra, imediatamente após a audiência de conciliação, ser um obstáculo para que se implemente a dinamização, uma vez que, antevendo tal situação, por certo que as audiências podem e

devem ser cindidas (o que já ocorre com certa frequência, diga-se de passagem). Muito menos se afirme que, como as audiências conciliatórias são, normalmente, realizadas por conciliadores ou juízes leigos (art. 22, da Lei 9.099/95), estaríamos diante de outro obstáculo intransponível, uma vez que nada impede seja providenciada a imediata conclusão do feito para que o juiz togado se pronuncie a respeito, sem que isso, com a devida vênia, implique em ofensa ao princípio da celeridade.

Por outro lado, parece insuficiente o critério adotado pelo Enunciado 53 do FONAJE, segundo o qual “deverá constar da citação a advertência, em termos claros, da possibilidade de inversão do ônus da prova”. Isso porque, a prevalecer o mencionado posicionamento, a parte ré teria contra si a atribuição de situação desvantajosa sem qualquer provimento jurisdicional nesse sentido.

Também, não é viável ao magistrado dinamizar o ônus da prova ao despachar a inicial, pois somente com a apresentação da defesa é que será possível fixar os pontos controvertidos, sobre os quais recairá o encargo probatório, muito menos por ocasião da sentença, mesmo porque já reconhecido, pelo próprio STJ, tratar-se de regra de instrução, e não regra de julgamento.

De outro lado, Mário Cesar Portinho Vianna, em artigo publicado na Revista dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (bem antes que se pensasse no novo NCPC) defende que, diante das características e de seus princípios, existe um único momento para a inversão do ônus da prova nos Juizados Especiais, qual seja, o início da audiência de instrução e julgamento (VIANNA, 2005, p. 30). Tal entendimento, todavia, e respeitosamente, não se coaduna com a nova metodologia processual instaurada pelo NCPC, tampouco se harmoniza com a principiologia constitucional do Processo Civil.

Deveras, a atribuição do ônus da prova à parte na audiência de instrução e julgamento cerceia direito fundamental que deriva do devido processo legal e seus consectários, especialmente o direito de ação e defesa. De fato,

O direito à prova se apresenta como manifestação estruturadora das garantias constitucionais da ação e da defesa. E por assim ser, conclui-se que o devido processo constitucional se torna efetivo quando, observado o exposto no tópico anterior, ação e defesa possam ser plenamente exercidas no tramitar de uma demanda, tendo e respeitando, de um lado, a plena afirmação da pretensão

pelo autor e, do outro, a plena possibilidade de resistência pela parte ré. Qualquer limitação indevida, ou censura, manifestada pelo Estado, evidencia, em tal situação, a abusividade da função jurisdicional, com as consequências previstas na ordem legal, deixando de prevalecer a oportunidade de argumentação para aqueles que se encontram em litígio, fazendo-se ouvidos moucos, então, das garantias processuais [...] (TAVARES; CUNHA, 2011, p. 123).

É possível ir além para afirmar que a dinamização do ônus probatório em sede de audiência de instrução e julgamento implicaria num incompatível (e inesperado) adiamento do referido ato, a fim de que fosse oportunizada a produção, em evidente prejuízo em termos de celeridade procedimental.

Em suma, a dinamização do ônus da prova se apresenta como importante ferramenta colocada à disposição do magistrado para garantir o efetivo acesso à justiça, ajustando a tutela jurisdicional às peculiaridades do caso em julgamento, não podendo, assim, ser afastada do âmbito dos Juizados Especiais, ainda que para tanto sejam necessárias adaptações procedimentais, notadamente diante da nova redação processual civil, é dizer, trate-se, ou não, de relação de consumo, temática constantemente abordada na justiça especializada.

## **CONCLUSÃO**

O ordenamento jurídico processual, hodiernamente, convive com as teorias da distribuição estática e dinâmica do ônus da prova. Aliás, antes mesmo do advento de qualquer reforma legislativa, a jurisprudência já vinha adotando a dinamização do ônus da prova como técnica jurídica tendente a evitar injustiças decorrentes do engessamento da distribuição estática.

Isso é fruto da nova concepção de processo, influenciada pela principiologia constitucional, que, para além do conflito litigioso, enxerga, nas partes, sujeitos capazes de dialogarem para o alcance do escopo da jurisdição, que é a pacificação social. Sem dúvida, a nova Codificação abraçou esta concepção e idealizou um procedimento em que o provimento jurisdicional é resultado de uma atividade cooperativa entre as partes.

Fazendo um paralelo com o Direito Civil, a cooperação está para o processo assim como a boa-fé objetiva e os seus consectários estão para o contrato. Enfim, aproxima-se o processo dos vetores axiológicos que informam o direito material, a saber: socialidade, operabilidade e eticidade.

Por isso, o novo diploma processual confiou ao magistrado a tarefa de, à luz das peculiaridades do caso concreto, afastar o ônus estático da prova, atribuindo-o à parte que tenha melhores condições dele se desincumbir, sistemática compatível com o procedimento dos Juizados Especiais.

