

Rodrigo Rosa Lopes

ÔNUS DA PROVA À DERIVA

Entre a (in)atividade das
partes e a completude do
acervo probatório

2027

PANO DE FUNDO DA TEORIZAÇÃO SOBRE O ÔNUS DA PROVA: ECOS DE ANTES REBOTANDO NA QUIETUDE

A teorização científica do ônus da prova teve início nos albores do século XX e desenvolveu-se principalmente em sua primeira metade, em que, como será demonstrado, estão ainda ancoradas suas bases teóricas. Inevitável, assim, “sugerir relações entre algumas marcas profundas do pensamento da processualística do século passado e a construção das ideias e conceitos relacionados ao ônus da prova”¹.

Pois bem, o surgimento da concepção do ônus da prova não apenas coincide temporalmente, como é parte da construção teórica do processualismo², período caracterizado pelo isolamento científico³ e sistematização de um processo civil pautado por um princípio

-
1. DE PAULA RAMOS, Vitor. Ônus da prova no processo civil (2015). 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 102.
 2. Sobre a esquematização conceitual do direito processual em perspectivas metodológicas e, especialmente, sobre a fase do *processualismo* (ou *autonomia*), ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo (1987). 16. ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022. p. 15-21); JOBIM, Marco Félix. Cultura, escolas e fases metodológicas do processo. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 146-149. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil (2009). 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. 32-34.
 3. No diagnóstico de Calamandrei: “*El pecado más grave de la ciencia procesal de estos últimos cincuenta años ha sido, a mi entender, precisamente éste: haber separado el proceso de su finalidad social; haber estudiado el proceso como un territorio cerrado, como un mundo por sí mismo, haber pensado que se podía crear en torno al mismo una especie de soberbio aislamiento separándolo cada vez de manera más profunda de todos los vínculos con el derecho sustancial, de todo los contactos con los problemas de sustancia*”. CALAMANDREI, Piero. *Proceso y justicia* (1950). *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. p. 208.

dispositivo dominante⁴ e, no campo do direito probatório, marcado pela ideia de que a verdade não interessava ao processo civil⁵.

1.1. A HERANÇA DE CARNELUTTI: FORMALIZAÇÃO DA VERDADE

A principal concepção sobre direito probatório que subjaz à noção de ônus da prova vem de Carnelutti⁶. Para além de sua indiscutível relevância e influência na tradição romano-canônica, é notório que seu pensamento “serviu de base para muito daquilo que se tem hoje por ônus”⁷. Antes de falar da noção de ônus, cumpre, pois, puxar o fio do entendimento sobre prova subjacente e sua penetrância, ainda hoje, na doutrina.

Carnelutti não nega *a priori* a possibilidade teórica⁸ de descoberta da verdade⁹. Nega, contudo, que seja ideologicamente oportuna e praticamente possível no processo. Isso porque, em um processo regido essencialmente pelo poder de disposição das partes sobre

-
4. Conforme Goldschmidt, “*el principio procesal civil dominante y de más interés en el proceso es el principio dispositivo, que supone que en Derecho procesal civil pesa sobre las partes la carga de proporcionar los fundamentos de la sentencia mediante sus actos de postulación (peticiones, alegaciones, aportación de pruebas: ‘quid non est in actis (partium), non est in mundo’*” (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil* (1929). Tradução da 2. alemã (1932): Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936. p. 82).
 5. DE PAULA RAMOS, Vitor. *Ônus da prova no processo civil* (2015). 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 102.
 6. Especialmente na obra: CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. Roma: Athenaeum, 1915. Aqui, será utilizada a versão em castelhano: Id. *La prueba civil*. Tradução da 2. ed. italiana (1947): Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. Ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.
 7. DE PAULA RAMOS, Vitor. *Ônus da prova no processo civil* (2015). 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 82.
 8. Para um diagnóstico, em caráter crítica, dos motivos para negação da verdade no processo (impossibilidade teórica, ideológica ou prática ou irrelevância): TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos* (1992). Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 27-56.
 9. Entende que a busca da verdade é possível quando esta busca for ilimitada e incondicionada, o que não é o caso do processo, pois: “*la verdad es como el agua: o es pura o no es verdad. Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada de tal modo que ésta no pueda ser conocida en todo caso y con cualquier medio, el resultado, sea más o menos riguroso el límite, es siempre el que no se trata ya de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos*” (CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil* (1915). Tradução da 2. ed. italiana (1947): Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. Ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. p. 25).

o material fático¹⁰, caberia ao juiz, antes de se ajustar à realidade, acomodar-se às alegações daquelas¹¹ para determinação dos fatos controvertidos em um processo voltado à resolução de conflitos¹².

