

HUMBERTO XAVIER DA COSTA JUNIOR

ÔNUS DA PROVA E A INFLUÊNCIA DO DIREITO MATERIAL

MONOGRAFIA: DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL
SÃO PAULO
2013

HUMBERTO XAVIER DA COSTA JUNIOR

ÔNUS DA PROVA E A INFLUÊNCIA DO DIREITO MATERIAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito Processual Civil em Módulos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para obtenção de grau especialização em Direito, sob orientação da Prof. Renata Pinto Martins.

SÃO PAULO
2013

RESUMO

Trata-se de análise do ônus da prova tendo como ponto de partida a relação de dependência entre prova e o direito material. O tema será desenvolvido seguindo a sequência dos termos envolvidos, prova e ônus, passando pela descrição de algumas das mais conceituadas teorias sobre o ônus da prova.

Sumário

Introdução.....	2
1. Conceito de prova.	3
1.1. Instituto de direito material ou processual?.....	4
1.2. Fontes de prova e meios de prova.....	5
1.3. Verdade e prova.....	7
1.3.1. Verdade Formal	9
2. Objeto da Prova.....	10
2.1. Prova da alegação negativa.....	13
3. Dispensa da produção de prova.....	16
4. Destinatário da prova.	18
5. Classificação dos meios de provas.....	20
6. Ônus: conceito.....	22
7. Ônus da prova.....	25
8. Breve história do ônus da prova e de suas teorias.	27
8.1. Bentham.....	28
8.2. Webber.....	29
8.3. Fitting.....	30
8.4. Gianturco.....	31
8.5. Teses modernas.....	31
9. A regra do art. 333	33
10. A regra no projeto de lei do “Novo CPC”	36
11. Ônus Subjetivo ou Objetivo	38
12. Modificação do ônus da prova	40
12.1 A “inversão do ônus” no CDC.....	41
12.2 A Distribuição Dinâmica.....	42
12.3 Presunções.....	43
CONCLUSÃO.....	46
BIBLIOGRAFIA.....	48

Introdução

O tema do ônus da prova não recebe muita atenção dos manuais e cursos de processo civil. A maioria das obras não faz mais do que explicar o sentido das palavras usadas pelo legislador no Código de Processo Civil. Isso faz crer que a técnica jurídica já pôs uma pedra sobre esse tema, que a questão está resolvida. Mas não está.

Muito embora o Código de Defesa do Consumidor já conte 22 anos de vigência, ainda se discute o tema da “inversão” do ônus da prova. Não se discute a validade da regra, mas discute-se calorosamente o momento de aplicação da regra.

A jurisprudência já há vários anos socorre-se da famigerada teoria da “distribuição dinâmica do ônus da prova” para resolver conflitos que dificilmente encontrariam solução justa pela regra contida no Código de Processo Civil e

Nos dias correntes, tramita no Congresso Nacional projeto de lei com fim de alterar o Código de Processo Civil. A distribuição do ônus da prova é uma das matérias que se pretende revisar e a proposta original para essa matéria já sofreu alteração..

Tudo isso deixa claro que o ônus da prova, embora goze de muitos avanços doutrinários, não é matéria acabada e demonstra a atualidade do tema.

O presente trabalho pretende expor a raiz do problema pela demonstração da relação inata entre a prova e a pretensão. Embora instituto de direito material, a prova é sempre orientada pelo direito material e o ônus da prova não é imune a esse efeito.

Com esse escopo, o trabalho inicia-se com a análise do instituto “prova”, sua natureza, objetivo, objeto etc, passa pelo exame do que se entende por “ônus” até chegar ao ônus da prova propriamente, que representa mais do que a simples composição dos dois termos anteriores.

1. Conceito de prova.

“Narra mihi factum, dabo tibi ius”. “Dá-me os fatos que te darei o direito”, em tradução livre.

Esse brocardo latino é encontrados facilmente na vasta maioria das obras que tratam do tema prova e habita a memória de muitos estudantes de processo.

Mas quem dá os fatos e quem dá o direito? Ora, o direito, sem dúvida, deve ser dado pelo juiz , afinal, *iura novit curia*. Logo caberia às partes entrar com os fatos. “Caberia” porque a regra admite exceções em nosso sistema, em que o juiz participa ativamente da produção de provas. Mas, mesmo com ressalva, essa formulação clássica é útil ao entendimento do conceito de prova ao evidenciar a necessidade de o juiz conhecer os fatos para dizer o direito (*iurisdictum*).

Essa necessidade decorre da própria ideia de norma jurídica, o que pode ser demonstrado com mais um brocardo latino “ex facto oritur jus”. O direito surge do fato.

Contudo, o direito não surge como simples consequência. Bem sabemos que não se confundem as leis da natureza e as leis jurídicas. Enquanto há uma relação causal entre fato e consequência nas primeiras, nas últimas há imputação ou subsunção. Kelsen explica de forma bem sintética e clara essa diferença: *Na proposição jurídica não se diz, como na lei real, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja.*¹

Logo, como *toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta*², inevitável a necessidade de levar ao conhecimento do magistrado esses fatos. Somente quando informado da ocorrência de “A”, o estado-juiz poderá impor “B”³. Mas a ocorrência de “A”, no todo ou em parte, pode ser contestada pelo réu, gerando a necessidade de se provar sua ocorrência.

“Prova”, nesse sentido, é o instrumento utilizado para a verificação da ocorrência desse fato “A”, ocorrência essa relevante para a aplicação da norma jurídica.

1 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 87

2 CINTRA. Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*

3 “Somente” porque, tendo em vista o princípio da inercia da jurisdição, o fato, em si, pode ser notório e, portanto, de conhecimento do magistrado antes mesmo do ajuizamento da demanda.

Em um outro sentido, o termo “prova” pode ser interpretado como a convicção gerada no juiz pelo uso desse instrumento de verificação. A forma como essas duas acepções se relacionam fica muito clara na definição do verbo provar trazida por Couture: “provar é demonstrar de algum modo a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação⁴.”

William Santos Ferreira parece chegar a essa mesma conclusão ao dizer que, “etimologicamente, prova não apenas expressa os instrumentos para alguma verificação, como também o seu resultado, o produto, a consequência de uma análise.”⁵

Esse conceito de “prova” pode ser criticado por estar muito atrelado a ideia de “valorar determinado fato ocorrido no passado⁶”. Parece não lidar bem com a tutela inibitória – e a Constituição Federal garante a proteção contra a ameaça a direito (art. 5º, XXXV). Mas não vai além da impressão. A prova sempre recai sobre “fato ocorrido no passado”, mas esses fatos podem revelar o intento intento de prática do ilícito, a ameaça.

Nessa modalidade de ação inibitória somente é possível demonstrar fato de natureza diversa do temido, muito embora tal fato deva ser um indício capaz de formar um juízo favorável ao autor. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/Artigos.asp?ordem1=artigo>, acessado em 23/04/2013)

1.1. Instituto de direito material ou processual?

Soares de Faria informa que já houve muita gente de respeito defendendo que a prova é instituto de direito privado.⁷

Dinamarco, abordando o mesmo tema, cita José Frederico Marques para mostrar que a disputa até mesmo em sua formulação não procede, visto que, “se não se situasse no direito processual, a prova estaria no direito substancial e não especificamente no privado”⁸

4 Apud Humberto Theodoro Júnior. *Curso de direito processual civil*. VI. P 480

5 *Princípios fundamentais da prova civil*. São Paulo: PUC.2008. Tese de doutorado.

6 É como Liebman conceitua “julgar”, citado por Arenhart, *A verdade no processo civil*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/Artigos.asp?ordem1=artigo>, acessado em 23/04/2013.

7 FÁRIA, Sebastião Soares. *Principais teorias relativas ao onus probandi*. p 6– 7. De fato, pela redação desse autor, subentende-se que, em sua época, poucos eram os que ousavam dizer o contrário. Confira: “Por outro lado, autores, e de não pequeno tomo, sustentam como um princípio absoluto, que as leis sobre a prova devem fazer parte do processo, porque se referem à execução do direito e não às condições de sua existência”.

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III, p 46.

Parece haver (ou ter havido) confusão entre elementos constitutivos do direito e a prova desse direito. Como veremos mais adiante, algumas das primeiras teorias sobre o ônus da prova pareciam trabalhar em cima desse equívoco, ao postular que o ônus da prova consistiria em demonstrar os elementos de formação desse direito em juízo. Essa confusão é perfeitamente compreensível quando se tem em vista, por exemplo, o artigo 366 do Código de Processo Civil ao determinar que um elemento de constituição válida do negócio jurídico (forma prescrita em lei) como a única prova admissível do ato.

A confusão fica ainda maior quando se verifica que o Código Civil dedica um dos títulos do capítulo II, do livro II, ao instituto da prova. Dinamarco lamenta essa invasão do legislador de 2002 que deixa para a doutrina a “árdua tarefa de definir em que medida as disposições do Código de Processo Civil ficaram abrogadas...além de buscar interpretações sistemáticas capazes de salvar as conquistas do direito processual desconsideradas pelo legislador..”⁹¹⁰

Curiosamente, Clóvis Beviláqua, autor do projeto do Código Civil de 1916, foi um dos primeiros juristas brasileiros reconhecer a natureza processual da prova:

E na sua “Teoria Geral do Direito” sustentou que cabe ao direito civil determinar as provas dos atos jurídicos, indicar-lhe o valor legal e as condições de sua indelimitabilidade, porque, nesses diversos momentos, as provas fazem corpo com a forma dos atos, orientam e limitam a atividade das pessoas na ordem jurídica. Ao direito processual pertence estabelecer os modos de constituí-las em juízo (FARIA, Sebastiao Soares. Principaes theorias relativas ao onus probandi.p 10– 11)

Moacyr Amaral dos Santos, com base em Beviláqua, afirma que “entram na esfera do direito civil a determinação das provas e a indicação tanto do seu valor jurídico quanto das condições de sua admissibilidade” e que cabe ao direito processual “estabelecer o modo de construir a prova e de produzi-lá em juízo”¹¹.

1.2. Fontes de prova e meios de prova.

No trecho acima, Beviláqua, ao tratar do papel que desempenha o “direito civil”¹² e o direito processual, parece vislumbrar diferença entre os elementos do mundo fático

9 Op Cit. p 46

10 Humberto Theodoro Júnior, no artigo *O Novo Código Civil e as Regras Heterotrópicas de Natureza Processual*, vai além do título “Da Prova” e encontra várias outras normas de direito processual naquele diploma legal, tais como os artigos: 194, sobre o conhecimento pelo juiz, de ofício, da prescrição; 274, sobre a coisa julgada em torno da solidariedade ativa; 456, sobre a denúncia da lide *per saltum*; etc. Texto disponível em <http://www.abdpc.org.br/>, acessado em 02/05/2013.

11 Op Cit p 42

12 Em que pese a observação já citada de Dinamarco e Frederico Marques no sentido de que a relação não é bem entre direito civil e direito processual.

que se inserem no mundo jurídico e aquilo que é levado a juízo.

William Santos Ferreira¹³ e Cândido Rangel Dinamarco¹⁴ tratam dessa importante distinção quando escrevem sobre “fontes de prova” e “meios de prova”.

Conforme ensinamento desses autores, as coisas tal como elas existem, independentemente de processo, são as fontes das provas. São as pessoas, os objetos, os fenômenos naturais etc. Já os meios de prova são os instrumentos utilizados para colher as provas dessas fontes. Assim, da fonte pessoa, pode-se extrair o meio de prova testemunha, da fonte objeto, pode-se extrair o meio de prova documento ou perícia e assim por diante.

O legislador parece ter se preocupado com essa distinção no artigo 332 do Código de Processo Civil:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Dinamarco critica esse artigo por “nada dizer sobre as fontes das provas”¹⁵. Mas não parece ser bem esse o caso.

Deixando de lado a tolice e redundância da expressão, “verdade dos fatos” ocupa o lugar de fonte de prova. Já os “meios legais”, obviamente, são os meios de prova previstos na lei¹⁶.

A garantia de acesso aos meios de prova vem de forma um pouco mais esparsa, como, por exemplo, na regra do artigo 339 que impõe a todos o dever de colaborar com o judiciário.

Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Inegavelmente, esse artigo garante o acesso às pessoas capazes de testemunhar.

¹³ *Principios fundamentais da prova civil* p 51.

¹⁴ *Op Cit.* P 48

¹⁵ *Idem* ibidem.

¹⁶ Como veremos mais a frente, o legislador andou bem também ano não limitar os meios de prova.

1.3. Verdade e prova

A tarefa de conceituar “prova” parece inevitavelmente esbarrar na dificuldade de lidar com o conceito de “verdade”.

