

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JULIANA LEITE RIBEIRO DO VALE

**A FUNCIONALIDADE DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Porto Alegre
2007

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JULIANA LEITE RIBEIRO DO VALE

**A FUNCIONALIDADE DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

**Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto
Alvaro de Oliveira**

Porto Alegre
2007

“Ao menos em princípio, a probabilidade de atingir-se uma decisão justa cresce na razão direta do rendimento dos mecanismos probatórios.”

(José Carlos Barbosa Moreira)

AGRADECIMENTOS

Porque este trabalho não seria possível se no caminho eu estivesse sozinha. Porque, no dia em que liguei para meus pais para conversar sobre a idéia de me mudar para o Rio Grande do Sul, ouvi palavras de incentivo. Porque, quando liguei chorando, com saudades, ouvi palavras de conforto. Porque, quando eu liguei contando que tinha conseguido meu primeiro emprego, ouvi palavras de orgulho. Porque, quando cheguei aqui, encontrei pessoas solícitas. Porque, quando fraquejei, estava do meu lado alguém que não me deixou cair. Porque sozinha simplesmente não seria possível.

Agradeço, assim, aos meus pais Sônia e Francisco que, mesmo distantes há tanto tempo, são presença cada vez mais constante na minha vida. Obrigada pela educação que recebi. Vocês foram primorosos! Os dois são um misto de luta, coragem, caráter, sensibilidade, arte, jovialidade, inteligência, esforço, superação, humildade. Minha inspiração está em vocês. Esta dissertação é fruto da semente que vocês plantaram. E pai, não posso me esquecer: obrigada pela força nas correções.

Agradeço aos meus irmãos Marcelo e Jaqueline pelo carinho de sempre, pela amizade que aumenta a cada dia e pela torcida constante.

Agradeço a toda minha família, em especial à Tia Beth, à vó Tita, ao vô Carlito, à vó Edna e ao vô Júlio (*in memoriam*), porque não deixaram que eu me sentisse sozinha nunca. É sempre um telefonema, um *e-mail*, uma visita, uma mensagem...

Agradeço ao meu orientador Prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira por ter me mostrado exatamente aquilo que vim procurar. Obrigada pelo tempo despendido nas orientações, pelos valiosos ensinamentos e, especialmente, pelo carinho com que sempre me recebeu, desde o primeiro dia, quando, prontamente, me aceitou como sua aluna ouvinte e depois como sua orientanda.

Agradeço ao Prof. Danilo Knijnik, porque suas aulas foram minha fonte de inspiração para a escolha do tema desse trabalho. Agradeço, também, os livros emprestados e, acima de tudo, as suas precisas contribuições a esta dissertação.

Agradeço, na pessoa da secretária Rosemary, a todos os funcionários do PPGD. Vocês são incríveis! Em especial gostaria de agradecer à Denise e à Elisângela, à Rosemary e ao Anderson, porque se mostraram, acima de tudo, grandes amigos.

Agradeço aos meus colegas do UniRitter, por compreenderem o humor às vezes alterado, a correria que não permitiu um *olá* mais atento, sobretudo, por ajudarem muito além do que poderiam. Agradeço, com ternura, aos meus amigos do IV EIXO.

Agradeço à Verônica, que me auxiliou na pesquisa da jurisprudência, abdicando de seus finais de semana para essa “empreitada”.

Agradeço às funcionárias da biblioteca do UniRitter, responsáveis pela presença de obras importantes nesta dissertação. Sem vocês a pesquisa seria muito mais difícil e, certamente, mais pobre.

Agradeço a todos os meus amigos (os que deixei em Minas e os que fiz aqui no Rio Grande do Sul) que compreenderam – como só mesmo amigos poderiam fazer – a minha completa ausência. E, por isso, deixo o meu pedido de desculpa pelas vezes que o telefone não foi atendido, que o *e-mail* não foi respondido, que o carinho não foi correspondido. Vocês todos, cada um à sua maneira, me ajudaram muito nessa etapa.

Por fim, talvez porque a importância seja *infinita*, agradeço ao Cristiano. Qualquer coisa que eu disser não vai ser suficiente. Eu preciso te agradecer muito: obrigada por entender minhas ausências (que não foram e não são poucas), por ter lido o texto, pelas críticas, pelos elogios, por ter segurado na minha mão quando precisei, por me fazer rir, por tocar pra mim, por ser amigo, companheiro, por tanto amor. “Tudo está escrito e é tão bom andar pelas ruas com você.” E, juntamente com ele, eu preciso agradecer a essa família italiana imensa, animada, alegre, que me recebeu como alguém que já fazia parte dela há muito tempo. Pois é bem assim que me sinto. D. Ana e Sr. Aloisi (quanto carinho, eu adoro as mensagens no celular!), Cello (nosso fiel companheiro), Favo (fique tranquilo, nossos ensaios já vão voltar!) e Juliana, Laura, Luciano e Simone, Luluzinha (agora já podemos fazer nosso piquenique!), Helena, Júlia, Giana e Fábio.

Obrigada a todos. Vocês me fazem ter certeza de que sou uma pessoa de sorte...

RESUMO

Esta dissertação analisa alguns fenômenos relacionados ao ônus da prova no Processo Civil. Diante de uma situação de insuficiência probatória o juiz, impossibilitado de pronunciar o *non liquet*, deve julgar segundo a regra do ônus da prova. No entanto, em algumas situações a aplicação da regra prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil pode culminar em injustiças. Neste sentido, a doutrina, a jurisprudência e a legislação apresentam criativas soluções para esse problema. Na tentativa de sistematizar essas soluções, o trabalho iniciou-se com uma análise geral do ônus da prova, na qual se apresenta seu aspecto dogmático e os fundamentos das teorias sobre a sua distribuição. Num segundo momento, buscando-se uma ordem, o pragmatismo do ônus da prova foi apresentado sob três óticas. A primeira, sob a ótica do juiz, analisando-se os casos em que a decisão judicial inverte ou distribui de maneira dinâmica do ônus da prova. A segunda, sob a ótica da lei, que traz normas que invertem o ônus da prova. Por fim, sob a ótica das partes, que podem acordar quanto à distribuição do ônus da prova, desde que não se trate de prova sobre alegação de direitos indisponíveis, tampouco quando esse acordo resultar numa dificuldade excessiva na produção da prova. Finalizando, foram analisados dois institutos que não devem ser confundidos com instrumentos aptos a inverter o ônus da prova, quais sejam, as presunções e a exibição do documento.

PALAVRAS-CHAVE: PROVA, ÔNUS DA PROVA; INVERSÃO *OPE JUDICIS*; INVERSÃO *OPE LEGIS*; PRESUNÇÃO, DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA.

ABSTRACT

This dissertation analyzes a few phenomena related to the burden of proof in Brazilian Procedure Law. Faced with a situation of probative insufficiency, the judge, given the impossibility of declaring the case *non liquet*, shall decide in accordance with the burden of proof rule. However, in some situations the application of the rule set forth in article 333 of the Brazilian Procedural Code may result in unfairness. In this regard, doctrine, jurisprudence and rules present creative solutions to the problem. In an attempt to systematize said solutions, this paper draws, at first, a general overview of the burden of proof, considering its dogmatic aspect and the grounds of the theories on its distribution. Second, aiming at establishing an order, the pragmatism of the burden of proof is presented under three standpoints. The first is the judge's standpoint, thus cases in which the decision inverts or dynamically distributes the burden of proof are analyzed. The second is a statutory standpoint, that is, the analysis of rules prescribing the inversion of the burden of proof. At last, the standpoint of the parties, who may agree on the distribution of the burden of proof as long as the evidence does not aim to prove unavailable rights nor said agreement results in excessive difficulty in obtaining evidence. Finally, two institutes which shall not be misunderstood as apt instruments to determine the inversion of the burden of proof, namely presumptions and exhibition of documents, are analyzed.

KEYWORDS: EVIDENCE, BURDEN OF PROOF, *OPE JUDICIS* INVERSION, *OPE LEGIS* INVERSION, PRESUMPTION, DYNAMIC DISTRIBUTION.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
PARTE I DO ÔNUS DA PROVA	17
TÍTULO I A PROVA E O ÔNUS DA PROVA.....	17
1 Conceito de prova judiciária	17
2 Função da prova	24
3 O objeto de prova e o <i>thema probandum</i>	27
4 Conceito de ônus	36
4.1 Teorias que aproximam o conceito de ônus ao conceito de obrigação.....	37
4.2 Teoria que diferencia o ônus de obrigação, mas que o coloca no grupo das relações jurídicas passivas	40
4.3 Teoria que considera o ônus como manifestação de um poder para agir	43
5 O conceito de ônus da prova.....	47
TÍTULO II PERFIL DOGMÁTICO DO ÔNUS DA PROVA.....	48
1 Ônus da prova e ônus da alegação.....	48
2 Ônus objetivo e ônus subjetivo.....	53
TÍTULO III A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	58
1 Referências históricas e fundamentos dos critérios de distribuição do ônus da prova	58
2 Teorias sobre a distribuição do ônus da prova.....	64
2.1 Teoria da normalidade	64
2.2 A teoria normativa de ROSENBERG	69
2.3 A teoria de MICHELI.....	74
2.4 A teoria de DEVIS ECHANDÍA.....	75
3 A distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil brasileiro	77

TÍTULO IV A VALORAÇÃO DA PROVA	80
1 Sistemas de valoração da prova	81
1.1 Critérios de controle à liberdade do juiz quando da valoração da prova	87
CONCLUSÕES PARCIAIS.....	91
PARTE II FUNCIONALIDADE DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO BRASILEIRO .	96
TÍTULO I O JUIZ E O ÔNUS DA PROVA	99
1 A inversão judicial do ônus da prova	99
1.1 A inversão judicial do ônus da prova como técnica para a adequada tutela dos direitos.....	102
1.1.1 Hipóteses em que o juiz está autorizado a inverter o ônus da prova	105
1.1.1.1 A prova da alegação de fatos negativos	105
1.1.1.2 Postura de uma das partes que, culposamente, impede que a parte que poderia produzir a prova não consiga realizá-la.....	109
1.2 O direito de defesa do consumidor e a inversão do ônus da prova.....	111
1.2.1 Requisitos legais para a inversão do ônus da prova	114
1.2.1.1 Relação jurídica de consumo.....	116
1.2.1.2 A inversão depende de decisão judicial fundamentada	117
1.2.1.3 A verossimilhança da alegação e a hipossuficiência do consumidor.....	118
1.2.2 Amplitude da inversão do ônus da prova.....	126
2 Dificuldade ou impossibilidade de prova pela parte onerada: a distribuição dinâmica do ônus da prova	132
2.1 Fundamentos da doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova	136
2.1.1 Um juiz com poderes instrutórios capaz de garantir a igualdade das partes.....	137
2.1.2 O dever de lealdade, boa-fé e colaboração das partes.....	140
2.2 Possibilidade de dinamicizar a distribuição do ônus da prova no Direito brasileiro	143
2.3 Parâmetros da decisão judicial sobre a dinamicização das regras de distribuição do ônus da prova	146
3 Momento apropriado para o juiz inverter ou distribuir de maneira dinâmica o ônus da prova.....	150
3.1 Inversão ou distribuição dinâmica no despacho que defere a inicial	150
3.2 Inversão ou distribuição dinâmica na sentença	152
3.3 Inversão ou distribuição dinâmica na audiência preliminar	156
3.4 Análise jurisprudencial	158
4 Conclusões Parciais.....	162
TÍTULO II A LEI E O ÔNUS DA PROVA.....	167
1 A inversão <i>ope legis</i> do ônus da prova	167
1.1 A prova tarifada no Código de Defesa do Consumidor	167
1.2 A inversão do ônus da prova nos contratos de empréstimo e financiamento (Medida Provisória 2.172, de 23.08.2001)	170
TÍTULO III AS PARTES E O ÔNUS DA PROVA.....	175
1 Inversão do ônus da prova por acordo das partes	175
2 Conclusões Parciais.....	178

TÍTULO IV OUTROS INSTRUMENTOS QUE NÃO SE CONFUNDEM COM INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	179
1 As presunções.....	179
1.1 Espécies de presunções	181
1.1.1 Presunções simples (<i>praesumptiones hominis</i>)	181
1.1.2 As presunções legais.....	185
1.1.2.1 As presunções legais absolutas.....	186
1.1.2.2 Presunções legais relativas (<i>iuris tantum</i>)	189
1.1.3 Relação das presunções legais com a inversão do ônus da prova.....	190
2 Exibição de documentos comuns às partes (artigo 355 do CPC)	193
3 Conclusões Parciais.....	195
CONCLUSÕES FINAIS.....	197
REFERÊNCIAS.....	204

INTRODUÇÃO

É fato notório que a doutrina processualista civil brasileira tem dado maior atenção ao tema da *prova judiciária*. Com isso, tenta-se saldar a dívida deixada pelo olhar pouco acurado que se detivera sobre ele ao longo dos anos. Não se trata, é certo, de tema simples e sua extensão costuma ultrapassar a barreira do Direito, encontrando eco na epistemologia, na lógica, na psicologia.¹

Pode-se verificar uma relação direta entre a evolução do processo civil e a da concepção de prova judiciária. Nem sempre o processo apresentou os objetivos que possui atualmente. Assim, enquanto o escopo do processo não era encontrar a verdade e a solução da lide era deixada ao “juízo dos deuses”, a prova ganhava contornos de magia, de religiosidade.

A partir do momento em que o processo civil ganhou contornos racionais, e a busca da verdade passou a ser um dos instrumentos para que o seu fim maior – a solução da lide com justiça – pudesse ser alcançado, a prova ganha lugar de destaque.

Sabe-se que o juiz só conhece a realidade dos fatos através das provas que as partes produzirem, não podendo utilizar os seus conhecimentos privados acerca da lide que irá decidir.

¹ TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992. p. 2.

Atualmente, a atividade probatória não se encontra no campo de atuação exclusivo das partes, estando o juiz munido de poderes para, igualmente, participar dessa atividade. O seu desenvolvimento, que visa ao final a formação do juízo, em respeito ao princípio do contraditório, deve se dar em *cooperação*, num constante diálogo entre o juiz e as partes.

Nesse sentido, ressalta-se a importância do estudo sobre a prova judiciária. Dentre os assuntos correlatos, um chama especial atenção, qual seja, o ônus da prova.

Buscaram-se, ao longo dos anos, critérios para identificar qual das partes deve suportar uma decisão desfavorável, em razão do não-convencimento do juiz diante do escasso material probatório disponível nos autos. Assim, os processualistas criaram várias teorias (teoria da normalidade, teoria baseada na natureza dos fatos, dentre outras). Na evolução dessas teorias rumo a critérios mais justos, nota-se que, gradativamente, o direito processual precisou ceder lugar ao direito material.

No Código de Processo Civil brasileiro, que flagrantemente adotou a teoria preconizada por CHIOVENDA, a regra encontra-se fixada no artigo 333 que atribui ao autor o ônus da prova das alegações de fatos constitutivos do seu direito e ao réu o ônus da prova das alegações dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos.

Diante de uma situação de insuficiência probatória o juiz, impossibilitado de pronunciar o *non liquet*, deve julgar baseado nessa regra. Assim, assumindo o ônus da prova o seu viés de *regra de julgamento*, o juiz, ao segui-la julgará em desfavor do autor ou do réu conforme a insuficiência seja, respectivamente, de provas das alegações de fatos constitutivos ou de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos.

No entanto, em algumas situações, a falta de determinada prova não se dá por descaso ou falta de diligência da parte que originalmente tinha o ônus de

produzi-la. E sendo assim, o julgamento da lide baseado na aplicação da regra prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil pode culminar em graves injustiças.

Nessa esteira, a doutrina, a jurisprudência e a legislação procuram soluções para esse problema, como, por exemplo, a redução do módulo probatório. Por opção expressa e pela delimitação do tema, deixou-se de fora deste trabalho a análise dessa e de tantas outras soluções.

Esse trabalho preocupou-se em analisar os aspectos funcionais do ônus da prova, quando a aplicação da regra legal não se mostrar satisfatória. Assim, as soluções aqui analisadas partem da distribuição original feita pela lei processual.

Verificar-se-á que, em algumas situações o juiz pode inverter o ônus da prova, em outras, estará ele autorizado a distribuir de maneira dinâmica, segundo as peculiaridades do caso concreto, bem como a proximidade das partes das fontes de prova. Em outras situações a própria lei inverte o ônus. E por fim, as partes podem convencionar uma distribuição diversa daquela prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil.

O trabalho visou, então, apresentá-las de uma maneira sistemática. Para tanto, ele foi dividido em duas partes: uma primeira parte geral e uma segunda específica.

A parte geral visa analisar os aspectos gerais mais importantes do ônus da prova. O primeiro título é dedicado à elaboração de um conceito para ônus da prova. Nesse sentido, outra maneira não há senão estudar, em separado, a *prova* e o *ônus*. Inicia-se, então o estudo pelo conceito de prova judiciária, a sua função, o objeto e o tema da prova. Em seguida será analisado o conceito de ônus distinguindo-o do conceito de obrigação, para, finalmente, apresentar um conceito ônus da prova.

Do conceito de ônus da prova, verifica-se a necessidade de uma análise dogmática do instituto. Nessa esteira, o segundo capítulo da primeira parte é

dedicado à análise da diferença entre ônus da alegação e ônus da prova, bem como dos dois perfis do ônus da prova, quais sejam, o ônus objetivo (regra de julgamento) e o ônus subjetivo (regra de conduta).

Após essa análise dogmática, é preciso compreender as teorias sobre a distribuição do ônus da prova. Assim, no terceiro capítulo da primeira parte, analisando os fundamentos dos critérios da distribuição, serão apresentadas as teorias da normalidade, a teoria fundada na natureza dos fatos (CHIOVENDA), a teoria de ROSENBERG, a teoria de MICHELI e a teoria de ECHANDÍA. Dessa análise poderá ser observado como, gradativamente, o direito material foi ganhando importância na distribuição do ônus da prova.

Para finalizar a primeira parte, levando-se em consideração que o ônus da prova como regra de julgamento é utilizado depois da análise do material probatório constante nos autos, o quarto capítulo é dedicado à análise dos sistemas de valoração da prova, com a breve apresentação de alguns critérios de controle da atividade do juiz nesse momento.

Na segunda parte do trabalho, a parte específica, abordar-se-á os fenômenos ligados ao ônus da prova sob diferentes óticas.

A primeira ótica é a do juiz. Assim, no primeiro título denominado “o juiz e o ônus da prova”, serão apresentadas as situações em que uma decisão judicial redistribui o ônus da prova, ou seja, serão analisadas as hipóteses em que o juiz está autorizado a inverter ou distribuir de maneira dinâmica o ônus da prova. Em primeiro lugar serão analisadas as hipóteses de inversão do ônus da prova como técnica para a adequada tutela dos direitos, quais sejam, situações em que o fato constitutivo do direito do autor é um fato negativo indefinido ou situações em que a postura de uma das partes, culposamente, impede que a outra produza a prova.

Num segundo momento, ainda dentro da perspectiva da decisão judicial, será analisada a inversão do ônus da prova no âmbito do direito do consumidor,

possibilidade ventilada pela norma do artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Em seguida será analisada aplicação no Direito brasileiro da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Para finalizar o primeiro título, será apresentada análise das posições doutrinárias acerca do momento adequado para se inverter ou distribuir de maneira dinâmica o ônus da prova. Adianta-se que esse momento deve ser antes da instrução probatória, na audiência preliminar.

A segunda ótica sob a qual se analisa a funcionalidade do ônus da prova é a legal. Dessa forma, no segundo título da segunda parte serão apresentadas duas hipóteses de inversão *ope legis* do ônus da prova, quais sejam, o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 3º da Medida Provisória n. 2.172 de 23.08.2001.

A terceira ótica é a das partes. Assim, no terceiro título da segunda parte será apresentada a possibilidade das partes de acordarem quanto à distribuição do ônus da prova. Esse acordo é possível diante da norma contida no parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil que considera nula a convenção sobre a distribuição do ônus da prova quando se tratar de direito indisponível ou quando o resultado desse acordo tornar a produção da prova excessivamente difícil para uma das partes.

Finalizando a segunda parte, no quarto título da segunda parte, serão analisados institutos que não se confundem ou não têm o condão de inverter o ônus da prova. São eles a presunção e a exibição de documento comum às partes.

PARTE I DO ÔNUS DA PROVA

TÍTULO I A PROVA E O ÔNUS DA PROVA

Muito embora o objeto deste estudo seja a funcionalidade do ônus da prova no ordenamento jurídico-processual brasileiro, a sua compreensão depende do esclarecimento de conceitos que o permeiam. Para compreender o ônus da prova, é imprescindível apreender, em especial e separadamente, o significado de *prova* e de *ônus*.

O estudo inicia-se, então, pela prova, procurando estabelecer seu conceito jurídico, o objeto e a função.

1 Conceito de prova judiciária

O vocábulo *prova* – do latim *probatio* – significa verificação, ensaio, e deriva do verbo *probare*, que, por sua vez, deriva de *probus*, que significa bom, probo, honrado. Assim, pode-se dizer que o que está provado é correto, é bom.²

² CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 47; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. **Ônus da prova no processo**

Para definir prova judiciária, existe na doutrina um *stereotipo famoso*³ que compara a atividade desenvolvida pelo juiz na reconstrução dos fatos com aquela elaborada por outros profissionais que se ocupam do mesmo trabalho. O mais comum é comparar a atividade do juiz com a do cientista ou do historiador.

Quando a doutrina compara a atividade do juiz com a do cientista, em sua grande maioria, o faz para demonstrar que não existem analogias significativas. Em primeiro lugar, podem-se diferenciar as atividades do juiz e do cientista levando em consideração que para aquele não há obrigação de buscar a verdade absoluta dos fatos, enquanto para este outra não é sua busca. Outras diferenças fundam-se sobre considerações mais banais do tipo: o processo impõe limites práticos e jurídicos à determinação dos fatos, enquanto a atividade dos cientistas é ilimitada e livre. Ainda: o cientista, em seu experimento, pode repetir o fato abstratamente quantas vezes achar necessário na busca do resultado. Já o juiz se baseia em fatos individuais passados e não repetíveis, ou seja, ele não pode repetir o fato empiricamente.⁴ É claro que as coincidências entre juiz e cientista, processo e laboratório, prova e experimento não são totais nem absolutas, assim como nenhuma definição aceitável de prova corresponde às definições válidas na “vertente científica”. No entanto, existem, sim, pontos de contato entre as atividades desenvolvidas por um e por outro, especialmente no terreno da prova e do raciocínio sobre os fatos.⁵

A principal semelhança está na “estrutura lógica dos argumentos racionais utilizados nos dois campos para justificar a decisão. Isso se observa cada vez mais diante do emprego, no processo, de metodologias científicas para verificação dos fatos”.⁶

penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 156; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 611. v. 2.

³ A expressão foi usada por CHIARLONI (Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile, **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1986. p. 820).

⁴ TARUFFO. **La prova dei fatti giuridici**. p. 304.

⁵ TARUFFO. **La prova dei fatti giuridici**, p. 305.

⁶ ROSITO, Francisco. **Direito probatório: as máximas da experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 23.

TARUFFO estabelece que o problema da relação entre o juiz e o cientista se coloca sob dois planos: o primeiro é a necessidade de que o uso das provas se sujeite sempre ao controle social a cargo de uma cultura média difundida na coletividade. Ele entende que essa exigência tem importância fundamental para evitar qualquer tentação de reduzir o papel do juiz ao do cientista. Mas a redução oposta, ou seja, excluir do raciocínio do juiz sobre as provas qualquer elemento de cientificidade, pode ser também problemática. O segundo plano se refere à necessidade do uso correto de noções e modos científicos na determinação dos fatos em juízo. TARUFFO não exclui o uso desses métodos, apenas critica, juntamente com LAURENCE TRIBE, o seu emprego incontrolado e incorreto, a exemplo da aplicação do teorema de Bayes na determinação dos fatos.⁷

Além desse paralelo, a doutrina (especialmente a italiana) dedica grande atenção à correspondência da atividade cognoscitiva desenvolvida pelo juiz e àquela do historiador.⁸

Essa analogia se fundamenta, sobretudo, porque tanto o juiz quanto o historiador devem reconstruir um fato do passado, não repetível e não conhecido diretamente, utilizando-se de provas que permitem o conhecimento indireto desse fato.⁹

⁷ TARUFFO. **La prova dei fatti giuridice**. p. 308-309. Conclui: "Rimane dunque vero che è inattendibile ogni identificazione aprioristica tra il ruolo che si suppone tipico del giudice e quello che si suppone tipico dello scienziato. Tuttavia ciò non consente di tracciare tra le due figure una linea di separazione netta ed invalicabile: se è vero che l'epistemologia guarda ai modelli della decisione giudiziaria sui fatti, è anche vero che sul piano metodologico generale, oltre che in casi specifici ormai numerosi, il giudice può correttamente usare e valutare prova solo se impiega schemi razionali analoghi a quelli dello scienziato." (**La prova dei fatti giuridice**, p. 309-310).

⁸ O estudo sobre as semelhanças e diferenças entre a atividade do juiz e a do historiador se encontra principalmente em CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. **Opere Giuridiche**, Napoli: Morando, 1965, p. 393-414. v. 1; CALOGERO, Guido. **La logica del giudice e il suo controllo in cassazione**. Pádua: Cedam, 1937. p. 111-149 e TARUFFO, Michele. Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche. **Rivista di Diritto Processuale**, p. 438-465, 1967. Aparentemente a comparação entre juiz e historiador nasceu da indagação da função declaratória ou criativa do juízo jurisdicional. CALAMANDREI (Il giudice...) compara o juiz ao historiador que simplesmente narra os fatos passados, afastando-o do político, que, por sua vez, tem discricionariedade para fazer suas escolhas. Não se pode perder de vista, no entanto, que aparentemente essa distinção é inócua, pois tanto o juiz quanto o historiador também têm discricionariedade na escolha dos fatos que irão narrar.

⁹ TARUFFO. **La prova dei fatti giuridici**. p. 310.