Ademais, da própria regulação jurídica do processo decorreria que a busca dos fatos controvertidos não consiste em uma busca da verdade no caso particular, não sendo esta a finalidade do processo¹³. Daí a clássica distinção entre *verdade formal* e *verdade material*, sendo que o resultado obtido e desejado pelo processo não é a verdade material (ou *verdade verdadeira*), mas uma verdade formal (convencional; jurídica)¹⁴. Em resumo, a função e finalidade do processo, para Carnelutti, não seria conhecer a verdade dos fatos, mas unicamente se chegar a uma fixação formal deles¹⁵.

Vale notar que, no mesmo ambiente histórico-teórico, tanto Chiovenda quanto Calamandrei negam que a regulação jurídica do processo degeneraria a busca da verdade dos fatos em mero procedimento de fixação formal dos fatos indiferente à verdade¹⁶.

10. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil* (1915). Tradução da 2. ed. italiana (1947): Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. Ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.p. 9.

11. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil* (1915). Tradução da 2. ed. italiana (1947): Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. Ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.p. 7.

12. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil* (1915). Tradução da 2. ed. italiana (1947): Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. Ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.p. 15-16.

13. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil* (1915). Tradução da 2. ed. italiana (1947): Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. Ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.p. 20.

14. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil* (1915). Tradução da 2. ed. italiana (1947): Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. Ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.p. 20-21. Que a verdade formal alcançada pelo emprego dos meios jurídicos-processuais coincida com a verdade material que se alcançaria em uma busca livre, pautada apenas pela lógica, é mera casualidade – mesmo que, na prática, essa correspondência ocorra na maioria dos casos –, de todo contingente e não necessária para o ordenamento jurídico (p. 22)

15. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil* (1915). Tradução da 2. ed. Italiana (1947): Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. Ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.p. 52.

16. Conforme Calamandrei: “E tuttavia, finchè si resta nell'accertamento dei fatti, non si può dire che tutte queste limitazioni opposte dalla legge processuale alla indagine del giudice siano sufficienti a farle perdere quel carattere di indagine storica, che essa tuttavia conserva come quella che ha per suo fine la conoscenza concreta di fatti realmente avvenuti”. CALAMANDREI, Piero. *Il giudice e lo storico. Rivista di diritto processuale civile*. v. XVI – Parte I, p. 105-129, 1939. p. 114. Para Chiovenda “os defeitos inevitáveis no funcionamento prático do processo não podem influir sobre sua definição, porque a ideia de um instituto deve deduzir-se de sua destinação fundamental e não de seu

Em ambos está presente, em algum sentido, a afirmação da busca da verdade dos fatos como finalidade processual¹⁷. Inclusive, em 1950, no congresso internacional de direito processual ocorrido em Florença¹⁸, Calamandrei, exortou a processualística à (re)tomada da

funcionamento prático”, até porque, da mesma forma, “ninguém negará que a medicina seja a arte de curar as doenças só porque o erro de um médico pode ser fatal ao enfermo”, do que “ninguém pode negar que a destinação do processo seja a de fazer justiça” CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil* (1933) – Volume I. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942. p. 80).

17. CALAMANDREI, Piero. *Il giudice e lo storico. Rivista di diritto processuale civile*. v. XVI – Parte I, p. 105-129, 1939. p. 115. Em Chiovenda (*Instituições de direito processual civil* (1933) – Volume I. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942), seu conceito de *atuação da vontade concreta da lei* fundamenta-se na ideia de que ela “torna-se concreta, vale dizer, dá lugar a relações jurídicas, em virtude de fatos que se verificam”, sendo a determinação desses fatos “de suma importância para o processo” (p. 30-31); daí porque – e considerada a função pública do processo (p. 50) – o “objetivo dos órgãos jurisdicionais é afirmar e atuar aquela vontade de lei que eles *estimam* existentes como vontade concreta, à vista dos fatos que *consideram* como existentes”, dirigindo-se a atividade do juiz, além do exame da norma, ao “exame dos fatos que transformam em *concreta* a vontade da lei” (p. 75). Também, ambos criticam a mera resolução de conflitos como finalidade última do processo: “todas essas concepções se eivam de um defeito comum, a saber, o de confundir a finalidade atual, imediata, constante da atividade processual, com seus resultados remotos e possíveis, ou mesmo necessários”, pois “mesmo que entre as partes exista um contraste, não é objetivo imediato do processo compô-lo, mas dizer e atuar a vontade da lei [...] uma composição qualquer que seja, contanto que ponha termo à lide, [...] volveria o processo moderno, inteiramente inspirado em alto ideal de justiça, ao processo embrionário dos tempos primitivos, só concebido para impor a paz, a todo custo, aos litigantes” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil* (1933) – Volume I. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942. p. 83-84. “*Si el proceso debe servir solamente para garantizar la paz social, cortando a toda costa el litigio con una solución de fuerza, cualquier expeditivo procedimiento, con tal que tenga una cierta solemnidad formal que lleve la impronta de la autoridad, puede servir para esta finalidad, aun el juicio de Dios o el sorteo, o el método seguido por el juez de Rebelais que solemnemente ponía en la balanza los fascículos de los dos litigantes y procedía a dar siempre la razón al que pesaba más*” (CALAMANDREI, Piero. *Proceso y justicia* (1950). Tradução: Santiago Sentis Melendo. In: *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. p. 214). Ainda, ambos apontam a inexistência da definição de *coisa julgada* como uma *ficção de verdade*: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil* (1933) – Volume I. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942. p. 514. CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile* (1955). In: *Opere giuridiche*. Volume V. p. 615-640. Napoli: Morano, 1972. p. 618.
18. Trata-se de evento de importância ímpar na história da processualística, pois foi o primeiro grande evento científico do pós-guerra, ocasião em que a doutrina pôde fazer um balanço crítico do desenvolvimento da ciência processual nos últimos anos e discutir abertamente os novos desafios e rumos a serem tomados a partir de então. Conforme Trocker, “*é um congresso dal grande significato scientifico e spirituale in quanto è*