Entretanto, em sede especializada predomina a oralidade e a concentração dos atos processuais em audiência, não havendo um momento procedimental específico para o saneamento do processo. Logo, não se pode simplesmente transportar a regra do procedimento comum previsto pelo NCPC para o procedimento sumaríssimo, sendo imprescindível que a dinamização seja determinada, ao menos, na audiência inaugural de conciliação, antes de se realizar a instrução.

Em suma, a dinamização do ônus da prova contribui para a prestação de uma tutela jurisdicional legítima e efetiva, evitando que o acesso à justiça se torne letra morta no texto constitucional, não podendo jamais ser desprezada. Afinal, os provimentos jurisdicionais são frutos da convergência de vontades das partes (ainda que antagônicas), somente se legitimando quando assegurado o direito fundamental à prova.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do Direito – Evolução das leis, fatos e pensamentos**. 2ª edição. São Paulo: Atlas. 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A garantia do contraditório na atividade de instrução**. In: Doutrinas essenciais – Processo Civil. Org. Tereza Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis nº 11.690/08 e nº 11.719/08**. Belo Horizonte: Del Rey. 2009.

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2010.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. **Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis**. Porto e Braga: Ernesto Chardron Editor. 1880.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia e uma reconstrução das fontes do direito moderno**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 1/3. Campinas: Bookseller. 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Objeto da cognição judicial**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense. V. 373, maio/junho 2004.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 02: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação de Tutela**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 05: Execução.** 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** 4ª edição. V. 3, 2004.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría general de la prueba judicial.** V. 1. Buenos Aires: Victor P. Zavallia. 1988.

ENGELMANN, Arthur. **The Romano-Canonical Procedure.** In: ENGELMANN, Arthur et alii. A History of Continental Civil Procedure. New York: Augustus M. Kelley Publishers. 1969.

\_\_\_\_\_. **Modern Continental Procedure – Germany and Austria.** In: ENGELMANN, Arthur et alii. A History of Continental Civil Procedure. New York: Augustus M. Kelley Publishers. 1969.

GARCÍA GRANDE, Maximiliano. **Las cargas probatorias dinámicas: inaplicabilidade.** Rosario: Juris, 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** Rio de Janeiro: Aide. 1992.

GIULIANI, Alessandro. **Prova (filosofia).** In: Enciclopedia del Diritto, v. 27. Milano: Giuffrè. 1988.

\_\_\_\_\_. **Il concetto di prova (contributo ala logica giuridica).** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1961.

JUSTO, António dos Santos. **Direito Privado Romano – I – Parte Geral.** Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora. 2000.



KLIPPEL, Rodrigo. **O juiz e o ônus da prova no projeto de novo Código de Processo Civil**. O projeto do novo Código de Processo Civil – Estudos em homenagem ao professor José de Albuquerque Rocha. Salvador: Juspodivm. 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo – Primeiros estudos**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História – lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad. 2000.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, v. 1, 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**. Curitiba: Juruá. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Processo Civil Moderno. Vol.: 4: Procedimentos Cautelares e Especiais**. 3ª ed. São Paulo: 2012.

MENDES, João de Castro Mendes. **Do conceito de prova em Processo Civil**. Lisboa: Universidade de Lisboa. 1961.

MICHELI, Gian Antônio. **L'onere dela prova**. 2ª edição. Padova: Cedam. 1966.

- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá. 2008.
- PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PAIS DO AMARAL, Jorge Augusto. **Direito Processual Civil**. 10ª edição. Lisboa: Almedina. 2011.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Manole. 2002.
- \_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Processo**. Leme: LED-Editora de Direito. 1999.
- PEYRANO, Jorge W. **Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas**. In: PEYRANO, Jorge W. LÉPORI WHITE, Inés (Org.). **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2004.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 4 e 6. 1997.
- POPPER, Karl. **O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade**. Lisboa: Edições 70. 2009.
- \_\_\_\_\_. **O racionalismo crítico na política**. 2ª edição. Brasília: UnB. 1994.
- SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. **O Direito Fundamental à Prova e a Legitimidade dos Provimentos sob a Perspectiva do Direito Democrático.** Revista de Processo, v. 36, nº 195, maio 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. II: Processo de Execução e Cumprimento de Sentença. Processo Cautelar e Tutela de Urgência.** 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais.** 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

VIANNA, Mario Cesar Portinho. **A Inversão do Ônus da Prova Prevista no Art. 6º, VIII, do CDC e o Juizado Especial Cível.** Revistas dos Juizados Especiais: doutrina – jurisprudência, v. 3, nº 15, ago. 2005. Disponível em <[http://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/revista\\_dos\\_juizados\\_especiais/#](http://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/revista_dos_juizados_especiais/#)>.

WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba** (investigación acerca del significado, las condiciones y limites del libre convencimiento judicial). [Tradução: Tomás Banzhaf]. Bogotá: Editorial Temis Librebría. 1985.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil.** São Paulo: Saraiva. 2012.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O processo constitucional: o modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

---