Cândido Rangel Dinamarco oferece o seguinte conceito: conjunto de atividades de verificação e demonstração mediante as quais procura chegar à verdade quanto aos fatos para o julgamento.”

Evidentemente, não criticamos o mestre pelo conceito que, em linhas gerais, é o mesmo que propomos. De fato, olhando atentamente para o termo “verificar”, utilizado em todos os conceitos acima, encontra-se a raiz “vero”, a mesma contida no termo “verdade”.

Moacyr Amaral dos Santos diz que provar é “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”¹⁷

Mas o termo verdade empregado aí significa “conformidade da noção ideológica com a realidade”¹⁸. É conceito relativo de verdade. A verdade, em si, não pode ser alcançada.

Nunca é possível reproduzir o fato em todas as suas dimensões, o que se pode fazer é apresentar resquícios desse fato. E mesmo na hipótese de o próprio julgador ter experimentado o fato [notório], esse ainda ficaria limitado a capacidade de apreensão dessa pessoa. Logo, o julgamento é sempre, em alguma medida, subjetivo.

Carnelutti, depois de afirmar que a verdade está no todo, não na parte, e que o todo seria demais para nós, chegou a conclusão de que, no processo, a substituição da verdade pela certeza é uma necessidade¹⁹.

Moacyr Amaral dos Santos, citando Malatesta, vai nessa mesma linha e aponta três estados de espírito (estado da cognição) em relação a um fato: ignorância, dúvida e certeza.

17 *Prova judiciária no cível e comercial*.p.2

18 *Idem*, *ibidem*, p. 2

19 Apud MARINONI, LuiGuilherme. ARENHART, Sérgio. *Prova*.p. 36– 37

Segundo essa doutrina, a dúvida se apresenta “sempre que uma asserção se apresenta com motivos afirmativos e motivos negativos”²⁰. A diferença de peso entre motivos geraria apenas probabilidade ou improbabilidade sobre a ocorrência do fato. A certeza da ocorrência do fato seria gerada pela existência tão– somente de motivos de uma só espécie, afirmativos ou negativos. Assim, apresentados motivos afirmativos e negativos, se uma dessas espécies elide a outra, há certeza.

Essas considerações sobre a prova, sobretudo essas construções de Carnelutti e Malatesta, envolvendo certeza e verossimilhança, joga alguma luz sobre a redação *prima facie* paradoxal do artigo 278 do projeto de lei 166/2010²¹ (“Novo Código de Processo Civil). O referido artigo determina que a “tutela de evidencia será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando”:

III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca;

Prova irrefutável que é obstada por outra prova, ainda que inequívoca, salvo melhor juízo, não é irrefutável. Mas, com muito boa vontade, fazendo uso das doutrinas supracitadas, podemos extrair sentido desse texto. Podemos considerar que a prova irrefutável deixaria de gerar certeza e passaria a gerar apenas probabilidade ante uma prova de menor peso, que não elide a primeira, mas gera dúvida sobre a interpretação do fato²².

Mais fácil seria prestigiar o conceito de verossimilhança, já utilizado no artigo 273 do CPC. O termo irrefutável não tem valor técnico e seu uso indica, segundo o dicionário Aurélio, aquilo “que não se pode refutar; evidente, irrecusável, incontestável”.

O conceito de verossimilhança é tratado em todos os manuais de processo civil. E o termo informa mais. Sem constrangimento, fica claro que a decisão baseia– se não em uma verdade absoluta (irrefutável), mas naquilo que as provas indicam em determinado momento²³. Novas provas podem gerar dúvida ou nova certeza.

20 Op Cit. p 3

21 Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496> , acessado em 02/05/2013

22 Segundo a doutrina de Malatesta, apresentada por Moacyr Amaral dos Santos, a sentença viria depois da certeza, mediante convencimento. O convencimento “são novamente avaliados e pesados os motivos que determinaram a certeza para que ela não se desvaneça, mas se confirme.”É o convencimento racional. Op Cit p. 5

23 O que se exige do juiz é que “a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas”. MARINONI, L.G. ARENHART, S.C. *Prova*.p. 36

1.3.1. Verdade Formal

Outra ideia que não se sustenta nessa relação entre prova e verdade é a de que o processo civil lida com a “verdade formal. Provavelmente por conta das diversas presunções estabelecidas em lei, pelos efeitos da falta de controvérsia ou ainda pela proibição do “non liquet”, parte da doutrina vê diferença entre processo civil e processo penal no tocante à prova, admitindo o primeiro a “verdade formal” e o segundo somente a “verdade substancial”

Verdade formal seria, nas palavras de Arruda Alvim²⁴ aquela “refletida no processo e juridicamente apta a sustentar a decisão judicial” Segundo essa doutrina, o processo civil dispensaria a verdade, entendida como a identidade entre fato e alegação, contentando-se com aquilo que os autos indicam.

No nosso sentir, em que pese a respeitável doutrina que defende essa teoria, essa distinção parece advir de uma confusão entre o julgamento da lide pelo convencimento do juiz e o julgamento da lide pelas regras do ônus da prova.

Cândido Rangel Dinamarco, conquanto discorde parcialmente da teoria de Malatesta que adotamos acima, deixa muito clara a distinção entre verdade e o que está provado nos autos ao afirmar que “a verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo. O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas”²⁵.

Logo, em nenhum processo, penal ou cível, chega-se à verdade. Como vimos acima, na lição de Moacyr Amaral dos Santos, chega-se tão somente à certeza e ao convencimento. A distinção entre o processo penal e o processo civil está na regra de julgamento ante a inexistência de certeza, uma autoriza a deferimento e indeferimento do pedido com base na probabilidade enquanto a outra, ante simples probabilidade, impõe indeferimento.

Marinoni e Arenhart, citando Villey, não deixam qualquer espaço para discussão afirmando que “a verdade é um conceito absoluto: ou é ou não é. Uma verdade parcial, imperfeita ou meramente formal, por simples questão de lógica, não pode ser verdade, já que este conceito (absoluto) apenas será atingido na base da verdade substancial”²⁶.

24 Apud MARINONI, L.G. ARENHART, S.C. p30

25 DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999 p. 318

26 Op Cit p33

2. Objeto da Prova

Questão importante é saber qual o objeto da prova. O que, afinal, pretende-se provar? Essa questão parece já ter sido respondida quando tratamos do conceito de prova, mas cumpre abordar o tema com mais detalhamento.

Do que vimos até agora, o juiz deverá agir somente quando for informado da ocorrência de fato a que não se seguiu a consequência jurídica pretendida pela parte²⁷. Essa notícia é o que a lei e a doutrina trata por “causa de pedir”.

O Código de Processo Civil dá por inepta a petição que não apresenta a causa de pedir (art. 295).

Barbosa Moreira ensina que, “constitui-se a *causa petendi* do fato ou do conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele visado”²⁸.

Esse “conjunto de fatos a que o autor atribuiu a produção de efeito jurídico” chamamos de alegação. Esse é o objeto da prova, não os fatos em si.

E não constitui exceção a prova de um direito, porque, nesse caso, prova-se também um fato alegado, qual seja, a existência de uma norma jurídica. É o que determina o artigo 337 do Código de processo Civil: Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência..

Ora, se, como vimos acima, o fato, na sua integridade, não é atingível. Não se cogita da possibilidade de apresentação isenta dos fatos pelo autor da ação. Daí a necessidade de se produzir provas, como forma de verificar essas alegações²⁹.

Mas não será qualquer fato alegado objeto da produção de prova. Fatos não

27 Na verdade, tratamos acima como fato a ocorrência de fato a que não se seguiu a consequência prevista em lei. Mas, evidentemente, o cenário foi traçado apenas nos seus contornos mais convenientes. Pelas mais modernas teorias, sabemos que, quando proposta a ação, não há necessariamente qualquer norma jurídica que a ampare, afinal, é isso que se pretende averiguar.

28 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo processo civil brasileiro*. p.15

29 Se ao juiz fosse concedido decidir do direito só pelas suas impressões pessoais das contendas e litígios que ante ele se agitam,..o arbítrio sentar-se-ia no trono da Justiça e esta não mais seria a garantia das pessoas honestas e dos fracos, nem a mantenedora do direito e guarda vigilante da paz, da ordem e da harmonia..., mas sim a força imane e despótica e tirânica, sempre pronta e aparelhada para negar, desconhecer e aniquilar o direito desprotegido e imbele.” GUSMÃO, Aureliano. Apud. SANTOS, Moacyr Amaral dos. Prova judiciária no cível e comercial. p 10

alegados, não serão considerados por força do princípio da adstrição, consagrado no artigo 128 do CPC, bem como do artigo 264, que determina a estabilidade do processo, vedando a alteração da causa de pedir³⁰³¹.

A afirmação de que os fatos alegados devem ser provados encontra exceção na incontrovérsia e nos fatos notórios. Nesses casos, simplesmente não é necessário verificar a ocorrência do fato, presumem-se verdadeiras as alegações³².

Permite-se a adoção da alegação como verdade, ante a não contestação específica ou a revelia, por simples conveniência. Tratando-se de direito disponível, em que a parte poderia ceder o direito independentemente do que realmente ocorreu, revela-se tarefa inútil investigar os fatos³³. Daí as ressalvas feitas pelo legislador nos artigos 302 e 320 do CPC.

O mesmo podendo ser dito sobre os fatos notórios: há presunção da ocorrência destes.

Logo, o que se submete à prova, não são os fatos propriamente, mas suas alegações.

Cândido Rangel Dinamarco chama nossa atenção para o absurdo que seria considerar fatos como objeto de prova:

O vocábulo *prova* vem do adjetivo latino *probus*, que significa bom, correto, verdadeiro... O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas³⁴.

A controvérsia, que gera a necessidade de produção de prova, surge quando as

30 A exceção feita pela lei, admitindo alteração se consentida pelo réu, não fere o princípio. Até o “saneamento”, nenhum ato de conhecimento foi praticado pelo juiz, não há prejuízo para administração da justiça, pelo contrário, agrega-se nova ação (certo que a causa de pedir é elemento da ação) no mesmo processo, permitindo a economia processual.

31 “Inexiste alteração da causa de pedir se o demandante, ao longo do processo, limita-se a aperfeiçoar a narrativa de circunstâncias não-essenciais ou atribui às suas alegações de fato qualificação jurídica diferente da originalmente atribuída. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Op Cit. p 253

32 “Trata-se de presunção *juris tantum*, que admite prova em contrário” MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. p 324

33 Não se trata de regra absoluta. O juiz pode exigir prova se os fatos alegados desafiarem o senso comum ou estiverem vinculados a direito cuja prova é imprescindível. Exemplo de alegação que desafia o senso comum, exigindo prova, é a de ter sido atropelado por um avião. Moacyr Amaral dos Santos oferece o exemplo da ação em que se discute o domínio de imóvel (*Op Cit*. p244) como exemplo de alegação que não pode prescindir de prova em razão da natureza do direito pretendido.

34 *Op Cit*. P 58

alegações do autor e do réu colidem, são contraditórias³⁵. É na Contestação que se verifica a controvérsia. O legislador impõe esse ônus ao réu no artigo 302 do CPC:

Art. 302. Cabe também ao réu manifestar– se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem– se verdadeiros os fatos não impugnados...

Questão interessante sobre a incontrovérsia surge em relação à confissão. O réu pode inicialmente contrariar as afirmações do autor, mas em outro momento admiti– las como verdadeiras.

Cândido Rangel Dinamarco afirma que nesse caso não há incontrovérsia:

A confissão, que o Código de Processo Civil indica como meio de prova (arts. 348 ss.), na realidade é um dos possíveis fatores de incontrovérsia das alegações da parte contrária, o qual dispensa de prova (art. 334)³⁶.

Já Humberto Theodoro Junior vê nesse caso a ocorrência de prova da alegação do autor:

É a confissão apenas um meio de prova, que, como os demais, se presta a formar a convicção do julgador em torno dos fatos controvertidos na causa.³⁷

Trata– se de questão difícil. Dinamarco parece ter razão ao afirmar que se trata de fator de incontroversa. O artigo 334 dispensa a produção de provas sobre fatos “confessados pela parte contrária “. Mas o legislador torna a tarefa mais difícil ao fazermos leitura sistemática dos artigos 348 e 452. Pela redação e pela topografia desses artigos, a confissão ocorreria somente depois de fixados os pontos controvertidos e depois de iniciada a instrução – no depoimento pessoal³⁸. Neste trabalho, consideraremos a confissão como fator que elimina controvérsia.