verdade como finalidade do processo e sua busca como pressuposto para justiça da decisão¹⁹.

Isso não resultou, porém, na adoção de um conceito epistemologicamente adequado de verdade. O próprio Calamandrei, cinco anos após o congresso, formulou a noção de *verossimilhança* como um sub-rogado da verdade²⁰, que, inobstante impregnada de subjetivismo e prenhe de imprecisões conceituais-terminológicas²¹, deitou raízes na doutrina.

la prima volta che studiosi provenienti da numerosi paesi europei ed extraeuropei tornano a riunirsi per discutere liberamente i problemi del processo e del diritto, dopo un periodo d'arresto e di disorientamento nel quale le possibilità si serene indagini o meditazioni erano soverchiate dalla compressione politica dapprima e dalle preoccupazioni contingenti" (TROCKER, Nicolò. *Processo e costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti: elementi di una moderna "teoria" del processo*. Revista de Direito Comparado. São Paulo, v. 2/2025, p. 233-281, jul-dez. 2015). Ademais, foi o pontapé inicial da IAPL (OTEIZA, Eduardo. *Asociación Internacional de Derecho Procesal. Indicios, evolución y protecciones*. In: BUENO, Cássio Scarpinella; BUJOSA VADELL, Lorenzo; DOTTI, Rogéria; HILL, Flávia; MITIDIERO, Daniel; PEREIRA CAMPOS, Santiago; PICÓ I JUNOY, Joan (Orgs.). *El Sistema Procesal del Siglo XXI: Nuevos Retos: XXVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. p. 25-52. Londrina: Thoth, 2023).

19. CALAMANDREI, Piero. *Proceso y justicia* (1950). Tradução: Santiago Sentis Melendo. In: *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.
20. CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile* (1955). In: *Opere giuridiche. Volume V*. p. 615-640. Napoli: Morano, 1972. p. 616.
21. Tomando de Wach a frase "*aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis*" (WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung: gehalten vor praktischen Juristen im Frühjahr 1879*. 2. ed. Bonn: Adolph Marcus, 1896. p. 226 – para uma mínima contextualização, está, em nota de rodapé não numerada, em trecho em que Wach, preocupado com o abuso na utilização da prova por juramento, trata da impossibilidade de seu emprego como contraprova de fato já provado *prima facie*), a interpreta no sentido de que todas as provas seriam provas de verossimilhança (um *sub-rogado da verdade*), do que dizer que um fato é verdadeiro significaria que tenha atingido um grau de verossimilhança na consciência do julgador capaz de dar-lhe certeza subjetiva de sua ocorrência, o que bastaria, dada limitação dos meios de conhecimento (CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile* (1955). In: *Opere giuridiche. Volume V*. p. 615-640. Napoli: Morano, 1972. p. 616). No fim, em que pese algumas premissas corretas, tudo acaba encoberto pela onipresença da ideia de verossimilhança, utilizada indistintamente para raciocínios de diferentes tipos e com diferentes objetivos. Sobre o correto sentido do conceito de *verossimilhança* e a impropriedade da posição de Calamandrei (apontando, inclusive, de equívoco na tradução do vocábulo *Wahrscheinlichkeit*): TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos* (1992). Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 183-184. *Id.* TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos* (2009). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 112-113. MITIDIERO, Daniel.

A dificuldade na formulação de um procedimento probatório epistemicamente idôneo, mesmo quando afirmada a verdade como finalidade processual, passa pela hegemonia do princípio dispositivo no processo civil e pela manutenção de um modelo manifestamente subjetivista, pautado pelo convencimento do juiz. Exemplo disso é a concepção de Liebman, que, colocando a justiça “fundada sobre a verdade dos fatos” como “escopo último da jurisdição”, ressalva que, “por maior que possa ser o escrúpulo posto na busca da verdade, e copioso e relevante o material probatório disponível”, a decisão sobre fatos terá “valor essencialmente relativo”, dado que se moveria “sobre o terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica”, e pela “aplicação do princípio dispositivo”²².