Existe, no entanto, uma série de diferenças entre as atividades desenvolvidas por um e por outro. Primeiramente, ao juiz interessam fatos específicos e individuais, ao contrário do historiador, que pode se interessar por determinações de constantes, leis, grandes tendências e transformações econômicas e políticas de sociedades complexas.¹⁰ Os critérios para a escolha dos fatos passados são diferentes: ao juiz interessam fatos que tenham relevância jurídica no caso concreto, já o historiador escolhe os fatos segundo o tema de sua pesquisa com base em critérios de relevância social, econômica, psicológica e cultural.¹¹

Da análise dessas analogias, pode-se concluir que elas pouco ou em nada ajudam na definição da prova judiciária. Podem colocar em evidência algum aspecto limitado da atividade do juiz, mas não parecem particularmente úteis no escopo de identificar o conceito de prova judiciária.¹²

Na busca de características específicas da prova judiciária, TARUFFO entende que a dificuldade e a complexidade da especificidade da prova jurídica e sua colocação em relação aos campos do saber e do conhecimento estão no fato de que não existe uma imagem única e simples do juiz, tornando impossível reduzir o fenômeno da prova a uma unidade rigorosa e simples. Soma-se a essa complexidade a existência de plurais e diferentes ordenamentos jurídicos.¹³

¹⁰ TARUFFO. **La prova dei fatti giuridici**, p. 312.

¹¹ TARUFFO. **La prova dei fatti giuridici**, p. 314-315.

¹² TARUFFO. **La prova dei fatti giuridici**, p. 315.

¹³ TARUFFO. **La prova dei fatti giuridici**, p. 315-316. Nesse sentido, TARUFFO tece considerações à disciplina jurídica da prova (o critério de referência para identificar a dimensão jurídica da prova). Nesse sentido, apresenta duas concepções fundamentais da prova: a) a concepção “fechada”, própria dos sistemas de *civil law*, que se caracteriza por sustentar que todo fenômeno probatório está compreendido nas normas que dele se ocupam (aplicação da concepção positivista para a qual “jurídico” é aquilo que está “regulado por normas”. Por consequência, essa concepção considera prova somente aquelas que estejam regulamentadas em normas específicas, excluindo as provas atípicas e inominadas. Assim, a regulamentação da prova e o processo apresentam-se auto-suficientes e autônomos em relação a qualquer outro setor da experiência; e b) a concepção “aberta” da prova, própria dos sistemas de *comom law*. Considera-se “aberta” porque a prova, antes do mais, é um fenômeno que pertence à esfera da lógica e da racionalidade ou, ao menos, da razoabilidade. Por consequência, não se fala em prova atípica, e qualquer norma sobre a prova tem a função específica de excluir alguns meios de prova em circunstâncias que apresentem razões específicas. Desse modo, a prova é qualquer coisa que seja útil para a determinação do fato, podendo-se, nesse escopo, utilizar-se de modelos de análise provenientes

TARUFFO, no entanto, assevera que o problema pode tornar-se simples se – no lugar de observar as peculiaridades ontológicas da prova e a atividade do juiz na determinação do fato – observar somente aquilo que distingue a prova jurídica das metodologias cognoscitivas que se costuma utilizar em outros campos. E, para esse autor, a especificidade da prova provém de dois fatores:

La presenza di una disciplina giuridica della prova e il fatto che essa serve ad usi tipicamente giuridici, in contesti giuridici come il processo. La prova si può invero definire giuridica se ricorre almeno una (ma di solito ricorrono entrambe) di queste condizioni.¹⁴

Nessa esteira, apresenta-se a polissemia do termo *prova* proveniente de referências a aspectos distintos do fenômeno probatório. Prova, então, ganha os seguintes significados: a) ação de provar ou a atividade das partes para demonstrar a existência dos fatos que alegam e que formam os seus direitos; b) meio de prova ou meio pelo qual se faz a verificação dos fatos; e c) resultado da atividade probatória ou o convencimento de que o juiz adquire após a apuração da verdade.¹⁵

GUASP considera a prova como o conjunto de operações destinadas a obter a convicção psicológica do julgador a respeito de determinado dado processual.¹⁶

de outros setores da experiência, sejam de caráter científico, sejam provenientes da experiência comum ou da racionalidade geral. (**La prova dei fatti giuridici**. p. 317-319).

¹⁴ TARUFFO. **La prova dei fatti giuridici**, p. 316

¹⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento, p. 285 e 286. v. 1.; SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 11, v. 1.; RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ónus da prova no processo civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 21.; ANDRADE, Manuel A. Domingues de Andrade. **Noções elementares de processo civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1979. p. 190 e segs., citado por RANGEL. **O ónus da prova no processo civil**, p. 23.; ROCCO, Ugo. **Tratatto di Diritto Procesuale Civile**. Parte generale. 2. ed. Torino: UTET, 1966. p. 183. v. 7, t. II.; TARUFFO. **La prova dei fatti giuridice**, p. 421-424.

¹⁶ GUASP, Jaime. La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales. **Estudios jurídicos**. Edição sob os cuidados de Pedro Aragoneses. Madrid: Civitas, 1996. p. 393, citado por BOAVENTURA PACÍFICO, Luiz Eduardo. **O ónus da prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 19.

Para CHIOVENDA, prova é a “convicção do juiz sobre a existência, ou não, de fatos relevantes no processo”.¹⁷

Para RANGEL, a prova seria a atividade destinada à formação da convicção do juiz sobre a veracidade dos fatos controvertidos. A prova visa, então, a fornecer os elementos para que o julgador conheça a realidade dos fatos sanando as dúvidas que eventualmente tenham se formado em sua mente.¹⁸

Conforme se pode observar, são muitas as definições que a doutrina apresenta ao vocábulo *prova*.

Passa-se, então, ao estudo pormenorizado e estrutural de cada um dos sentidos em que o termo *prova* é utilizado.

A prova como atividade pode ser entendida como o conjunto de atos praticados durante o processo visando a reconstruir os fatos alegados.¹⁹ Seria a *atividade probatória* ou o *procedimento probatório*.

Em outro sentido, a prova pode ser entendida como meio. De um ponto de vista objetivo, essa parte da doutrina considera a prova como *todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho*, con lo cual se incluyen los “hechos”, los “objetos” y también actividades²⁰ (grifo do autor), ou seja – o instrumento pelo qual

¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 281. v. 3.

¹⁸ RANGEL. **O ônus da prova no processo civil**, p. 22.

¹⁹ No Brasil, SOUSA PINTO, ao definir prova, adota a concepção atomística quando diz que prova “é o acto judicial que certifica o juiz de factos duvidosos ou controvertidos em juízo pelas partes”. SOUSA PINTO. **Primeiras linhas sobre o processo civil brasileiro**, I, § 456, Rio de Janeiro, 1850. p. 159. Também nessa linha de pensamento, Pereira de Souza, em Portugal, define prova como “acto judicial pelo qual o juiz se faz certo daquilo que se deduz em questão” SOUSA, Pereira de. **Primeiras linhas sobre o processo civil**. 4. ed. Lisboa, 1964, 144, 192, citado por RANGEL, **O ônus da prova no processo civil**, p. 25. Dentre os que conceituam prova como uma atividade global está o processualista português José Alberto dos Reis, para quem prova é “o conjunto de operações ou actos destinados a formar a convicção do juiz sobre a verdade das afirmações feitas pelas partes” REIS, José Alberto. **Código de Processo Civil anotado**, III, 238, citado por RANGEL. **O ônus da prova no processo civil**, p. 25, nota 16, que afirma que o autor também aceita a prova como resultado.

²⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoria general de la prueba judicial**. 3. ed. Buenos Aires: Zavalía, 1988. p. 21. t. I.

a informação sobre os fatos se introduz no processo.²¹ Prova é o meio utilizado para provar, ou seja, é o elemento que se pode empregar para conhecer o fato.²² Nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova documental.

A terceira acepção da prova é como resultado, ou seja, ela não é vista como atividade, tampouco como meio, mas como o convencimento que produz na mente do julgador. É o resultado da atividade probatória. Nesse sentido, prova é sinônimo de “demonstração alcançada”.²³

Conclui-se, então, que a prova não possui um conceito unitário na doutrina processual civil, dependendo basicamente das circunstâncias em que é empregada. Ora é conceituada como atividade desenvolvida no processo para a reconstrução dos fatos, ora como meio, ou instrumento pelo qual se introduzem nos processos informações sobre os fatos. Por fim, prova é vista como o resultado, ou seja, o êxito obtido pela atividade probatória, o convencimento que ela produz no julgador.

²¹ CAMBI. **Direito constitucional à prova no processo civil**, p. 48.

²² TARUFFO. **La prova dei fatti giuridici**, p. 422.

²³ Tradução livre da expressão “dimostrazione raggiunta” utilizada por TARUFFO. **La prova dei fatti giuridici**, p. 422.

2 Função da prova

O problema da especificidade do conceito de prova judiciária se reflete diretamente na função por ela exercida no processo. Assim, além de compreender o conceito de prova, para falar na função que ela exerce, é imprescindível relacioná-la à concepção que se tenha de processo, isso porque, dependendo da concepção que se tenha da finalidade do processo, a prova assume uma função diferente.²⁴

Ao se acolher uma concepção irracional da decisão judicial, é impossível atribuir qualquer significado à prova. Assim, também, para as ideologias segundo as quais o processo não pode ou não deve se orientar para a determinação da verdade ou, ainda, que a verdade dos fatos é irrelevante para o processo. Nesses casos, a prova é uma espécie de *non sense*.²⁵

Nessas teorias de radical ceticismo filosófico, a prova pode ser tida apenas como um *ritual* – ou assumindo uma função teatral – para dar a impressão de que o sistema processual respeita valores positivos como a igualdade das partes ou a vitória de quem tem razão. Nas palavras de TARUFFO, “*le prove servirebbero invece a dare una parvenza di legittimazione razionale ad una sorte di meccanismo teatrale la cui funzione è di dissimulare la realtà irrazionale ed ingiusta delle decisioni giudiziarie*”.²⁶

Assim, nesse modo de conceber o processo, a prova não tem nenhuma função a não ser a de convencer os cidadãos de que existe algum elemento racional no convencimento.

²⁴ Para uma visão mais detalhada da evolução histórica da função da prova no processo civil veja GIULIANI, Alesandro. Prova: I) Prova in generale: a) Filosofia del Diritto. **Enciclopedia del diritto**. Milano, 1988. p. 519 ss. v.37.

²⁵ TARUFFO. **La prova dei fatti giuridici**, p. 59.

²⁶ TARUFFO. **La prova dei fatti giuridici**, p. 60.

No entanto, ao tomar uma concepção narrativa ou semiótica do processo, no qual o juiz assume uma posição passiva, privado de poderes instrutórios,²⁷ a prova apresenta outra função. Para essa posição narrativa, o processo é uma situação em que se desenvolvem diálogos e se narram histórias. Desse modo, a prova tem função *persuasiva*,²⁸ dirigida a convencer o magistrado de que as afirmações feitas por uma das partes são as que merecem crédito.²⁹

Por fim, ao se admitir que é possível, no processo, determinar a verdade – ainda que seja uma verdade *relativizada e contextualizada*,³⁰ assumindo o juiz, nesse escopo, uma posição ativa no procedimento probatório, a prova se apresenta como instrumento demonstrativo, com a finalidade de revelar a verdade dos fatos relevantes para a decisão.³¹ Pode-se entender, então, que a prova tem função *demonstrativa*.³²

GIULIANI, ao tratar desses dois modelos de prova – clássico, cuja função é persuadir, e moderno, cuja função é demonstrar – relaciona-os, respectivamente, aos sistemas da *common law* e da *civil law*. TARUFFO traça duras críticas a essa idéia, pois, segundo ele, esse tipo de paralelo não se consegue sem generalizações e imprecisões.³³

²⁷ TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno XLV (seconda serie), n. 2, p. 420, apr./giug. 1990.

²⁸ Nesse sentido GIULIANI, Alessandro. **Il concetto di prova**: contributo alla logica giuridica. Milano: Giuffrè, 1971, introduzione, p. XII e XIII. No Brasil, para MARINONI e ARENHART, um dos adeptos da teoria da prova como argumento retórico, a prova “assume a condição de um meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**: do processo de conhecimento, arts. 332 a 341. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 84. v. 5, t. 1).

²⁹ Giuliani, ao apresentar uma análise histórica desse modelo de prova, considera-o o modelo clássico, próprio da Idade Média, típico do sistema da *common law* (**Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica**).

³⁰ TARUFFO. **La prova dei fatti giuridici**, p. 63.

³¹ TARUFFO. **Modelli di prova e di procedimento probatorio**. p. 421.

³² Sobre a função demonstrativa da prova, veja-se CARRATA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio). **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno LVI (seconda serie), n. 1, p. 73-103, gennaio/marzo 2001.

³³ TARUFFO. **La prova dei fatti giuridici**, p. 323-331.

Para finalizar, não se pode olvidar que, apesar de ser possível buscar a verdade dos fatos no processo civil, este não é o seu único objetivo. Essa obtenção da verdade não pode “constituir um fim em si mesmo, senão simples *meio* para aplicação do direito ao caso concreto”.³⁴

A decisão justa baseia-se na reconstrução da verdade dos fatos, e essa reconstrução se faz através da prova. Mas essa verdade será aquela “*possível*, própria da condição humana, que ganha no domínio processual a dimensão de pura verossimilhança”.³⁵

³⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo do processo civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 145.

³⁵ ALVARO DE OLIVEIRA. **Do formalismo do processo civil**, p. 148. Nesse sentido, também CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel Processo Civile. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 10, parti I, Padova: Cedam, 1955.

3 O objeto de prova e o *thema probandum*

Compreendidos o conceito e a função da prova, ainda que a conclusão seja a impossibilidade de um único conceito, o estudo não ficaria completo se não se estabelecesse o que pode ser objeto de prova no processo. Para tanto, antes do mais, faz-se necessário diferenciar objeto de prova de tema de prova (*thema probandum*); uma diferença que parece não ser notada pela grande maioria da doutrina e da jurisprudência.³⁶

Por objeto de prova entende-se tudo o que se pode provar, não se limitando ao processo especificamente, ou seja, no geral, tudo aquilo sobre o qual se pode recair a prova. É uma noção ampla, geral, abstrata.³⁷ Nesse sentido, o objeto da prova responde à pergunta: “o que se *pode* provar?”³⁸

Por tema de prova, *thema probandum*, deve-se compreender o que deverá ser matéria da atividade probatória em cada processo, para que o juiz declare a consequência jurídica pedida pela parte.³⁹ Nesse contexto, o tema de prova é a resposta à pergunta: “o que se *deve* provar?”

³⁶ Exemplificando: AgRg no Recurso Especial n. 235.154 “O conhecimento do *objeto de prova* e da defesa expandida pelo réu constitui análise que precede à verificação do ônus da prova.” Vê-se nesse trecho que a expressão *objeto de prova* é utilizada indistintamente para referir-se ao *thema probandum*.

³⁷ DEVIS ECHANDÍA, **Teoria general de la prueba judicial**, p. 142. t. 1. AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. Madrid: Civitas, 2002. p. 47

³⁸ AROCA. **La prueba en el proceso civil**, p. 47.

³⁹ AROCA. **La prueba en el proceso civil**, p. 47; DEVIS ECHANDÍA, **Teoria general de la prueba judicial**, p. 142. t. 1; TARUFFO, Michele, **Studdi sulla rilevanza della prova**. Padova: Cedam, 1970. p. 47 ss., estabelece a diferença entre objeto de prova e *thema probandum* de uma forma um tanto quanto distante da elaborada por DEVIS ECHANDÍA. Para TARUFFO pode-se definir *thema probandum* “como o conjunto de fatos jurídicos relevantes, cuja existência ou inexistência deve ser demonstrada no curso do processo” (**Studdi sulla rilevanza della prova**, p. 47). Até aqui há equivalência entre o conceito de TARUFFO e o de ECHANDÍA. No entanto, para TARUFFO objeto de prova “é o fato específico, principal ou secundário, que vem indicado em sede de dedução da prova mesma” (**Studdi sulla rilevanza della prova**, p. 37). Assim, para TARUFFO tema de prova é o conjunto de alegações relevantes para aquele determinado processo, já objeto da prova é cada

O objeto da prova é, portanto, mais amplo que o tema da prova. O objeto refere-se ao que, em abstrato, se pode provar; já o tema se restringe ao que, em concreto, há de se provar em um determinado processo.⁴⁰

O estudo inicia, então, por tudo aquilo que pode ser provado, ou seja, qual é o objeto da prova.

A doutrina, por longo tempo, tentou diferenciar o *fato* do *direito* “buscando resolver a questão da seguinte maneira: os primeiros dão lugar à prova, enquanto os segundos, não”.⁴¹

Assim, os fatos (empregados no seu sentido mais amplo), compreendidos como tudo que, pelo direito material pode ser considerado suporte fático de uma consequência,⁴² poderiam ser objeto de prova.

Já o direito, pelo princípio *iura novit curia*, por muito tempo se acreditou que as normas de direito material e processual não poderiam ser objeto de prova.

No entanto, essa tentativa de separação entre os *juízos de fato* e de *direito* restou frustrada. Razões de ordem metodológica, hermenêutica, dogmática e processual apontaram que “a dicotômica questão de fato/questão de direito resta enfraquecida, tendo o jurista [...] condições de analisar, sem ingenuidade, que as inferências judiciais quanto ao juízo de fato, muitas vezes, não são puras e indissociáveis às questões de direito”.⁴³

uma das proposições factuais que tem ligação direta com o tema de prova. É como se aquele se relacionasse a toda controvérsia, enquanto este diz respeito a uma parcela.

⁴⁰ ROSITO. **Direito Probatório: as máximas da experiência em juízo**, p. 30. AROCA. **La prueba en el proceso civil**, p. 48, DEVIS ECHANDÍA. **Teoría general de la prueba judicial**, p. 157. t. 1.

⁴¹ ROSITO. **Direito probatório: as máximas da experiência em juízo**, 31.

⁴² AROCA. **La prueba en el proceso civil**, p. 49.

⁴³ ROSITO, **Direito probatório: as máximas da experiência em juízo**, 31. Analisando as lições de Knijnik (Os standards do convecimento judicial: paradigmas para o seu possível controle, **Rev. Forense**, Rio de Janeiro, v. 353, p. 15. jan./fev. 2001), Alvaro de Oliveira (**Do formalismo no processo civil**, p. 154) e Taruffo (**La prova dei fatti giuridici**, p. 171-174), Rosito apresenta de forma breve, no entanto precisa, o enfraquecimento da divisão entre *questão de fato* e *questão de direito*: por decorrência do Positivismo, “acreditava-se que a aplicação do direito era realizada por mera atividade de subsunção, havendo perfeita incidência do fato à norma. Se a plena separação do binômio questão de fato/questão de direito vigorou no apogeu do Positivismo, era natural esperar-se que a aproximação dessas questões ocorresse justamente com a derrocada desse

Assim sendo, não há como negar que as normas jurídicas podem ser objeto de prova. O conhecimento do juiz não é absoluto e nos dias atuais, em virtude da *inflação legislativa*⁴⁴, com a crescente criação de normas para regular situações cada vez mais específicas, a prova do direito é “atividade útil da partes, na busca por uma decisão favorável”.⁴⁵

Segundo o ensinamento preciso de ALVARO DE OLIVEIRA existe um “interesse primordial da parte em dar conhecimento ao tribunal da norma jurídica que, segundo ela, deve ser aplicada, embora inexista obrigação formal para tanto”⁴⁶. Esse interesse encaixa-se perfeitamente na idéia de que a atividade das partes deve desenvolver no processo civil em colaboração com a atividade do juiz.⁴⁷

Verifica-se que essa atividade da parte que consiste em demonstrar ao tribunal da norma jurídica que deve ser aplicada, não se constitui em um ônus da parte, mas apenas um ato a favor do princípio da colaboração.

movimento jusfilosófico, momento em que se passa a contestar a idéia de que a lei pode contemplar todas as soluções de todos os problemas jurídicos. Os fenômenos da crise do código, da fuga do legislador às cláusulas gerais e da passagem do Estado de Direito ao Estado Social de Direito provocaram avanços na metodologia e hermenêutica jurídicas. Os estudos acerca do ‘círculo hermenêutico’ ou ‘espiral hermenêutica’ e ‘pré-entendimento’ ou ‘pré-compreensão’ conduzem à superação do entendimento de que a aplicação do direito ocorre por mera atividade de subsunção, porquanto se infere que há estreita inter-relação entre o juízo de fato e o juízo normativo, os quais são influenciados reciprocamente. Desse modo, percebe-se que o fato não ingressa em bruto ao processo, mas já moldado pela norma jurídica que resolverá o caso concreto, havendo, por conseguinte, conformação entre as questões, o que representa significativo avanço na metodologia jurídica. No campo da hermenêutica, o pensamento tópico permitiu a ampliação do discurso justificativo da decisão, ao voltar-se ao caráter problemático do Direito, possibilitando um controle argumentativo na sua aplicação. Por fim, a evolução do conceito clássico de prova ao seu conceito moderno propiciou o alargamento do exame fático da decisão, repercutindo, por conseguinte, no material sujeito ao convencimento judicial. (**Direito probatório: as máximas de experiência em juízo**, p. 31)

⁴⁴ Expressão utilizada por LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e Inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 32.

⁴⁵ LEONARDO. **Imposição e Inversão do ônus da prova**, p. 32

⁴⁶ ALVARO DE OLIVEIRA. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 73, p. 9-10, jan./mar.1994.

⁴⁷ ALVARO DE OLIVEIRA. **Do formalismo no processo civil**, p 167.

Situação diferente é da norma contida no artigo 337 do Código de Processo Civil, que preceitua que o direito municipal, estadual, estrangeiro⁴⁸ ou consuetudinário alegado por qualquer das partes pode ser objeto de prova, caso o juiz assim o determine.⁴⁹ Assim, caso o juiz determine que a parte prove o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, surge para a parte um ônus. Daí a conclusão de que a alegação de direito pode ser objeto de prova caso o juiz entenda necessário. Ressalva-se que o juiz *não pode determinar a prova do direito municipal ou estadual pertinente à sua competência*.⁵⁰ Isso, por óbvio, pela aplicação direta do princípio *iura novit curia*. Também é importante analisar que normas de direito federal não podem ser objeto de prova.

Além do fato e do direito poderem ser objeto de prova, as regras da experiência também podem.

Segundo preceitua o artigo 335 do Código de Processo Civil, na falta de normas jurídicas particulares, o juiz, ao decidir a lide, pode aplicar as regras de experiência comum, bem como as regras de experiência técnica. Normalmente, as máximas da experiência não necessitam de prova. No entanto, doutrina e jurisprudência apresentam situações em que elas podem ser objeto de prova.

⁴⁸ Um aspecto interessante a respeito do ônus da prova do direito estrangeiro foi examinado pelo STJ: “Sendo caso de aplicação de direito estrangeiro, consoante as normas do direito internacional privado, caberá ao juiz fazê-lo, ainda de ofício. Não se poderá, entretanto, carregar à parte o ônus de trazer a prova de seu teor e vigência, salvo quando por ela invocado. Não sendo viável produzir-se essa prova, como não pode o litígio ficar sem solução, o juiz aplicará o direito nacional” (NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 479, art. 337:2a).

⁴⁹ Neste sentido, THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 457. v. 1. Também a jurisprudência: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível n. 1.0134.05.060172-0/001, Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Kildare Carvalho, Julgado em 19/04/2007. EMENTA: AÇÃO ORDINÁRIA – ART. 337 DO CPC – “JURA NOVIT CURIA” – DIREITO MUNICIPAL – COMPROVAÇÃO – AUSENTE A DETERMINAÇÃO PELO JUIZ – TUTELA JURISDICIONAL NEGADA – SENTENÇA CASSADA. O princípio 'jura novit curia' aplica-se às normas de direito municipal, não sendo a parte obrigada a provar o conteúdo ou a vigência da legislação salvo quando o juiz o determinar. Ausente a determinação a teor do Art. 337 do CPC, o magistrado não pode negar a prestação da tutela jurisdicional ao fundamento de desconhecimento da legislação ou por ausência de comprovação do direito pela parte. Recurso adesivo a que se dá provimento para cassar a sentença.

⁵⁰ MARINONI; ARENHART. **Comentários ao código de processo civil**: do processo de conhecimento, arts. 332 a 341, p. 471. v. 5, t. 1.

Segundo Barbosa Moreira, *é perfeitamente concebível que o juiz desconheça algum uso peculiar a determinada categoria profissional, por exemplo*.⁵¹

Passa-se, então, ao estudo do *tema de prova*. Assim, tema da prova é a resposta para a pergunta: “o que se deve provar?”,⁵² limitando-se assim, o objeto de prova no caso concreto.

A resposta tradicional é automática: “devem-se provar os fatos”.⁵³

Não se pode, no entanto, concordar com esse posicionamento, uma vez que os fatos já aconteceram no mundo real, ou seja, o fato ocorreu ou não, existiu

⁵¹ Na doutrina: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. **Revista Forense**, a. IX, v. 261, p. 14, jan./mar. 1978.

Na jurisprudência: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apc. **1.0080.05.000713-9**, Segunda Câmara Criminal, Relator: Desembargador Herculano Rodrigues, julgado no dia 21.06.2007. EMENTA: FURTO DE GADO E RECEPÇÃO. REEXAME DA PROVA. DELAÇÃO DO CO-RÉU. HARMONIA COM O RESTANTE DA PROVA. AUTORIAS COMPROVADAS. DOSIMETRIA DAS PENAS. APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. RECEPÇÃO. VENDA DE GADO SEM NOTA FISCAL. PRÁTICA USUAL NA REGIÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE CULPOSA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELA PENALIDADE "IN ABSTRACTO". A delação do co-réu acerca dos abigeatos praticados, em harmonia com o restante da prova coligida, comprova o acerto da condenação abraçada na sentença. **Restando comprovada a prática usual de venda de gado sem nota fiscal na região**, impõe-se a desclassificação da conduta praticada para o crime de receptação culposa, decorrendo daí a prescrição da pretensão punitiva pela pena "in abstracto" cominada.

“[...] **A prova testemunhal**, coligida às ff. 372, 373, 375/376 e 377, **logrou demonstrar que é comum a compra de gado sem nota fiscal**, mediante negociações informais entre os fazendeiros da região, além do transporte noturno. Embora devesse o réu presumir que animais comercializados nessa circunstância tenham origem ilícita, não poderia, de fato, saber disso, já que a conduta se mostrava de acordo com os usos e costumes locais. [...] (sem grifo no original)”.

⁵² SENTÍS MELENDO, Santiago. Naturaleza della prueba: la prueba es libertad. In. _____. **La Prueba**: los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires, Ejea, 1978. p. 13.