Por fim, deve– se consignar que a prova pode recair sobre fatos distintos daqueles alegados, se relevantes. Em regra, são relevantes e, portanto, objeto de prova os fatos alegados que tenham vínculo direto com a formação, alteração ou extinção de um direito. Mas há fatos que são relevantes, ou pertinentes, sem gerar os mencionados efeitos. Esses fatos são pertinentes porque, por via indireta, provam ou **indicam** a existência de um “fato gerador” daqueles efeitos. “Os **indícios...** são objeto de prova porque relevantes para a decisão. Um fato que, em si mesmo não teria pertinência à causa torna– se um fato– base a ser comprovado porque, com

35 Contraditórias ou contrárias, tanto faz. Aplicando os fundamentos da Lógica, verificamos que nas primeiras há impossibilidade de ambas serem verdadeiras, nas últimas a impossibilidade de ambas serem falsas. (conf. BOBBIO, Norberto. Teoria geral da norma jurídica. p 185.) Geralmente a questão resolve– se naturalmente, pois as partes a percebem e especificam as provas que pretendem produzir. Mas, passando despercebida, pode levar a julgamento pela regra do ônus da prova.

36 Op Cit p. 60

37 Op. Cit. p 500

38 Mas se surgir antes, por ocasião da juntada de qualquer peça processual, voltamos a estaca zero.

fundamento naquilo que ordinariamente acontece (art. 335), da sua ocorrência o juiz inferirá a ocorrência daquele que realmente interessa conhecer”³⁹

O Código de Processo Penal trata expressamente da prova indiciária nos seguintes termos:

Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

Sérgio Cruz Arenhart discorre brilhantemente sobre o tema em artigo publicado no site da Academia Brasileira de Direito Processual Civil⁴⁰ apresentando uma descrição apurada do instituto e lançando premissas muito razoáveis permitem compreender melhor a prova indiciária:

Há, então, um fato “secundário” (externo à causa de pedir, não pertencente ao material fático da demanda) provado e, por sua ocorrência, se extrai a consequente existência (ou inexistência) do fato “primário” (pertencente à causa de pedir e cuja afirmação efetivamente consubstancia objeto de prova), em cuja prova se tinha, efetivamente, interesse. Este juízo é possível diante de um critério racional indutivo de normalidade ou de probabilidade lógica da coexistência de ambos os fatos, norteados por critérios da experiência comum ou técnica. Ou seja, tem-se, no cerne da figura, uma idéia de silogismo: ocorrendo o fato A, sempre (ou, ao menos, normalmente) deve ocorrer o fato B; verificada a ocorrência do fato A, então também ocorreu o fato. (...)

Finalmente, releve ponderar que o valor e a força desta ilação assenta-se na capacidade que esta tenha de satisfazer os seus aspectos intensivo e extensivo⁵². Pelo segundo critério (extensivo), é imprescindível que a presunção seja apta a demonstrar a totalidade do fato probando (daquele fato principal, que se pretende provar). E, para satisfazer ao outro critério (intensivo), depende o indício da demonstração de que aquele fato (indiciário) não pode decorrer outro fato que não seja aquele que se deseja provar. Sucede, então, que a demonstração, pela parte contrária, de que o indício não cobre a totalidade do fato probando ou ainda de que aquele fato secundário podem advir outros fatos que não apenas o fato principal, é elemento suficiente para abalar a credibilidade da presunção formada — e quanto mais forte se torna esta demonstração, menos razoável se apresenta a presunção.

2.1. Prova da alegação negativa

O brocardo romano “*probatio incumbit ei qui dicit, non qui negat*”⁴¹ em tempos

39 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v III. p 6 8 (grifei)

40 *Ônus da prova e sua modificação no processo civil*. Disponível em www.abdpc.org.br, acessado em 01/05/2013.

41 “A prova incumbe a quem afirma e não a quem nega”. GRECCO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. v2. p 186

remotos gerou discussão sobre a possibilidade de se provar uma alegação negativa. Entendia-se que a prova dessas alegações seria impossível. Mas esse entendimento hoje em dia não encontra defensores.

Segundo Moacyr Amaral dos Santos desde as ordenações Filipinas, a ideia de que não se provam as negativas já estava enfraquecida, veja o seguinte texto daquele documento⁴²:

E posto que seja regra, que a negativa se não pode provar, e por conseguinte se não pode articular, esta regra não he sempre verdadeira; porque bem se pode provar se he coartada a certo tempo e certo lugar, e bem assim se pode provar se he negativa que se resolve em afirmativa(sic).

Alguns autores falam em “fato negativo”. Mas, salvo melhor juízo, não há propriamente fato negativo ou positivo, somente fatos. O que se poderia chamar de fato negativo é na verdade um não-fato, é uma inexistência ou incoerência do fato. O não-fato, o fato falso e o fato somado a elementos falsos não passam de construções da mente humana, não merecem qualquer qualificação no mundo dos fatos. O autor não ter jamais visitado o Rio de Janeiro não é um fato, é uma construção da cognição humana. (hume)

Até mesmo a existência de alegações de natureza negativas poderia ser contestada ante a “facilidade com que a maior parte das proposições negativas se transformam em proposições afirmativas”⁴³. Realmente, a maioria das alegações deduzidas em juízo poderiam facilmente ser substituída por outra, afirmativa, como os mesmo efeitos. Afirmar não ter praticado um ato é proposição de conteúdo idêntico ao de quem afirma que outra pessoa praticou o ato. Afirmar que nunca esteve no Rio de Janeiro tem o mesmo conteúdo de afirmar que sempre esteve em S.Paulo ou enumerar os lugares em que esteve. Afirmar que não existe contrato de locação entre as partes é o mesmo que afirmar que o instrumento apresentado é falso ou que o contrato é de outra natureza.

O que a doutrina reconhece como impossível, ou muito difícil, de se provar, a famigerada “prova diabólica”, é tão-somente a alegação negativa indefinida. É muito difícil, por exemplo, provar que alguém nunca esteve em um lugar, mas relativamente fácil provar que alguém não esteve em determinado lugar em determinado momento.

Moacyr Amaral observa que não é muito apropriado sequer atribuir essa dificuldade às negativas gerais, pois “existem afirmativas cuja prova é igualmente difícil, ou mesmo impossível, como no caso de Caio afirmar que sempre usou relógio.”⁴⁴ Logo,

42 *Op. Cit.* p 193

43 Belime, apud. Moacyr Amaral dos Santos. *Op Cit.* p 188

44 *Op Cit* p 189

a dificuldade não tem origem no adjetivo “negativa”, mas no “indeterminada”.

Portanto, ninguém se isenta de provar o alegado pela natureza negativa ou afirmativa da alegação. Vicente Grecco Filho afirmam que, “se a inexistência de um é colocada pela lei material como constitutiva de um direito, ao autor incumbe provar que o fato não existe...Não ter títulos protestados ou não ter ações contra alguém se prova pela respectiva certidão negativa.⁴⁵”

Alegações indeterminadas, positivas ou negativas, não são objeto de prova⁴⁶, são irrelevantes e, portanto, inaptas a livrar a parte de qualquer ônus.

É o que se extrai facilmente da análise dos artigos 282, II, e 302 do CPC. O autor deve especificar os fatos que geram o direito. *A alegação de fato reclamada para caracterização da petição inicial é a alegação de fato essencial, que é aquela sobre a qual está fundado o pedido* (REsp 702.739/PB. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 1/09/2006). O réu deve impugnar especificamente. A exceção prevista no parágrafo único do art. 302 não prejudica essa conclusão, pois, se, na teoria, impede o julgamento com base nos efeitos da revelia, na prática apenas impõe um mínimo de atividade probatória do autor (se há prova pré-constituída, nem isso)

45 Op Cit. p 190

46 Conforme verifica Vicente Grecco Filho (Op Cit p 190), embora referindo-se a “fatos indeterminados”.

3. Dispensa da produção de prova

O Código de Processo Civil, no artigo 334 dispensa a produção de prova nos seguintes termos.

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Já tivemos a oportunidade de analisar os incisos II e III no tópico anterior. Vimos que a matéria tratada nesses incisos acaba interferindo em outros institutos, como contestação, revelia e depoimento pessoal. No caso da incontrovérsia, simplesmente não há interesse público na produção da prova e que, no caso da confissão, há divergência se há realmente dispensada ou se a confissão em si é uma modalidade de prova.

Igualmente nos incisos I e IV do referido artigo há relação com outro instituto. Esses incisos, indiretamente, redistribuem o ônus da prova. Sem dúvida, encontramos aqui exceção à regra de que a parte deve provar o que alega. Quando a parte alega fato notório ou presumido, cabe a outra parte provar a inoccorrência do fato ou a ocorrência de modo diverso daquele admitido como notório ou presumido pelo juiz.

Por conta dessa característica, deslocaremos o estudo das presunções para outro tópico, em que trataremos das modalidades de inversão do ônus da prova. Tratando aqui apenas dos fatos notórios. Os fatos notórios não parecem ter esse mesmo efeito das presunções – de deslocar o ônus da prova – porque consiste em uma verdade percebida pela coletividade, se é passivo de contraprova, não é notório.

O fato notório pode, obviamente, ser contestado, mas, nas palavras de Arruda Alvim⁴⁷, “não se trata de um fato seriamente controvertido.

A título de exemplo, o STJ recentemente declarou notório: o fato de os métodos contraceptivos não serem 100% eficazes; a forma de divisão das ações de uma

47 Manual de direito processual civil, v2. p.495

empresa local; a inexistência de procuração da parte agravada ainda não citada⁴⁸.

Pelos exemplos, percebe-se que não se trata de simples inversão de ônus. É impossível, por exemplo, provar que os métodos contraceptivos são 100% eficazes. E a análise dos outros exemplos acima revela certeza sobre fato que muito dificilmente seria abalada.

Essa notoriedade, que beira o caráter absoluto na sua objetividade, não precisa ser absoluta em sua extensão. Basta a *notoriedade relativa, local ou regional e do pessoal do foro, observando-se, porém, neste caso, a circunstância de que a notoriedade deve também atingir o conhecimento do Tribunal de segundo grau de jurisdição, que, em tese, poderá julgar o recurso*⁴⁹.

E essa é uma das características que identificam o fato notório. Ante a dificuldade de se conceituar o fato notório, Arruda Alvim⁵⁰ oferece alguns “pontos cardeais”:

1. Não se circunscreve a um dado lugar;
2. A notoriedade deve abarcar todos os membros do Judiciário, assim como a média dos homens cultos;
3. Não se deverá entender como notório o que seja efetivamente conhecido, senão o que possa, facilmente e com segurança, ser conhecível, de tal arte que o juiz, vg, com acesso a qualquer livro de história ou de geografia, possa se inteirar do fato...;
4. Deve o fato ser fato de conhecido por gente de padrão médio de cultura, de que participa o juiz, que, assim, não está impedido, como estaria se conhecimento privado fosse.

Gilberto Fachetti Silvestre⁵¹, citando Stein, reconhece a existência de três categorias de fatos notórios:

1. Fatos notórios fora do processo: são aqueles fatos generalizados, percebidos e divulgados entre a coletividade capazes de vencer o homem com certa experiência de vida. São os fatos da vida natural;
2. Fatos notórios para o tribunal: são os fatos notórios conhecidos pelo juiz na condição de homem privado;
3. Fatos notórios de conhecimento especificamente judicial: é o conhecimento que tem o juiz no exercício de sua atividade judicante. São os fatos “judicialmente notórios”. Aponta Rosito, no entanto, a dificuldade de se admitir esses fatos notórios considerando a tênue linha que os distinguem dos fatos que compõem o conhecimento pessoal do juiz

48 AgRg no REsp 1261815 / SC, REsp 842118 / RS, REsp 1181167 / SP

49 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 2. p 181

50 Op Cit p 496

51 As máximas de experiência no processo civil. p 44. Disponível em

<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/snapshot/nightly.26/teste/arqs/cp136809.pdf>, acessado em 01/06/2013

4. Destinatário da prova.

Vimos até aqui o que a prova é a demonstração, em juízo, de um fato juridicamente relevante contido na causa de pedir. Sendo a prova elemento de reforço da causa de pedir, que, por seu turno, sustenta pedido formulado ante autoridade judiciária, parece evidente que toda prova tem como destinatário o magistrado. Ainda assim, na prática, surgem questões relacionadas a esse tema decorrente da noção de que a parte que produz a prova – ou que pede a produção da prova – teria o domínio sobre essa prova.

Esse problema é analisado pela doutrina sob o princípio da “comunhão da prova”, ou da “aquisição da prova”. A maior parte da doutrina trata os termos como equivalentes, significando sempre a ideia de que não interessa quem produziu a prova, pertencendo esta sempre aos autos.

Cândido Rangel Dinamarco observa que esse entendimento é o outro lado da moeda da máxima “non est in actis no est in mundo”. Tudo que está nos autos está também no universo a ser considerado pelo juiz⁵².