Essas duas pontas (dispositividade e subjetivismo), porém, ficam, aqui, soltas, para serem retomadas nos próximos tópicos. O que ora interessa é que, na tradição romano-canônica, a doutrina seguiu a trilha de Carnelutti, mantendo-se à sombra da ideia de verdade formal, inclusive no Brasil.

Na passagem da primeira para segunda metade dos noventa, Moacyr Amaral Santos, cuja influência, no campo da prova, na formação de estudantes e profissionais do direito é notória²³, incorre no tradicional erro epistêmico de se confundir o conhecimento (maior ou menor) do sujeito a respeito verdade, com a própria verdade (independente do sujeito)²⁴. Daí seu entendimento de que a verdade buscada no processo é sempre uma *verdade relativa*, em

Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. RB-2.3.

22. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile, II*. Milano: Giuffrè, 1959. p. 68-69.
23. Com destaque para seu Prova Judiciária no Cível e Comercial e para as *Primeiras linhas de direito processual civil*.
24. Trata-se de um *realismo ingênuo*, representado pela figura do *perfeccionista desiludido*, que pressupõe uma correspondência biunívoca entre a verdade (realidade empírica) e o conhecimento dela pelo sujeito; confunde-se a possibilidade de conhecimento (aproximado e gradual) da verdade (dita “absoluta”) com a impossibilidade de conhecimento absoluto da verdade, em evidente *non-sequitur*. A propósito: TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos* (1992). Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011. pp. 57-62, 177. DE PAULA RAMOS, Vitor. Ônus da prova no processo civil (2015). 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 29-31.

lugar da *verdade absoluta*²⁵. No fundo, é a adoção da dicotômica verdade formal-material, com o que a decisão seria a fixação de uma verdade formal, correspondente, para o autor, ao “estado de espírito”, à “certeza” do juiz²⁶.

Por fim, não sendo o objetivo esgotar as manifestações da noção de verdade formal na doutrina, resta apontar a permanência e ressonância dessas ideias em parte relevante da doutrina atual. Toma-se por exemplo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²⁷, para quem “o mito da verdade substancial tem servido apenas para atarracar o processo, alongando-o em nome de uma reconstrução precisa dos fatos” e que, “por mais laborioso que tenha sido o trabalho e o empenho do magistrado no processo, o resultado nunca será mais que um juízo de verossimilhança, que jamais se confunde com a essência da verdade sobre o fato”²⁸.

Mesmo que os autores afirmem que a ideia de verdade formal seja “absolutamente inconsistente e, por essa mesma razão, foi (e tende a ser cada vez mais), paulatinamente, perdendo seu prestígio no seio do processo civil”²⁹, acabam justamente por recair no velho conceito carneluttiano de verdade formal, mesmo que por eles re-

25. A premissa básica de seu entendimento é que “o que se busca [no processo] é sempre a verdade”, mas um “conceito de verdade relativa, não da verdade absoluta, sempre procurada, nunca alcançada”, pois, para o autor, “se a verdade somente pode ser procurada e se apresentar por meio dos sentidos e da inteligência”, decorreria que “a verdade varia no tempo e no espaço”, exemplificando que “a verdade ‘terra plana de ontem’ transformou-se na verdade ‘terra redonda de hoje’”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial – volume I* (1949). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 2.

26. O próprio autor adverte que (em certa medida em contradição com suas afirmações anteriores) que: “a certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes tem-se a certeza do que é objetivamente falso; por vezes duvida-se do que objetivamente é verdade; e a própria verdade, que parece certa a uns, aparece como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial – volume I* (1949). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 4). *Id.* Primeiras linhas de direito processual civil (adaptadas ao novo código de processo civil). v. 2. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 329-330.

27. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

28. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. RB-2.4.

29. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. RB-2.3.

formulado sob o termo “verdade factível”³⁰. Nisso, “o processo deixa de ser instrumento para reconstrução dos fatos (e futura aplicação da norma respectiva) para ser palco de argumentação”³¹, conforme será melhor tratado adiante. Antes, porém, necessário analisar mais detidamente a já sinalizada influência do princípio dispositivo sobre a atividade probatória no processo civil e sua íntima relação com a noção de ônus da prova.

1.2. O PRINCÍPIO DISPOSITIVO NA FORMAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO: *ALLEGATA ET PROBATA PARTIUM*?