⁵³ Nesse sentido, MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1961. p. 112; PATTI, Salvatore. **Prove**: disposizioni generali. Bologna: Nicola Zanichelli. 1987. p.50; DEVIS ECHANDÍA. **Teoria general de la prueba judicial**, p. 144 t. 1; SANTO, Víctor de. **La prueba judicial**: teoría y práctica. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994. p. 37; KIELMANOVICH, Jorge L. **Teoria de la prueba y medios probatorios**. 3. ed. ampl. y actual. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 37-39; SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Prova judiciária no cível e comercial**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1983, p. 16. v. 1; THEODORO JÚNIOR. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento, p, 457; CAMBI. **A prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p 322-323; RIBEIRO, Darci Guimarães. Tendências modernas da prova. **Ajuris**, n. 65, ano XXII, p. 340. nov. 1995.

ou não. Não se provam os fatos. O que se prova são as afirmações sobre os fatos.⁵⁴

O fato não pode ser “verdadeiro” ou “certo”. Ele existe sem qualificações. Assim, pode-se afirmar que o “fato que o processo pressupõe existente pode, no plano da realidade, não existir e vice-versa”.⁵⁵

Essa tomada de posição não é vã. Entender que o objeto de prova em concreto são as afirmações e não os fatos significa, em última análise, entender que o processo não atinge a “verdade” dos fatos, mas, ao contrário, admite-se uma decisão judicial baseada em juízos de verossimilhança.⁵⁶

Nem todas as afirmações, no entanto, formam o objeto de prova. Somente as alegações controvertidas e relevantes podem ser objeto de prova.

O Código de Processo Civil, no artigo 334, considera como fatos incontroversos: a) os fatos notórios; b) os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; c) os fatos admitidos no processo como incontroversos; e d) os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Quaisquer alegações sobre esses fatos, então, não necessitam de prova.

⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. Padova: Universitaria, 1920. v. 2; CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile**. Milano: Giuffrè, 1992, p. 44-45; CARRATA, Antonio. **Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatório)**, p. 73, veja-se nota 3 com indicação de vários nomes das doutrinas italiana e alemã que comungam esse entendimento; SENTÍS MELENDO. **Naturaleza della prueba: la prueba es libertad**, p. 13; DINAMARCO, Candido Rangel **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 58; MARINONI; ARENHART. **Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento**, arts. 332 a 341, p. 7 -8; 41. v. 5, t. 1.

⁵⁵ MARINONI; ARENHART. **Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento**, arts. 332 a 341, p. 7 -8. v. 5, t. 1.

⁵⁶ “Il giudizio di verosimiglianza, nei casi in cui il diritto processuale lo considera rilevante, ha questo di caratteristico: che è un giudizio dato non sul fatto, ma sulla *affermazione del fatto*,cio è sulla allegazione (*positio*) del fatto, proveniente dalla parte che chiede di essere ammessa a provarlo e che lo afferma come *storicamente già avvenuto*.” (CALAMANDREI. **Verità e verosimiglianza nel processo civile**, p. 171)

Fazendo um raciocínio inverso, conclui-se que o objeto de prova em concreto são somente as alegações fáticas *controvertidas, pertinentes e relevantes* para o processo.⁵⁷

Por alegações controvertidas entendem-se aquelas alegadas por uma das partes e contestadas pela outra. Se uma das partes alega determinado fato, e a outra parte simplesmente não apresenta qualquer impugnação, a alegação se torna *incontroversa* e não necessitará ser provada.

Abre-se uma exceção para as alegações incontroversas que dizem respeito a direitos indisponíveis que, ainda assim, necessitarão de prova.⁵⁸ Os direitos indisponíveis *apresentam grau de relevância social maior que os de natureza privada* por isso não estão sujeitos à confissão ou reconhecimento jurídico no processo. É o caso dos direitos relativos à guarda, à educação e aos alimentos dos filhos menores;⁵⁹ direitos relativos ao reconhecimento de filiação;⁶⁰ e direitos relativos ao estado civil, em ações de anulação de casamento.⁶¹

⁵⁷ Cf. LEONARDO. **Imposição e inversão do ônus da prova**, p. 28. CAMBI. **A prova civil**, p. 299.

⁵⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível n. **1.0459.03.015681-2**, Primeira Câmara Cível, Rel. Des^a. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, julgado em 07.12.04. EMENTA: PROCESSO CIVIL – DIREITOS INDISPONÍVEIS – REVELIA – EFEITOS NÃO APLICADOS – JULGAMENTO ANTECIPADO INDEFERIDO – DILAÇÃO PROBATÓRIA RECOMENDÁVEL. Nos termos do Art. 320, II, do CPC, a revelia não produz os seus efeitos quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis, o que não permite o julgamento antecipado, se entender o juiz, dentro de seu livre convencimento, pela necessidade de dilação probatória ().

⁵⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível N. 70018237982, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 15.02.2007. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. DIVÓRCIO. GUARDA. PARTILHA. ALIMENTOS EM PROL DA FILHA MENOR. AUSÊNCIA DE PROVA DO BINÔMIO ALIMENTAR. REVELIA. Mesmo que o apelante seja revel, em se tratando de direito indisponível não há falar em incidência do Art. 319 do CPC, bem como o dado, por si só, não referenda o acolhimento do pedido alimentar feito pela apelada na inicial, em prol de filha menor do casal, havendo necessidade de instrução do feito. RECURSO PROVIDO EM PARTE. SENTENÇA PARCIALMENTE DESCONSTITUÍDA.

⁶⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível n. 1.0701.95.009683-7, Primeira Câmara Cível. Relator Des. Gouveia Rios, julgado em 11.11.05. EMENTA: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS – REVELIA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – IMPOSSIBILIDADE – DIREITO INDISPONÍVEL. Os efeitos da revelia não incidem nas ações de investigação de paternidade não contestadas, porquanto o estado de filiação se enquadra na modalidade de direito indisponível, aplicando-se o disposto no art. 320, II, do CPC. "A ausência de manifestação do réu, em ações de investigação de paternidade, não indica a presunção de veracidade dos fatos argüidos na inicial. É necessário que a parte autora prove os eventos constitutivos do seu direito, porque descabida a paternidade presumida face à natureza da demanda."; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação

Considera-se alegação pertinente a que diz respeito a fatos que não são estranhos ao objeto do processo, ou seja, que dizem respeito à causa.⁶² Por exemplo, numa ação de alimentos, são pertinentes as alegações sobre a necessidade do alimentando, sobre a possibilidade do alimentante, sobre o padrão de vida, mas são totalmente impertinentes alegações sobre a religião do alimentante ou sobre a sua naturalidade. Em casos dessa ordem, ainda que haja controvérsia quanto à alegação feita pelo autor de que o réu pertence a tal religião e a negação do réu quanto a essa condição, essa alegação jamais será objeto de prova numa demanda de alimentos.⁶³

CíveL n. 1.0015.02.009372-8, Quinta Câmara Cível. Relator Des. Nepomuceno Silva, julgado no dia 05.04.05. PROCESSUAL CIVIL – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS – REVELIA – IRREGULARIDADE SANÁVEL – DIREITO INDISPONÍVEL – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – IMPOSSIBILIDADE. Não se deve recepcionar o instituto da revelia, quando houver possibilidade de sanação de vício na representação através de abertura de prazo razoável, máxime por se tratar de direito indisponível (paternidade), que impede o julgamento antecipado da lide".

⁶¹ CAMBI. **A prova civil**, p. 398.

⁶² CAMBI. **A prova civil**, p. 299.

⁶³ Outro exemplo de alegação controvertida irrelevante (que não será objeto de prova) encontra-se nesse acórdão do TJRS, no qual o proprietário de um prédio comprovadamente encravado pretendia provar que o encravamento não se deu por razões naturais; ao contrário, foi culposamente provocado pelo adquirente do terreno da frente. O que se decidiu é que não interessa a origem do encravamento; se foi comprovado que o prédio está encravado, basta achar a solução menos onerosa para realizar a saída. Produção de prova quanto à alegação da origem do encravamento é impertinente (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70010823946, Vigésima Câmara Cível, Relator: Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, julgado em 15.06.2005. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO PROBATÓRIO. DECISÃO QUE ENCERROU INSTRUÇÃO E AUSÊNCIA DE RECURSO. PRECLUSÃO. ART. 245, CPC. IMPERTINÊNCIA DA PROVA PRETENDIDA. Com o encerramento da instrução e abertura de prazos para apresentação de memoriais, a ausência de impugnação recursal implica óbvia preclusão quanto ao ataque do que foi assim decidido, não fosse a impertinência da prova pretendida. PASSAGEM FORÇADA. SITUAÇÃO DE ENCRAVAMENTO QUE NÃO SE PODE ATRIBUIR À AUTORA. Não se podendo atribuir à autora a criação do encravamento imobiliário, vedado recuo a anteriores proprietários, ainda que seus ascendentes, desaparece o suposto óbice ao reconhecimento do direito à obtenção da passagem forçada. IMÓVEL LINDEIRO BALDIO. MENOR ONEROSIDADE. ADEQUAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. Inexistindo motivos para que se deixe de adotar a solução proposta no laudo pericial, que consoa com o critério da menor onerosidade, posto preferível correr a passagem forçada em imóvel baldio, a par do fato de que as outras soluções alvitadas pelo atingido implicariam atingir-se a dois imóveis. LITISCONSORTES E SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. DISTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL DA SUCUMBÊNCIA E COMPENSAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. SÚMULA 306, STJ. Afigura-se correta a sentença ao ter visualizado recíproca sucumbência também quanto aos litisconsortes passivos necessários, a cujo respeito houve repulsa de parte de suas teses, correta, no mais, a compensação dos honorários de advogado, ao feito da Súmula 306, STJ).

Além de controvertida, a alegação deve ser relevante para o processo, ou seja, a alegação tem que influenciar de alguma forma a decisão a ser proferida pelo juiz. Caso a alegação seja controvertida e pertinente, mas não tenha nenhuma relevância para a solução do litígio, o juiz deve indeferir a sua prova,⁶⁴ sob pena de ferir o princípio da economia processual, causando graves danos à celeridade do processo.⁶⁵ É o que determina, de modo expresso, o artigo 130, 2ª parte, do Código de Processo Civil.

Chega-se, finalmente, à conclusão de que o objeto da prova são os fatos, o direito e as regras da experiência. E o *thema probandum* são alegações sobre os fatos e não os *próprios* fatos. Além disso, as alegações tema de prova são as alegações controvertidas, pertinentes e relevantes para a decisão da lide. Não são objeto de prova as alegações sobre fatos notórios (art. 334, I do CPC), fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária (art. 334, II do CPC), fatos admitidos como incontroversos (art. 334, III do CPC) e fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade (art. 334, IV do CPC).

⁶⁴ “Considerando que as provas úteis, suficientes ao esclarecimento dos fatos argüidos pela parte e que se mostram vinculadas e pertinentes à relação jurídica processual já se encontram deferidas nos autos, não há que se falar em desacerto da decisão monocrática ao indeferir a realização de perícia e produção de prova oral para o fim de se avaliar forma e a legalidade de contagem de pulsos e ligações telefônicas da parte autora, já que desnecessária a comprovar qualquer assertiva útil ao deslinde da demanda” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível n. 1.0145.05.226872-2/001(1), Décima Sexta Câmara Cível, Relator: Otávio Portes, julgado em 22.02.06).

⁶⁵ LEONARDO. **Imposição e inversão do ônus da prova**, p. 31. Merece destaque nesse momento a importância de um artigo trazido pela reforma do Código de Processo, com a Lei 10.444/2002: é o Artigo 331 – que institui a audiência preliminar. É nessa audiência que, se não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos e determinará as provas a serem produzidas. Esse seria o momento, então, da fixação do objeto da prova, ou seja, quais as alegações são controvertidas e têm relevância e pertinência para a decisão e quais serão os meios de prova a serem utilizados na instrução probatória. O que se verifica, na prática, é a escassa utilização dessa audiência com essa finalidade que ela foi instituída. Ainda se verifica um grande número de juízes que realizam a audiência de conciliação após o despacho saneador (figura que nem existe mais na lei!).

4 Conceito de ônus

Estabelecido o conceito de prova, mostra-se imprescindível, antes de tratar propriamente do ônus da prova, examinar o conceito de *ônus processual* em geral.

Para que o processo civil se desenvolva, às partes são impostas determinadas condutas, cuja inobservância pode acarretar conseqüências mais ou menos graves, como a perda de oportunidade para se defender e apresentar exceções, apresentar uma prova e até a perda do próprio processo.

As partes podem dispor de faculdade de executar um ato (por exemplo, interpor recurso), ou estar diante de atos que devem ser executados para a eficácia do exercício de um direito (por exemplo, afirmar os fatos fundamentais da sua pretensão para que o exercício do direito de ação possa conduzir a uma sentença favorável). Podem, ainda, ter de praticar alguns atos para evitar algum prejuízo ou conseqüência desfavorável, mesmo que não tenha nenhum direito, ou seja, condição para que o exercício do direito tenha eficácia (por exemplo, autenticar um documento).⁶⁶

Diante dessa gama de atividades desenvolvidas pelas partes, foi necessário transportar da teoria geral do direito para o processo os conceitos de ônus, obrigação, direito subjetivo e dever, para qualificar apropriadamente a conduta da parte e estabelecer de forma adequada as conseqüências daí decorrentes.⁶⁷

Existe atualmente na doutrina um consenso em admitir um conceito autônomo para ônus, desvinculado do conceito de obrigação, de dever ou de

⁶⁶ DEVIS ECHANDÍA. **Teoria general de la prueba**, p. 394. t. 1.

⁶⁷ Ainda que na linguagem comum o conceito de ônus se assemelhe ao conceito de obrigação, na linguagem técnico-jurídica faz-se necessário estabelecer as nítidas diferenças entre esse dois conceitos. Essa é também a opinião de DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. **A distribuição dinâmica dos ônus probatórios**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 788, p. 92-107, 2001.

direito subjetivo. No entanto, não foi tranqüilo o caminho percorrido pelos doutrinadores nesse trabalho.

Portanto, antes de expor as teses que conseguiram uma completa autonomia conceitual de ônus, é fundamental tratar, em primeiro lugar, das teses que aproximam o ônus da obrigação, tendo aquele como correlativo desta.

4.1 Teorias que aproximam o conceito de ônus ao conceito de obrigação

A primeira delas é a teoria dos *deveres livres* elaborada por BRUNETTI,⁶⁸ que coloca *regras finais* – cujos efeitos por ela produzidos constituem a finalidade que impulsiona o sujeito a agir – ao lado de comandos jurídicos que impõem normas de conduta absolutamente imperativas.⁶⁹

Na categoria de *dever livre*, BRUNETTI inclui tanto os ônus quanto as obrigações, sob o fundamento de que o devedor teria a liberdade de pagar o débito ou submeter-se a uma sanção diversa.

Para MICHELI, essas normas não são “deveres jurídicos verdadeiros e próprios, mas somente deveres *livres*, juridicamente qualificados”, uma vez que o fim previsto é jurídico, mas o sujeito tem a liberdade de usar ou não dos meios

⁶⁸ MICHELI também aborda a teoria de PEKELIS, que se aproxima muito da de BRUNETTI. PEKELIS divide os deveres em duas categorias: livres e absolutos. No entanto, PEKELIS sistematizou filosoficamente a matéria, mostrando juridicamente a importância do conceito de ilícito para se chegar a soluções satisfatórias. Ele caracterizou tanto os deveres livres quanto os absolutos como situações de sujeições. Mas uma das diferenças apresentadas pela teoria de PEKELIS em relação à de BRUNETTI está no fato de que PEKELIS não inclui os ônus na categoria de dever livre. Cf. MICHELI. **La carga de la prueba**, p. 69, nota 22.

⁶⁹ BRUNETTI, G. **Il delitto civile**. Torino, 1906. p. 405; **Norme e regole finali nel diritto**. Torino, 1913. especialmente p. 50, 73, 78, 83, 86, 89; **Lezioni dir. civ.**, 1925-1926, Firenze, págs. 130 ss, citado por MICHELI. **La carga de la prueba**, p. 63, nota 11.

necessários para a obtenção do fim. E é por isso que a inobservância desses deveres não constitui violação de nenhum comando, porque a conduta do indivíduo está no campo da liberdade reconhecida por lei.⁷⁰

A crítica que essa doutrina recebe é que, na realidade, a situação do devedor não é de liberdade, mas um estado típico de coação, que tomará forma no ressarcimento do dano e na sujeição da execução forçada, que independe da vontade (e da liberdade, por consequência) do obrigado.⁷¹

Dizer que o devedor tem a liberdade de escolher entre pagar ou assumir outra forma de indenização, ou mesmo que a indenização não seria um tipo de sanção, não é suficiente para aproximar a obrigação do ônus, porque uma diferença sensível ainda se mantém: na obrigação, o devedor mantém um *vínculo jurídico com o credor*, dando a esse o direito de exigir o cumprimento da dívida ou de impor ao devedor que cubra eventuais prejuízos, o que não acontece com os ônus.

DEVIS ECHANDÍA também formula uma dura crítica à tese de BRUNETTI. Entende não ser possível o enquadramento de obrigações e ônus como deveres livres, porque, em relação ao ônus, foi deixado de lado o aspecto por ele considerado fundamental para a sua caracterização, qual seja, o *poder* ou a *faculdade* que o sujeito tem para perseguir o efeito favorável executando o ato. Conclui que, se é um dever, não é compatível a idéia de liberdade que o sujeito teria para executar ou não o ato.⁷²

Também aproximando o conceito de ônus ao conceito de obrigação, uma segunda teoria classifica o ônus como uma categoria da obrigação, dela se diferenciando somente no que diz respeito à sanção por descumprimento. Para ASCARELLI, apontado por MICHELI como o principal expoente dessa corrente, o não cumprimento de um ônus não é sancionado com pena ou ressarcimento, mas somente com a decadência, dando como exemplo o prazo que o sujeito precisa

⁷⁰ MICHELI. *La carga de la prueba*, p. 63.

⁷¹ MICHELI. *La carga de la prueba*, p. 64, notas 12 e 13.

⁷² DEVIS ECHANDÍA. *Teoría general de la prueba*, p. 399. t. 1.

cumprir para evitar vencimentos ou observação de formas para a obtenção de determinado efeito jurídico.⁷³

E para o desenvolvimento desta tese, fez-se necessário recorrer à teoria de ZITELMAN,⁷⁴ que inspirado em MESSINA,⁷⁵ distingue a responsabilidade perante terceiros e a responsabilidade diante de si mesmo, ou a auto-responsabilidade, esta última fundada sobre uma valoração econômica, simbolizando a liberdade de agir reconhecida ao sujeito pela norma.

MICHELI relata que o *genus* comum que procura explicar o ônus como categoria de obrigação é a *responsabilidade*. Na obrigação, a responsabilidade é perante terceiro e, no ônus, a responsabilidade, perante si próprio.⁷⁶

A falácia dessa tese se encontra no fato de que os autores que dela comungam somente vêem o aspecto passivo da noção de ônus, ou obrigação, ou seja, o sujeito vai praticar o ato para evitar uma consequência desfavorável, seja em relação a um terceiro, seja em relação a si próprio. Não se leva em conta a presença de um elemento positivo, a existência de um poder.

Das críticas direcionadas contra as duas doutrinas que aproximam o conceito de ônus ao de obrigação, já se sente presente o esforço para caracterizar a heterogeneidade de ambos os conceitos. Portanto, passa-se agora ao estudo de outras teorias, que adotam um conceito autônomo de ônus em relação à obrigação, traçando as principais características da distinção.

⁷³ ASCARELLI, Tulio. **Appunti di Diritto Commercial**. Roma, 1931. p. 8 ss, v. 3, apud Gian Antonio Micheli. **La carga de la prueba**, p. 76, nota 35.

⁷⁴ ZITELMAN apud MICHELI. **La carga de la prueba**, p. 77, nota 41.

⁷⁵ MESSINA. La simulazione assoluta. **Rivista di Diritto Commerciale**. 1907. p. 407 ss, v. I apud MICHELI. **La carga de la prueba**, p. 77, nota 40.

⁷⁶ MICHELI. **La carga de la prueba**, p. 78.

4.2 Teoria que diferencia o ônus de obrigação, mas que o coloca no grupo das relações jurídicas passivas

O principal expoente dessa teoria é CARNELUTTI⁷⁷ que elabora a noção de *situações jurídicas*, para exprimir o modo de ser do sujeito em relação ao conflito.

Nessa ótica, a *situações jurídicas* podem ser *ativas*, *passivas* e *neutras*.

Na *situação jurídica passiva*, verifica-se a subordinação de um interesse jurídico efetuada por meio de uma medida jurídica. Nessa espécie estão compreendidas as sujeições, as obrigações e os ônus. A esse grupo CARNELUTTI dá o nome de *deveres jurídicos*. O que diferencia ônus de obrigação é a titularidade do sujeito em favor do qual o interesse é subordinado: se for de um terceiro, trata-se de obrigação; se própria, trata-se de ônus.

Na *situação jurídica ativa*, ocorrerá a prevalência de um interesse, também efetuado por meio de uma medida jurídica. Nessa espécie estão o poder e o direito subjetivo. Já a situação neutra tem uma única representante: a faculdade.

CARNELUTTI aponta várias características para distinguir ônus de obrigação.

O primeiro traço distintivo depende da adoção das noções de *ato necessário* e *ato devido*. A noção de *ato necessário* é aplicável ao ônus e significa um ato que se deve praticar para obter certa finalidade em interesse próprio. Já o *ato devido* determina a obrigação e é o ato jurídico que se deve praticar para tutelar um interesse alheio de quem pratica o ato.

Em ambos os atos, nota-se a presença de um interesse, variando, no entanto, o seu titular, sendo essa, então, a segunda característica apresentada por

⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Derecho Procesal Civil**, Buenos Aires: Uthea, 1944, p. 51. t. 1 e p. 68-74. t. 2.

CARNELUTTI: quando se cumpre um ônus, está-se protegendo um interesse próprio, ao passo que o cumprimento de uma obrigação implica proteção de um interesse de terceiro, que tem um direito subjetivo correspondente a essa obrigação.⁷⁸

Essa diferença é também apresentada por COUTURE, que conceitua o ônus como sendo “un imperativo del propio interés. Quien tiene sobre si la carga se halla compelido implícitamente a realizar el acto previsto; es su propio interés quien le conduce hacia él”.⁷⁹

Outra característica que difere ônus de obrigação, na teoria de CARNELUTTI, diz respeito à violação de um ou de outro preceito. Como para ele no ônus o titular do direito é o próprio sujeito – havendo, portanto, subordinação de um interesse próprio a outro também próprio – está excluída a idéia de ilícito na sua inobservância. Já na obrigação, em que há subordinação de um interesse próprio a um interesse de terceiro, a inobservância implica ilicitude.

Assim, para CARNELUTTI, ainda que exista um tipo de sanção a ser aplicada ao sujeito que não cumpre uma obrigação ou um ônus, há diferença na natureza dessa sanção. Nos casos de inobservância de um ônus, ao sujeito é aplicada uma

⁷⁸ No que diz respeito ao interesse, faz-se imprescindível clarear que existe um fator psicológico que move tanto o obrigado quanto o onerado a agir. Assim, o devedor da obrigação pode ter interesse em cumpri-la, para não sofrer uma consequência desvantajosa, de modo que não é correto afirmar que ele age somente pelo interesse do credor. O que tem que ficar claro na teoria de CARNELUTTI é que o interesse que é protegido é que é relevante para a diferenciação e não o interesse em cumprir a obrigação ou um ônus. Nesse sentido, DEVIS ECHANDÍA. **Teoría general de la prueba**, p. 403. t. 1. ANDREOLI (**Contributo alla teoria dell'adempimento**. Padova, 1937. p. 104-105, citado por MICHELI. **La carga de la prueba**, p. 66, nota 16) também comunga com CARNELUTTI esse aspecto da distinção entre ônus e obrigação.

⁷⁹ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3. ed. Buenos Aires: Delpalma, 1977, p. 82. A noção de ônus processual como imperativo do próprio interesse foi apresentada por GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**, Barcelona: Labor, 1936. p. 82 ss. “La antítesis del derecho procesal es la carga procesal, es decir, la necesidad de prevenir un perjuicio procesal, y, en último término, una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativos del propio interés. En eso se distinguen de los deberes, que siempre representan imperativos impuestos por el interés de un tercero o de la comunidad”.

sanção *econômica*; já pela violação de uma obrigação a sanção é *jurídica*, uma vez que há ilicitude na conduta.⁸⁰

Ainda que a distinção entre ônus e obrigação proposta por CARNELUTTI tenha reconhecida relevância, ela não está isenta de críticas.

No que diz respeito à distinção entre *ato necessário* e *ato devido*, DEVIS ECHANDÍA sustenta que, se no ato necessário existe uma *necessidade* jurídica de executar o ato, não se pode dizer que haja qualquer diferença entre o ato necessário e o ato devido. Outros autores também não consideram a diferença entre *ato necessário* e *ato devido*, e entre ônus e obrigação, por consequência, como é o caso de KELSEN, que inclusive nega a existência do próprio ônus.⁸¹

Também mereceu crítica na teoria de CARNELUTTI a diferença entre sanção aplicada por um descumprimento de obrigação (sanção jurídica) e pela não-observância de um ônus (sanção econômica). DEVIS ECHANDÍA argumenta que também no descumprimento de uma obrigação o sujeito pode sofrer consequências de ordem econômica, como, a exemplo da necessidade de indenizar o credor ou pagar multas.⁸²

DEVIS ECHANDÍA também insurge-se contra a tese de CARNELUTTI porque este deixa de relevar aspecto fundamental na noção de ônus, qual seja, a presença dos elementos do *poder* e da *faculdade* que o sujeito tem para executar o ato ou adotar a conduta prevista na norma para se conseguir um resultado favorável, isto é, o aspecto ativo da noção.⁸³

E, como consequência dessa visão, DEVIS ECHANDÍA, por óbvio, critica a inclusão do ônus na categoria dos *deveres jurídicos*, juntamente com a sujeição e a obrigação como relações jurídicas passivas. Sustenta que se o onerado pode se

⁸⁰ MICHELI. **La carga de la prueba**, p. 68-69, lembra que, sob esse aspecto, a noção jurídica de ônus poderia ser discutida, porque sanção econômica estaria, por definição, fora do direito.

⁸¹ MICHELI, **La carga de la prueba**, p. 72-73.