William Santos Ferreira, entretanto, faz distinção entre o princípio da aquisição e o princípio da comunhão.

Segundo esse doutrinador, o princípio da aquisição tem por fim “aclarar a natureza pública da atividade jurisdicional e , conseqüentemente, das provas produzidas no processo que, rigorosamente, não tem titulares, havendo apenas destino (os autos) e destinatários , todos que possam, dentro dos limites legais, utilizarem– se do acervo probatório...”⁵³ Já o princípio da comunhão da prova “expressa que ao ser produzida uma prova, está será apreciada, independentemente do responsável pela sua obtenção, podendo até mesmo prejudica a parte que a produziu. Se o autor arrola uma testemunha e esta esclarece fatos de forma objetiva e clara, demonstrando a veracidade de seu depoimento, que prejudicam aquele que a arrolou, este não poderá requerer a sua desconsideração”⁵⁴

Tudo isso deriva da opção do legislador por um papel mais ativo do magistrado na solução dos conflitos. Diferente do que ocorre no sistema da common– law (adversary system), em que o juiz apenas recebe as provas e decide conforme, em nosso sistema o juiz pode, de ofício, determinar provas (art. 130 do CPC e art. 5º da lei 9.099/95). Não se trata de processo inquisitivo, de garantir a promessa constitucional de acesso à Justiça. É o que defende Teresa Arruda Alvim Wambier⁵⁵:

52 Intituições de direito processual civil. v III. p 85

53 *Op Cit.* p 81

54 *Op Cit.* p 82

55 *Anotações sobre o ônus da prova.* Disponível em www.abdp.com/artigos, acessado em 30/04/2013

Parece– nos que, indubitavelmente, essa nova postura que se tem quanto à teoria do ônus da prova que nasce de uma reavaliação do papel do juiz no processo, em função de uma visão publicística deste, e também de se levar em conta os reflexos de uma política legislativa que a encare de frente a problemática do acesso à Justiça, além de ser dogmaticamente mais correta, está perfeitamente em harmonia com a nossa época.

(...)

Barbosa Moreira, em trabalho a ser brevemente publicado , observa que está equivocada a ligação que alguns autores estabelecem entre governos autoritários e a atribuição de maiores e mais intensos poderes ao juiz, dizendo que, em regimes políticos que tendem ao totalitarismo, o mais comum é que se fortaleçam poderes do executivo e não do Judiciário.

(...)

Barbosa Moreira, no texto antes referido, observa que revela a falsidade da premissa no sentido de que o juiz perderia a imparcialidade, a necessidade de se reconhecer que, se assim fosse, também quando o juiz se omitisse diante da necessidade de realização de determinada prova, também estaria sendo parcial.

De fato, o processo está incluso no ramo do direito público e, portanto, interessa não tão– somente às partes, mas também à sociedade. *Essa ativação do juiz visa não apenas a propiciar a rápida solução do litígio e o encontro da verdade real, mas também a prestar às partes uma assistência judicial*⁵⁶.

56 THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. p 486

5. Classificação dos meios de provas

Os meios de provas são classificados pela doutrina utilizando como parâmetro ora o objeto, ora a pessoa, ora a forma⁵⁷.

Tendo em conta o objeto, as provas podem ser diretas ou indiretas. Já tratamos do tema quando falamos sobre os indícios. A prova direta tem relação o fato alegado na causa de pedir, enquanto a prova indireta esta relacionada a fato que serve de indicio da ocorrência do fato alegado, prova– se o indício para, através de operações lógicas, concluir a ocorrência/existência ou inoocorrência/inexistência do fato alegado na causa de pedir.

Se o ponto de vista for o da fonte da prova, a prova pode ser pessoal ou real. Pessoal é a prova que tem por fonte pessoa, assim são, por exemplo, a prova testemunhal e o depoimento pessoal. Real é a prova material verificável, por documento, perícia ou inspeção.

Pela forma, temos provas típicas e atípicas. Como os nomes de pronto revelam, as provas típicas estão tipificadas no Código de Processo Civil e as atípicas são todas aquelas admitidas em juízo embora não listada.

Essa ultima classificação é a que mais nos interessa. É no âmbito das provas atípicas que reside a potencialidade das discussões sobre os limites da atividade probatória. A discussão sobre prova negativa e sua influência no ônus da prova seria muito menos complexa sem a garantia das provas atípicas. Sem as provas atípicas, o artigo 333 do CPC em muitos casos determinaria o resultado da lide prima facie. Logo, salutar a redação do artigo 332 do CPC.

Não obstante, faz– se necessário conhecer os limites dessas provas atípicas. O primeiro limite encontra– se na própria regra que as garante, o artigo 332 veda os “meios” de prova ilegais e imorais. A Constituição Federal, veda “as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º. LVI). Pela conjunção dessas duas regras verificamos que a prova atípica encontra limite tanto na forma como é apresentada com na forma como é obtida.

57 Tratamos aqui apenas da parte presente na maioria das doutrinas. Outras classificações, que não se enquadram perfeitamente nessas categorias podem ser encontradas, como classificações que levam em conta se as provas foram produzidas por requerimento das partes ou pelo juiz; se documentais, materiais ou orais; se pré– constituídas ou produzidas em juízo etc

Vicente Greco Filho⁵⁸ demonstra o problema apresentando quatro situações:

1. documento obtido por meio de furto ou, pior, violência material ou física;
2. uma testemunha que, sabendo da importância de seu depoimento, exige e recebe da parte importância em dinheiro para depor dizendo a verdade;
3. uma gravação obtida com violação do sigilo de comunicação telefônica;
4. reconstituição de um fato que atente contra os bons costumes.

Verificamos que o primeiro caso, o meio de prova é lícito, mas o meio de obtenção é espúrio enquanto no quarto exemplo é o meio de prova que se encontra viciado.

Contudo, segundo esse autor, somente a última hipótese não oferece dificuldade, podendo ser logo descartada, pois consta do próprio texto do Código de Processo Penal sua vedação. Nas demais hipóteses, a admissão dependeria do contexto, haja vista eventual necessidade de conciliar a norma constitucional que proíbe a utilização de prova obtida por meio ilícito com outros direitos constitucionais.

58 *Op Cit.* p 184

6. Ônus: conceito

O termo significa peso, encargo, fardo⁵⁹. Na tradição jurídica significa uma faculdade de agir que se perde pela inércia. É esse o significado que podemos extrair dos seguintes exemplos: contestação; impugnação específica dos fatos alegados pelo autor; recorrer etc.

Esses exemplos todos se alinham perfeitamente com o conceito de ônus como “imperativo do próprio interesse”.

A expressão é de James Goldschmidt, citado por Cândido Rangel Dinamarco⁶⁰, que afirma haver ônus *quando o cumprimento de uma faculdade é necessário ou ao menos conveniente para a obtenção de uma vantagem*. Afiram ainda que o descumprimento de um ônus não causa malefício, tendo a parte plena liberdade de optar pela conduta ou pela omissão.

Chiovenda sintetiza essa ideia brilhantemente: *Como não existe um dever de contestar, não existe um dever de provar, senão no sentido em que se diz, por exemplo, que quem r ganhar deve trabalhar.*⁶¹

Arruda Alvim chama nossa atenção para a distinção entre ônus e obrigação. *A obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento traz benefícios à parte que ocupa o outro polo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Já com relação ao ônus, o indivíduo que não o cumprir sofrerá..as consequências negativas do descumprimento..*⁶²

Ousamos discordar em parte da lição acima. Não parece ser da natureza do ônus uma consequência negativa.

Em que pese a respeitável doutrina que defende a existência de duas espécies de ônus, uma de inevitável efeito danoso certo outra de efeito danoso possível. Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, oferece como exemplo de ônus “absoluto” (dano certo) o “preparo” (Instituições..., v II, p 210), mas quer nos parecer que o preparo é o pagamento adiantado de uma obrigação tributária e que dessa

59 Na língua inglesa o termo “burden” (em tradução literal, “fardo”) é usado para referir-se ao instituto que ora analisamos.

60 Instituições de direito processual civil. v II. p 209

61 Apud SANTOS, Moacyr Amaral dos. Op Cit. p 93

62 Op Cit p 502

característica decorre o inevitável efeito negativo. Da mesma forma, quem não pagar a “taxa” pela emissão do passaporte ou da Carteira de Habilitação inevitavelmente verá seu pedido rejeitado. Arruda Alvim oferece como exemplo de ônus perfeito (dano certo) o ônus de recorrer, pois quem não recorre, fatalmente, verá consolidados os efeitos da sentença. Ora, muitas vezes, recorrer é que geraria dano. Consideremos, por exemplo, a sentença julgada parcialmente favorável ao autor. Por consequência lógica, essa sentença é parcialmente favorável ao réu. As duas partes podem considerar a decisão boa ou o recurso muito arriscado e rejeitarem o recurso. Até mesmo a parte que recebeu uma sentença completamente desfavorável pode acabar considerando rejeitar o recurso por ser potencialmente danoso, como no caso de haver súmula no tribunal desfavorável à pretensão – a parte correria sério risco de ver seu prejuízo aumentado nas custas e honorários advocatícios.

Marinoni e Arenhart parecem seguir essa mesma linha de pensamento.

Porém, outras peculiaridades permitem maior precisão ao conceito de ônus. Se no ônus e na faculdade a atuação da parte possui fundamento em um interesse pessoal, no ônus a lei determina o comportamento a ser adotado e o risco em contrariá-lo, enquanto na faculdade tal escolha permanece totalmente no foro íntimo da parte, diminuindo a previsibilidade dos efeitos do comportamento.

É possível sintetizar o conceito de ônus como espécie de poder da parte que possibilita o agir, segundo interesses próprios, não obstante a existência de norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízo à própria parte onerada.

(...)

Isso indica, com clareza, que a produção de prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável – ou para o resultado favorável. Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável, ou seja, o descumprimento do ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, mas aumento do risco de um julgamento contrário...⁶³

Logo, seguindo alguns dos ensinamentos acima, conceituamos o ônus como o encargo de um “imperativo do próprio interesse” cuja omissão da parte tem o potencial de lhe gerar efeito danoso. Nesse sentido, o ônus nos parece muito mais próximo da decadência do que a obrigação e o dever. José Maria Tescheiner é o único doutrinador que encontramos seguindo esse entendimento, mas, a parte algumas divergências pontuais, seu posicionamento é o que nos pareceu mais lógico e fundamentado. Confira abaixo.

Ônus e direito potestativo são redutíveis um ao outro. E é por isso que a transcrição no registro de imóveis tanto pode ser exemplo de ônus como de direito formativo. Quando se pensa no comprador que fica prejudicado, se não transcreve seu título de domínio, fala-se em ônus. Quando se pensa no adquirente que transcreveu regularmente seu título de domínio, o pensamento vai, de preferência, para o efeito da aquisição do domínio, decorrente da prática do ato da transcrição.

63 Op Cit p 164

Quem alega a prescrição exerce o direito formativo extintivo. Quem deixa de alegar a prescrição em momento processual oportuno, fica prejudicado, porque não atendeu ao ônus de alegar.

É claro, portanto, que os dois significantes podem ser reduzidos a um só, já que exprimem um só e idêntico significado. A duplicidade explica-se, pois se desenvolveram em províncias diferentes do direito. A palavra ônus surgiu no processo e invadiu o direito material. A expressão direita formativo desenvolveu-se no direito material e invadiu o processo. Na verdade, a ideia expressa por ônus e por direito formativo é idêntica. Apenas a formulação é diferente.

Esta é a fórmula do ônus: não sendo praticado o ato “a”, não ocorre a consequência “x”. A do direito formativo é: somente sendo praticado o ato “a”, ocorre a consequência “x”.

As duas proposições são idênticas, do ponto de vista da lógica.

A ideia última contida nas duas expressões (ônus e direito formativo) é simplesmente esta: se, para que se produzam certos efeitos jurídicos, é necessário que se pratique determinado ato, não se produzem tais efeitos, se o ato não é praticado⁶⁴.

64 TESCHEINER, José Maria Rosa. Sobre o ônus da prova. Disponível em http://tex.pro.br/tex/images/stories/PDF_artigos/sobreoonusdaprova.pdf, acessado em 01/06/2013.

7. Ônus da prova.

A ideia de ônus da prova me parece transcender os diferentes tipos de procedimento e até mesmo os diferentes tipos de jurisdição, é algo inerente à natureza do Estado de Direito, tendo em vista o princípio da legalidade e da jurisdição, a proibição do *non liquet* e o monopólio da força.