O termo “princípio dispositivo” é normalmente utilizado, de forma um tanto equívoca, para designar “um conjunto de diretrizes que convergem para entregar a sorte do processo, em certos aspectos,

30. Conforme os autores, “reformando a ideia de verdade formal, poder-se-ia dizer que o importante é obter a verdade ‘formal’, esclarecendo que o ‘formal’ aqui significa o procedimento utilizado para se atingir o conceito – procedimento esse que há de ser o consenso, atingido por meio do discurso habermasiano. A tanto pode-se chamar ‘verdade factível’” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022 RB-2.6).

31. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022 RB-2.6. Note-se, porém, que Marinoni apresenta concepção diversa em MARINONI, Luiz Guilherme. *Fatos constitucionais? A (des)coberta de uma outra realidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024., onde, ainda que falando uma “verdade processual”, afirma que “a necessidade de o processo esclarecer os fatos – na medida do possível – é inerente ao exercício da função judicial [...] mesmo que não seja possível garantir um retrato fiel e exato da realidade a partir dos meios probatórios, isso obviamente não permite descaso em relação aos fatos, ainda que nenhuma iniciativa tenha sido tomada pelas partes e os *amici*”, sendo o empenho na busca da verdade dos fatos a “um pressuposto ético do Estado Democrático de Direito”, haja vista que “não há dúvida que a busca da verdade constitui requisito da democracia constitucional” (pp. 126/128). Vele referir que, antes de Marinoni, Daniel Mitidiero já colocava a verdade, ao lado da boa-fé, como pressuposto ético do modelo colaborativo de processo (e, portanto, do Estado Democrático de Direito): “a propósito do problema da obtenção da verdade no processo (ainda que adjetivada como verdade provável, tendo em conta que a verdade no processo sempre se resolve num juízo de probabilidade), importa observar desde logo que a sua colocação como um dos objetivos ideais da prova constitui uma condição insuprimível para que o processo possa viabilizar tendencialmente a obtenção de uma decisão justa” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 101-102).

à vontade dos litigantes”³². Contrapõe-se ao “princípio inquisitivo”, sendo a dicotomia tradicionalmente utilizada para identificação de “dois modelos de estruturação do processo”³³.

A preponderância de um ou outro “princípio”³⁴ diz respeito ao problema de “divisão do trabalho” entre as partes e o juiz no processo, cujo “tratamento, à evidência, pode e costuma variar no tempo e no espaço, sob influência de numerosos fatores”³⁵. Assim, “sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de ‘inquisitividade’; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a ‘dispositividade’”³⁶.

-
32. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo vol. 37, p. 140-150, jan-mar. 1985. Doutrinas Essenciais do Processo Civil, São Paulo, vol. 3, p. 1187-1201, out. 2011.
 33. DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo vol. 198, p. 213-116, ago. 2011. Doutrinas Essenciais do Processo Civil, São Paulo, vol. 1, p. 1347-1359, out. 2011.
 34. Esclarece-se que, aqui, se utiliza a palavra “princípio” no sentido mais amplo de “fundamento”, “orientação preponderante” etc.” (DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo vol. 198, p. 213-116, ago. 2011. Doutrinas Essenciais do Processo Civil, São Paulo, vol. 1, p. 1347-1359, out. 2011), e não no sentido próprio de espécie normativa, isto é, de “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios* (2003). ed. 23. São Paulo: JusPodivm, 2026. p. 108) ou “comandos de otimização [que] enquanto tais [...] são normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas” ALEX, Robert. *Crítica ao positivismo jurídico (Zur Kritik des Rechtspositivismus)*, 1988). Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. In: *Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 261.
 35. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de direito processual (4ª série)*. p. 35-44. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 35
 36. DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo vol. 198, p. 213-116, ago. 2011. Doutrinas Essenciais do Processo Civil, São Paulo, vol. 1, p. 1347-1359, out. 2011.

Nenhum modelo processual concreto é inteiramente dispositivo ou inquisitivo³⁷. Na dinâmica processual, alguma divisão e organização do trabalho entre partes e juiz deve ser feita³⁸, sendo os arranjos possíveis diversos, podendo preponderar elementos ditos dispositivos ou inquisitoriais. Mesmo que sejam denominações equívocas e, em parte, arbitrárias, a principal pedra de toque para identificação de um “processo dispositivo” ou de um “processo inquisitivo” está na dosagem dos poderes conferidos ao juiz nas diversas atividades processuais. Nesse sentido, “processo dispositivo” seria o que impõe ao juiz “limitações mais acentuadas, reservando às partes, na substância, o papel principal”, enquanto “processo inquisitivo” designa “o modelo em que se atribui ao órgão judicial maior soma de poderes”³⁹.