⁸² A doutrina aceita a distinção entre ilicitude do descumprimento da obrigação e licitude da não-observância do ônus.

⁸³ DEVIS ECHANDÍA. **Teoria general de la prueba**, p. 405. t. 1.

abster de executar o ato sem incorrer em ilicitude e, por conseqüência, sem sanção de nenhuma classe, e se o ônus representa fundamentalmente o poder de adotar ou não conduta prevista na norma, parece que o ônus está mais próximo do grupo dos poderes do que dos deveres.⁸⁴

É certo, portanto, que, apesar de a tese de CARNELUTTI ter tido fundamental importância na caminhada rumo à autonomia conceitual de ônus, ela não é totalmente satisfatória quanto à precisão da noção de ônus.

Desse modo, faz-se necessária a apresentação da visão de MICHELI e de ROSENBERG que, ao contrário de CARNELUTTI, entendem o ônus como uma faculdade, ou um poder de agir, em benefício próprio, sendo lícita a sua inobservância, sem que haja qualquer tipo de sanção ou coação, ou direito de terceiro que exija a sua observância.

4.3 Teoria que considera o ônus como manifestação de um poder para agir

Dentre os diversos autores que classificam o ônus entre as situações jurídicas *ativas*, destacam-se SANTÍS MELENDO, ROSENBERG e MICHELI.⁸⁵

⁸⁴ DEVIS ECHANDÍA. **Teoría general de la prueba**, p. 405. t. 1. Em seguida, o autor apresenta contradições na própria obra de Carnelutti, quando traz concepções do poder e direito subjetivo, que ECHENDÍA entende perfeitamente aplicável ao conceito ônus (DEVIS ECHANDÍA. **Teoría general de la prueba**, p. 406. t. 1).

⁸⁵ Mas, para falar de ônus como manifestação de um poder, é necessário que se inicie o estudo pela obra de BETTI, que adota a fórmula poder-ônus. Para ele, a iniciativa do processo (a ação) é deferida à parte que tem um poder e ao mesmo tempo um dever: um poder-ônus. Tem um poder porque a iniciativa é remetida à vontade da parte, mas é indispensável por colocar em movimento o processo civil. Tem um ônus porque a iniciativa do processo não é imposta à parte, como objeto

Apesar das incursões já feitas ao pensamento de MICHELI, ao demonstrar sua crítica às teses já apresentadas, não é demais lembrar algumas questões específicas apontadas por sobre o ônus ainda no âmbito da teoria geral do direito.

Em primeiro lugar, ele considera a heterogeneidade conceitual entre ônus e obrigação. O sujeito que tem obrigação encontra-se num estado de coação, “que tomará forma “en el resarcimiento del daño y en la sujeción a la ejecución forada, la cual precisamente prescinde de la voluntad (y, por conseguinte, de la libertad) del obligado”.⁸⁶ Já o sujeito de um ônus “es verdaderamente libre de escoger entre la realización del hecho (que la ley pone como condición para la obtención del resultado ventajoso) y la inactividad y, por consiguiente, el resultado desfavorable”.⁸⁷

Em segundo, entende que a necessidade presente no ônus é meramente *prática*, no sentido de que o titular de um poder pode exercitá-lo quando quiser obter um efeito em favor próprio, enquanto uma obrigação indica uma “necesidad jurídica de un determinado comportamiento establecido por una norma, por lo general en orden a la satisfacción de un interés de un sujeto, al que se concede un correlativo poder individual”.⁸⁸

de uma obrigação contra outra pessoa, mas é coordenada de modo exclusivo ou prevalente a um interesse próprio. (BETTI, Emilio. **Diritto Processuale Civile italiano**. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1936. p. 57). BETTI também entende que ao lado da liberdade da parte em agir – tanto para iniciar o processo como também na instrução da causa – encontra-se a auto-responsabilidade da parte. MICHELI também ressalta a obra de RESTA, que entende que o ônus é um vínculo imposto à vontade do sujeito para a proteção de um interesse público (RESTA, **L'onere di buona amministrazione**, in *Annali Università di Macerata*, XII (1938), p. 12 ss, apud MICHELI. **La carga de la prueba**, p. 81, nota 49). Apesar de a doutrina de RESTA ter sido desenvolvida nos domínios do direito administrativo, tem o mérito de examinar o ônus como um modo de ser do poder, de modo particular aqueles poderes funcionais, ligados a um munus. MICHELI, então, ressalta a importância da doutrina, primeiro, em ver o ônus como manifestação de um poder e, também, por demonstrar os diferentes aspectos que o poder pode assumir num ordenamento, segundo se conecte com uma ou outra situação jurídica. (**La carga de la prueba**, p. 82).

⁸⁶ MICHELI. **La carga de la prueba**, p. 64.

⁸⁷ MICHELI. **La carga de la prueba**, p. 65.

⁸⁸ MICHELI. **La carga de la prueba**, p. 67.

E, finalmente, ainda no âmbito da teoria geral do direito, MICHELI considera o ônus um elemento do poder, que o sujeito exercita quando quiser alcançar certo efeito jurídico.⁸⁹

Para MICHELI, o ônus é um conceito essencialmente instrumental e encontra o seu ponto de imersão no processo, precisamente com relação ao *poder processual*, que é instrumental por sua própria natureza.⁹⁰ E continua dizendo que a parte não tem somente um ônus de desenvolver certa atividade se quiser ver tomada pelo juiz a sua própria pretensão, visto que esse ônus se resolve definitivamente no exercício de um poder “*correspondiente a la parte misma de hacer valer el propio interés privado em el modo y en los limites previstos por la ley procesal*”.⁹¹

Não se trata, portanto, de um *dever atenuado* ou de uma *faculdade agravada*, mas de uma *facultas agendi*, de um poder cujo exercício se faz necessário caso o seu titular queira alcançar determinado efeito.

E MICHELI encontra o sentido do ônus processual no critério de *auto-responsabilidade* processual e concorda com FITTING quando ele afirma que “el concepto de carga no es más que la expresión de una consecuencia practica de otras reglas jurídicas”, mas o particular perfil jurídico da responsabilidade processual das partes “impone una consideración más precisa de los poderes

⁸⁹ MICHELI. **La carga de la prueba**, p. 79. “[...] la ley, en determinados casos, atribuye al sujeto el poder de dar vida a la condición (necesaria y suficiente) para la obtención de un efecto jurídico, considerado favorable para dicho sujeto. Se habla en tales supuestos de la integración de la hipótesis jurídica mediante las actividades del sujeto, al cual el orden jurídico atribuye tal poder, cuyo ejercicio representa precisamente el único medio para alcanzar el fin jurídico previsto”. (**La carga de la prueba**, p. 85).

⁹⁰ “Para hacer valer en juicio los propios derechos, se atribuyen a las partes poderes procesales de contenido diverso, tendientes de cualquier manera que seja todos ellos a producir un determinado resultado jurídico, esto es, el pronunciamiento de una providencia jurisdiccional. El *prius* de tales poderes está constituido por la capacidad de ser parte de obrar en el concreto proceso; los respectivos poderes están dirigidos a configurar sucesivamente situaciones procesales favorables a los respectivos titulares, ya sea con la presentaciones de la demanda al juez, ya sea con el cumplimiento de determinadas actividades probatorias. Dada la naturaleza instrumental de tales poderes, és natural que el ejercicio de ellos dependa considerablemente de la entidad de los intereses respectivamente hechos valer; intereses que, en otras palabras, condicionan el interés procesal de las partes en hacer valer los propios derechos ante el juez”. (MICHELI. **La carga de la prueba**, p. 91).

⁹¹ MICHELI. **La carga de la prueba**, p. 96.

reconocidos a dichas partes, en modo de encuadrar la actividade de ellas en el ámbito de lo lícito jurídico”.⁹²

Assim, é que a inobservância de um ônus não constitui um ilícito jurídico, portanto não é sancionado; já o não-cumprimento de uma obrigação constitui um ilícito jurídico, e o sujeito sofre uma sanção.

Dessa maneira é que se pode concluir, juntamente com DEVIS ECHANDÍA, que MICHELI utiliza o melhor da concepção carnellutiana, no que diz respeito ao interesse tutelado pela norma e à liberdade do sujeito diante dessa norma, mas não comete o erro, que considera fatal, de considerar o ônus como uma situação jurídica passiva. Pelo contrário, ao reconhecer o ônus como elemento do poder, livre de coação e de sanção e não exigível por outra pessoa, MICHELI o enquadra entre as situações jurídicas ativas.⁹³

Por todo o exposto até aqui, conclui-se que o conceito de *ônus* e o conceito de *obrigação* são totalmente heterogêneos.

Pode-se, então, apontar as diferenças: a) no ônus o sujeito pode adotar ou não a conduta prescrita pela norma, não havendo nenhuma vinculação jurídica com o outro, o que não acontece na obrigação; b) a norma que institui o ônus tutela interesse do próprio onerado; já na obrigação, a norma tutela interesse do titular do direito subjetivo correspondente; c) não agir quando se trata de um ônus não se configura ato ilícito e, por conseqüência, a inação não é sancionada, ao passo que o não-cumprimento da obrigação se configura ilícito e é sancionado; por fim, d) a obrigação constitui uma situação jurídica passiva, e o ônus, uma espécie de situação jurídica ativa, cujo poder se manifesta na liberdade de agir do onerado.⁹⁴

⁹² MICHELI. **La carga de la prueba**, p. 99-100.

⁹³ DEVIS ECHANDÍA. **Teoría general de la prueba**, p. 415. t. 1.

⁹⁴ Também apresenta conclusão similar PACÍFICO. **O Ônus da Prova no Direito Processual Civil**. p. 36-37.

5 O conceito de ônus da prova

Tendo estabelecido o conceito de prova e o conceito de ônus, torna-se mais fácil estabelecer um conceito de ônus da prova. No entanto, para entender o ônus da prova é preciso dar-se conta dos aspectos peculiares: a) em primeiro lugar, o ônus da prova aparece como regra para o julgador, pois lhe indica como julgar quando não se convencer da veracidade das alegações das partes; entretanto, b) o ônus da prova é tratado como regra de conduta para as partes, indicando qual delas deve provar determinada alegação.⁹⁵

Talvez o aspecto mais importante do ônus da prova seja aquele ligado à atividade do juiz, agindo como *ultima ratio* quando este não se convence da veracidade das alegações das partes, seja por falta completa de prova, seja porque as provas produzidas não foram suficientes para criar a convicção da veracidade, isso porque o juiz não pode se eximir de julgar em caso de dúvida.

Ônus da prova pode ser entendido, então, como essa regra de julgamento por meio da qual o juiz saberá como julgar quando não estiver convencido da veracidade das alegações, mas o ônus da prova também indica qual das partes deve produzir as provas das alegações para que o julgamento não lhe seja desvaforável.

Assim, o próximo capítulo se ocupará em desenvolver os aspectos dogmáticos do ônus da prova, ajudando a estabelecer especificamente o seu conceito.

⁹⁵ DEVIS ECHANDÍA. **Teoria general de la prueba**, p. 424. t. 1.

TÍTULO II PERFIL DOGMÁTICO DO ÔNUS DA PROVA

Como já asseverado, o ônus da prova pode tomar duas feições: por um lado, trata-se de *regra de julgamento*, porque indica ao juiz como julgar no caso de uma instrução probatória insuficiente, evitando um *non liquet*; por outro lado, é considerado uma *regra de conduta* para as partes, identificando-se com a necessidade de as partes fornecerem as provas das alegações fáticas relevantes em seu favor, sob pena de conseqüências desfavoráveis.

O primeiro aspecto, dirigido ao juiz – reconhecido como *regra de julgamento* – talvez seja o mais importante na evolução do conceito de ônus. Mas o segundo, também, tem a sua importância, especialmente quando se verifica que, caso as partes não provem suficientemente os pressupostos fáticos das suas alegações, elas correrão o risco de sucumbir.⁹⁶

No entanto, antes da análise da diferença entre o ônus objetivo e o ônus subjetivo, para depois analisar os critérios utilizados pelos autores para a distribuição do ônus da prova, é imprescindível apresentar, ainda que sucintamente, a distinção entre ônus da alegação (também chamado ônus da afirmação) e o ônus da prova.⁹⁷

1 Ônus da prova e ônus da alegação

⁹⁶Já se verificou no capítulo anterior que o resultado adverso para aquele a quem correspondia a prova e não o fez não deriva de uma obrigação ou de um dever já que não existe direito correspondente a exigir que se cumpra, nem existe sanção pela omissão. Assim, a parte onerada tem absoluta liberdade de escolher a conduta que irá seguir. Cf. DEVIS ECHANDÍA. **Teoria general de la prueba**, p. 425. t. 1.

⁹⁷ ROSENBERG. **La carga de la prueba**. p. 39 ss; MÚRIAS. Pedro Ferreira. **Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova**. Lisboa: Lex, 2000. p. 35 ss; DEVIS ECHANDÍA. **Teoria general de la prueba judicial**. p. 426-427. t. 1.

A distinção entre ônus da prova e ônus da alegação é importante especialmente porque este trabalho parte do pressuposto de que o tema de prova são as alegações fáticas controvertidas e pertinentes, e que os fatos, que por sua vez existem ou não existem, não podem ser provados. Conforme já analisado, “los hechos no se prueban; los hechos existen. Lo que se prueba son afirmaciones, que podrán referirse a hechos”.⁹⁸

Para ROSENBERG as partes devem introduzir os fatos que devem ser levados em consideração na sentença, através de afirmações, ou alegações, e esse é o ônus da alegação confiado às partes.⁹⁹

Dessa forma, existe para as partes um ônus de alegar e um ônus de provar a alegação.¹⁰⁰

A alegação precede o oferecimento de uma prova, de forma que somente o que foi alegado pelas partes é que poderá ser levado em consideração pelo juiz.¹⁰¹ Isso quer dizer que o juiz analisa primeiramente as alegações para, depois, decidir sobre eventuais questões ligadas às provas dessas afirmações. Somente as partes podem definir as circunstâncias de fato que servem para fundar a sua petição e daí formular as suas afirmações. Para ALVARO DE OLIVEIRA “o fato principal com que trabalha o órgão judicial é sempre e só fornecido pelas partes”.¹⁰²

Nesse sentido, não há que se confundir de modo nenhum “o momento inicial consistente na alegação dos fatos jurídicos, que dão substrato à pretensão

⁹⁸ SANTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba**: los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: Europa-America, 1979. p. 12.

⁹⁹ ROSENBERG. **La carga de la prueba**, p. 39.

¹⁰⁰ O artigo 282 do Código de Processo Civil brasileiro traz em seu inciso III a norma segundo a qual o autor deve trazer na petição inicial as alegações sobre o fato, bem como os fundamentos jurídicos do pedido. Também no artigo 300, reconhece-se a norma que determina que o réu deve alegar em sua contestação toda a matéria de sua defesa

¹⁰¹ FARIA, Rita Lynce de. **A inversão do ônus da prova no Direito Civil português**. Lisboa: LEX, 2001. p. 17.

¹⁰² ALVARO DE OLIVEIRA. **Do Formalismo no Processo Civil**, p. 146.

sub judice, com o momento posterior, interno ao processo, concernente às demonstrações de cunho probatório”.¹⁰³

A questão há de clarear quando se pensa num fato notório. No item 1.1 deste trabalho, já se comentou acerca das alegações sobre fatos que não dependem de prova, quais sejam, as arroladas no artigo 334 do Código de Processo Civil. Dentre os fatos ali arrolados, estão os fatos notórios.

Pode-se, de maneira errônea, imaginar que um fato notório, por ser de conhecimento público, não precisa ser alegado pela parte. Porém, caso a parte pretenda uma conseqüência de um fato notório, ela não está dispensada pela lei de alegá-lo. O que a lei dispensa é a *prova* dessa alegação.¹⁰⁴ O que significa dizer que a parte tem o ônus da alegação, mas não tem o ônus da prova.

Dito isso, faz-se mister esclarecer a norma constante no artigo 131 do Código Civil que estabelece que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, **ainda que não alegados pelas partes**; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Para o correto entendimento da norma, é preciso trazer à baila a diferenciação entre *fatos principais*, que são aqueles essenciais, que constituem a *causa petendi*, e os *fatos secundários*. Para ALVARO DE OLIVEIRA esses últimos têm alguma relevância em juízo, “não como fatos constitutivos, extintivos ou impeditivos da relação ou do estado de *quo agitur* (fatos “principais” ou “jurídicos”),

¹⁰³ ALVARO DE OLIVEIRA. **Do Formalismo no Processo Civil**, p. 150.

¹⁰⁴ MARINONI; ARENHART. **Comentários ao Código de Processo Civil**: do processo de conhecimento, arts. 332 a 341, p. 395. v. 5, t. 1. Os autores são precisamente claros ao explicar que a confusão entre a necessidade de alegar ou provar um fato notório está na falta de distinção entre afirmação de fato – como componente da pretensão – e regra de experiência – como regra de juízo. “Quando um fato constitui uma regra de experiência, essa é uma regra da qual o juiz se vale para julgar o litígio e, assim, os fatos que lhe dão conteúdo. Nessa perspectiva, a regra de experiência tem semelhança com uma regra de direito. Ao contrário, o fato notório faz parte da pretensão e, por isso, deve ser deduzido. De modo que, nesse caso, há um fato que precisa ser alegado, mas não necessita ser provado.” (MARINONI; ARENHART. **Comentários ao Código de Processo Civil**: do processo de conhecimento, arts. 332 a 341, p. 395. v. 5, t. 1).

mas enquanto fatos dos quais, direta ou indiretamente, possa deduzir-se a existência ou inexistência ou o modo de ser dos fatos jurídicos”¹⁰⁵

Quando o artigo 131 do Código de Processo Civil estabelece que o juiz pode levar em consideração, *ex officio*, fatos não alegados pelas partes, está-se referindo aos fatos secundários.¹⁰⁶

Assim, quando se fala em ônus da alegação, está-se diante da inadmissibilidade de consideração, pelo tribunal de fatos principais não-alegados pelas partes no momento em que deveriam fazê-los.

MÚRIAS entende que a parte tem o ônus de alegar determinados fatos e, caso não o faça, a decisão terá que se fundar no contrário daquilo que caberia à parte alegar. Para explicar seu raciocínio, dá o seguinte exemplo:

Caio propõe contra Tício acção declarativa do seu direito de propriedade, adquirido por usucapião, sobre certo imóvel, com fundamento em posse em nome próprio durante vinte e um anos. Tício impugna a duração da posse. Prova-se que a posse durou 17 anos. Na discussão do aspecto jurídico da causa, Caio pretende a procedência, pois a sua posse fora de boa fé. O tribunal absolve Tício, visto que Caio não invocara antes a boa fé e, *sendo a posse de má fé*, são necessários vinte anos para a aquisição do direito (art. 1296º). A posse ou é de boa fé ou de má fé. Se há o ônus de alegar a boa fé, não sendo ele cumprido, decide-se com fundamento na má fé.¹⁰⁷

¹⁰⁵ ALVARO DE OLIVEIRA. **Do Formalismo no Processo Civil**, p. 154, nota 56.

¹⁰⁶ MARINONI e ARENHART afirmam a existência de fatos que podem ser provados sem sequer serem alegados e apresentam como exemplo um fato indiciário. Ainda que não alegado, pode ser fixado como controvertido de ofício, desde que o juiz justifique a sua decisão e dê oportunidade para as partes pronunciarem. É de se pensar que, se o fato foi fixado como controvertido de ofício, a determinação da produção de prova sobre aquele fato também virá de ofício, apesar das partes poderem requerer a prova em relação a eles. (MARINONI; ARENHART. **Comentários ao Código de Processo Civil**: do processo de conhecimento, arts. 332 a 341, p. 395. v. 5, t. 1).

¹⁰⁷ MÚRIAS. **Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova**, p. 36.

Conclui-se, portanto, que quando o tribunal decide como se tal fato não existisse (boa-fé), na realidade ele decide com fundamento na versão contrária à que deveria ter sido alegada pela parte (má-fé).

Existe uma proximidade entre ônus da prova e ônus da alegação.¹⁰⁸

Na maioria dos casos, quem possui o ônus de alegar determinado fato possui, também, o ônus de provar essa alegação. Entretanto, existem exceções, como numa ação de indenização por não-cumprimento de uma obrigação de fazer: o credor que pretende a obrigação tem que alegar o descumprimento, mas o ônus da prova é do devedor, porque se trata de fato negativo.

Ademais, nos casos de inversão do ônus da prova, não corresponde da mesma forma uma inversão do ônus da alegação. Também nos casos de distribuição dinâmica do ônus da prova, não acontecerá, necessariamente, também, uma distribuição dinâmica do ônus da alegação.

Não se pode confundir, portanto, ônus da prova com o ônus da alegação.

¹⁰⁸ ROSENBERG chega a afirmar que eles são inteiramente correspondentes, sendo igual tanto o objeto quanto o alcance ROSENBERG. **La carga de la prueba**, p. 44-48

2 Ônus objetivo e ônus subjetivo

Conforme já asseverado, a doutrina apresenta o ônus da prova sob dois aspectos, que correspondem ao *ônus objetivo* e ao *ônus subjetivo* da prova.¹⁰⁹

Para melhor entender essa divisão do ônus da prova entre objetivo e subjetivo, é interessante lembrar que, no processo de conhecimento, o autor pleiteia a produção de um efeito jurídico da norma que incidirá sobre o fato, ou conjunto de fatos, que a ela interessa e que são relevantes. Sobre esse efeito, incumbe ao órgão competente se pronunciar, de forma que, no processo mental do julgador, estejam sempre presentes *norma* e *fato*.

No que diz respeito às normas jurídicas, pressupõe-se o seu conhecimento pelo juiz (*iura novit curia*), e, nesse caso, quando há lacunas, o ordenamento jurídico prevê as possibilidades de eliminá-las.

Ocorre que o juiz só obterá o conhecimento dos fatos por meio das alegações e provas produzidas pelas partes. E, por óbvio, é possível que as partes não logrem êxito completo ao realizar a produção das provas, deixando também, nesse campo, lacunas, contradições ou obscuridades. Dessa forma, o

¹⁰⁹ MÚRIAS. **Por uma distinção fundamentada do ônus da prova**, p. 19, traz uma distinção que ele considera mais relevante do que propriamente a distinção entre ônus objetivo e ônus subjetivo, que é a distinção entre uma perspectiva objetiva e uma perspectiva subjetiva do ônus da prova, sendo aquela concernente às questões discutidas, e esta, às partes em litígio. Para ele a diferença entre ônus objetivo e ônus subjetivo é uma diferença dogmática com efeitos práticos, enquanto a diferença de perspectivas ocorre apenas no plano dos conceitos e das linguagens utilizados. O autor também lembra a importância de não confundir distinção entre ônus da prova e distribuição do ônus da prova. “Ao falarmos em ônus da prova, dizemos que, nos casos de insuficiência de prova quanto a algum facto juridicamente relevante, o decisor jurídico – em princípio, o tribunal – julga de acordo com uma das versões discutidas, a versão privilegiada, em prejuízo da outra, a versão onerada, não podendo optar por uma terceira decisão, independente dessas versões. [...] A idéia de distribuir o ônus da prova, em primeiro lugar, corresponde a determinar a sua direcção, a escolher qual das versões é afinal beneficiada e qual delas é onerada. Sempre que a decisão deva assentar no ônus, é então necessária a distribuição.”

juiz não tem o conhecimento completo dos fatos relevantes para formar o seu convencimento.

Diante dessa situação, era permitido que *iudex romano* jurasse o *sibi non liquet* e se abstinisse de julgar. Nesses casos, o juiz não se pronunciava sobre o mérito da causa, simplesmente declarando encerrado o processo. Também, já se permitiu que o juiz julgasse segundo a sua *íntima convicção* ou, ainda, que se inspirasse na *eqüidade* para dar fim ao litígio.¹¹⁰ Mas nenhuma dessas alternativas foi a adotada pelas legislações mais modernas.

Ao explicar o mecanismo atual, compreender-se-á claramente a diferença entre *ônus objetivo* e *ônus subjetivo* da prova.

O litigante é quem detém o maior interesse em que o juiz se convença da veracidade de suas alegações.¹¹¹ Esse interesse obviamente estimula a parte a provar a alegação sobre o fato, persuadindo o órgão judicial de que ela é verdadeira, e que o fato realmente ocorreu. Essa necessidade de as partes aportarem provas a seu favor, sob pena de verem a sua pretensão desatendida, constitui o *ônus subjetivo* da prova.

O nascimento do viés objetivo do *ônus* da prova deu-se na Alemanha e na Áustria. Uma necessidade de adaptar o conceito de *ônus da prova*, herdado do direito comum a um processo no qual o juiz tem poderes instrutórios e pode formar a sua própria convicção sobre todo o material probatório, fez com que o aspecto subjetivo do *ônus* da prova perdesse sua força.

No processo austríaco, no qual a atividade instrutória do juiz aparece absolutamente predominante com relação à atividade das partes, passou-se, assim, a sustentar a existência de um *ônus* da prova somente em seu aspecto

¹¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e *ônus* da prova. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 73, s. 2.

¹¹¹ BARBOSA MOREIRA. **Julgamento e *ônus* da prova**, p. 74.

objetivo.¹¹² Dessa maneira, construiu-se, ao lado do aspecto subjetivo do ônus, o seu aspecto objetivo, totalmente ligado à atividade jurisdicional.

Pode-se, então, afirmar que o aspecto *objetivo* do ônus da prova auxilia o julgador na decisão diante dos casos de insuficiência de prova e existência de dúvida quanto à questão fática.¹¹³ Ele indica ao juiz por “qual das versões disputadas deve decidir-se quando é incerta a verificação de algum facto pertinente”.¹¹⁴

Diante da divisão do ônus da prova entre *ônus subjetivo* e *ônus objetivo*, a doutrina especializada dá maior relevância ao aspecto *objetivo*, o qual considera o ônus da prova como uma regra de julgamento.

Na Alemanha, ROSENBERG, ao indagar como deve agir o juiz no litígio em que a produção das provas realizada pelas partes seja insuficiente, não lhe produzindo uma convicção de certeza, responde que somente as regras sobre o ônus da prova é que podem auxiliar o juiz a decidir nesses casos. A essência e o valor das normas sobre o ônus da prova são a “*instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante*”.¹¹⁵ (grifos do autor).