..ou existem princípios naturais e necessário, que regulam o ônus da prova, qualquer que seja o ordenamento jurídico de que se trate; ou existem somente princípios, essencialmente contingentes e mutáveis que regulam o ônus da prova apenas em relação a um determinado ordenamento jurídico, opina pela existência de princípio diretivo, geral, independente de qualquer organização jurídica, que se concilie com as mais diversas resoluções concretas das questões particulares sobre o ônus da prova (Gianturco)⁶⁵.

Mas o conceito de ônus apresentado no capítulo anterior não pode ser aplicado diretamente quando se trata do ônus da prova. Quer no parecer evidente que a parte que não se desvencilha de seu ônus de provar tem como efeito imediato tão-somente a perda do direito de produzir prova⁶⁶. Não há necessariamente efeito negativo (danoso) contra ela⁶⁷. Mas A regra do art. 333 do Código de Processo Civil não permite interpretação tão simples.

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Veremos mais adiante que esse artigo segue respeitável doutrina italiana. Contudo, quer nos parecer que teria sido melhor seguir o exemplo de outras legislações, como a alemã e a sueca, onde não há essa regra⁶⁸, bastaria a imposição geral de provar o alegado, independentemente da natureza jurídica. .

65 Apud Soares de Faria, Op cit. p 62

66 Ou seria efeito da preclusão? Exceção feita a José Maria R. Tesheiner, a doutrina se ocupa em distinguir ônus de dever e obrigação, mas não de preclusão. Isso certamente porque é mais comum o erro de se ver o ônus como uma medida coerciva. Entendemos que ônus distingue-se da preclusão pelo potencial de gerar um efeito danoso que vai além da perda do direito de praticar o ato e pelo fato de não lidar com um ato específico, mas com um conjunto de atos. Logo, o ônus impulsiona a parte a arrolar testemunhas no prazo legal ou judicial, findo o prazo, preclui essa faculdade e, simultaneamente, fica fechada essa via para a parte se livrar do ônus de provar, mas pode haver ainda outras – pode, por exemplo, haver prova documental juntada ou perícia em curso.

67 De fato, nesse ponto não há muito espaço para debate. Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, afirma que embora enorme o risco de insucesso de quem não se desincube do ônus de provar, não se exclui a possibilidade sentença favorável (Instituições de direito processual civil. v II. p 211

68 Conforme informam Marinoni e Arenhart: “.as doutrinas sueca e alemã abandonaram a regra do ônus da prova como critério dirigente da decisão judicial em caso de dúvida. Isso porque, para essas doutrinas, o julgamento pode fugir da regra do ônus da prova quando existir um grau de 51% ou um mínimo de preponderância da prova”. (op Cit. p 33)

Entre outras disputas, esse artigo gera debate sobre sua aplicação, se seria unicamente uma regra de julgamento (sentido objetivo) ou uma orientação para as partes (sentido subjetivo). Além disso, põe em situação difícil o julgador em vários práticos levantados pela doutrina.

Como fica a distribuição do ônus, seja como regra de julgamento ou de regra dirigida às partes, no caso de ação declaratória negativa? Caso muito comum e que não encontra solução fácil pela aplicação desse artigo é o do sujeito que toma conhecimento de débito junto a instituição financeira em que nunca celebrou qualquer negócio. Seu nome não foi ainda lançado em qualquer sistema de proteção de crédito, não há pretensão a uma condenação colonizatória. Qual o ônus dessa pessoa em ação que pretende somente a declaração de inexistência do débito? Impor a essa pessoa a prova da inexistência desse débito seria a própria negação de seu direito, pois seria exigência das mais diabólicas provar que não contratou o empréstimo sem saber como, quando ou onde o suposto crédito foi contratado.. E seu direito à ação é evidente. A norma constitucional não exige a lesão, bastando a ameaça a direito (art. 5, XXXV), e o art. 4º do Código de Processo Civil reconhece o interesse jurídico na declaração de inexistência de relação jurídica.

Não houvesse a expressa indicação de que parte deveria provar determinado tipo de fato, não haveria problema. Qual a natureza do fato que o autor dessa ação declaratória deve provar, impeditivo, modificativo ou extintivo. A nosso ver, nenhuma dessas. Nenhum fato modifica ou extingue o que não existe. Tampouco parece caber na categoria dos fatos impeditivos. O presente caso não trata da ausência de vontade no ato jurídico, de sua invalidade, mas de sua inexistência⁶⁹. E qual seria o ônus do réu?

Deixemos essa análise para outro momento. Por ora, basta a demonstração das limitações desse artigo 333. Nos próximos capítulos abordaremos a evolução histórica do ônus da prova, suas principais características, hipóteses de distribuição do ônus de forma diferente da preceituada no referido artigo (a famigerada “inversão” do ônus e a distribuição dinâmica do ônus) bem como o instituto aparece em outros contextos, como na justiça do trabalho e na “common– law”.

69 Muito embora a maior parte da doutrina civilista não prestigie o conceito de inexistência, preferindo falar apenas em nulidades.

8. Breve história do ônus da prova e de suas teorias.

Os métodos mais antigos utilizados na busca pela verdade dispensavam qualquer regra sobre ônus, os métodos não admitiam erro.

“...a prova dos fatos era, então, fortemente influenciada pela religião, isto é, invocava-se a proteção divina na busca da verdade. Entre os métodos utilizados incluíam-se as ordálias, o juramento e o duelo.⁷⁰”

Em um duelo não importa somente quem tivesse a razão sobreviveria, desnecessário qualquer regra sobre ônus. Se a parte sobreviveu à ordália (“juízo de Deus”), certamente afirma a verdade, o mesmo podendo ser dito sobre o juramento.

Quando surge a ideia de ônus, surge em um processo inquisitivo. Mas, pelo que vimos acima, isso já representava uma grande evolução.

Soares de Faria, citando Lessona, explica essa evolução:

“... na infância do direito, geralmente é ao réu que tocava a obrigação da prova, por motivos vários que Lessona assim sintetiza: os direito primitivos somente conhecem as provas negativas; o réu, melhor que o autor, conhece o fato; a natural finura dos germanos não permitia que se pusesse em dúvida a sua asseveração...em épocas em que prevalecem o juramento e o duelo, é antes uma vantagem processual que um encargo; em matéria penal, o ônus da prova recai sobre o acusado, e todos os.”⁷¹

A ideia de ônus da prova como temos hoje teve origem nos seguintes princípios romanos:

1. *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* (a necessidade da prova está sempre com aquele que traz a ação);
2. *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*. (deve-se provar as alegações, não as contestações);
3. *nisi negatio presumprioni adversetur*. (simples negação somente quando não enfrenta presunção⁷²)

Foi partindo desses brocardos, que surgiram as teorias modernas sobre o ônus da prova. A seguir resumiremos as principais teorias citadas pela doutrina.

⁷⁰ LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. p 19

⁷¹ Op. Cit p 29

⁷² Nossas traduções, que são adaptações das diversas variações encontradas nas doutrinas pesquisadas.

8.1. Bentham

A primeira doutrina citada por Soares de Faria é a de Bentham, que, segundo Moacyr Amaral dos Santos, oferecia solução “originalíssima” para o problema de falta de prova:

O ilustre jurista inglês sustentava que a presunção da justiça deve estar em favor do autor, e em prejuízo do réu, não só porque é aquele que vem submeter seu direito à apreciação da justiça, enquanto que este, em geral, se defende tenha ou não razão, como ainda porque, no mais das vezes, as causas são ganhas pelo autor⁷³.

Esse entendimento é contestado pela doutrina por estar viciado pela falácia *post hoc ergo propter hoc*. Essa falácia consiste em confundir a relação de causa e efeito associando a elas a relação temporal: o que vem antes é causa, depois, efeito.

Fosse o autor exonerado da obrigação de provar, não corresse ele o risco da falta de prova, porque a presunção da justiça fosse a seu favor, o foro se acumularia de lides temerárias, das quais se desvencilhariam os réus, e, certamente, a estatística acusaria o inverso do que atualmente se verifica...⁷⁴

Tirante alguns exageros, Bentham parece ser um precursor de algumas teorias modernas mais radicais sobre a distribuição do ônus. Veja o relato que Soares de Faria faz sobre a teoria de distribuição desse jurista:

...em um sistema de justiça franco e simples, a obrigação da prova deve ser imposta, caso por caso, à parte que puder satisfazer – la com menores inconvenientes, vale dizer despesas menores, menor perda de tempo e menor incomodo.

O processo técnico, longe de facilitar a qualificação de qual das partes se acha nas condições apresentadas, o dificulta. Um dos meios para alcançá-la seria a persuasão, que facilmente adquiriria o juiz desde o primeiro momento de contato com os postulantes. O aforismo romano – *ei incumbit probatio qui dicit*, longe de remover as dificuldades, as forja, dando lugar a despesas inúteis, vexação e perda de tempo⁷⁵.

De fato, como veremos mais adiante, no sistema da “common– law”, essa ideia de distribuição do ônus da prova logo no início do processo é defendida ainda hoje. E não parece diferente para nós do que defende muitos de nossos doutrinadores. Muitos, quando tratam da inversão do ônus da prova, defendem que o juiz deve fazer essa redistribuição logo no início do processo, após breve análise das peças processuais, no momento do despacho de “providências preliminares”. Alguns

73 Op cit. p 377

74 Moacyr Amaral dos Santos. (*Op cit.*). Não temos números, mas quer nos parecer que hoje em dia não é mais assim – a maioria das lides vencidas pelo autor – em muitas varas. Nos juizados especiais civis, onde não há a obrigatoriedade de se recolher custas, por vezes acumulam-se milhares de pedidos contra empresas prestadoras de serviço público sustentando teses heterodoxas. No entanto, isso não salva a ideia de Bentham, que somente com prova empírica afastaria a indicação de falha em seu silogismo.

75 Op Cit p 38

doutrinadores, defendendo a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, aproximam– se ainda mais do que propôs Bentham, argumentando pela distribuição do ônus à parte que tem melhores condições de provê– la (não necessariamente condições financeiras).

Além da crítica da exposição ao risco de multiplicação das lides temerárias que vimos acima, a doutrina aponta ainda nessa teoria de Bentham outra falha; falta de critério objetivo para determinar quem provaria o quê.

Não parece nada seguro conceder ao magistrado o poder de determinar sempre, sem necessidade de fundamentação em normas e fatos específicos. Isso representaria, por outras vias, um regresso ao processo inquisitivo⁷⁶. Chiovenda entende haver apenas dois modos de aplicar esse critério de aplicação da regra segundo a teoria de Bentham:

...de dois modos..ou criando presunções que, para certa classe de pessoas, façam supor o dolo e a mendacidade ou entregando a escolha a seu inteiro alvedrio. O primeiro sistema, conhecido e aplicado por leis antigas, permitiria ao juiz atribuir o peso da prova ao litigante que fosse pobre..., ébrio, estrangeiro, usurário, condenado etc. Este critério deve ser desde logo repellido em face das lei atuais...O segundo sistema é, certo, a primeira vista, sedutor. Convencido o juiz da desonestidade de uma das partes, deve atribuir– lhe o encargo da prova; aceitável num tema de moral, não o pode ser tratando– se de um juízo sobre os fatos jurídicos. Como poderia o juiz colher elementos seguros para fixar a honestidade das partes? Não seria o regresso à consciência *informatória* , que justamente se repudia?

8.2. Webber

Em apertada síntese, pode– se dizer que a teoria de Webber gira em torno da ideia de princípio da normalidade.

De acordo com o referido princípio...as condições específicas e essenciais de uma determinada relação jurídica devem ser provadas pelo autor; já as gerais, comuns a outros negócios, devem ser provadas pelo réu. A razão desse critério...está no fato de que as condições gerais de validez de todos os negócios, em regra, normalmente existem: a falta de tais condições é excepcional...⁷⁷.

Com efeito, esse princípio é utilizado nas teorias de Chiovenda, que influenciaram

76 Trata– se de questão bem diferente da moderna tendência em nosso direito de atribuir ao juiz poderes relacionados à produção de provas e à busca da verdade. Nesse caso, como observa Teresa Arruda Avim Wambier, citando Barbosa Moreira, seria muito frágil a acusação de imparcialidade, pois também a inércia do juiz ante a necessidade de produção de determinada prova também poderia ser interpretada como comportamento parcial. (*Anotações sobre o ônus da prova.*, disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/Artigos.asp?ordem1=artigo>), acessado em 05/05/2013.

77 PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O Ônus da prova no direito processual civil. p 121

nossa legislação. Por esse princípio, as condições de validade do negócio jurídico não precisam ser provadas pelo autor, são presumidas, pois normalmente estão presentes, cabendo ao réu, portanto, provar que estas não estão presentes (“fatos impeditivos”).