Essa divisão de trabalho, no entanto, “não suscita *um único* problema, senão, muito ao contrário, uma *série* de problemas distintos, para os quais é possível adotar soluções também diferenciadas”⁴⁰. Assim, dentro de um mesmo processo, pode-se confiar algumas atividades à iniciativa exclusiva das partes e, em relação a outras, conferir-se poderes ao juiz, em diferentes medidas⁴¹. Tratando-se de

37. Isso vale tanto para os processos de civil law quanto de common law: “no system of civil procedure can in nature of things be wholly adversarial or wholly inquisitorial [...] different procedures consist of different combinations of adversarial and inquisitorial elements, no matter to which ‘family’ they belong. The particular combination found in a particular procedure at a particular time is the product of gradual development and change over a long period of history, but the character of the combination provides a guide to the objectives of a given system of procedure” (JOLOWICZ, J. A. *Adversarial and inquisitorial approaches to civil litigation. On civil procedure*. p. 175-182. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 175-176).

38. *In extremis*, um processo puramente dispositivo nulificaria a jurisdição, impedindo mesmo a decisão adjudicada; e, processo puramente inquisitivo seria um processo *kafkiano*, completamente alheio às partes, instaurado *ex officio* e desenvolvido sem a participação dos “litigantes”.

39. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de direito processual (8ª série)*. p. 53-67. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53.

40. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de direito processual (8ª série)*. p. 53-67. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53.

41. Nesse sentido, “a ‘dispositividade’ e a ‘inquisitividade’ podem manifestar-se em relação a vários temas: a) instauração do processo; b) produção de provas; c) delimitação do objeto litigioso (questão discutida no processo); d) análise de questões de fato e de direito; e) recursos etc.” e “nada impede que o legislador, em relação a um tema, encampe o ‘princípio dispositivo’ e, em relação a outro, o ‘princípio inquisitivo’”, sendo “fundamental visualizar o problema, enfim, sob dois aspectos: a) propositura da de-

opção legislativa, são várias variáveis, em combinações temporalmente contingentes e condicionadas a vicissitudes teóricas.

Voltando ao contexto em análise, nota-se que a teoria do ônus da prova, concebida no início do século XX, é consectária direta de “uma tradição cultivada ao longo de quase todo o século XIX [que] confiava às partes, de preferência, a sorte do processo”, com o que “da vontade particular fazia-se depender não apenas a existência deste, mas, em larga medida, o seu desenvolvimento”, reservando-se “ao juiz o papel de observador distante e impassível da luta” entre os litigantes, sendo “simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das ‘regras do jogo’ e, no fim, proclamar o vencedor”⁴². Daí a “vertente do pensamento jurídico ocidental, amplamente refletida em obras doutrinárias, em codificações e na prática do foro” propensa a “reservar às partes, com menor ou maior ênfase, o papel dominante nesse campo, reduzindo ao mínimo, ou até excluindo às vezes por completo, a interferência do juiz”⁴³.

Nisso, a atividade instrutória acabou entregue à ideia de dispositividade; é dizer, o aporte de provas para formação do conjunto probatório ficou dependente da iniciativa das partes e condicionado à atividade destas. São diversas as passagens da processualística tradicional que pautam a instrução do processo pelo princípio dispositivo, deixando claro seu vínculo com a noção de ônus e, eventualmente, já identificando suas implicações negativas no conhecimento da verdade.

Para Goldschmidt “o princípio processual civil dominante e de maior interesse no processo é o princípio dispositivo”, o qual “supõe que no direito processual civil pesa sobre as partes o ônus

manda: delimitação do objeto litigioso do processo; b) estrutura interna do processo: impulso processual, produção de provas, efeito devolutivo do recurso etc” (DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo vol. 198, p. 213-116, ago. 2011. Doutrinas Essenciais do Processo Civil, São Paulo, vol. 1, p. 1347-1359, out. 2011).

42. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual* (4ª série). p. 45-51. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 45.
43. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de direito processual* (4ª série). p. 35-44. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 35.

de proporcionar os fundamentos da sentença mediante seus atos de postulação”, dentre os quais inclui, além das alegações e pedidos, o “aporte de provas: *‘quod non est in actis (partium), non est in mundo’*”⁴⁴. Daí que “as afirmações e provas aportadas pela parte constituem os únicos fundamentos da sentença (*‘iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet’*), ou, com outras palavras, as partes estão gravadas com o ônus da afirmação e da prova”⁴⁵.

Não apenas entende que os aportes das provas sejam atos das partes em “consequência do princípio dispositivo”, mas também que a finalidade de tais atos seria “convencer o juiz de um fato afirmado”⁴⁶, em uma concepção manifestamente subjetivista. E, especialmente, que é justamente esta situação de pressão em que as partes se encontram a respeito do aporte de provas que constituiria o chamado ônus formal da prova⁴⁷.