Na Itália, a opinião de MICHELI também é no sentido de que não existem aspectos antitéticos sobre o ônus da prova, mas um fenômeno único que consiste em uma regra de julgamento, segundo a qual “el juez es colocado en la condición

¹¹² MICHELI. **La carga de la prueba**, p. 105-106.

¹¹³ “O Juiz somente utilizará as normas de distribuição dos **ônus da prova**, quando o produto da atividade de instrução se revela insuficiente para formar no espírito do julgador uma convicção razoavelmente sólida a respeito dos fatos.” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70003044039, Décima Terceira Câmara Cível, Relator: Des. Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 20/12/2005)

¹¹⁴ MÚRIAS. **Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova**, p. 21.

¹¹⁵ ROSENBERG. **La carga de la prueba**, p. 1-2.

de pronunciar en todo caso, aún cuando él no esté en situación de formarse la própria convicción acerca de la existencia de hechos relevantes”.¹¹⁶

No Brasil, também consideram o *ônus objetivo* o aspecto essencial do ônus da prova OVIDIO BAPTISTA A. DA SILVA,¹¹⁷ BARBOSA MOREIRA,¹¹⁸ PONTES DE MIRANDA,¹¹⁹ ERNANI FIDÉLIS DOS SANTOS.¹²⁰

Teria, então, o aspecto subjetivo do ônus da prova perdido a sua significância?

A resposta deve ser negativa. Ainda diante de normas como as contidas no artigo 130 do Código de Processo Civil¹²¹ e sendo ambos os litigantes convocados a colaborar no descobrimento da verdade, conforme artigo 339 do referido diploma legal,¹²² o ônus subjetivo tem sua importância, mesmo que atenuada.

BARBOSA MOREIRA, com clareza, demonstra uma relevância mais psicológica que jurídica do ônus subjetivo da prova, ao entender que, mesmo que a parte saiba que a prova que lhe cabe o ônus de produzir possa ser introduzida no processo pela parte adversa ou resultar dos esforços do juiz, não parece ficar tranqüila, esperando que alguém produza a prova para ela.

Inverossímil afigura-se a hipótese de permanecer inerte o autor ou o réu, deixando de aproveitar as oportunidades que se lhe abrem de produzir prova, para calmamente aguardar que a certeza sobre

¹¹⁶ MICHELI. *La carga de la prueba*, p. 175

¹¹⁷ *Curso de processo civil*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 343. v. I.

¹¹⁸ O juiz e a prova, *Revista de Processo*, n. 35, p. 181, jul./set. 1984.

¹¹⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 270-271. t. IV.

¹²⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 5. v. III, t. I.

¹²¹ “**Art. 130.** Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

¹²² “**Art. 339.** Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.”

o fato seja estabelecida graças às pesquisas do juiz ou às declarações do adversário.¹²³

Isso porque a parte interessada na produção de prova, na maioria das vezes, é quem está em melhores condições de indicar as fontes e de ter acesso a elas.

Reconhecidos os dois aspectos do ônus da prova, ainda que a sua essência se encontre no ônus objetivo, como regra de julgamento, nos casos em que o juiz deve dele se utilizar para proferir a sua sentença, não se pode relegar a importância do ônus subjetivo. E seja sob um ou outro aspecto é importante uma prévia *distribuição do ônus da prova*.

Passa-se, assim, à análise dos critérios já apresentados pela doutrina especializada para a distribuição dos ônus probatórios.

¹²³ José Carlos Barbosa Moreira. **Julgamento e ônus da prova**. p. 78. José Frederico Marques também entende ser uma *necessidade jurídica* a produção de provas pelas partes (**Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 2, p. 188).

TÍTULO III A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Como se afirmou, o aspecto essencial do ônus da prova é o aspecto objetivo que o qualifica como uma *regra de julgamento* para o juiz evitar o *non liquet*, pois “la seguridad jurídica, la armonía social, el interés general en que se realicen los fines propios del proceso y la jurisdicción, reclaman su existencia”.¹²⁴

E uma vez que o juiz necessita usar essa regra de julgamento (o ônus da prova) para decidir, tendo em vista que a instrução probatória se mostrou insatisfatória, é imprescindível uma prévia distribuição desse ônus para que se possa definir quem suportará a situação de desvantagem, quiçá a perda do processo. Daí a indissociabilidade entre o aspecto objetivo e o aspecto subjetivo do ônus da prova.

Buscou-se, então, ao longo dos anos, critérios para identificar qual das partes suportará uma decisão desfavorável, em razão do não-convencimento do juiz diante do escasso material probatório disponível nos autos.

É impossível trabalhar com segurança os fenômenos ligados ao ônus da prova, quando não se tem uma idéia exata dos critérios de distribuição desse ônus entre as partes, matéria que será objeto de estudo deste capítulo.

1 Referências históricas e fundamentos dos critérios de distribuição do ônus da prova

¹²⁴ DEVIS ECHANDÍA. *Teoria general de la prueba judicial*, p. 451, t. 1.

Desde o direito romano, buscam-se critérios para a distribuição do ônus da prova. E é dessa época a herança de princípios como *onus probandi incumbit actori; necessitas probandi incumbit ei qui agit; actore non probante, reus est absolvendus; reus in excipiendo fit actori; reus in excipiendo, actor est.*¹²⁵

O critério utilizado naquela época era a *posição ocupada pelas partes no processo.*

No direito medieval, o critério passa a ser a *qualidade dos fatos afirmados* (positivos ou negativos), segundo o qual não se provam os fatos negativos.

A partir da insuficiência desses elementos, a doutrina parte em busca de outros que pudessem atender melhor à distribuição justa e equitativa do ônus da prova.¹²⁶

BUZAID classifica as teorias que explicam os critérios de distribuição do ônus da prova em antigas e modernas.¹²⁷

Entre as antigas, encontram-se as teorias desenvolvidas por BENTHAM, WEBBER, BETHMANN-HOLLWEG, FITTING, GIANTURCO e DEMOGUE. Elas foram magistralmente analisadas por SOARES DE FARIAS em sua dissertação apresentada para o concurso à cadeira de professor de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1936, denominada *Principaes Theorias relativas ao onus probandi.*¹²⁸

Existem também teorias que têm como critério de distribuição do ônus da prova a natureza constitutiva, extintiva, impeditiva ou modificativa dos fatos, que exerceram influência em diversos ordenamentos jurídicos.

¹²⁵ PELEGRINI, José Francisco. Do ônus da prova: crítica do Art. 333 do CPC. **Ajuris**, Porto Alegre. n. 16, p. 46, 1979 ; BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. **Revista de Direito Processual Civil**, v. 4, p. 8, jul./dez. 1961.

¹²⁶ BOAVENTURA PACÍFICO. **O ônus da prova no direito processual civil**, p. 78- 79.

¹²⁷ BUZAID. **Do ônus da prova**, p. 7 ss.

¹²⁸ SOARES DE FARIAS, S. **Principaes theorias relativas ao onus probandi**. São Paulo: Empreza Graphica da "Revista dos Tribunaes", 1936. As teorias analisadas por SOARES DE FARIAS foram integralmente seguidas por SANTOS. **Prova judiciária no cível e comercial**, p. 100 ss. v. 1.

E, ainda, são relevantes as teorias desenvolvidas por ROSENBERG e MICHELI, os dois maiores expoentes da matéria aqui analisada, que exerceram grande influência na formação do artigo 333 do Código de Processo Civil.

Os fundamentos que embasam os critérios de distribuição do ônus da prova não são simples de explicar.

CHIOVENDA, por exemplo, ao analisar a hipótese de o ônus da prova recair integralmente sobre o autor, ou seja, exigir do autor a prova de fatos constitutivos, mas também impeditivos ou extintivos, rechaça-a por completo, porque dessa maneira se estaria negando ao autor qualquer possibilidade de proteção jurídica. Dessa forma, ele se baseia na distribuição do ônus da prova em critérios de *oportunidade* e de *igualdade*.¹²⁹

ROSENBERG, que analisa profundamente o problema da fundamentação da distribuição do ônus da prova, inicia fazendo a mesma pergunta: por que não atribuir ao autor todo o ônus da prova? Por que o demandado também tem de suportar as conseqüências da falta de prova?

E a essa indagação, diferentemente de CHIOVENDA, responde que a distribuição do ônus entre autor e réu se faz necessária por razões de *exigência da conveniência e da justiça comutativa*. “Pues, efectivamente, se quitaria de antemano toda probabilidad de éxito a cualquier demanda judicial, haciéndola con esto imposible, si se exigiera del demandante toda la prueba”.¹³⁰ Isso porque se entregaria o direito ao demandado, e o estado de insegurança jurídica seria tamanho que equivaleria já a total falta de proteção.

ROSENBERG afirma que toda a economia nacional depende da segurança de poder realizar os direitos privados, e toda a sociedade espera que o credor possa socorrer-se do órgão estatal pedindo proteção jurídica, e mais que isso, que ele

¹²⁹ CHIOVENDA. **Instituições de direito processual civil**. p. 379. v. 2. O critério da igualdade parece ser o fundamento de várias outras teorias, conforme se verá no decorrer da exposição, incluindo a que se proporá ao final deste trabalho, qual seja, uma distribuição dinâmica do ônus da prova.

¹³⁰ ROSENBERG. **La carga de la prueba**, p. 84.

possa ver o seu pedido atendido sem grandes dificuldades. E, citando WACH, conclui que “la distribución adecuada y prudente de la carga de la prueba es una de las instituciones más necesarias o por lo menos más deseables del orden jurídico”.¹³¹

Ademais, ROSENBERG afirma que um princípio distributivo não se pode extrair de uma justiça comutativa, de forma que ele rechaça por completo a idéia de o juiz distribuir o ônus da prova seguindo *la estrella de la justicia*. Isso porque, quando um indivíduo decide livremente segundo a justiça, “decide conforme con sus sentimientos, y no de acuerdo con principios”. E conclui que só a lei pode ser pauta para guiar o juiz.¹³²

DEVIS ECHANDÍA concorda com ROSENBERG, diferenciando a necessidade de liberdade do juiz na apreciação e produção de prova e a liberdade para distribuir o ônus da prova: “aquella é indispensable para una mejor justicia; ésta, en cambio, se convertiría en un peligro para la justicia, pues daría lugar a la incertidumbre y a facilitar la arbitrariedad”.¹³³

ROSENBERG também se refere a uma parte da doutrina que entende estar o fundamento da distribuição do ônus da prova na *máxima dispositiva*.

Para ele, entretanto, a teoria explica o aspecto subjetivo do ônus da prova – que “las partes en general tienen la tarea, en el proceso civil, de presentar afirmaciones y de suministrar la prueba para ellas”. Mas não explica sobre qual das partes deve recair a desvantagem no caso de não se haver afirmado ou provado um fato. Ou seja, falha porque não explica o essencial que é o aspecto objetivo do ônus da prova. “Con otras palabras: la máxima dispositiva sólo nos enseña que una parte debe suministrar la prueba en el proceso, pero no nos dice *cual* ha de ser esta parte”.¹³⁴(grifo do próprio autor).

¹³¹ WACH, **ZZP**, 29. 365, citado por ROSENBERG. **La carga de la prueba**, p. 85, nota 4

¹³² ROSENBERG. **La carga de la prueba**, p. 85.

¹³³ DEVIS ECHANDÍA. **Teoría general de la prueba**, p. 452. t. I.

¹³⁴ ROSENBERG, **La carga de la prueba**, p. 86. E, no mesmo sentido, o autor cita LEONHARD, R. SCHMIDT, STEIN-JONAS-SCHÖNKE, LORSCH, KRESS e LOTMAR.

Outros autores ainda afirmam que o fundamento da distribuição do ônus da prova seria uma consequência da *estrutura contraditória do processo*, de forma que só se espera que cada parte alegue o que lhe seja favorável, tomando-se essa alegação unilateral como base da sentença, corrigindo essa imperfeição pela oitiva de ambas as partes.¹³⁵ ROSENBERG diverge desse posicionamento porque o vê da mesma forma que a máxima dispositiva.¹³⁶ Além do mais, os autores sustentam a presença do contraditório no processo penal – em que nega veementemente a distribuição do ônus da prova – o que desmantela o fundamento de a distribuição do ônus da prova constituir uma mera consequência da estrutura contraditória do processo.

Há ainda autores que vêem na *lógica* o fundamento para a distribuição do ônus da prova. No entanto, tal teoria não pode ser acolhida, porque qualquer solução que se adote na distribuição do ônus da prova encontra um respaldo lógico. Essa é a posição de DEVIS ECHANDÍA, ROSENBERG e CHIOVENDA.¹³⁷ A razão de a lógica não ser um fundamento para a distribuição do ônus da prova não tira o seu mérito de estar sempre presente quando houver distribuição do ônus da prova. Ou seja, ela não serve como único fundamento para a distribuição do ônus, mas toda distribuição do ônus que tira de uma das partes a sua totalidade tem um fundamento lógico.¹³⁸

Após analisar esses fundamentos, DEVIS ECHANDÍA entende que o fundamento da distribuição do ônus da prova se encontra nos princípios da lógica, da justiça distributiva e da igualdade das partes perante a lei e o processo, ou seja, “en la necesidad de darle a todas las partes una adecuada oportunidad y una guía segura para la defensa de sus derechos y de su libertad”.¹³⁹

¹³⁵ STEIN-JONAS-SCHÖNKE, *ZPO*, § 282, nota 24g, citado por ROSENBERG. **La carga de la prueba**, p. 87.

¹³⁶ DEVIS ECHANDÍA, em **Teoría general de la prueba judicial**, p. 453, t. 1 discorda de ROSENBERG, porque, para ele, a máxima dispositiva somente limita a iniciativa do processo às partes, mas não tem influência quando se trata de discutir os fatos controvertidos e as provas.

¹³⁷ DEVIS ECHANDÍA. **Teoría general de la prueba judicial**, p. 453. t. 1.; ROSENBERG. **La carga de la prueba**, p. 88; e CHIOVENDA, **Instituições de direito processual civil**, p. 379. v. 2.

¹³⁸ DEVIS ECHANDÍA. **Teoría general de la prueba judicial**, p. 453. t. 1.

¹³⁹ DEVIS ECHANDÍA. **Teoría general de la prueba judicial**, p. 453. t. 1.

Passa-se, então, ao estudo das teorias sobre os critérios de distribuição do ônus da prova.

2 Teorias sobre a distribuição do ônus da prova

2.1 Teoria da normalidade

Para os adeptos da teoria da normalidade, o ônus da prova recai sobre a parte que alegar um fato *anormal*, já que o normal se presume.

Para melhor compreender essa teoria, é preciso ter uma noção do que é o normal. O normal são as liberdades jurídica, econômica, física, o cumprimento da lei e o respeito aos direitos alheios. Assim, quem alega que outra pessoa lhe está sujeita por uma obrigação, ou que violou uma norma legal e deve restituir as coisas ao estado anterior, terá que provar o nascimento do vínculo ou essa situação prévia e sua perturbação ou o ato que violou a lei; provado o nascimento do direito e a obrigação do demandado, o normal é que subsista, de modo que se deve presumir e impor a prova a quem alegue que a obrigação se extinguiu por cumprimento ou outra causa legal.¹⁴⁰

A crítica que se pode fazer ao critério da normalidade para a distribuição do ônus probatório está no fato de que estabelecer o que é normal depende de certa subjetividade, e o que é normal hoje pode não ser normal daqui a alguns anos, uma vez que a normalidade se relaciona diretamente aos princípios religiosos, culturais, políticos e morais de cada época. Por exemplo, há 20 anos, não se poderia considerar normal o relacionamento de duas pessoas que vivessem como se casadas fossem, constituindo uma entidade familiar, pois, tanto a lei quanto a religião e a moral da época não permitiam nenhum tipo de entidade familiar que não a advinda do casamento.

¹⁴⁰ DEVIS ECHANDÍA. *Teoría general de la prueba judicial*, p. 462. t. 1.

Apesar de superada, essa teoria pode se apresentar como guia para a criação de presunções legais, bem como para que o juiz possa valorar os indícios e concluir, através da presunção judicial, fatos presumidos.

2.1 A teoria fundada na natureza dos fatos (constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos)

O estudo da teoria fundada na natureza dos fatos tem especial importância porque foi esse o critério utilizado pelo Código de Processo Civil brasileiro em seu artigo 333.

Para os adeptos dessa tese, não é a situação processual da parte (demandante ou demandado), nem a forma como se apresentam os fatos (afirmativos ou negativos) que determinam a distribuição do ônus da prova.

CHIOVENDA, um dos representantes dessa teoria, inicia o seu estudo afirmando que a disciplina do ônus da prova “figura entre os problemas vitais do processo”.¹⁴¹

Passa esse autor, então, a analisar os princípios romanos sobre o ônus da prova. Para ele o princípio *necessitas probandi incumbit ei qui agit* é insuficiente, porque muitas vezes a prova é atribuída àquele que não agiu, ou seja, ao réu. Também são insuficientes os princípios *ei incumbit probatio qui dicit no qui negat* e *per rerum naturam factum negantis probatio nulla est*, porque resta apurar à qual das partes se referem tais fatos e o que se deve entender por *dicere* e por *factum*. Por conseqüência, aquele autor repudia a famosa máxima *affirmanti non neganti*

¹⁴¹ CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*, p. 375. v. 2.

incumbi probatio, transfigurada no princípio *negativa non sunt probanda*, porque são originadas dos princípios romanos anteriormente referidos. Para ele, em muitíssimos casos, não seria possível saber como aplicar tal princípio, por não ser possível estabelecer qual é o fato positivo ou qual é o fato negativo.¹⁴²

Consoante CHIOVENDA, se o réu negar os fatos alegados pelo autor, enquanto este não os provar, aquele não tem necessidade de provar coisa alguma (*actore non probante reus absolvitur*). O interesse, pois (e o ônus) *da prova* do réu surge somente quando o não afirmar e o não provar resultar em *prejuízo*; e isso ocorre quando o autor “já provou fatos *idôneos para constituir* um direito ao seu prol, de sorte que o juiz teria de acolher a demanda, se a parte contrária não firmasse e provasse fatos que se lhe oponham”. O réu pode, nesse sentido, ter dois tipos de atitude: a) ou o réu alega e prova fatos que demonstram a *inexistência* do fato provado pelo autor (diz-se, nesse caso, que o réu produzirá *prova contrária ou contraprova*); b) ou o réu, “sem excluir o fato provado pelo autor, afirma e prova *um outro* que lhe elide os efeitos jurídicos, e aí temos a verdadeira *prova do réu*, a prova da *exceção*”.¹⁴³

O referido autor, no entanto, não considera fácil estabelecer se um fato é uma negação do fato afirmado pelo autor – sujeito à prova somente quando o autor provar o fato constitutivo – ou se é um fato jurídico autônomo, fundamento de um meio autônomo de defesa.¹⁴⁴

Na tentativa de esclarecer essa questão, CHIOVENDA traça as diferenças entre as naturezas dos fatos (constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos).

¹⁴² CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*, p. 376-378. v. 2.

¹⁴³ CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*, p. 379-380, v. 2.

¹⁴⁴ E exemplifica com um caso segundo o qual o autor afirma que o réu se obrigou a dar 100. O réu, por sua vez, confirma, mas diz que o fez *por brincado*. E pergunta: Terá o autor de provar *somente* que o réu se obrigou, ou *também* que se obrigou *a sério*? Deve-se considerar como fato *constitutivo* do direito o falar *a sério*, ou como fato *impeditivo* o falar *por brincado*? (Grifos do autor.). CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*, p. 381. v. 2.

Para tanto, recorre à *teoria da normalidade*,¹⁴⁵ para encontrar a distinção entre condições genéricas e condições específicas das relações jurídicas.

Condições específicas são aquelas próprias, imediatas, essenciais à relação: o consenso sobre o objeto da compra e venda, o preço, o contrato escrito para bens imóveis, pois essas são as condições específicas das quais depreendem os efeitos jurídicos de uma compra e venda. São fatos que determinam a existência de dado direito, que dão vida a uma vontade concreta da lei e à expectativa de um bem por parte de alguém.¹⁴⁶ Esses são os *fatos constitutivos*, cuja prova incumbe ao autor.

Já as condições genéricas são as outras gerais, comuns também a outras relações jurídicas (capacidade e consentimento, por exemplo), e que são consideradas *normais, constantes, habitualmente ocorriáveis*.¹⁴⁷ Essas últimas não são consideradas fatos constitutivos, mas devem ocorrer junto com eles, para que possam produzir o efeito jurídico que lhes é próprio. A falta de uma das circunstâncias impede o direito de ter vida, considerando-se um *fato impeditivo*.

PATTI aduz que as dificuldades teóricas e de enquadramento sistemático atingem a qualificação dos fatos como impeditivos. Alguns autores entendem que o fato impeditivo é o “inverso”, o “contrário” do fato constitutivo. Para ele, parece mais atrativa a tese segundo a qual o fato impeditivo tem relevância autônoma, não sendo um elemento integrante da *fattispecie*. A lei pode atribuir a um fato a aptidão de influenciar *ad externo* a eficácia de outro fato, impedindo a formação de seus efeitos.¹⁴⁸ Assim, “o fato impeditivo não impede a formação da *fattispecie* da qual o fato constitutivo faz parte e visa a constituir”, ele apenas impede a produção dos efeitos que o fato constitutivo visava a produzir. “O fato constitutivo é sempre

¹⁴⁵ Serve aqui também a crítica já feita à teoria da normalidade, uma vez que é extremamente frágil a determinação do que é e do que não é normal.

¹⁴⁶ CHIOVENDA. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 381. v. 2.

¹⁴⁷ CHIOVENDA. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 382. v. 2.

¹⁴⁸ PATTI. Salvatore. *Prove. Disposizioni generali*. Bologna: Nicola Zanichelli, 1987. p. 91-92.

suficiente para dar origem a *fattispecie*, mas o fato impeditivo retira a sua eficácia ou impede que ela produza seus efeitos”.¹⁴⁹

Os *atos extintivos* são aqueles que “fazem cessar uma vontade concreta de lei e a conseqüente expectativa de um bem”, já os *atos modificativos* “pressupõem válida a constituição do direito, mas tendem a alterá-lo”.¹⁵⁰

Para CHIOVENDA, em suma, o autor deve provar os fatos constitutivos, ou seja, aqueles que normalmente produzem certos efeitos jurídicos enquanto o réu deve provar fatos impeditivos, que são aqueles que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, fazendo com que eles não produzam o feito que lhes é natural, bem como os fatos modificativos e extintivos.¹⁵¹

Esse princípio distributivo, baseado na posição das partes no processo aliada à natureza dos fatos, recebeu diversos adeptos, tanto na doutrina quanto na legislação.

DEVIS ECHANDÍA demonstra que ele se encontra no código italiano (artigo 1.312), no espanhol (artigo 1.315), no chileno (artigo 1.698) e no colombiano (artigo 1.757). Esse princípio encontrou abrigo também na legislação brasileira e está normatizado no artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro.¹⁵²

Esse princípio, entretanto, não está livre das críticas.

Em primeiro lugar, existe uma dificuldade de distinguir, no caso concreto, as categorias de fatos (constitutivos, modificativos, extintivos e impeditivos),¹⁵³ de

¹⁴⁹ MARINONI. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 391, v. 5, t. 1.

¹⁵⁰ CHIOVENDA. **Instituições de Direito Processual Civil**, p. 382, v. 1.; ARAGÃO. Egas D. M. de. **Exegese do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Aide. 1981. p. 92. v. 4, t. I.

¹⁵¹ CHIOVENDA. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 1, p. 382.

¹⁵² “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.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui, de maneira diversa, o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte; e

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

¹⁵³ Para ROSENBERG existe uma dificuldade muito grande em diferenciar fatos constitutivos de fatos impeditivos. Essa dificuldade se dá porque os pressupostos da norma impeditiva devem ocorrer antes que as circunstâncias definidoras da norma constitutiva se tenham realizado

modo que o caráter constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo é mais uma qualidade da relação do que algo incorporado ao fato. Um fato, em determinada relação, pode ser constitutivo e numa outra pode ser impeditivo.¹⁵⁴

Em segundo lugar, em determinadas situações, o autor citado pode alegar um fato, fundamento de sua demanda, que tenha natureza impeditiva ou extintiva. Por óbvio, o ônus de provar essa alegação lhe incumbirá.¹⁵⁵

Verifica-se, portanto, que atribuir ao autor a prova dos fatos constitutivos e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, não é um critério suficiente para resolver o problema do ônus da prova.

2.2 A teoria normativa de ROSENBERG

Na teoria sobre a distribuição do ônus da prova, desenvolvida por ROSENBERG, o direito material tem lugar de destaque.¹⁵⁶ Superando a teoria da

completamente. Assim, os pressupostos das normas impeditivas se manifestam como *pressupostos negativos* do fundamento do direito, de forma que eles não devem existir se há de nascer o direito. (ROSENBERG. **La carga de la prueba**, p. 112). RUBINO, citado por MICHELI, entende que de um ponto de vista causal não é possível distinguir os fatos constitutivos dos fatos impeditivos, porque acredita que normas que estabelecem o nascimento de um direito, quando presentes determinadas circunstâncias, não são excepcionais por si, tampouco completas; elas, ao contrário, integram a norma constitutiva da obrigação. (RUBINO, **Negozio indiretto**. Milano, 1937. p. 65 ss. *apud* MICHELI. **La carga de la prueba**, p. 318, nota 31).

¹⁵⁴ SILVA MELERO, **La prueba procesal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963. p. 99. T.1.