Mas não foi dessa forma que está inserida no nosso ordenamento que Webber defendeu a aplicação do princípio da normalidade. Por essa regra, em todos os casos, caberia à parte sempre provar os fatos incertos relacionados à sua pretensão.

Aplicando essa teoria ao caso da declaratória negativa que expusemos acima, fica evidente que a solução seria insatisfatória. Além disso, essa teoria não parece compatível com a ideia de exceção. Se o autor já provou os fatos excepcionais, deveria então o juiz deferir logo o pedido sem permitir a produção de provas pela parte contrária?

8.3. Fitting

Se a teoria de Webber pode ser resumida no conceito de normalidade, a teoria de Fitting pode ser resumida na ideia de permanência.

A teoria de Fitting parece tentar trazer para o mundo jurídico alguns conceitos da ciência natural, mas especificamente da Física. Se, de um lado, teoria de Newton (a “primeira lei”), tem-se que um corpo tende ao repouso ou ao movimento constante⁷⁸, do outro lado, pela teoria de Fitting, *presume-se a permanência de um estado preexistente, se não for alegada a sua alteração, ou, se alegada, não tiver sido feita a devida prova desta*⁷⁹.

Essa relação com o mundo das ciências naturais é reforçada na forma como Soares de Faria explica a referida teoria:

Pela lei da causalidade, não é possível um efeito, vale dizer mudança, transformação, sem causa “eficiente”, e, assim, não podemos conceber a mudança de um estado preexistente sem um novo motivo determinante e, não existindo motivo algum para admitir uma modificação, necessariamente devemos admitir a persistência do estado preexistente⁸⁰.

Moacyr Amaral dos Santos relaciona três pressupostos dessa teoria:

⁷⁸ Quando nenhuma força incidir sobre esse corpo ou quando a resultante das forças incidentes for nula.

⁷⁹ SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Op cit* p 101

⁸⁰ *Op Cit* p 52– 53

- a) os fatos não provados são como se não existissem...;
- b) são os fatos, não o direito, o objeto da prova e do ônus dela;
- c) o ônus da prova não é um dever jurídico, mas apenas um dever no sentido de interesse ou necessidade prática de provar, a fim de que o juiz possa considerar o fato como existente.

Logo, o ônus da prova seria sempre de quem tem a pretensão de alterar a ordem das coisas. Apresentadas provas, o juiz deve avaliá-las e, se determinada prova não o convence, o fato que se pretendeu provar deve ser considerado inexistente. Evidente qual parte tem interesse na prova daquele fato, o juiz deve então considerar que essa parte não se livrou do ônus.

8.4. Gianturco

A teoria de Gianturco baseia-se na vantagem gerada pela prova. A ideia parece ser mais voltada para a economia processual do que propriamente à uma regra de julgamento, mas, de maneira geral pode ser exposta da seguinte forma: *deve provar quem da prova auferir vantagem*⁸¹.

Por esse raciocínio, não se prova o que não é controvertido, irrelevantes ou já determinados pela lei.

Em contraposição às ideias de Fitting, esse jurista entende haver relações de natureza estável em que, de fato, a presunção levaria a um o ônus de provar a alteração, mas há outras de natureza mutável e nestas a presunção é de mudança, portando levando a um ônus de provar permanência.

8.5. Teses modernas

Moacyr Amaral dos Santos⁸² identifica como ponto comum entre as teses modernas a ideia de “ônus da afirmação” (necessidade de alegar a causa de pedir) e o “ônus da prova” (necessidade de provar o alegado). As variações estão nos critérios empregados para definir quem deve alegar e provar determinado fato.

Vejamos como Chiovenda, cuja teoria parece ter inspirado nosso legislador, abordou o tema;

81 SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Op Cit.* p 102

82 *Op Cit* p 103

Frequentemente, no caso concreto, sente-se a oportunidade de atribuir o ônus da prova a uma das partes, enquanto seria difícil formular uma razão geral para fazê-lo...Pode-se, talvez, afirmar que, a rigor, seria justo que o autor provasse tanto a existência dos fatos constitutivos do direito, quanto a não existência dos fatos impeditivos ou extintivos. Mas essa prova seria, no mais das vezes, difícil para os impeditivos, impossível para os extintivos⁸³.

Ante tal arrazoado, Chiovenda, valendo-se da teoria da normalidade de Webber, trata do “ônus da alegação” como o ônus de alegar todos os fatos geradores de seu direito (fatos que deseja ver ponderados pelo juiz) e de prová-los. Para o réu, até que sejam provados tais fatos, não há necessidade de provar nada. Chegando então a seguinte conclusão:

...a questão do ônus da prova reduz-se, portanto, no caso concreto, a estabelecer quais os fatos que, considerados existentes pelo juiz, devem bastar para induzi-los a acolher a demanda (constitutivos)..assim..o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes produzir o efeito que lhes é natural. ⁸⁴.

Essa teoria sofreu desde logo a crítica de considerar o interesse na prova de determinado fato unilateral. Carnelutti vê aí interesse bilateral, na forma de prova e contraprova⁸⁵. Afirma que o interesse na prova de determinado fato não é critério adequado para a definição da regra de ônus da prova, mas sim a regra do interesse na afirmação, pois a parte alegará apenas o que lhe for benéfico (“tem o ônus de provar quem tem o interesse em afirmar”). E esse interesse em alegar não está relacionado à forma como a parte figura no processo – autor ou réu – mas como figura na relação de direito material.

83 Apud Luiz Eduardo Boaventura Pacífico. Op Cit. p119

84 Idem, ibidem.p 120– 122

85 Idem, ibidem. p 122

9. A regra do art. 333

Como vimos, a regra geral de distribuição do ônus da prova entre nós segue a tradição italiana, nosso código de processo civil seguiu o modelo italiano e a teoria de Chiovenda, relacionando o ônus da prova à natureza do fato alegado e a posição da parte na relação processual.

Dentro dessa teoria, os fatos são constitutivos, impeditivos ou extintivos⁸⁶. Vejamos o que cada uma dessas categorias representa.

Fatos constitutivos para Chiovenda (vide capítulo anterior) são os fatos que, se considerados verdadeiros pelo juiz, levam ao deferimento da demanda. Na lição de Alexandre Freitas Câmara⁸⁷, fato constitutivo é aquele que deu origem à relação jurídica deduzida em juízo.

No nosso entender, trata-se de simples aplicação do conceito de fato gerador.

Na verdade, a associação do mandamento (contido na lei) à hipótese (também nela descrita), que desencadeia a subsunção à norma legal dos fatos que refletem aquela hipótese, é fenômeno que não se restringe à seara tributária, mas se apresenta igualmente noutros setores do direito. Assim, no direito penal, a prática do crime realiza o fato gerador do direito de o Estado punir; no direito administrativo, a prática de certa atividade é fato gerador da obrigação de adotar certas condutas no interesse da saúde pública, da preservação ambiental etc⁸⁸.

Logo, constitutivos são todos os fatos aptos a gerar os efeitos pretendidos por uma das pessoas envolvidas na relação de direito material⁸⁹. Certo é que assim também podem ser classificados os fatos extintivos, a distinção, nessa classificação do código, faz sentido apenas quando se leva em conta o efeito pretendido. Daí Webber ter postulado que o objeto da prova é um direito ou uma liberação⁹⁰.

Fato Impeditivo é um fato de conteúdo negativo, é a ausência de algum dos

86 Pontes de Miranda elogia a escolha do termo “fato”: *O Código fez bem em empregar a expressão "fato", porque isso abrange todas as espécies de fatos jurídicos (fatos jurídicos stricto sensu, fatos jurídicos, atos jurídicos stricto sensu e negócios jurídicos)*. (Comentários.. p 422)

87 Lições de direito processual civil. p 125

88 AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. P 256.

89 Como já vimos com Carnelutti e vemos mais adiante com outras doutrinas, o interesse em provar está vinculado à relação de direito material. E essa ideia de que se trata de um fato gerador parece estar de acordo com o que lecionou Chiovenda, que noutro momento, definiu os fatos constitutivos como aqueles que dão vida a uma vontade concreta da lei (apud MARINONI e ARENHART, Op Cit. p 165)

90 Apud Soares de Faria. Op Cit. p 42

*requisitos genéricos de validade do ato jurídico (agente capaz, objeto ilícito, forma prescrita ou não defesa em lei)*⁹¹. Percebe-se facilmente que o fato impeditivo não é um elemento que integra a *fattispecie*, mas sim algo que está do seu lado de fora, e assim apenas impede que o fato constitutivo produza os seus efeitos⁹². Portanto parece ocorrer uma espécie de anacoluto na leitura do referido artigo 333. Ora, se os fatos constitutivos dão origem à relação jurídica, os impeditivos deveriam impedir a formação da relação jurídica, mas na verdade impedem apenas os efeitos pretendidos⁹³.

Fato extintivo é *aquele que põe fim à relação jurídica deduzida no processo*⁹⁴. As causas de extinção das obrigações estão relacionadas no Título III, Capítulo I, artigo 304 e seguintes do Código Civil.

Além das críticas já feitas no que se refere a conceituação dessas classes de fatos, podemos ainda constatar sua insuficiência e impropriedade.

Alexandre Freitas Câmara oferece exemplo de fato que não se enquadra em nenhuma das categorias acima.

O texto do art. 333 do CPC gera a falsa impressão de que em um processo só podem aparecer quatro tipos de fatos..Outros fatos, porém, podem surgir. Basta pensar na possibilidade de o réu..ter alegado prescrição (fato extintivo do direito do autor), vindo o demandante, depois, a alegar que o demandado, após o decurso do prazo prescricional, renunciou à prescrição...⁹⁵

Deve-se levar em consideração também que, na prática, a prova do “fato constitutivo” pode ser de interesse do réu. Não apenas no caso da ação declaratória negativa, que representa o exemplo mais cristalino das falhas técnicas contidas nessa norma jurídica, mas em qualquer caso que o réu tenha interesse em produzir contraprova.

A impropriedade dessa classificação dos fatos em constitutivos, extintivos e impeditivos foi muito bem demonstrada por Boaventura Pacífico – citando Silva Melero. O referido autor, após afirmar que o caráter constitutivo, impeditivo e extintivo decorre de uma relação e não do fato em si, pois os fatos produzem efeitos sobre as relações somente em virtude de determinado preceito jurídico. O autor oferece dois exemplos, de Dinamarco e de Micheli, para sustentar sua afirmação⁹⁶:

...a incapacidade do agente é fato impeditivo quando alegada pelo réu, em defesa, na ação em que o autor quer fazer valer um contrato: e é assim

91 CÂMARA, Alexandre Freitas. Op Cit p 125

92 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Op Cit p 166

93 Outros efeitos podem surgir, como o dever de indenizar.

94 CÂMARA, Alexandre Freitas. Op Cit. p 126

95 Op. Cit. p 126

96 Op cit p 130

porque o contrato terá deixado de produzir os efeitos programados, caso realmente seja incapaz o agente. Mas a mesma incapacidade é fato constitutivo do direito de quem tiver vindo a juízo, como autor em pedido de ação anulatória deste; é da concreta ocorrência desse fato que emerge a *sanctio juris* consistente na retirada de eficácia do contrato impugnado.

Diante do desrespeito de uma obrigação assumida, a parte inocente pode ir a juízo pleitear a resolução do contrato ou o cumprimento da obrigação. Para a resolução do contrato, o inadimplemento da outra parte é fato constitutivo do do autor....Mas, na hipótese de o autor ajuizar a ação objetivando o cumprimento da obrigação, embora deva alegar, na causa de pedir, o seu nascimento e o descumprimento por parte do réu, a prova deste não lhe incumbe.

José Maria Tesheiner oferece outro exemplo nessa mesma linha:

Tome-se, por exemplo, a boa fé como requisito da usucapião. Em evolução histórica, aparece num primeiro momento como fato constitutivo, cuja alegação e prova incumbia ao usucapiente. Ele é, depois, dispensado do ônus de comprová-la, permitindo-se, porém, ao contestante, a comprovação da inexistência de boa-fé, isto é, a existência de má-fé. Num terceiro momento, a boa ou má-fé torna-se juridicamente irrelevante...

São mudanças que ocorrem no plano do direito material, não obstante a natureza aparentemente processual das regras sobre ônus da prova.

No primeiro caso, não há presunção alguma. No segundo, há presunção *juris tantum* da existência de boa-fé. No terceiro, ela é presumida, *juris et de jure*⁹⁷.