Carnelutti fala em um “princípio em virtude do qual, enquanto no processo operam duas partes em contraste entre si, não é só possível, senão útil, privar o juiz de toda iniciativa orientada à busca das provas, sobre a qual deve pensar em seu interesse cada uma das partes”⁴⁸. E, mesmo admitindo que isso incentivaria a produção apenas das provas favoráveis a cada parte, entende que, justamente por não poder “contar com a iniciativa do juiz, cada parte se vê estimulada ao máximo na busca e o juiz, por sua vez, fica livre de uma tarefa que pode comprometer sua imparcialidade”, concluindo que é por isso que, além de uma mera faculdade, as partes teriam um ônus de propor as provas⁴⁹.

44. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil* (1929). Tradução da 2. alemã (1932): Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936. p. 82.

45. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil* (1929). Tradução da 2. ed. alemã (1932): Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936. p. 82-83.

46. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil* (1929). Tradução da 2. ed. alemã (1932): Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936. p. 235.

47. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil* (1929). Tradução da 2. ed. alemã (1932): Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936. p. 235.

48. CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil* (1942). Vol. I. Tradução da 5ª edição italiana (1956): Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959. p. 344.

49. CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil* (1942). Vol. I. Tradução da 5ª edição italiana (1956): Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959. p. 344.

Calamandrei afirma que a relatividade dos juízos fáticos é típica do processo dispositivo, haja vista que, além de nele as partes poderem acordar sobre fatos, fazendo aparecer para o juiz como verdadeiros fatos não ocorridos ou silenciando sobre os efetivamente ocorridos, a verificação judicial dá-se nos “limites das premissas postas pelas partes naquele processo”, com o que “o êxito da investigação sobre esses mesmos fatos poderia ser diversos se o comportamento das partes na fase probatória houvesse sido diverso”⁵⁰.

Ademais, evidenciando o caráter subjetivista dessa concepção de processo, Calamandrei entende que ao juiz cabe fazer uma escolha entre duas forças psicológicas que tendem a persuadi-lo, e, especialmente, que não é livre para escolher, mas que deve dar razão à parte que melhor conseguir demonstrá-la através dos meios técnicos apropriados. Isso porque, entre as vontades contrastantes das partes, o juiz estaria com a visão institucionalmente limitada “na cornija do *alligata et probata*”⁵¹.

Ao delimitar o alcance do princípio dispositivo na atividade probatória, Chiovenda afirma que “em referência à determinação ou escolha dos fatos por verificar, deve o juiz, em regra, abster-se de pronunciar fatos não alegados pelas partes”, com o que também invoca o brocardo “*secundum allegata et probata iudicare debet*”⁵². Prossegue no sentido de que “ainda na verificação [dos fatos] impera, em geral, o princípio dispositivo: toca às partes propor as provas que julguem

50. CALAMANDREI, Piero. *Il giudice e lo storico*. *Rivista di diritto processuale civile*. v. XVI – Parte I, p. 105-129, 1939. p. 113.

51. “[...] essendo il processo civile un processo di parti bassato sul principio del contraddittorio (art. 101 Cod. proc. civ.), le forze psicologiche che tendono a persuadere il giudice sono sempre due, in contrasto tra loro, sicchè la decisione del giudice implica sempre una scelta; mas soprattutto si deve rilevare che nella scelta tra queste due volontà contrastanti, il giudice, il cui visus è limitato istituzionalmente nella cornice degli *alligata et probata*, no è libero di dar ragione a chi vuole; ma è tenuto a dar ragione a quella parte che meglio è riuscita, coi mezzi a ciò appropriati, a dimostrare di averla”. CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco* (1950). In: *Opere giuridiche*. Volume I. p. 537-562. Napoli: Morano, 1965. p. 539.

52. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil* (1933) – Volume II. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943. p. 466.

oportunas”⁵³. Assim, “o magistrado julga sobre as provas produzidas: tanto pior para as partes se forem insuficiente”⁵⁴.

É evidente a despreocupação com a completude do conjunto probatório e a resignação em relação a potenciais deficiências no conhecimento da verdade, aceitas como inerentes ao sistema processual adotado. Ciente do caráter contingente da abrangência do princípio dispositivo⁵⁵, Chiovenda reconhece ser “impossível, todavia, desconhecer que a atitude passiva do juiz na formação das provas pode afigurar-se menos justificada que na escolha dos fatos” haja vista que “fixados os fatos por verificar, o modo de os verificar não pode depender da vontade das partes, desde que a verdade é uma só”⁵⁶. Inclusive, dá conta de que, já na época, legislações mais modernas estavam “avultando a reação ao princípio dispositivo”, com tendência de sua atenuação “a favor da iniciativa do juiz”⁵⁷, especialmente em relação à instrução probatória.