¹⁵⁵ Nesse sentido, GUASP, Jaime. **Derecho Procesal Civil**, Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1962. p. 337-338, citado por DEVIS ECHANDÍA. **Teoria general de la prueba judicial**, p. 468; ALSINA. Hugo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediar, 1942. p. 192-194. t. II., citado por DEVIS ECHANDÍA. **Teoria general de la prueba judicial**, p. 468. Para tanto, pode-se valer de um exemplo dado por DEVIS ECHANDÍA: qualquer sujeito passivo de uma relação jurídica (possuidor sem título, devedor) pode demandar para que se declare que a propriedade que era sua se extinguiu, ou para impugnar um estado civil, alegando, como fundamento de sua demanda, fatos impeditivos ou extintivos, cujo ônus obviamente lhe caberá. (DEVIS ECHANDÍA. **Teoria general de la prueba judicial**, p. 469).

normalidade, bem como a baseada na natureza dos fatos, ROSENBERG apresenta o seu critério, contribuindo para um considerável avanço em questão tão complexa como é a da distribuição do ônus da prova.¹⁵⁷

Para ele, o ônus da prova está situado nos domínios da aplicação do Direito.¹⁵⁸ Entende o referido autor que a aplicação do Direito, como forma de afirmação do efeito de um preceito jurídico, é o resultado de um *silogismo*, no qual o preceito jurídico abstrato constitui a premissa maior e o conjunto de fatos concretos, comprovados como verídicos, representa a premissa menor, sem prejuízo de outros silogismos auxiliares. Assim, o problema do ônus da prova reside na premissa menor. Porque, em caso de incerteza sobre a chamada questão de fato, para não pronunciar *non liquet* o juiz precisa de uma instrução com relação ao conteúdo da sentença, que deve proferir; e esta instrução lhe é dada pelas normas relativas ao ônus da prova.¹⁵⁹

Pode-se, assim, entender que ROSENBERG, para explicar a distribuição do ônus da prova, parte do pressuposto de que nenhuma norma pode ser aplicada sem que o juiz se convença da presença de todos os elementos da sua previsão, ou seja, é preciso a verificação de todos os seus pressupostos. Dessa maneira, a

¹⁵⁶ ROSENBERG. **La carga de la prueba**, p. 11.

¹⁵⁷ Interessante notar, a título de pura curiosidade, que Rosenberg tinha apenas 21 anos quando publicou a sua clássica obra sobre o ônus da prova, intitulada *Die Beweislast*.

¹⁵⁸ “El juez desarrolla una triple actividad al *aplicar el derecho*. Debe conocer y distinguir el derecho objetivo para saber si la sentencia que quiere dictar tiene su fundamento en las normas del ordenamiento jurídico, y cuales son los presupuestos para los que este ordenamiento ha dado el mandato que el juez debe repetir en su fallo para el caso concreto. Además, debe correlacionar con las normas del derecho objetivo el sector de la realidad, el conjunto de hechos concretos, que se lee ha omitido para que resuelva. Con este fin, debe comparar las afirmaciones de hecho presentadas en el proceso con los presupuestos, de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la realización de la consecuencia jurídica reclamada, y debe averiguar si coinciden, y hasta que punto. Finalmente, debe examinar la verdad de esas afirmaciones y tratar de formarse una idea clara de las realidades del caso. Sólo cuando llega al resultado de que las circunstancias de hecho afirmadas corresponden a aquellos presupuestos y son verídicas, puede acceder a la solicitud de protección jurídica que la parte ha formulado.”(ROSENBERG. **La carga de la prueba**, p. 5).

¹⁵⁹ “Las reglas relativas a la carga de la prueba sólo son aplicables, aquí como siempre, cuando una circunstancia de hecho discutida ha quedado sin aclarar, tratándose de una circunstancia que es importante para la existencia de la relación jurídica litigiosa o para la aplicación del concepto jurídico en cuestión”(ROSENBERG. **La carga de la prueba**, p. 6 -7).

norma não será aplicada tanto quando não se convencer da presença de um ou mais elementos da *fattispecie* quanto quando o juiz se convencer da sua ausência.

Refutando a possibilidade de distribuir-se o ônus da prova no caso concreto¹⁶⁰ e entendendo a possibilidade de apenas *uma* regra sobre a distribuição do ônus da prova baseada na conveniência e na justiça, ROSENBERG apresenta o princípio do ônus da prova, segundo o qual a parte cujo pedido não pode ter êxito sem a aplicação de determinado preceito jurídico suporta o ônus de provar que as características do preceito aconteceram realmente – ou seja *soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos del precepto jurídico aplicable*.¹⁶¹

O referido autor desloca, assim, o foco da natureza dos fatos (fatos constitutivos, extintivos, impeditivos e modificativos), para os pressupostos das normas a serem aplicadas.

ROSENBERG explica que os preceitos jurídicos (as normas) algumas vezes favorecem o autor, outras vezes o réu, de forma que seus pressupostos umas vezes pertencem ao ônus da certeza que incumbe àquele e outras vezes a este. E somente assim que se consegue explicar a distribuição do ônus da prova entre demandante e demandado.

Afirma que as normas, pelo menos de Direito Civil, em parte, se completam e se ajudam; em parte, trabalham umas contra as outras, e ainda existe um terceiro grupo que não tem nenhum ponto de contato entre elas, mas que reciprocamente se excluem.¹⁶²

¹⁶⁰ ROSENBERG. *La carga de la prueba*, p. 107.

¹⁶¹ ROSENBERG. *La carga de la prueba*, p. 11.

¹⁶² Si un ordenamiento jurídico se propone abarcar y regular, de un modo más o menos completo, la variedad y multiplicidad de nuestras relaciones de vida, sólo puede hacerlo al tomar como punto de partida un caso normal de la relación jurídica respectiva fijando sus consecuencias jurídicas. Según las excepciones de este caso normal que se presentan en la realidad, el ordenamiento contiene disposiciones especiales que aparecen como normas en contra de la primera norma modificando y muchas veces eliminando sus efectos. Nuevos elementos que sobrevienen queden provocar nuevas disposiciones de excepción, con nuevas consecuencias jurídicas, o bien justificar el retorno a los efectos del caso normal, etc. De este modo, el ordenamiento jurídico aparece,

Distingue, então, várias classes de normas: a) se elas servem de base a uma pretensão, denominam-se *constitutivas ou fundamentais* ou *criadoras de direito*; b) se impedem desde o início que o efeito da norma constitutiva se produza, denominam-se *impeditivas*; c) no entanto, se impedem que o efeito se produza somente mais tarde, denominam-se *destrutivas*; e d) finalmente, se elas outorgam ao demandado um “direito formativo”, cujo exercício exclui as normas constitutivas, denominam-se *inibitórias*, ou *exclusivas de direito*.¹⁶³

Assim entendida a diferenciação entre as normas, é possível, então, compreender a distribuição do ônus da prova preconizada pela teoria de ROSENBERG. Para ele o demandante deve provar a realização dos pressupostos fáticos do preceito sobre o qual funda sua pretensão, isto é, os pressupostos da norma fundadora; o demandado deve provar os pressupostos da norma mediante a qual tenta conseguir o rechaço da demanda, ou seja, os pressupostos da norma impeditiva ou destrutiva ou excludente.

Como se pode observar, ao deslocar a classificação dos fatos para as normas jurídicas que contêm os fatos como pressupostos para sua aplicação, ROSENBERG resolve o problema de se saber a que classe pertence determinado fato, porque identifica com maior facilidade o efeito jurídico da norma e dá maior clareza e generalidade à regra.

como FITTING observa acertadamente, “como fondo de reglas generales para casos normales, limitadas em sus efectos por un gran número de excepciones que se ramifican y de modo cada vez más sutil”. De ahí que un caso que corresponde a los presupuestos de hecho de un precepto jurídico, no se encuentra, sin embargo, regulado por esta norma sino por otra que se opone a la primera, no admitiendo su aplicación, cuando se cumplen *también* los presupuestos de esta última norma. Además, el ordenamiento jurídico determina la duración e los efectos de las normas y los acontecimientos que extinguen estos efectos. (**La carga de la prueba**, p. 92).

¹⁶³ ROSENBERG, **La carga de la prueba**, p. 93. Para ROSENBERG a distinção entre as normas extintivas e as normas constitutivas nunca representou muita dificuldade. Como só se pode destruir (extinguir) um direito existente, a norma extintiva pressupõe um direito nascido, ou seja, os pressupostos da norma extintiva devem realizar-se *posteriormente* ao nascimento de uma norma constitutiva. As normas extintivas visam a destruir um efeito jurídico que já existe. Já a distinção entre normas impeditivas e normas constitutivas não é tão fácil e oferece muito mais dificuldade. Isso porque os pressupostos da norma impeditiva devem realizar-se *antes* das circunstâncias definidoras da norma constitutiva, de modo que os pressupostos de ambas existem simultaneamente, no preciso momento em que é decisivo para o nascimento do direito. Pode-se dizer que, de certo modo, os pressupostos da norma impeditiva se manifestam como *pressupostos negativos* do fundamento do direito (ROSENBERG. **La carga de la prueba**, p. 112).

Ocorre que também a norma pode ser constitutiva em determinada relação jurídica e impeditiva ou extintiva em outra, ou seja, a relação entre os preceitos jurídicos é relativa e só é possível a sua distinção de acordo com o caso concreto.

Conforme já se aduziu, Rosenberg repele veementemente a distribuição do ônus da prova no caso concreto. No entanto, ainda que o seu critério seja geral e abstrato, ele depende do caso concreto para identificar a classificação da norma cuja prova do pressuposto caberá ao demandante ou ao demandado.¹⁶⁴

Em síntese, a teoria de Rosenberg funda a distribuição do ônus da afirmação e da prova nas diferenças de preceitos jurídicos. O autor prova como realizados nos fatos os pressupostos do preceito no qual funda a sua pretensão; e o réu deve provar os pressupostos da norma mediante o rechaço da demanda, ou seja, os pressupostos de uma norma impeditiva, destrutiva ou excludente.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Nesse sentido, veja-se PACÍFICO. **O Ônus da Prova no Direito Processual Civil**, p. 117. No entanto, a situação concreta não pode alterar os pressupostos abstratos da norma. Assim, Rosenberg chega à distinção entre *ônus abstrato* e *ônus concreto da parte*. En conformidad con la distinción entre las características abstractas de la ley y el estado concreto de cosas del proceso singular es posible distinguir entre la carga abstracta de la certeza, cuyo contenido y alcance derivan de las características definidoras de la ley, y la correspondiente carga concreta, cuyo contenido y alcance se determinan por el modo de presentar las partes sus afirmaciones.” (**La carga de la prueba**, p. 153). Para ele, afastando opiniões contrárias (**La carga de la prueba**, p. 154-157, afasta a posição de Karl Korsch, que entende que o ônus concreto deve prevalecer ao ônus abstrato), a prevalência será sempre do ônus abstrato, e o ônus concreto tem com ele uma relação de dependência, de subordinação. Ainda que o ônus concreto dê *sangre y vida* ao ônus abstrato, nele não causa nenhum tipo de modificação. E afirma, então, que o processo concreto não exerce influência sobre a distribuição do ônus da alegação e do ônus da prova, porque o papel que a parte exerce no processo não tem a menor relevância nessa distribuição. (ROSEMBERG. **La carga de la prueba**, p. 158). Para o ilustre jurista, o exemplo mais relevante dessa distinção seria o da ação declaratória negativa, sustentando que, embora o autor alegue a inexistência de uma relação jurídica, a distribuição ocorre de maneira igual à do processo em que se visa à declaração positiva. “El estado de cosas que *dió origen* a la relación jurídica y cuya no-existencia debe hacerse constar, pertenece a la carga de la afirmación y prueba del *demandado*. *El demandante* sólo tiene la carga de la prueba en cuanto afirma circunstancias que corresponden a las características de una norma impeditiva, destructiva o excluyente, como, por ejemplo, que careció de capacidad negocial en el momento de verificarse el contrato o que presto lo debido o declaró el desistimiento, etc.” (Grifos do autor) (ROSEMBERG. **La carga de la prueba**, p. 159).

¹⁶⁵ “La primera y única condición de una distribución acertada de la carga de la certeza y de la prueba es, por lo tanto, el análisis y la descomposición de los preceptos jurídicos y de sus características”. (ROSEMBERG. **La carga de la prueba**, p. 107).

2.3 A teoria de MICHELI

Assim como ROSENBERG, MICHELI parte do pressuposto de que o juiz tem de julgar todos os casos não só quando a lei é obscura ou apresenta lacunas, mas também quando lhe faltarem elementos fáticos necessários para a formação de sua convicção.¹⁶⁶

MICHELI não discorda do valor desempenhado pelas normas de direito material atribuído por ROSENBERG, afirmando que é no conteúdo das normas, na *fattispecie*, que se logra qualificar a relevância dos fatos. Contudo acrescenta que a análise do critério distributivo não se esgota nas normas substanciais, aduzindo que é preciso considerar também o critério processual, que consiste na posição das partes com relação aos efeitos pretendidos por meio do processo.

Para MICHELI a distribuição do ônus da prova está estabelecida principalmente pela posição ocupada pela parte em relação ao efeito jurídico pretendido:

Tal relación está determinada por el derecho sustancial, en cuanto este último disciplina la hipótesis legal, por el derecho procesal, en cuanto se tenga presente el perfil unilateral, adoptado por cada una de las partes en el proceso, esto es, la situación procesal puesta en práctica por la parte, al cual formula una propia demanda en juicio¹⁶⁷.

Para ele o ponto de partida não é hipótese normativa abstrata, mas a hipótese normativa *concretizada* pela pretensão formulada pela parte em juízo, isto é, dirigida a obter um certo efeito jurídico. Além disso, o autor destaca que é

¹⁶⁶ MICHELI. *La carga de la prueba*. p. 6.

¹⁶⁷ MICHELI. *La carga de la prueba*, p. 430.

necessário, também, analisar e interpretar o direito material subjacente à tutela perseguida em juízo, a fim de se obter qualificação do fato relevante.¹⁶⁸ Acerca da importância do Direito Material para a distribuição, MICHELI, embora considere indispensável a apreciação das pretensões deduzidas pelas partes em juízo, diverge de ROSENBERG, afirmando que a estrutura do processo concreto é mais importante que a situação abstratamente regulada por lei.

MICHELI, sem pretender esgotar o tema, afirma que quem põe fim ao processo em movimento, mesmo pretendendo obter uma sentença declaratória negativa, deve provar o próprio interesse de agir. Portanto, ao lado do importante papel desempenhado pelas normas substanciais, MICHELI enfatiza a importância das pretensões deduzidas pelas partes no processo.¹⁶⁹

Para a teoria de MICHELI, então, no que diz respeito à distribuição do ônus da prova, os planos material e processual se complementam.

2.4 A teoria de DEVIS ECHANDÍA

DEVIS ECHANDÍA aproxima as teorias de ROSENBERG e de MICHELI, afirmando que a relação entre a parte e o efeito pretendido (MICHELI) é a mesma que entre a parte e a norma que prevê o fato como pressuposto de seu efeito (ROSENBERG), sustentando que de ambas as maneiras se expressa corretamente a regra de distribuição do ônus da prova.

Segundo observa o jurista colombiano:

¹⁶⁸ MICHELI. *La carga de la prueba*, p. 496-497.

¹⁶⁹ PACÍFICO. *O ônus da prova no direito processual civil*, p. 126.

Ambos os autores baseiam a distribuição do ônus da prova na posição substancial das partes, ou seja, com base na pretensão ou na exceção que fizeram valer no processo em relação à norma legal que prevê esse efeito jurídico, sem esquecer sua posição processual, ainda que MICHELI fale de efeito jurídico pedido e ROSENBERG se refira aos pressupostos de fato da norma cujo efeito jurídico se persegue, o que, no fundo, dá no mesmo.¹⁷⁰

Dessa forma, DEVIS ECHANDÍA, conjugando as duas teorias, elabora uma norma geral para a repartição do ônus da prova no sentido de que “a cada parte corresponde a carga de provar os fatos que servem de pressuposto à norma que consagra o efeito jurídico pretendido por ela, qualquer que seja sua posição processual” e conclui “é dizer, essa parte suporta o risco da falta de tal prova, o qual se traduz em uma decisão desfavorável”.¹⁷¹

¹⁷⁰ DEVIS ECHANDÍA. **Teoría General de la prueba judicial**, p. 482-483.

¹⁷¹ DEVIS ECHANDÍA. **Teoría General de la prueba judicial**, p. 490.

3 A distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil brasileiro

Após a análise de várias teorias sobre o ônus da prova, é possível tecer alguns comentários sobre a norma distributiva do ônus probatório constante no ordenamento jurídico pátrio, qual seja aquela que se encontra no artigo 333, I e II do Código de Processo Civil.¹⁷²

Da redação do referido dispositivo¹⁷³ ao autor cabe o ônus da prova dos fatos constitutivos do direito que pleiteia e ao réu o ônus da prova dos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito que o autor alega.

Trata-se de uma norma genérica, que não leva em consideração o direito a ser tutelado, refletindo “a lógica universalista do procedimento ordinário”,¹⁷⁴ fixando-se apenas na igualdade formal das partes.

O Código não leva em consideração as peculiaridades do Direito Material, tampouco a real possibilidade de cada uma das partes de produzir a prova no caso concreto.¹⁷⁵

Não se pode entender que a instrução probatória é de interesse exclusivo das partes e, por isso, é mister que se faça uma leitura do artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro juntamente com os demais artigos do referido diploma legal referentes aos poderes instrutórios do juiz.

¹⁷² “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.”

¹⁷³ Verifica-se que a distribuição do ônus da prova é baseada na natureza dos fatos e da posição das partes no processo. Conforme já assinalado, apesar do importante papel que essas teorias tiveram na evolução da distribuição do ônus probatório, além de não abarcar todas as situações que podem ocorrer, também não trazem critérios objetivos para a distinção dos fatos em constitutivos, modificativos, extintivos ou impeditivos.

¹⁷⁴ LEONARDO. **Imputação e inversão do ônus da prova**, p. 120.

¹⁷⁵ Nesse sentido, veja-se também MARINONI. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**, p. 17-30.

O ônus da prova e a instrução probatória estão intimamente ligados à divisão dos poderes entre o juiz e as partes. No entanto, frisa-se que as regras de distribuição do ônus da prova têm importância diretamente para as partes, como regras incentivadoras de suas atividades processuais, entendidas, então, como *regra de conduta*, e têm importância como mecanismo decisório nos casos em que a atividade probatória se mostrar infrutífera ou insuficiente, entendidas, então, como *regra de julgamento*.¹⁷⁶

Isso significa dizer que a regra sobre a distribuição do ônus da prova como *regra de julgamento* só tem importância “*depois de o juiz ter passado pela fase de convencimento e, obviamente, ter restado em estado de dúvida*”.¹⁷⁷

Ainda que a regra sobre a distribuição do ônus da prova como *regra de julgamento* dirija-se ao juiz, não menos importância tem essa regra quando dirigida às partes, como *regra de conduta*.

Mesmo que se admita que a prova de um fato constitutivo possa ser produzida pelo réu, ou mesmo a de um fato modificativo, extintivo ou impeditivo possa ser produzida pelo autor ou, ainda, que a prova possa ser produzida de ofício, é de suma importância que as partes saibam, previamente, a quem incumbe o ônus da prova.

As partes devem saber, de antemão, como agir na instrução probatória, ou seja, que afirmações devem provar para ter um julgamento favorável. Daí a relevância do ônus da prova como *regra de conduta*.

¹⁷⁶ LEONARDO. **Imposição e inversão do ônus da prova**, p. 121-123.

¹⁷⁷ MARINONI; ARENHART. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 384, v. 5. Os autores entendem que, na fase de convicção, o juiz, além de levar em consideração a natureza dos fatos em discussão, deve levar em consideração o direito a ser aplicado e dá o seguinte exemplo: “os casos das chamadas lesões pré-natais, quando não há racionalidade em exigir do autor, para a procedência da ação ressarcitória, a prova de que a doença do recém-nascido deriva do acidente que a sua mãe sofreu quando em gestação. Em um caso como esse, como é pouco mais do que óbvio, a ausência de prova não leva o juiz a um estado de dúvida, que teria que ser dissipada através da aplicação da regra do ônus da prova como regra de decisão, julgando-se improcedente o pedido pelo motivo de o autor não ter se desincumbido do ônus da prova. E isso por uma razão bastante simples: o juiz, nesses casos, não finaliza a fase de convencimento em estado de dúvida.” (**Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 384, v. 5, t. 1.)

Não se pode nunca perder de vista essa dupla função que o ônus da prova exerce. Em determinadas situações, somente tendo-se em conta que o ônus da prova age também como regra de conduta é que se consegue estabelecer um momento adequado, por exemplo, para a sua inversão.

Cada vez mais, a doutrina, a legislação e a jurisprudência vêm caminhando rumo à adequação da tutela jurídica ao caso concreto. E, nesse caminho, não pode ficar de fora o ônus da prova. A sua aplicação, como está disposta no Código de Processo Civil, não atingirá esse escopo. Por isso, a existência de fenômenos relacionados ao ônus da prova, que visam, justamente, a essa adequação do julgamento (quando o juiz não se convencer da veracidade das alegações) à situação concreta apresentada pelas partes (inclusive a facilidade de cada uma delas de produzir a prova).

Antes, porém, de adentrar especificamente no tema dos fenômenos relacionados ao ônus da prova, é preciso examinar o ponto de encontro entre a parte geral e a parte específica que anteriormente se apresentou. Não há como falar em julgamento baseado no ônus da prova, ou mesmo em mecanismos que visem a adequar o seu uso ao caso concreto, sem tratar especificamente da valoração do material probatório pelo juiz.

Isso porque o juiz somente utilizará as regras sobre o ônus da prova se, depois de analisar o material probatório constante nos autos, não se convencer da veracidade das alegações.

Assim, passa-se ao estudo da valoração do material probatório, pois somente depois de ultrapassada essa fase é que se pode falar na aplicação das regras sobre o ônus da prova.

TÍTULO IV A VALORAÇÃO DA PROVA

Passa-se a investigar agora um momento importante na atividade do juiz, qual seja, a valoração do material probatório, ou o momento de convencimento do juiz sobre as versões apresentadas pelas partes no processo.

A distribuição do ônus da prova apenas indica quem deve provar que tipo de fato e quem deve suportar a falta dessa prova. E, como já mencionado no item 2.2, o ônus da prova, como regra de julgamento, somente terá importância se, após a valoração de todas as provas trazidas para o processo, o juiz não se convencer de nenhuma das versões apresentadas seja pelo autor, seja pelo réu.

¹⁷⁸

Assim sendo, “o direito à adequada tutela exige do magistrado perspicácia e insistência para alcançar a realidade afirmada pelas partes”, permitindo que ele utilize todo elemento capaz de fornecer cognição para que, após a valoração do material probatório, não reste dúvida, evitando a todo custo a “frustrante decisão” baseada no ônus da prova.¹⁷⁹

Fica, então, a questão de saber o *quanto* de prova se faz suficiente para o juiz se convencer da veracidade das alegações sobre os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos, e saber quem deve provar os fatos não responde à pergunta se o *quantum* de prova foi suficiente.

Assim, as técnicas de valoração da prova acabam por representar mecanismos que o magistrado pode utilizar para um julgamento que se afaste da frieza da aplicação das regras do artigo 333 do Código de Processo Civil.¹⁸⁰

¹⁷⁸ MARINONI; ARENHART. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p 384, v. 5, t. 1.

¹⁷⁹ LEONARDO. **Imposição e inversão do ônus da prova**, p. 178.

¹⁸⁰ LEONARDO. **Imposição e inversão do ônus da prova**, p. 177.

Sendo assim, faz-se necessário conhecer algumas dessas técnicas de valoração das provas.

1 Sistemas de valoração da prova

Historicamente, pode-se identificar três grandes sistemas de valoração da prova: a) o do critério positivo ou legal; b) o da livre-apreciação da prova ou livre-convencimento; e c) o da persuasão racional.¹⁸¹

Não se pretende fazer um apanhado histórico da evolução desses sistemas de valoração da prova, vez que interessa somente o sistema contemporâneo, qual seja, o da persuasão racional, que é o sistema ao qual o Código de Processo Civil

¹⁸¹Adotam essa classificação, dentro outros, THEODORO JÚNIOR. **Curso de Direito Processo Civil**, p. 459, v. 1; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, p. 387, v. II; SILVA, Ovídio Baptista. **Curso de processo civil**, p. 347, v. I; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, 102-107, v. III. No entanto, esses não são os únicos sistemas de valoração da prova, existem inúmeros sistemas intermediários que correspondem às peculiaridades dos diversos ordenamentos jurídicos. A título de exemplo, cita-se a posição de SENTÍS MELENDO, segundo a qual a prova é liberdade, devendo sê-lo desde o primeiro momento de sua existência pré-processual, bem como em todas as etapas de seu desenvolvimento, sobretudo no momento da valoração. (SENTÍS MELENDO, S. **La prueba: Los grandes temas del derecho probatorio**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1979, p. 242-244.). Sendo assim, para SENTÍS MELENDO a única valoração da prova que existe é a liberdade do juiz. Valoração que segue pautas estabelecidas pelo legislador não se trata propriamente de valoração. Em relação a esse momento afirma o autor: “Si en esse momento el juez no cuenta con toda la libertad, estaremos ante un fenómeno distinto del probatorio; estaremos acaso tratando de fijar los hechos que han de integrar la premisa menor del silogismo procesal – a que luego nos referimos – pero no estaremos probando. Se tratará, entonces de sucedaneo de prueba, pero no de verdadera prueba. Por eso, de todos os apartados de este trabajo, el más importate sin duda, es el siguiente, en el que, al estudiar los sistemas de valoración, veremos como funciona la libertad en cada uno de ellos y, portanto, cuando estamos verdaderamente probando.” (p. 242-243).

brasileiro se filia.¹⁸² No entanto, compreender os dois sistemas que o antecedem facilita a sua própria compreensão.

O primeiro sistema que merece destaque é o da prova legal. Para ALVARO DE OLIVEIRA, em seu modelo ideal, esse sistema significa “minuciosa determinação dos critérios de apreciação da prova e concomitante limitação ou exclusão *a priori* de determinadas provas, a que se subtrai crédito formal perante o magistrado, com vistas a restringir ao máximo a liberdade judicial”.¹⁸³

Nos sistemas probatórios mais remotos, a exemplo do antigo processo germânico, um fato dava-se por demonstrado, baseado no juízo dos deuses – os “ordálios” – ou como resultado de experimentos de força. Ao juiz cabia apenas a função de “controlar com sua presença a regularidade da realização das provas, de modo a garantir acatamento do resultado alcançado por meio da autoridade própria de seu ofício”.¹⁸⁴

Com a evolução da história, a partir do século XII, a valoração das provas ganha contornos mais racionais e humanos, para substituir o sistema bárbaro, fanático e ignorante.¹⁸⁵ No sistema construído pelos canonistas, ao juiz foi atribuída certa função valorativa. E pode-se atribuir ao “amor das distinções sutis e, sobretudo, a tendência de raciocinar por meio de deduções de princípios preestabelecidos, em detrimento das observações dos fatos” próprios do hábito escolástico de pensar e argumentar, o surgimento de um sistema probatório “apriorístico e formal, como o das provas ‘legais’”.¹⁸⁶

¹⁸² Isso se demonstra através do artigo 131 do Código de Processo Civil: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

¹⁸³ ALVARO DE OLIVEIRA. **Do Formalismo no Processo Civil**, p. 156

¹⁸⁴ ALVARO DE OLIVEIRA. **Do Formalismo no Processo Civil**, p. 156

¹⁸⁵ Esses adjetivos são dados por DEVIS ECHANDÍA, **Teoria general de la prueba**, p. 86.