97 Op. Cit.

10. A regra no projeto de lei do “Novo CPC”

Eis a redação proposta no projeto de lei do Senado n.º 166, de 2010:

Art. 261. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor

Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

(disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>, acessado em 01/06/2013)

Não há alteração significativa no artigo 261 em relação ao artigo 333 da lei vigente. Toda a mudança fica por conta do artigo 262. Isso já bastaria para demonstrar que o projeto fica no meio do caminho entre a inovação e a manutenção do instituto. Não é assim por acaso, os juristas que participaram da elaboração do projeto tiveram a preocupação de evitar alterações bruscas e consolidar a jurisprudência.⁹⁸ Contudo, repise-se, ficou no meio do caminho.

O cáput do art 262 representa a adoção da teoria de Bentham vista no item 8.1. Em apertada síntese, aquele jurista propunha que a prova deveria ser produzida pela parte que teria mais facilidade e menos dispêndio. Nossos juristas propõem a mesma coisa.

O desacerto da redação fica por conta de o projeto tornar uma regra geral (de Bentham) em regra subsidiária (à de Chiovenda). Se em tese apenas parece absurdo tornar uma regra geral em regra subsidiária de outra regra de abrangência igualmente geral, no presente caso não há dúvida de que tal procedimento não

98 Vide, por exemplo, texto da professora Teresa Arruda Alvim Wambier no site de notícias Consultor Jurídico: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-27/criticas-projeto-cpc-sao-injustas-refletem-mero-senso-comum>, acessado em 01/06/2013

pode gerar bons efeitos.

Em termos gerais, considere que uma regra geral assume o padrão “sempre que X, então Y”; ou, adaptando para o mundo jurídico, “sempre que X, deve ser Y”.

Duas proposições igualmente gerais corresponde a algo como “sempre que X, deve ser Y” e “sempre que X deve ser B”. A inconciliabilidade de duas regras igualmente gerais consiste em saber se de “X” extrai-se o dever ser Y ou Z.

No presente caso, poderia ser alegado que não há apenas X, mas, na verdade, duas hipóteses de incidência independentes. Mas tal argumentação não convenceria.

Não convenceria pelos mesmos motivos e críticas direcionadas à teoria de Bentham. Quais os critérios para a distribuição do ônus segundo a regra do artigo 262? Peculiaridades do fato a ser provado. Não há relevante diferença em dizer que o ônus da prova caberá a quem com mais facilidade puder se livrar dele ou que sua distribuição dependerá da peculiaridade do fato a ser provado. Se não são especificadas as peculiaridades, haveria autêntica discricionariedade por parte do magistrado na escolha de qual regra aplicar, se a regra do artigo 261 ou do artigo 262. Os artigos 262 e 261 são regras gerais igualmente abrangentes sem um critério definido para solução dessa antinomia imprópria.

O artigo 262 insere-se muito provavelmente no esforço dos juristas que elaboraram este projeto de lei em consolidar as construções jurisprudenciais. De fato, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova vem há tempos sendo prestigiada pelos nossos tribunais, mas a forma como se propõe essa inserção na lei não pode gerar bons efeitos. Melhor que adotar duas teorias sobre o ônus da prova no mesmo diploma legal seria adotar então adotar logo a teoria de Bentham - que contempla a distribuição dinâmica – tentar superar suas dificuldades e excluir o texto do artigo 261.

A “inversão” do ônus da prova será abordada no item 12.

11. Ônus Subjetivo ou Objetivo

Quer nos parecer que essa imprecisão nos conceitos está relacionada a confusão entre o que se convencionou chamar de ônus subjetivo e ônus objetivo da prova. Como de uma só regra acaba tendo resolver dois tipos distintos de disputa, o resultado é imprecisão terminológica.

O ônus da prova em seu aspecto subjetivo consiste, segundo a doutrina, em uma indicação do poder jurisdicional ao jurisdicionado de quais são as provas que deve produzir se quiser ter sucesso no litígio.

O ônus da prova em seu aspecto objetivo consiste em uma regra de julgamento destinada a evitar o *non liquet*. Dado que o Estado não pode se abster de decidir o conflito entre as partes, necessária se faz uma regra para resolver as disputas no caso de incerteza sobre os fatos⁹⁹.

José Maria Tesheiner relaciona dois sentidos do ônus da prova a processo mais inquisitorial (objetivo, como no processo penal) ou dispositivo (subjetivo)¹⁰⁰. Mas essa não relação não é evidente.

O fato de o julgamento ser decidido em favor do réu em caso de dúvida no processo penal, não é em essência diferente do que ocorre no processo civil e parece nos remeter de volta a falsa distinção entre verdade e verdade formal, já rechaçada no item 1.3.1. deste trabalho. Ora, quer no processo penal, quer no processo civil, o que vale é a regra de Fitting, de que mutação de um estado anterior necessita ser provada. O resultado do *non liquet* é o mesmo nos dois sistemas. O réu não perde sua liberdade se não for provada sua conduta criminosa tampouco perde seu patrimônio se não for provado o ilícito civil que embasa o pedido de indenização. Não por acaso, Humberto Theodoro Júnior cita o brocardo *actore non probante absolvitur reus* para explicar o ônus no processo civil¹⁰¹.

A utilidade dessa distinção entre ônus objetivo e ônus subjetivo só faz sentido quando da aplicação das teorias de “inversão” do ônus da prova - e ainda assim para a parte de doutrina que se opõe a inversão no momento do julgamento. Fora desse âmbito, resta claro, ante todas as teorias aqui expostas (supra 7), que é o interesse das partes e o direito material que informa os litigantes quais as provas devem ser produzidas. Se “A” demanda “B”, “A” deve buscar na lei civil quais são os requisitos para o sucesso dessa demanda, requisitos esses que variam de acordo

99 Sobre o direito não há propriamente dúvida, mas, no máximo, dissídio jurisprudencial.

100 *Op Cit.*

101 Curso de direito processual civil. p 487

com a pretensão (cumprimento forçado ou rescisão do contrato, como no exemplo de Micheli) e com a lei material (responsabilidade aquiliana ou contratual, por exemplo).

12. Modificação do ônus da prova

A doutrina trata da alteração do ônus da prova sob duas nomenclaturas: a inversão do ônus da prova e distribuição dinâmica do ônus da prova.

Como bem observa Sérgio Cruz de Arenhart, não há propriamente “inversão” do ônus da prova em nenhum processo.

Outro reparo que merece ser desde logo apontado diz com o termo “inversão”, geralmente empregado para tratar do tema aqui apreciado. Na realidade, não existe caso de inversão própria do regime do ônus da prova, já que esta deveria consistir em imputar ao réu o ônus da prova dos fatos constitutivos do direito do autor e ao autor a carga da prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos de seu próprio direito. Ora, nenhuma hipótese existente no direito brasileiro contempla semelhante previsão, de modo que não se deve falar, ao menos propriamente, em “inversão do ônus da prova”. O que existe, sempre, é uma modificação no regime tradicional do ônus da prova, de forma a imputar a (falta de) prova de determinados fatos de maneira diferente daquela realizada pela regra do art. 333, do CPC.¹⁰²

Com efeito, a inversão de ônus da prova é impossível de ser operada. Independentemente do que diz a lei, a prova é sempre produzida no interesse de quem a produz. Ora, se o status quo será alterado somente se surgir prova de fato que faz incidir uma norma sobre a relação jurídica (Fitting), é absurdo esperar da parte desfavorecida pelos efeitos da norma a prova de tal fato. O termo ônus perderia o sentido, deixaria de ser um direito que, se não exercido, traria o risco de efeito prejudicial e passaria a ser o direito que, se exercido, traria tal risco.

Esse raciocínio reforça a demonstração feita no capítulo anterior no sentido de que o ônus no seu aspecto subjetivo, como uma orientação de procedimento das partes, não passa de um efeito secundário da regra do ônus, que, em essência, é uma regra de julgamento.

O que ocorre sempre, seja na hipótese de “inversão do ônus” (conforme redação do Código de Defesa consumidor) ou na teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, é a alteração do resultado do processo em que faltou prova ou em que a prova foi insuficiente para o convencimento do magistrado. Daí considerarmos também as presunções como forma de modificação do ônus da prova, pois, na prática, o efeito destas é determinar que a outra parte prove que o fato é diferente do que foi presumido. De fato, as presunções constituem parte essencial da teoria de distribuição do ônus da prova adotada pelo art. 333. O princípio da normalidade não

¹⁰² *Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro*, disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/Artigos.asp?ordem1=artigo>, acessado em 12/03/2013

é outra coisa além de uma presunção de validade do negócio jurídico, e só por isso deve o réu provar os “fatos” extintivos, modificativos ou impeditivos.

A seguir trataremos de algumas formas de modificação do ônus da prova. A doutrina trata de inversões convencionadas, judiciais e legais. Trataremos apenas dessas duas últimas, pois, a rigor, a convenção, em última análise, não modifica de fato a distribuição do ônus, mas somente o negócio jurídico. Se “A” e “B” celebraram contrato em que o ônus da prova é sempre de “B”, mesmo quando demandado por “A”, o que ocorre de fato é alteração no fato constitutivo. É o que ocorreria em um contrato de locação comercial em que o locador recebesse como aluguel participação nos lucros do locatário e este último ficasse obrigado a provar os rendimentos. Assim, na hipótese de demanda do locador por pagamento insuficiente, caberia ao réu provar que pagou a quantidade devida como fato modificativo ou extintivo do direito ainda, não como fato constitutivo, pois o fato constitutivo passa a ser o próprio instrumento de contrato em que o proprietário recebe o direito de conhecer os lucros do locatário. Se admitirmos que nesse caso há modificação no ônus da prova, então deveremos aceitar que a modificação do ônus da prova é inerente às ações de prestação de contas.

12.1 A “inversão do ônus” no CDC

O Código de defesa do Consumidor trata do do tema no capítulo III, “Dos Direitos Básicos do Consumidor”, da seguinte forma:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Em que pese o brocardo que reza não haver palavras inúteis na lei, a expressão “a critério do juiz” não faz diferença nesse texto. Se há requisitos, há o dever de o magistrado conceder o benefício. Logo, diante da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência do consumidor, o magistrado deve inverter. Se o que se diz dizer foi que a hipossuficiência e a verossimilhança seriam avaliadas pelo juiz, disse o óbvio. O artigo 273 do CPC opera com verossimilhança sem precisar afirmar que o critério é do magistrado (de quem mais poderia ser?).

Modificado o ônus pela regra do artigo acima, o que deve provar o fornecedor? Tudo o que já deveria provar não tivesse ocorrido qualquer modificação. Deve provar aquilo que seria chamado de contraprova em circunstâncias normais ou ainda o fato extintivo, modificativo ou impeditivo.

Ao réu...competirá provar, por força da regra *sub examine*, não o fato constitutivo do direito do consumidor, mas aquilo que possa excluir o fato da esfera de sua responsabilidade, diante do quadro evidenciado no processo...¹⁰³

Isso corrobora mais uma vez o nosso entendimento de que a regra é apenas de julgamento. Isso porque essa é a ordem natural das coisas e o legislador não tem o poder de mudar a natureza. Veja o que diz Nelson Nery Junior:

...não há momento para o juiz fixar o ônus da prova ou sua inversão. O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não a produza¹⁰⁴.

Interessante apontar que há jurisprudência no sentido de que a modificação do ônus nesses casos não tem o efeito de fazer o fornecedor arcar com os custos da prova requerida pelo consumidor¹⁰⁵. Correto. Decidindo de forma diferente, ocorreria, aí sim, o absurdo de impor à parte a produção de prova que lhe seria desfavorável.

12.2 A Distribuição Dinâmica

Não só nas relações de consumo tem se admitido alterar flexibilizar a regra do artigo 333. A doutrina e a jurisprudência falam em distribuição dinâmica do ônus da prova considerando. Por essa teoria, a distribuição do ônus da prova pelas regras do artigo 333 representa a distribuição estática.

A distribuição dinâmica se impõe pela instrumentalidade de processo e a necessidade de conferir efetividade ao direito material.

...não existe motivo para supor que a inversão do ônus da prova somente é viável quando prevista em lei. Aliás, a própria norma contida no art. 333 não precisaria estar expressamente prevista, pois decorre do bom senso ou do interesse na aplicação da norma de direito material, que requer a presença de certos pressupostos de fato...¹⁰⁶

De fato, há casos não contemplados pela regra do art. 333. O caso já abordado da ação declaratória negativa é bom exemplo de como o direito material pode forçar a distribuição dinâmica, sem necessariamente haver o intuito do legislador de proteger uma das partes. Veja o que leciona Alexandre Freitas Câmara (grifo nosso):

Não se pode encerrar a análise da prova sem que se faça um comentário a

103 THEODORO JUNIOR, Humberto. Op Cit p 489

104 Código de Processo Civil Comentado. p 798

105 STJ.REsp 615684. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. j. 10/10/2005.

106MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. p 187

respeito de sua distribuição nas “ações declaratórias negativas”. Diverge a doutrina sobre a forma de distribuição do ônus da prova nestes casos. Enquanto para alguns autores ocorre verdadeira inversão do ônus, cabendo ao réu provar o fato constitutivo de seu direito, e ao autor a existência de fato extintivo ou impeditivo do direito do demandado, outros autores afirmam que não há que se falar, na hipótese, em inversão, cabendo ao autor demonstrar a inexistência da vontade concreta da lei favorável ao demandado, ou seja, caberia ao autor demonstrar a inexistência da relação jurídica deduzida em juízo.