Por fim, Chiovenda também vincula direta e expressamente o conceito de ônus da prova a desenhos processuais que deixem exclusivamente nas mãos das partes a atividade instrutória, encontrando sua justificação e utilidade justamente nessa concepção de processo dispositivo: “a teoria do ônus da prova relaciona-se estreitamente com a conservação do *princípio dispositivo* no processo, pelo que respeita à verificação dos fatos”, pois, “num sistema que admitisse a pesquisa de ofício da veracidade dos fatos, não teria significação a repartição do ônus da prova”, com o que “a passo com a tendência contrária ao princípio dispositivo na verificação

53. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil (1933) – Volume II. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943. p. 469.

54. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil (1933) – Volume II. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943. p. 469.

55. “Na prática, nenhum dos dois princípios [dispositivo e inquisitivo] se pode encontrar completamente e consequentemente atuado, mas são temperados em proporção diversas, conforme os tempos e lugares” CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil (1933) – Volume II. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943. p. 464.

56. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil (1933) – Volume II. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943. p. 472.

57. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil (1933) – Volume II. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943. p. 472.

dos fatos, se manifesta uma tendência contrária à repartição legal do ônus da prova, do que encontramos vestígios já na doutrina e mesmo nas obras legislativas mais recentes”⁵⁸.

Como evidenciado em diversos dos trechos citados ao longo deste tópico, a extensão do “princípio dispositivo” à atividade de aporte de provas no processo, típica da doutrina do início dos noventa, para além de seu caráter ideológico e das contingências teórico-legislativas, advém e é justificado pela processualística da época a partir da invocação do brocardo *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium* e similares.

Afora o fato óbvio de expressões e latinismos do tipo não justificarem, por si só, sua própria autoridade e correção⁵⁹, especificamente em relação ao referido brocardo, importante destacar o estudo jurídico-historiográfico empreendido por Picó i Junoy⁶⁰. O autor aponta que, em sua formulação original, na doutrina do *ius commune*, a redação correta do brocardo era: “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*”⁶¹.

Percebe-se que, embora trate dos limites cognoscitivos do juiz no processo decisório (*iudex iudicare debet*), no sentido de que a decisão deve cingir-se aos fatos conforme alegados e provados (“*secundum allegata et probata*”), o objetivo era acentuar que não poderia o julgador utilizar-se de conhecimentos privados extraprocessuais

58. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil (1933) – Volume II. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943. p. 520.

59. “Are we forced to recognize that mere words – especially if they are Latin words – have such a surprisingly, potent tendency to control thought?” (HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning II* (1917). In: *Fundamental Legal Conceptions and Other Legal Essays*. p. 65-114. New Haven: Yale University Press, 1923. p. 108.

60. PICÓ I JUNOY, Joan. O juiz e a prova: estudos da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual (2007). Tradução: Darci Guimarães Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

61. PICÓ I JUNOY, Joan. O juiz e a prova: estudos da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual (2007). Tradução: Darci Guimarães Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 31.

que eventualmente tivesse dos fatos (*non secundum conscientiam*)⁶². Não há, nisso, nenhuma orientação a respeito de como deva dar-se a divisão de trabalho entre juiz e partes no processo; nada diz sobre poderes instrutórios daquele e, menos ainda, indica que o aporte das provas seja atividade exclusiva destas. O termo *partium* sequer está presente na formulação⁶³.

A alteração substancial de “sua verdadeira finalidade” deu-se pela sua formulação moderna, com uma “dupla – e errônea – modificação” verificada pelo acréscimo da palavra “*partium*” e a supressão da expressão “*secundum conscientiam*”⁶⁴. A formulação equivocada, com conseqüente distorção de seu sentido original, aparece na doutrina alemã na segunda metade do século XIX e início do século XX, notadamente, em Wach⁶⁵. E, provavelmente por influência deste, o erro foi também introduzido na doutrina italiana

62. Antes de Picó i Junoy, já trabalhando com o brocardo a partir de sua redação original e enfatizando o sentido de vedação da utilização de conhecimentos privados pelo julgador: NÖRR, Knut Wolfgang. *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*. München: C.H. Beck, 1967. Há tradução recente: *Id. Sobre a posição do juiz no processo erudito: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*. Tradução: Pedro Mayolo. São Paulo: Marcial Pons, 2026.

63. Em resumo, “o brocardo não tem por objetivo indicar a maior ou menor faculdade de iniciativa probatória do juiz, senão coisa bem distinta, que faz referência à impossibilidade de permitir o conhecimento privado do juiz e a congruência do juiz”. PICÓ I JUNOY, Joan. O juiz e a prova: estudos da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientizam* e sua repercussão atual (2007). Tradução: Darci Guimarães Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 32.

64. PICÓ I JUNOY, Joan. O juiz e a prova: estudos da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientizam* e sua repercussão atual (2007). Tradução: Darci Guimarães Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 31-32.

65. PICÓ I JUNOY, Joan. O juiz e a prova: estudos da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientizam* e sua repercussão atual (2007). Tradução: Darci Guimarães Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 46.