¹⁸⁶ ALVARO DE OLIVEIRA. **Do Formalismo no Processo Civil**, p. 157.

Nesse sistema, as provas tinham valores previamente atribuídos, “em caráter geral e abstrato”,¹⁸⁷ e o juiz não fazia mais que declarar o “vencedor” da prova. Exemplificando, tem-se que a prova testemunhal valia menos que a prova documental.¹⁸⁸

Esse sistema começa a perder sua força com as codificações, pois perde suas características de fenômeno cultural e é reduzido para compreender apenas alguns meios de prova.

Historicamente, não se pode negar o valor desse sistema que tentou, de certa forma, suavizar a arbitrariedade do juiz, dando uma certa racionalidade na averiguação dos fatos.¹⁸⁹ E segundo DEVIS ECHANDÍA, o sistema da prova legal representou um avanço ao desalojar os meios bárbaros e fanáticos que caracterizaram o sistema que o antecedeu.¹⁹⁰

Substituindo o sistema da tarifa legal, veio o sistema da livre-apreciação da prova (ou da livre-convicção). Ele assegura ao juiz soberania e liberdade para “formar a sua convicção na apreciação dos elementos de prova colhidos na causa”.¹⁹¹ O juiz, assim, poderá formar seu convencimento não apenas baseado no depoimento da testemunha, mas também nas suas próprias impressões pessoais acerca do comportamento da testemunha e das partes, sem ter, no entanto, de explicitar as razões de sua decisão. Significa que o juiz não se vincula

¹⁸⁷ KEMMERICH, Clóvis Juarez. Sistemas de apreciação da prova. **Studies on Procedure Law**. Disponível em: www.ssrn.com/abstract=987645. Acesso em 25.ago.07, p. 38.

¹⁸⁸ Não se pode olvidar, todavia, que existem resquícios desse sistema no Código de Processo Civil. É o caso, por exemplo, do artigo 405 com relação ao depoimento de menores ou das pessoas que a lei considera impedidas ou suspeitas de depor ou ainda do artigo 319, segundo o qual a revelia importa terem-se por verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

¹⁸⁹ NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convencimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 6. No mesmo sentido, ALVARO DE OLIVEIRA: “Imperioso reconhecer, outrossim, que, em sociedade de tal modo estruturada, a fixação de certas normas de valoração numérica e formal das provas, conquanto representasse, de um lado, uma espécie de codificação das desigualdades e de determinados prejuízos e superstições, por outro também exprimia uma forma de barreira contra os excessos, ainda piores, que poderiam decorrer do arbítrio dos juízes e ao mesmo tempo garantia contra a decadência dos costumes judiciários da época.” (**Do formalismo no processo civil**, p. 158).

¹⁹⁰ DEVIS ECHANDÍA. **Teoria general de la prueba**, p. 88.

¹⁹¹ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, v. 353, p. 24, 2001.

“a qualquer regra legal, quer no tocante à espécie de prova, quer no tocante à sua avaliação”.^{192,193}

Como assevera NOBILI, houve uma “tendenza a ridurre l’attività conoscitiva del giudice a un fenômeno de pura coscienza, que si esaurisce sul piano intimo ed imperscrutabile della mera soggettività”.¹⁹⁴

E é por isso que o autor de uma das maiores obras sobre o sistema do livre-convencimento, intitulada *Il principio del libero convencimento del giudice*,

¹⁹² SANTOS, **Primeiras linhas de direito processual civil**, p. 389.

¹⁹³ Interessante exemplo dessa forma irracional de valorar a prova ainda é possível de ser encontrado numa sentença proferida em ação de investigação de paternidade (processo n. 9.634/92) na Comarca de Jataí, interior de Goiás. Podem-se verificar claramente as impressões pessoais do juiz quanto à semelhança física entre autora e réu, quanto ao comportamento das testemunhas e das partes: “*Acerca de dados processuais significativos. Esses dados são dois. O primeiro deles é abordado no Memorial do ilustre Dr. Promotor de Justiça (fl. 216 último parágrafo), quando diz esse último sobre a ‘denotada e visível semelhança física entre o investigado e a investigante, especialmente a fisionômica, visto que esta última se fez presente na audiência de instrução e julgamento’. Trata-se de semelhança facial. Verdade, que ‘rara’ ou não tão ‘rara’, todavia, essa similitude fisionômica, é que tenha a mesma impressão, o mesmo juízo que os tem o Dr. Promotor de Justiça. A investigante esteve presente, por algum tempo, à audiência de instrução e julgamento, e tendo também em conta a foto de fl. 10, em particular. Pois bem: à fluência dessa audiência observei, repetidas vezes, a investigante naquela fotografia e o investigado, resultando disso que me veio, e está presente, pulsa, insiste na memória o juízo de que há gritante semelhança fisionômica entre a Investigante e o Investigado, em particular quando se tem em conta o conjunto formado pela base do nariz para a testa: os olhos, escuros, com uma expressão de expectativa, ênfase dada às sombrancelhas (em ambos inusitadas, particularmente densas). **Registro, pois esse dado, porque me é livre a valorização da prova e dos elementos, dados que aqui e ali flagro nos autos.** O segundo dado está na peremptória recusa do investigado a se submeter ao exame DNA Fingerprinting. (fl. 68). Restou que é injustificada, juridicamente, a recusa do investigado a se submeter ao exame pericial. Tomo-a, ademais, como abstenção ao dever dele quanto ao fardo, que lhe compete, ao encargo probante. É dado que levo em conta neste sentenciamento. Da prova testemunhal. [...] Testemunhas do investigado. Efetivamente: essas testemunhas causaram-me triste negativa impressão. **Deram-me clara visão de que compareceram muito mais precavidas, deixando de lado fatos relevantes, a marcharem, baldarem, jaçarem, borrarrem a efígie moral da mãe da investigante. A imagem que essas testemunhas me legaram foi, e é, vulgar, deselegante.** [...] A por mim reconhecida semelhança fisionômica entre a investigante e o investigado; a recusa, injustificada juridicamente, do investigado em se submeter ao exame de ‘DNA Fingerprinting’, de indiscutível idoneidade médico-forense e de intensa valia quando se agita a tese do ‘phurium concubentium’ (sic); a afirmação da investigante, de que é filha do investigado, fato este que provada, todavia não provou. E por derradeiro, não ter sido cumpridamente provada a *exceptio plurium concubentium* quando sucedeu a concepção da investigante, o que alberga, como afirmação implícita, lógica e necessária, aquela de que sucedeu congresso sexual entre a mãe da investigante e o investigado, traz-me todo esse quadro processual, a convicção moral íntima e a jurídica de que a investigante é filha biológica do investigado”. (Sem grifo no original.) (BORGES, Marcos Afonso. Sistema da persuasão racional: elementos probatórios constantes dos autos: errônea valoração legal da prova. **Revista de Processo**, n. 93, p. 324-325, jan./mar.1999.)*

¹⁹⁴ NOBILI. **Il principio del libero convencimento del giudice**. p. 7.

assinala, logo no primeiro capítulo de seu livro, que esse sistema também teve seu custo. E acrescenta o autor italiano que se o reconhecimento da insuprimível liberdade da decisão foi o fruto mais precioso do novo sistema, essa mesma liberdade oferece um resultado negativo, porque induz a interpretar o momento da valoração da prova como um fenômeno misterioso e incompreensível, não passível de ser controlado.¹⁹⁵

Não se pode aceitar que no momento de se reconstruírem os fatos, o convencimento do juiz se dê em bases subjetivas segundo a sua própria consciência, possibilitando, assim, o arbítrio.

Sendo assim, KNIJNIK questiona essa liberdade de convencimento e conclui que “o livre convencimento não significa um convencimento propriamente ‘livre’”¹⁹⁶, e, citando ESTRAMPES, assinala que “a liberdade de apreciação das provas não significa ausência de regras a que o julgador deve recorrer no momento da valoração do material probatório”.¹⁹⁷

¹⁹⁵“Se il riconoscimento della insopprimibile libertà della decisione – in quanto atto eticamente impegnato e quindi espressione della responsabilizzazione dell’ individuo - è stato il frutto più prezioso del nuovo sistema dell’ intime conviction, questo stesso elemento offre anche dei risvolti negativi, proprio perchè può spingere ad interpretare il momento della valutazione delle prove come un fenomeno misterioso ed ineffabile, tale appunto da non poter essere sottoposto ad analisi e a controlli e quindi impenetrabile a qualsiasi tipo di indagine.” NOBILI. **Il principio del libero convencimento del giudice**, p. 7-8.

¹⁹⁶ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 16

¹⁹⁷ ESTRAMPES, M. Miranda. **La mínima actividade probatoria en el proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1997. p. 151 apud KNIJNIK. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, p. 16. Além do problema relacionado à arbitrariedade do juiz no momento de valorar o material probatório e a necessidade de critérios objetivos que racionalizem esse momento crucial no processo civil, importa ressaltar que uma outra ordem de problema assalta o sistema do livre-convencimento. Segundo ALVARO DE OLIVEIRA, esse problema se relaciona a certo “resquício” da prova tarifada no espírito de alguns juízes, em decorrência de fatores de ordem cultural, como se a prova tarifada, a confissão, a perícia ou documentos houvessem de prevalecer sobre outros tipos de prova. ALVARO DE OLIVEIRA. **Problemas atuais da livre-apreciação da prova**, p. 47. Isso acontece, por exemplo, nas ações de investigação de paternidade quando há a perícia hematológica do DNA. A maioria dos juízes julga a ação de acordo com o resultado da perícia, numa clara demonstração de que elas valem mais que as provas documentais ou testemunhais constantes nos autos, ou seja, ainda que a prova testemunhal demonstre que o réu não é o pai do autor, se o resultado do exame de DNA der positivo, o pedido de declaração de paternidade é julgado procedente. Infelizmente, na práxis, não se encontra, no fundamento dessa decisão, a aplicação do artigo 335 do Código de Processo Civil. O fato de o juiz julgar procedente a ação valendo-se do resultado da prova pericial de DNA, não é porque ele é uma prova mais “forte” que as demais constantes nos autos, mas porque o juiz estará julgando de acordo com uma “máxima da

Fala-se, então, no sistema de persuasão racional, que embora aceite, em geral, a tese do livre-convencimento, impõe certas restrições à legitimidade da formação do convencimento judicial.¹⁹⁸ No dizer de OVÍDIO BATISTA DA SILVA fundamentalmente, impõe ao juiz a observância de regras lógicas e das máximas da experiência comum [...]”.^{199,200}

Aqui o juiz não pode emitir convicção de natureza íntima, ao contrário, no *decisum* ele tem que indicar os elementos de prova com que formou sua convicção. Por isso ele tem o dever de fundamentar sua decisão, indicando os

experiência” científica que ele não pode simplesmente afastar. Ademais, esse resquício não está apenas no “espírito dos juízes”, mas também na legislação brasileira. Como bem observa ALVARO DE OLIVEIRA, “embora a livre apreciação da prova facultada no art. 131 do Código de Processo Civil, o sistema jurídico brasileiro contém inúmeras normas de exclusão ou limitação da prova, a exemplo dos arts. 302, 319, 334, IV, 343 e respectivos parágrafos, 359, 364, 366, 368, 370, 2ª parte, 373, 376, 378, 379, 401, 406 e respectivos parágrafos, todos do Código de Processo Civil. Outro exemplo é a inadmissibilidade, no processo civil ou penal, da prova obtida por meios ilícitos, determinada pelo art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República de 1988.” ALVARO DE OLIVEIRA. **Do formalismo no processo civil**, p. 156.

¹⁹⁸ A elaboração da convicção, pelo julgador, fica condicionada segundo ensina MOACYR AMARAL DOS SANTOS: a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida; b) às provas desses fatos, colhidas no processo; c) às regras legais e máximas de experiência; d) e à motivação, pois o julgamento deverá sempre ser motivado. SANTOS. **Comentários ao CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 347, v. IV. Com relação aos fatos que fundamentam a relação jurídica posta, o requisito atende, também, ao princípio do dispositivo, cumprindo as partes a iniciativa da instauração e do impulso processual. Logo, o juiz deverá ater-se aos limites da demanda. No que toca às provas desses fatos, o juiz deve atentar para aquelas que foram colhidas no processo, não podendo servir-se de outras ali não-produzidas de que detenha conhecimento por outros meios, salvo a hipótese da prova emprestada, mais adiante abordada. Quanto às regras legais, sua obediência é imperativo do próprio estado de direito e do devido processo legal. No que toca às máximas da experiência, ressalvadas expressamente pelo legislador processual pátrio, “são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares, de cuja observância se induziram e que, sobrepondo-se a estes, têm validade para outros novos”. (STEIN, Friederich. **El conocimiento privado del juez**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p. 22) São, em suma, juízos de valor extraídos com base no que ordinariamente acontece. Não são, porém, normas jurídicas e, tampouco, meios de prova. Por fim, no que respeita ao julgamento, deverá este ser sempre motivado. Tal obrigatoriedade, como adiante se abordará, não se reveste de integral garantia contra o desmesurado arbítrio do juiz, devendo ser melhor explicitada tal obrigatoriedade através de balizamentos jurídico-científicos mais eficazes.

¹⁹⁹ BAPTISTA. **Curso de Processo Civil**, p. 287.

²⁰⁰ Em outros ordenamentos jurídicos o sistema da persuasão racional ganha outras alcunhas, como “sana crítica” nos ordenamentos de origem hispânica (por exemplo Espanha, Argentina e Uruguai) ou “livre-convicção” como na Alemanha, França e Itália. Mesmo recebendo denominação diferente nos diversos ordenamentos jurídicos, com algumas peculiaridades específicas, todos eles tratam de um sistema, dentre os quais prevalece um critério racional de valoração da prova, baseado em regras de experiência e de lógica, com a finalidade de evitar o arbítrio do juiz. (SENTÍS MELENDO. **La prueba**, p. 265-268; BAPTISTA DA SILVA. **Curso de Processo Civil (processo de conhecimento)**, p. 286.

motivos e as circunstâncias que o levaram a admitir a veracidade dos fatos em que o mesmo baseara sua decisão.²⁰¹

No entanto, o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais, não garante, “por si só um uso prudente e correto do princípio do livre convencimento”. Por isso, é preciso submeter a desejável liberdade de convencimento a critérios de racionalidade e controle.²⁰²

1.1 Critérios de controle à liberdade do juiz quando da valoração da prova

O controle da liberdade de convencimento do juiz pode ser feito do ponto de vista externo ao juízo – que sozinho não evita o arbítrio – necessitando ser complementado por um controle endógeno.

²⁰¹ Ao contrário do que se verifica na *práxis* brasileira, fundamentar racionalmente a decisão judicial não é dizer que diante das provas A, B, C e D pode-se concluir pela veracidade da alegação sobre o fato X. Isso não é demonstrar o *iter* lógico percorrido pelo raciocínio do juiz. Na verdade, ao fundamentar, o juiz deve explicar **por que** as provas A, B, C e D o levaram à conclusão de que a alegação sobre o fato X é verdadeira.

²⁰² KNIJNIK. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, p. 17, 22. Nesse sentido, não se pode deixar de mencionar a contribuição de grande utilidade dada por MICHELE TARUFFO na indicação do conteúdo mínimo e essencial da motivação do juiz ao qual incumbe, primeiro, enunciar sua escolhas quanto à individuação das normas aplicáveis, à análise dos fatos, à sua qualificação jurídica e às conseqüências jurídicas daí decorrentes e, em segundo, demonstrar os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados. TARUFFO, M. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, Casa Editrice Dott, Antonio Milani, 1975. p. 222-224. Afirma o autor ainda que é justamente “na configuração do juízo de fato, à luz do princípio do livre convencimento do juiz, que a motivação assume um papel fundamental de racionalização da valoração da prova, enquanto a discricionariedade de tal valoração não exclui, mas antes, implica que esta seja adequadamente justificada”. (TARUFFO, M. **La motivazione della sentenza civile**, p.222-224).

Quando se fala do controle externo, está-se falando do controle feito pela sociedade com seus valores democráticos, por meio dos princípios, das garantias e técnicas formadores do próprio processo. Ao mesmo tempo que facilita a atividade do juiz alarga a colaboração das partes. E, como exemplo, ALVARO DE OLIVEIRA aponta “a imediatidade no debate e na recepção da prova oral, o contraditório e a presença dos interessados na produção de prova”. Segue o autor informando que princípios e garantias que restringem o caráter “pessoal” da decisão também contribuem para o controle da atividade de valoração do material probatório evitando o arbítrio. Como exemplo, cita o já referido dever de motivar a sentença, “o atendimento às formalidades estabelecidas em lei para a realização da prova, a publicidade do procedimento, a possibilidade de recursos em geral e o duplo grau de jurisdição”.²⁰³

Certo é que o controle externo pode não afastar por completo o subjetivismo e o arbítrio judicial. Como já se afirmou, a fundamentação da sentença pode não eliminar o arbítrio, pois, ao valorar a prova, o juiz pode lançar mão de “critérios vagos e indefinidos, empregando fórmulas puramente retóricas, despidas de conteúdos”. E é ALVARO DE OLIVEIRA quem novamente é exato nos exemplos desse arbítrio do juiz quando, ao fundamentar, utiliza expressões como “prova material”, “prova moral”, “prudente apreciação”, “íntima convicção”.²⁰⁴

Por isso, faz-se necessário o desenvolvimento de critérios endógenos que visem a afastar o subjetivismo e a arbitrariedade da decisão judicial, além de evitar, o quanto possível, o erro.²⁰⁵

²⁰³ ALVARO DE OLIVEIRA. **Problemas atuais da livre apreciação da prova**, p. 52.

²⁰⁴ ALVARO DE OLIVEIRA. **Problemas atuais da livre apreciação da prova**, p. 53.

²⁰⁵ FRANCISCO ROSITO, em sua recém lançada obra: **Direito Probatório**: as máximas da experiência em juízo, traz uma série de limites ao livre-convencimento: a) limites objetivos decorrentes das afirmações das partes sobre os fatos controvertidos e dos elementos constantes dos autos, segundo o qual o juiz deve decidir *secundum allegata et probata*, traduzindo-se na obrigação do juiz de não ultrapassar os limites da lide, fixados pelas partes, e a obrigação do juiz de servir-se apenas das provas produzidas no processo; b) vedação do conhecimento privado do juiz, segundo o qual o juiz não pode utilizar os seus conhecimento enquanto cidadão, ou seja, conhecimento dos fatos que adquiriu por vias extrajudiciais, salvo os fatos notórios e das regras de experiência (o que não poderia, tecnicamente, ser atrelado ao conhecimento privado do juiz); c) limites legais de admissibilidade de prova, pelos quais a lei limita o uso de determinadas provas, de

Um dos critérios para esse controle são os “modelos de constatação” dos fatos, ou “critérios de decisão” ou ainda “*standards*” do convencimento. Esses critérios nada mais são que “um meio para conhecer a verdade” que devem ser postos em discussão para que as partes, em contraditório, conheçam as opções valorativas do juiz, possam debatê-las e, se for o caso, corrigi-las.²⁰⁶

Existem, de forma geral dois “modelos de constatação” fundamentais. Em ordem decrescente de grau probabilístico tem-se o modelo da “prova além da dúvida razoável” – aplicável ao processo penal – e o modelo de “preponderância de provas” – aplicável ao processo civil.

Com graus intermediários de probabilidade existem os modelos da prova “clara e convincente” – aplicável a processos civis que não tratam apenas do patrimônio – e ainda a hipótese “razoável excludente de qualquer hipótese de inocência” – aplicável ao processo penal indiciário.

forma que nem todo elemento que aponte informações relevantes para o processo pode ser usado. No ordenamento jurídico brasileiro, há um rol de provas admitidas, apesar de a lei não encerrar uma enumeração taxativa. Sendo assim, admitem-se as chamadas “provas atípicas” ou “inominadas”, refutando-se as “provas ilícitas”, cuja ilicitude pode estar no modo como foi obtida, na sua produção ou na hipótese de prova pré-constituída; d) limites lógicos, segundo os quais a decisão “deve ser uma conclusão lógica de um exame analítico dos fatos e de uma apreciação crítica dos elementos de prova”, ou seja, diante da existência de métodos lógicos, a crença subjetiva do julgador ganha um caráter impessoal que se opõe a todos; e) limites de racionalidade que determinam que o convencimento do juiz seja alcançado mediante o uso do intelecto e não por seus impulsos pessoais ou mesmo passionais do juiz; f) limites decorrentes das regras de experiência que identificam e permitem que o juiz utilize as regras de experiência no momento de valorar a prova; g) princípio do contraditório limitando a decisão sobre aquilo que foi efetivamente *discutido* entre as partes; h) necessidade de motivação do juízo de fato. (ROSITO. **Direito probatório**: as máximas de experiência em juízo, p. 48-61).

²⁰⁶ KNIJNIK. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, p. 17-18. Após verificar a necessidade de critérios que controlem a atividade valorativa do juiz, o autor atenta para a necessidade de diferenciação entre a admissibilidade de uma prova e o livre-convencimento. Conclui que essas duas questões encontram-se em planos diversos, o que impede que as suas soluções sejam as mesmas. Conclui que a admissibilidade das provas é questão de direito, preliminar, de forma que o livre-convencimento só se admite “depois de selecionados os objetos passíveis de valoração”. Já o livre-convencimento tem natureza mista, ou seja, pode ser uma questão de fato ou de direito, podendo, por isso, “suscitar questões passíveis de Recurso Especial”. (KNIJNIK. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, p. 19-24). Nesse sentido, também, DENTI, Vittorio. *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*. **Rivista di Diritto Processuale**. n. 27, p. 420, 1972. “[...] è stato osservato che una siffatta valutazione non può essere compiuta dal giudice in via preventiva, ossia in sede di ammissione della prova, ma appartiene all’ apprezzamento dell’ efficacia della prova, dopo la sua acquisizione al processo”.

Por não serem objeto deste estudo e por merecerem um debate mais cuidadoso, os modelos citados acima não serão tratados de forma pormenorizada. Isso não significa, sobremaneira, que não haja necessidade de um aprimoramento no atual sistema de valoração das provas.

Conclusões Parciais

Terminada a primeira parte, na qual foram analisados: a) o conceito de prova; b) a função da prova; c) o objeto e o tema de prova; d) conceito de *ônus* diferenciando-o do conceito de *obrigação*; e) conceito de *ônus da prova*; f) a diferenciação entres *ônus da prova* e *ônus da alegação*; g) os dois aspectos do *ônus da prova*, quais sejam, o *ônus objetivo* e o *ônus subjetivo*; h) as referências históricas e os fundamentos dos critérios de distribuição do *ônus da prova*; e, por fim i) a valoração da prova, apresentam-se algumas conclusões parciais:

1. A prova não possui um conceito unitário na doutrina processual civil, dependendo basicamente das circunstâncias em que é empregada. Ora é conceituada como atividade desenvolvida no processo para a reconstrução dos fatos, ora como meio, ou instrumento pelo qual se introduzem nos processos informações sobre os fatos. Por fim, prova é vista como o resultado, ou seja, o êxito obtido pela atividade probatória, o convencimento que ela produz no julgador.

2. O problema da especificidade do conceito de prova judiciária se reflete diretamente na função por ela exercida no processo. Assim, ao se acolher uma concepção irracional da decisão judicial, é impossível atribuir qualquer significado à prova e ela assume uma função *teatral* para dar a impressão de que o sistema processual respeita valores positivos como a igualdade das partes ou a vitória de quem tem razão. Já, ao assumir uma concepção narrativa ou semiótica do processo, a prova assume uma função *persuasiva*. No entanto, admitindo-se que, no processo, é possível determinar a verdade, ainda que *relativizada* e *contextualizada*, a prova assume uma função *demonstrativa*.

3. O objeto da prova são os fatos, o direito e as regras da experiência. E o *thema probandum* são alegações sobre os fatos e não os *próprios* fatos. Além

disso, as alegações, tema de prova são as alegações controvertidas, pertinentes e relevantes para a decisão da lide. Não são objeto de prova as alegações sobre fatos notórios (art. 334, I do CPC), fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária (art. 334, II do CPC), fatos admitidos como incontroversos (art. 334, III do CPC) e fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade (art. 334, IV do CPC).

4. O conceito de *ônus* e o conceito de *obrigação* são completamente heterogêneos. As diferenças são: a) no *ônus* o sujeito pode adotar ou não a conduta prescrita pela norma, não havendo nenhuma vinculação jurídica com o outro, o que não acontece na *obrigação*; b) a norma que institui o *ônus* tutela interesse do próprio onerado; já na *obrigação*, a norma tutela interesse do titular do direito subjetivo correspondente; c) não agir quando se trata de um *ônus* não se configura ato ilícito e, por consequência, a inação não é sancionada, ao passo que o não-cumprimento da *obrigação* se configura ilícito e é sancionado; por fim, d) a *obrigação* constitui uma situação jurídica passiva, e o *ônus*, uma espécie de situação jurídica ativa, cujo poder se manifesta na liberdade de agir do onerado.

5. Diante da dissociação entre o conceito de *ônus* e o conceito de *obrigação*, pode-se conceituar o *ônus* da prova como sendo uma regra de julgamento por meio da qual o juiz saberá como julgar quando não estiver convencido da veracidade das alegações das partes, além de ser uma regra de conduta que indica qual das partes deve produzir as provas das alegações para que o julgamento não lhe seja desfavorável.

6. As partes devem introduzir os fatos que devem ser levados em consideração na sentença, através de afirmações, ou alegações. Esse é o chamado *ônus* da alegação, que não se confunde com o *ônus* da prova. Na maioria dos casos quem possui o *ônus* de alegar determinado fato possui, também, o *ônus* de provar essa alegação. Mas não se pode afirmar que exista, sempre, uma correspondência entre eles. Por exemplo, ao se inverter o *ônus* da prova, não se inverte o *ônus* da alegação. Além do mais, a parte que tiver o *ônus* de alegar um determinado fato negativo não tem o *ônus* da prova dessa alegação.