Parece-me, porém, que a distribuição do ônus da prova nas ações declaratórias negativas dependerá do que for alegado pelo autor. Se este fundar sua pretensão na existência de fato extintivo ou impeditivo do direito do réu., a ele (demandante) caberá a incumbência de provar os fatos alegados. Por outro lado, se o autor se limitar a negar a existência do fato constitutivo..., **haverá sim uma inversão do ônus, cabendo ao réu demonstrar a existência do fato constitutivo de seu direito.**¹⁰⁷

12.3 Presunções

Elemento comum nos conceitos de presunção oferecidos por vários doutrinadores é o de atividade intelectual. Segue um exemplo:

A presunção não é um meio de prova, mas sim uma forma de raciocínio do juiz, o qual, de um fato provado, conclui a existência de outro que é o relevante para produzir a consequência pretendida. (GRECO FIORE, *Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro*. p 193)

Deve-se ter bem claro que, diferente do que vai acima, algumas vezes, esse raciocínio é do legislador (presunção legal) e que, em outras vezes, esse raciocínio é do juiz. Quando a presunção é do legislador, o raciocínio do juiz não é do tipo indutivo, como é característico das presunções, conforme o conceito acima. Trata-se de raciocínio em essência nada diferente daquele aplicado em qualquer regra jurídica, de raciocínio dedutivo, de aplicação de silogismo ou, mas especificamente, de subsunção. A presunção legal corresponde a uma alteração nas leis materiais enquanto a presunção judicial corresponde realmente a um raciocínio indutivo baseado nas regras da experiência.

Antes de avançarmos, cumpre distinguir as presunções absolutas, que são sempre legais e não representam inversão do ônus da prova. Em muitos casos, essas presunções distanciam-se muito das presunções relativas, não parecendo sequer adequado falar em presunção. É que essas “presunções” vinculam um efeito jurídico a determinado fato gerador, não sendo relevante se o fato realmente ocorreu da forma que geralmente geraria tais efeitos. Isso ocorre, por exemplo, com o art. 158 do Código Civil. Nesse caso, não importa se o devedor quis a fraude, a possibilidade de anulação decorre de elementos objetivos.. Nesse caso, quis o legislador cassar o efeito dos negócios jurídicos realizados gratuitamente por considerar a conduta do devedor, segundo parâmetros fixos, maliciosa.

¹⁰⁷Op Cit. p 127

Cândido Rangel Dinamarco diz que, nesses casos, de presunção absoluta, o legislador cria ficções, fingindo que o fato se deu de forma diferente¹⁰⁸. Mas parece mais adequado dizer que o legislador simplesmente tornou irrelevante um fato em situação jurídica específica, não fazendo sentido comparar com o outra situação para falar em presunção. Assim, se na usucapião do artigo 1242 do Código Civil são requisitos o justo título e a boa-fé, na usucapião do artigo 1238 esses requisitos são simplesmente dispensados. Não há ficção. Nesse artigo 1238. o legislador não finge que ocorreu boa-fé e que há justo título, ele cria espécie distinta do instituto em que esses fatos são irrelevantes¹⁰⁹. Arruda Alvim cita o art. 174 do Código Civil como exemplo de presunção absoluta, não admitindo prova em contrário¹¹⁰. Mas ali também não parece ser o caso. Se o negócio era anulável e o devedor “ciente do vício que o inquinava” decidiu cumprir sua obrigação, esse perdeu um direito potestativo de anular o negócio, deu-se, portanto, uma decadência. Se não for assim, qual seria o motivo para extinguir as ações em curso, conforme artigo 175? Por fim, segue excerto de ementa do TJ SP como exemplo prático da relação entre direito de pedir anulação, direito potestativo:

,,,Aplicação da regra de direito intertemporal veiculada no artigo 2.028 do CC/2002. Este diploma manteve o prazo de quatro anos (artigo 178, inciso II) e, em 11/1/2003, ainda não havia transcorrido mais da metade do período previsto no artigo 178, § 9º, inciso V, alínea b, do CC/1916. Assim, aplicável ao caso o prazo do Código Reale. O recorrido poderia exercer seu direito de anular o contrato até o dia 4/4/2006. 4) Decadência. No dia 17/5/2006, quando o apelado ajuizou a presente demanda, o direito potestativo em análise já havia sido fulminado pela decadência. Contrato permanece íntegro no mundo jurídico. Recursos providos, com alteração do ônus da sucumbência (Apelação 9197817-75.2007.8.26.0000 - 10ª Câmara de Direito Privado – Relatoria do Des. Roberto Maia – j. 26/03/2013)

Logo, somente nas presunções relativas ocorre modificação do ônus da prova. E, repise-se, essa modificação ocorre devido à necessidade de adequação do ônus ao direito material, como no caso exemplar da ação declaratória negativa. Aqui também se mostra inadequado falar em “inversão”, pois o réu só provará o fato constitutivo do direito do autor acidentalmente, com o intuito de provar fato extintivo ou modificativo.

As presunções relativas legais são regras gerais e abstratas que vinculam a instrução, devendo o juiz dar por provado o que não se provou e julgar de acordo.. Nas presunções judiciais, há prova, mas não direta, prova-se fato que permite, por raciocínio indutivo, concluir a ocorrência de outro fato, esse sim relevante.

Sobre as presunções judiciais, Arruda Alvim intervém com muita autoridade para

108 Instituições de direito processual civil. v III, p 116-117.

109Curiosamente, Dinamarco reconhece que a as *presunções absolutas constituem alterações na estrutura da norma ordinária....acompanhadas das consequências jurídica. Idem, ibidem. p 117*

110Op Cit. p 606

afirmar que as presunções do homem *não vêm definidas pelo Direito* e que, portanto, *cabe à doutrina determinar os requisitos necessários à admissão de tais presunções*¹¹¹. De fato, parece demasiadamente temerário o indivíduo investido no poder de juiz aplicar seu entendimento privado. Assim, regras tais como a da culpa do motorista que bate na traseira de outro veículo ou o silêncio de quem se cala quando tem a oportunidade de se defender devem ter seu valor aquilatado pela doutrina como forma de evidenciar o aspecto genérico dessas regras. Nesse sentido, admite-se a presunção de consequências físicas, químicas ou biológicas de conhecimento vulgar.

Por fim, há aquilo que a doutrina mais moderna repugna chamar de presunções mistas, esclarecendo que, de fato, são presunções relativas. De fato, entre o absoluto e o relativo, pela aplicação da lei do terceiro excluído (Lógica), nada pode haver, o relativo absorve tudo que não é absoluto e um elemento não pode ser e não ser absoluto ao mesmo tempo. O que se pretende catalogar com essa nomenclatura são as restrições que a lei impõe limite a produção de prova contra determinada fato presumido, como, por exemplo, no caso no art. 1545.

111Op.Cit. p 609

CONCLUSÃO

De todo o exposto neste trabalho, algumas observações merecem ser reiteradas e outras acrescentadas.

Da análise da natureza da prova, concluí-se naturalmente que não foi por acaso a disputa doutrinária entre os que a classificavam a prova como instituto de direito processual e os que a classificavam como de direito civil (*rectius*: substancial).. Toda necessidade de provar surge como consequência de uma norma de direito material e dela depende.

Reconhecida as limitações inerentes ao ato de provar, sabendo que o máximo que se pode é obter é um nível de convencimento que permite ao julgador ter certeza (ausência de dúvida razoável) do ocorrido, verificamos que a prova presta-se tão somente ao convencimento do julgador da ocorrência de um fato.

É na dificuldade de chegar a esse convencimento que surge o ônus da prova. Dado o princípio do “non liquet”, a necessidade de pacificar os conflitos ainda que incertos os fatos, surge a necessidade de se estabelecer regras que orientem a atividade do julgador quando não há prova ou quando a prova não é suficiente para gerar convencimento no julgador.

Não há que se falar em regra de procedimento. O ônus da prova não escapa dos efeitos do direito material sobre o processo. O exemplo da ação declaratória negativa deixa muito claro que é o direito material que deve orientar as partes sobre o que deve ou não ser provado, não o direito processual.

A regra do artigo 333 nunca deveria ser lida como uma regra de procedimento das partes. No exemplo da ação declaratória negativa, o autor não precisa provar fato constitutivo. Em muitos casos, o réu pode limitar sua defesa a uma contraprova. E ainda deve-se ter em conta que o mesmo fato ora pode ser classificado como constitutivo ora como impeditivo.

Nem mesmo quando ocorre a modificação do ônus haveria razão para falar em regra de procedimento. As regras de procedimento são: “expor os fatos em juízo conforme a verdade”(art. 14), “a lealdade entre as partes” (art. 14 CPC), não usar do processo para produzir ilegalidades (art. 17), não interpor recursos protelatórios (art. 17) etc. Essas regras deixam muito claro que não há o direito de jogar com o processo. O processo tem natureza pública. O magistrado não precisa informar com antecedência a modificação do ônus porque as partes devem sempre provar suas alegações e contribuir para a “descoberta da verdade”, independentemente da disposição do ônus.

A afirmação acima pode parecer ingênua levando em conta os interesses das partes. Mas apenas parece. O estudo de várias teorias sobre o ônus da prova apresentadas aqui deixou uma coisa muito clara: a regra deve ser estabelecida tendo em vista o interesse das partes, pois ninguém prova aquilo que não é de seu interesse. Logo, a regra do ônus da prova não é um instrumento para orientar o interesse das partes, é uma regra que parte do interesse das partes como critério de solução do conflito. E é nesse contexto que se justifica a modificação (“inversão”) do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. A modificação ocorre somente quando a parte que tem o interesse em provar determinado fato e dispõe dos meios de provar esse fato não o faz. Daí surge a presunção de que não provou porque a prova contraria seu interesse.

Parece ser válido afirmar que as modificações de ônus da prova decorrem sempre de presunções relativas ou de uma consequência lógica do direito material. No CDC, por exemplo, a modificação decorre da presunção de que o fornecedor tem mais facilidade em provar os fatos e de que, se não o fez foi por conta de seu interesse. Nos casos de distribuição dinâmica, fala-se sempre em insuficiência da regra do art. 333. Essa insuficiência é gerada pelo confronto entre a norma de direito material e a regra fixa do art. 333., como nas hipóteses de se exigir apresentação de contrato de adesão da parte que o formulou. Nesse sentido, a ação de prestação de contas parece ser o tributo que o legislador teve de pagar pelos vícios do art. 333.

No campo das presunções, ficou a dúvida sobre a real existência de presunções absolutas. Nos poucos exemplos abordados, ficou claro que aquilo que a doutrina aponta como presunção absoluta muitas vezes se confunde com outros institutos, tais como decadência e preclusão, ou com simples modificação ocorrida no direito material.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 2. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

_____, *Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br>, acessado em 20/04/2013.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da norma jurídica*. 1. ed. Bauru: Edipro, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Licoes de direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo : Malheiros, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. 6 ed. São Paulo: Malheiros.

_____, *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 3. 4 ed. São Paulo: Malheiros

FARIA, Sebastião Soares. *Principaes theorias relativas ao onus probandi*. Sao Paulo : Revista dos Tribunaes, 1936

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: PUC, 2008. 349p Tese (Doudorado.)

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. 2. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. ed. 6 São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil Comentado artigo pro artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários. Comentários ao código de processo civil*. 3 v. Rio de Janeiro : Forense, 1976.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Ed 21. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo : Rev dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. v. 1. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *As máximas de experiência no processo civil*. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, 2009. Dissertação (Mestrado). Disponível em <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/.snapshot/nightly.26/teste/arqs/cp136809.pdf>. Acessado em 01/06/2013.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Sobre o Ônus da Prova*. Disponível em <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/292-artigos-mai-2001/6094-sobre-o-onus-da-prova>, acessado em 01/06/2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 48 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre o ônus da prova*. Disponível em www.abdpc.org.br, acessado em 20/04/2013.

SITES VISITADOS

Academia Brasileira de Direito Processual Civil - www.abdpc.org.br

Consultor jurídico - www.conjur.com.br

Google Acadêmico - scholar.google.com.br

Superior Tribunal de Justiça (STJ) - www.stj.gov.br

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - www.tjsp.jus.br