7. O ônus da prova possui dois aspectos, o *subjetivo* (regra de conduta) ligado à atividade das partes, que indica qual delas deve produzir as provas das alegações sob pena de verem a sua pretensão desatendida, e o *objetivo* (regra de julgamento) ligado à atividade do juiz, auxiliando-o nos casos de insuficiência de prova e existência de dúvida quanto à questão fática. Apesar da doutrina especializada dar maior relevância ao aspecto *objetivo*, não se pode deixar de lado a importância do aspecto *subjetivo*.

8. No que tange às teorias sobre a distribuição do ônus da prova, verifica-se que, com o passar dos anos, as teorias evoluíram no sentido de reconhecer uma maior importância ao direito material.

9. Para a teoria fundada na normalidade, a parte que alegar um fato *anormal* deve provar sua alegação, já que o normal se presume. A crítica que se pode fazer ao critério da normalidade sta no fato de que estabelecer o que é normal depende de certa subjetividade, e o que é normal hoje pode não ser normal daqui a alguns anos.

10. A teoria fundada na natureza dos fatos (constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos), cujo maior expoente foi CHIOVENDA, indica que ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos e ao réu a prova dos fatos impeditivos, extintivos e modificativos. Essa teoria inspirou o legislador de diversos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, conforme regra estabelecida no artigo 333 do Código de Processo Civil. A crítica à essa teoria inicia-se pela dificuldade de distinguir, no caso concreto, as categorias de fatos, de modo que o caráter constitutivo, impeditivos, extintivo ou modificativo é mais uma qualidade da relação que algo incorporado ao fato. Um fato, em determinada relação, pode ser constitutivo e numa outra pode ser impeditivo. Ademais, o autor pode alegar como fundamento de sua demandada um fato que tenha natureza impeditiva ou extintiva. Por óbvio, o ônus de provar essa alegação lhe incumbirá.

11. Superando a teoria da normalidade, bem como a baseada na natureza dos fatos, ROSENBERG apresenta o seu critério. Refutando a possibilidade de

distribuir-se o ônus da prova no caso concreto e entendendo a possibilidade de apenas *uma* regra sobre a distribuição do ônus da prova baseada na conveniência e na justiça, ROSENBERG funda a distribuição do ônus da afirmação e da prova nas diferenças de preceitos jurídicos. O autor prova como realizados nos fatos os pressupostos do preceito no qual funda a sua pretensão; e o réu deve provar os pressupostos da norma mediante o rechaço da demanda, ou seja, os pressupostos de uma norma impeditiva, destrutiva ou excludente.

12. MICHELI não discorda do valor desempenhado pelas normas de direito material atribuído por Rosenberg, afirmando que é no conteúdo das normas, na *fattispecie*, que se logra qualificar a relevância dos fatos. Contudo acrescenta que a análise do critério distributivo não se esgota nas normas substanciais, aduzindo que é preciso considerar também o critério processual, que consiste na posição das partes com relação aos efeitos pretendidos por meio do processo. Para MICHELI a distribuição do ônus da prova está estabelecida principalmente pela posição ocupada pela parte em relação ao efeito jurídico pretendido. Assim, MICHELI atribui importância ao direito material e à situação do processo concreto, mas somente considera o aspecto objetivo do ônus da prova, entendendo-o como *regra de julgamento*.

13. DEVIS ECHANDÍA, buscando aproximar as teorias de ROSENBERG e MICHELI, afirma que “a cada parte corresponde a carga de provar os fatos que servem de pressuposto à norma que consagra o efeito jurídico pretendido por ela, qualquer que seja sua posição processual”.

14. Finalizando a primeira parte, fez-se imprescindível a análise da valoração da prova, pois somente após a avaliação do material probatório constante nos autos é que o juiz saberá se se convenceu ou não, necessitando ou não utilizar-se da regra do ônus da prova. Assim, fica a questão de saber o *quanto* de prova se faz suficiente para ao juiz se convencer da veracidade das alegações sobre os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos. Apresentou-se, então, a evolução entre os três grandes sistemas de valoração da prova, iniciando-se, brevemente com o do critério positivo ou legal, passando-se ao da

livre-apreciação da prova ou livre-convencimento, culminando com o da persuasão racional, que embora aceite, em geral, a tese do livre-convencimento, impõe certas restrições à legitimidade da formação do convencimento judicial. Aqui o juiz não pode emitir convicção de natureza íntima, ao contrário, no *decisum* ele tem que indicar os elementos de prova com que formou sua convicção. Por isso ele tem o dever de fundamentar sua decisão.

14. O controle da liberdade de convencimento do juiz pode ser feito do ponto de vista externo ao juízo – que sozinho não evita o arbítrio – necessitando ser complementado por um controle endógeno. Quando se fala do controle externo, está-se falando do controle feito pela sociedade com seus valores democráticos, por meio dos princípios, das garantias e técnicas formadores do próprio processo. Certo é que o controle externo pode não afastar por completo o subjetivismo e o arbítrio judicial. Por isso, faz-se necessário o desenvolvimento de critérios endógenos que visem a afastar o subjetivismo e a arbitrariedade da decisão judicial, além de evitar, o quanto possível, o erro. Um dos critérios para esse controle são os “modelos de constatação” dos fatos, ou “critérios de decisão” ou ainda “*standards*” do convencimento, que não são mais que “um meio para conhecer a verdade” que devem ser postos em discussão para que as partes, em contraditório, conheçam as opções valorativas o juiz, possam debatê-las e, se for o caso, corrigi-las.

PARTE II FUNCIONALIDADE DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO BRASILEIRO

Os fenômenos relacionados ao ônus da prova vêm chamando a atenção da doutrina, pois a jurisprudência, já há algum tempo, e as legislações mais modernas utilizam-se de técnicas interessantes para a solução de casos em que a aplicação do artigo 333 do Código de Processo Civil não é suficiente.

Admitindo, então, essa insuficiência da regra legal, pergunta-se, juntamente com White:

De que adolece este proceso? Que olvido la doctrina procesal, con sus dogmas y sus construcciones jurídicas tan célebres y tan aplaudidas a lo largo de un siglo, para que todos sintamos, cada vez en mayor medida, la insuficiencia de las soluciones propuestas en lo que al tema de la *carga de la prueba* se refiere?²⁰⁷

A resposta, com a qual se concorda, é, também, dada por ela: “creo que se olvidó de varias cosas”.²⁰⁸ E, dentre essas várias coisas a autora enumera algumas que fazem todo o sentido reproduzir, pois esses são os motivos que fazem com que os juízes, as leis ou mesmo as partes, alterem a forma como a distribuição do ônus da prova está disposta no Código de Processo Civil.

Em primeiro lugar, esqueceu-se da *dinâmica*, elemento essencial do processo. Quando o conceito de ação ganhou autonomia, o direito processual se enamorou tanto de seus conceitos próprios que o elo que o ligava ao Direito Material se perdeu. Assim, os institutos do Direito Processual passaram a ser

²⁰⁷ WHITE, Inês Lépori. Cargas probatórias dinâmicas. In: CARGAS probatórias dinâmicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni. 2004, p. 64.

²⁰⁸ WHITE. **Cargas probatórias dinâmicas**, p. 64.

estudados de forma isolada, longe do Direito Material, mesmo que a ele devam ser aplicados.

Em segundo lugar, esqueceu-se da *real natureza da prova* e do fato indiscutível de que a mesma encontra-se dispersa por todo o Direito Privado, o que a aproxima desse ramo do Direito.

Em terceiro lugar, segue WHITE, esqueceu-se, também, de analisar o fenômeno por uma ótica externa. Sempre se pretendeu compreender o fenômeno probatório do lado de dentro, sozinho, sem comunicação. Construíram-se dogmas lógicos, mas, em alguns casos, distantes da realidade e difíceis ou impossíveis de ser aplicados.

E, por último, mas talvez o mais grave deles, esqueceu-se da justiça. Em nome da liberdade, esqueceu-se que esse ideal não se alcança se as partes não estiverem em igualdade de condições. E esqueceu-se de acompanhar as mudanças que o Direito Material sofreu nos últimos cem anos.²⁰⁹

Por consequência do que se acaba de analisar, em algumas situações, exigir do autor a prova de alegações sobre fatos constitutivos pode significar, na prática, uma violação ao princípio do acesso à justiça, porque o autor não terá como produzir prova a respeito e acabará por perder a demanda. Noutras situações, é o próprio fato que se apresenta “*particularmente complexo e por qualquer motivo fugaz*”.²¹⁰

A jurisprudência e a doutrina apresentam, portanto, variações da aplicação das regras sobre o ônus da prova, como a sua inversão e a sua distribuição dinâmica.

Para analisar esses fenômenos, a segunda parte do trabalho foi dividida em quatro partes.

²⁰⁹ Os últimos quatro parágrafos, pontos esquecidos pelo processo civil, são apresentados por WHITE. **Cargas probatórias dinâmicas**, p. 64-65.

²¹⁰ TARUFFO, Michele. Presunzioni, inversioni, prova del fatto. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, ano XLVI, n. 3, p. 733, set. 1992.

Na primeira delas analisa-se a inversão do ônus da prova feita pelo juiz: a) diante do caso concreto para uma adequada tutela; b) no âmbito do consumidor; e c) nos casos em que se distribui de maneira dinâmica o ônus da prova. O título I finda-se com a análise do momento adequado para o juiz inverter ou distribuir de maneira dinâmica o ônus da prova.

Na segunda parte, serão analisadas as possibilidades de inversão do ônus da prova, previstas na lei, quais sejam, o Código de Defesa do Consumidor e a Medida Provisória 2.172, de 23.8.01.

Na terceira parte, será abordada a possibilidade de inversão do ônus da prova por acordo entre as partes.

E, finalizando, será feita uma análise da presunção e a exibição de documentos para a demonstração de que ambos não se tratam de hipótese de inversão do ônus da prova.

TÍTULO I O JUIZ E O ÔNUS DA PROVA

1 A inversão judicial do ônus da prova

Quando se fala em inversão do ônus da prova, está-se diante de uma situação em que a parte tradicionalmente onerada com a prova da alegação fica liberada desse encargo, que, por sua vez, é transferido para a parte contrária.²¹¹

*“A inversão do ônus da prova importa uma modificação do thema probandum, na medida em que a prova que incumbe a cada uma das partes é a contrária daquela que pode ser imposta à contraparte”.*²¹² Ou seja, se o ônus de provar alegações sobre o fato constitutivo, pela regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, recai sobre o autor, com a inversão do ônus da prova, a falta dessa prova no processo será suportada pelo réu.

Em certos casos, atribuir o ônus da prova de determinada alegação ao autor ou ao réu pode significar, na prática, negar tutela ao seu direito. É nesse sentido que se deve compreender que a inversão do ônus da prova privilegia a igualdade material das partes, além de procurar uma adequada tutela dos direitos.²¹³

Conforme entendimento de CENDOM e ZIVIZ, a inversão do ônus da prova pode perseguir diversas finalidades, como a promoção de um determinado direito (como, por exemplo, nas ações afirmativas), o estabelecimento da igualdade

²¹¹ Cf. RANGEL. **O ônus da prova no processo civil**, p. 182.

²¹² RANGEL. **O ônus da prova no processo civil**, p. 182; LEONARDO. **Imposição e inversão do ônus da prova**, p. 217.

²¹³ LEONARDO. **Imposição e inversão do ônus da prova**, p. 218.

material entre as partes, bem como o incentivo a determinados comportamentos sociais pelo potencial reflexo que esses terão no processo.²¹⁴

Duas questões merecem destaque quando se fala em inversão do ônus da prova: em primeiro lugar, não é qualquer dificuldade de se produzir a prova que autoriza a inversão do ônus da prova e, em segundo lugar, a inversão do ônus da prova não se opera unicamente no âmbito do Direito do Consumidor.

No que diz respeito ao primeiro aspecto, não se pode admitir que mínimas dificuldades na produção da prova por uma das partes autorizem o juiz a inverter o ônus da prova, trazendo o caráter excepcional às hipóteses de inversão do ônus da prova.²¹⁵

Somente quando a aplicação da regra contida no artigo 333 do Código de Processo Civil tornar inviável a prestação da tutela dos direitos, é que se deve falar em inversão do ônus da prova. Apenas a dificuldade de uma das partes de produzir a prova das suas alegações não pode ser oportunidade para que o juiz inverta o ônus da prova.

Conforme palavras de RANGEL, a dificuldade de produção da prova “*não deve, só por si, justificar a inversão do ônus da prova, sob pena de se desvirtuar a*

²¹⁴ CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrizia. L'inversione dell'onere della prova nel Diritto Civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, anno XLVI, n. 3, p. 768, set. 1992.

²¹⁵ “TRIBUNAL DE ALÇADA DE MINAS GERAIS. Agravo de instrumento n. 2.0000.00.354283-6. Primeira Câmara Cível. Rel.: Des^a. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, julgado em 04.06.02. Agravo de instrumento – Inversão do ônus da prova – Medida de caráter excepcional – Possibilidade – Indicação pelo consumidor de prova em poder da ré – Não ocorrência – Provas já produzidas – Indeferimento mantido. A inversão é medida de caráter excepcional e somente se justifica quando os aspectos probatórios da lide não podem ser equacionados dentro das regras concernentes à espécie, ou seja, quando o consumidor não possui meios de produzir as provas a fim de afirmar o seu direito. – Assim, não vislumbro motivo a autorizar o aludido pedido de inversão do ônus da prova, visto que a agravada não se eximiu de trazer aos autos toda a documentação referente ao pacote turístico adquirido pela agravante junto a ela. V.v. Ônus – Prova em poder do réu – Inversão – Possibilidade – Produção da prova pela parte que está com os documentos – Regra lógica – Possibilidade de exibição de documento – Critério do Juiz. Cabe a inversão dos ônus da prova quando a documentação comprobatória dos fatos constitutivos alegados na inicial se encontram em poder do réu, configurando-se a hipossuficiência da parte autora em face da impossibilidade de fazer a prova necessária. A possibilidade do Juiz ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder, não é incompatível com o instituto da inversão do ônus da prova.”

*natureza e a essência da prova e poder descaracterizar o papel do julgador, o que é prejudicial para a certeza e a segurança do direito”.*²¹⁶

Num segundo momento, a pergunta que se faz é a seguinte: no ordenamento jurídico brasileiro, admite-se a inversão do ônus da prova por determinação do juiz (*ope iudicis*), ou só se admite a inversão nas hipóteses previstas em lei (*ope legis*)?

No que diz respeito à inversão do ônus da prova prevista em lei, maiores dúvidas não há. O artigo 3º da Medida Provisória 2.172, de 23 de agosto de 2001 e o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990) invertem o ônus da prova originalmente distribuído no artigo 333 do Código de Processo Civil.

A questão está em saber se para o juiz inverter o ônus da prova é necessária uma norma que o autorize, como faz o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor naquele microssistema.

Ao que parece, não se pode admitir que somente quando a lei prevê a possibilidade é que o juiz estará autorizado a inverter o ônus da prova. Caso fosse assim, diversas situações não receberiam a proteção do Estado, pelo simples fato de que, mesmo ajuizando a demanda, a parte jamais conseguiria provar suas alegações, o que levaria, de antemão, a um julgamento de improcedência.

²¹⁶ RANGEL. **O ônus da prova no processo civil**, p. 192. Apenas para informação: o Código Civil Português traz norma referente à inversão do ônus da prova, o que significa que, no ordenamento jurídico português, as hipóteses de inversão do ônus da prova estão dispostas no artigo 344 do Código Civil: “1. As regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ônus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine. 2. Há também inversão do ônus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações.” A posição dominante da doutrina e da jurisprudência é no sentido de que o rol do artigo em análise é taxativo. Essa posição se encontra em FARIA, Rita Lynce de. **A inversão do ônus da prova no Direito Civil português**. Lisboa: Lex, 2001, p. 65, inclusive com citação de outros doutrinadores portugueses.

Partindo dessas premissas, passa-se ao estudo pormenorizado das técnicas de inversão do ônus da prova, iniciando-se pela inversão judicial do ônus da prova como técnica para a adequada tutela dos direitos.

1.1 A inversão judicial do ônus da prova como técnica para a adequada tutela dos direitos

Existem várias situações em que a aplicação fria do ônus da prova pode gerar uma injustiça desmedida.

A lei (artigo 6º, VII do Código de Defesa do Consumidor) permite que o juiz, no âmbito do Direito do Consumidor, ao se convencer da verossimilhança das alegações do autor ou da sua hipossuficiência, inverta o ônus da prova para facilitar a sua defesa em juízo.

Como já se mencionou, equivocada parecer ser, no entanto, a suposição de que somente quando da aplicação da regra supracitada é que o juiz está autorizado a inverter o ônus da prova.²¹⁷ Existem outras tantas situações de Direito Material que exigem que o juiz, caso queira fazer justiça no caso concreto, inverta o ônus da prova.

Admitir que a inversão do ônus da prova seja autorizada no âmbito do Direito do Consumidor não autoriza a conclusão de que somente nessa situação a inversão seria permitida.

Para aceitar a possibilidade de inversão do ônus da prova, além de quando é possível a aplicação do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, é preciso

²¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 8, p. 23-24, set./out. 2005.

aceitar que não há necessidade que seja de *lege ferenda*, ou seja, de lei expressa que autorize o juiz a inverter o ônus da prova.

Em sentido contrário, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm seus representantes.

Na doutrina pode-se destacar a posição de LEONARDO, para o qual a decisão que inverte o ônus da prova fere frontalmente o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV da Constituição da República do Brasil de 1988), gerando a nulidade da decisão.²¹⁸ Igualmente, SANTOS entende que “desejável seria a edição de lei, de preferência com *status* de norma constitucional, que estendesse a todos os processos, de natureza não penal, a inversão do ônus da prova”.²¹⁹

Na jurisprudência, o Tribunal Federal da 4ª Região já se manifestou no sentido da necessidade de norma prévia que permita a inversão do ônus da prova.²²⁰

O principal argumento a favor da necessidade de lei que autorize a inversão é a abertura da porta para a arbitrariedade.

No entanto, limitar a atividade do juiz não parece ser a alternativa correta. Há, sim, a necessidade de controlar a atividade do juiz,²²¹ mas “isso não pode ser feito mediante uma previsão legal da conduta judicial como se a lei pudesse dizer

²¹⁸ LEONARDO. **Imposição e inversão do ônus da prova**, p. 222.

²¹⁹ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **Inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002., p. 105.

²²⁰ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL da 4ª REGIÃO. Agravo de Instrumento n. 2005.04.01.055299-5/RS, Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Relator: Des. Federal Valdemar Capeletti, julgado em 26.03.06. EMENTA. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA VISANDO À REPARAÇÃO DE PREJUÍZOS DA SAFRA DE TRIGO EM 1987. PROVA EMPRESTADA, INVERSÃO DO “ONUS PROBANDI” E PERÍCIA. INDEFERIMENTO. A prova emprestada não pretere o contraditório. **A inversão do ônus da prova demanda autorização legal**. E a prova pericial é desnecessária em espécie com vários precedentes já julgados por esta Corte Regional, sem que sua produção se impusesse. (Sem grifo no original.)

²²¹ Alguns critérios de controle da atividade valorativa do juiz foram apresentados no item 4.1.

o que o juiz deve fazer para prestar adequada tutela jurisdicional diante de todas as situações concretas”.²²²

Está certo que a lei pode regulamentar situações nas quais se possibilite ao juiz inverter o ônus da prova, mas daí concluir que qualquer situação fora do âmbito de alcance dessa lei está desprotegida, não podendo o juiz inverter o ônus da prova, afasta a efetividade da tutela jurisdicional, tornando o processo distante do Direito Material, exatamente na contramão da evolução da teoria processual.

Admitir a possibilidade de inversão do ônus da prova, sem que haja uma lei específica que autorize o juiz a inverter o ônus da prova, não significa admitir que o juiz pode inverter o ônus da prova quando bem entender.

Já se verificou que a inversão só pode se dar quando a aplicação do artigo 333 do Código de Processo Civil significar, naquele caso específico, uma injustiça, além de que não é qualquer dificuldade que a parte apresentar na produção da prova que autoriza o juiz a atribuir esse ônus à contraparte.

Fica, então, a questão: quando o juiz pode inverter o ônus da prova para prestar uma tutela adequada, de forma a evitar a aplicação da norma contida no artigo 333?

Nesse sentido, impõe-se a observância de alguns critérios. E na tentativa de encontrá-los, além de razões de ordem pública, este trabalho propõe duas hipóteses de ordem prática, nas quais estaria o juiz autorizado a inverter o ônus da prova.²²³ Para facilitar o estudo, elas serão analisadas separadamente.

²²² MARINONI. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**, p. 25.

²²³ As hipóteses foram inspiradas nas ordens de razões para a inversão do ônus da prova apresentadas por FARIA, Rita Lynce de. **A inversão do ônus da prova no Direito Civil português**. Lisboa: Lex, 2001.

1.1.1 Hipóteses em que o juiz está autorizado a inverter o ônus da prova

Exigir de uma parte a prova de determinada alegação pode demandar um tempo maior do que se o ônus recaísse sobre a parte com maior acesso e facilidade de obter os meios de prova.

Assim, inverter o ônus da prova pode conduzir indiretamente a uma diminuição dos custos econômicos e temporais do processo, ajuda significativamente no descobrimento da verdade, além de contribuir para uma prestação jurisdicional com justiça.²²⁴

São essas as razões de ordem pública que autorizam o juiz a inverter o ônus da prova.

No entanto, não basta essas razões para que o juiz se sinta autorizado a inverter o ônus da prova. Nesse sentido, somando-se a elas, entende-se que o juiz estará autorizado a inverter o ônus da prova em duas hipóteses: a) prova da alegação de fatos negativos (prova diabólica); e b) postura de uma das partes que, culposamente, impede que a parte que poderia produzir a prova não consiga realizá-la.

1.1.1.1 A prova da alegação de fatos negativos

²²⁴ FARIA. *A inversão do ônus da prova no Direito Civil português*, p. 62.

A primeira situação que dificulta sobremaneira a prova de uma alegação é quando essa alegação diz respeito a fatos negativos.

Quando a prova de determinadas alegações (como é o caso de uma alegação sobre um fato negativo) é *extremamente difícil* ou mesmo impossível, a doutrina costuma denominá-la *prova diabólica*.²²⁵

Inicialmente cumpre diferenciar *fato negativo* de *negativa de fato*.

O artigo 302 impõe ao réu o ônus de manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Não há qualquer menção de que, ao impugnar os fatos narrados na inicial, o réu deve alegar que os fatos narrados na inicial ocorreram de outro modo, ou ainda, alegar qualquer outro fato que afaste os inicialmente alegados pelo autor. Para impugnar os fatos narrados na inicial, o réu pode simplesmente negar que eles existiram.

Nesse caso, o réu não possui nenhum ônus da prova. Apenas o autor é quem terá o ônus de provar as alegações sobre os fatos constitutivos realizadas

²²⁵ Para CÂMARA prova diabólica “é a expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração. Também a jurisprudência emprega a expressão, normalmente, para fazer referência à prova de que algo não ocorreu (equiparando, assim, a *prova diabólica* e a *prova negativa*)”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 31, p. 9-18, 2005). Numa posição diferente da adotada no trabalho, LAGARDE reconhece a prova diabólica quando a sua produção se torna impossível, sem concurso das partes, mas porque simplesmente existe um período de tempo muito longo entre a ocorrência o fato e o momento de provar a alegação de que ele existiu. Ele dá exemplo da prova da relação de parentesco numa ação de petição de herança ou a prova de uma propriedade imobiliária adquirida de maneira derivada. “En effet, une longue période de temps s’est souvent écoulée entre le moment où le lien de parenté a été établi, notamment par un acte d’état civil, et celui où le demandeur à la succession se prévaut de ce lien. La prouve qu’il devrait normalement rapporter risque de se révéler diabolique. [...] S’il este établi qu’elles ont acquis, soit par l’effet d’un acte juridique, soit par l’effet d’une dévolution successorale, la propriété du bien litigieux, encore faut-il se convaincre que leur auteur était lui-même propriétaire de ce bien. Et tant qu’on ne sera pas parvenu en remontant la chaîne des auteurs, à en retrouver au moins un ayant acquis de manière originaire la propriété du bien, on ne pourra jamais être pleinement assuré de la qualité de propriétaire de l’une au moins des parties au litige. Or, cette recherche risque d’amener le juge à examiner des faits s’étant réalisés dans des temps, d’aucun moyen de preuve pertinent. D’ailleurs, et parce que sachant qu’elle ne pourrainer en aucun cas leur apporter un réel soutien, lês parties se risquent rarement à de telles allégations. Ainsi, lê juge saisi d’une action em revendication immobilière se trouve fréquemment dans la situation de devoir affronter une preuve diabolique.” (LAGARDE, Xavier. **Réflexion critique sur le droit de la preuve**. Bibliothèque de droit Prive. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1994. p.274-275. t. 239.).

na inicial, sob pena de se aplicar a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil.

Situação bastante diferente ocorre quando há alegação de um fato negativo, ou seja, a alegação de que “a inoccorrência de um fato gera um direito. Afirma-se, portanto, um fato negativo – ou seja, afirma-se que um fato não ocorreu –, e dessa inexistência é que se busca a consequência jurídica pretendida”.²²⁶

Aqui se faz necessária a distinção do fato negativo em *definido* e *indefinido*.

Fatos negativos definidos são aqueles cuja negativa significa, ao mesmo tempo, uma afirmativa contrária, como, por exemplo, a negativa: “eu não estava na festa” pode ser dita com a afirmativa “eu estava em casa”. Esses fatos não são impossíveis de se provar, e alegações desse tipo não autorizam a inversão do ônus da prova.

No entanto, fatos negativos indefinidos são aqueles que demonstram “uma universalidade de inoccorrência”,²²⁷ como, por exemplo, “eu nunca fui a Paris”, “eu nunca possuí um automóvel”.

A prova desse tipo de alegação é impossível e para LESSONA a impossibilidade “não deriva de seu caráter negativo, mas do seu caráter indefinido. Os fatos positivos indefinidos tampouco podem ser provados”.²²⁸

ROSENBERG, ao tratar da prova do fato negativo, inicia sua lição afirmando que esse assunto já provocou muitas discussões e, até, certa obscuridade. Os princípios romanos *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* e *cum per rerum naturam negantis nulla probatio sit* foram resumidos no aforismo *affimanti incumbit probatio non neganti* e daí se deduziu que somente os fatos positivos e não as negativas necessitam de prova. Assim, “la carga de la prueba debería incumbir a

²²⁶ WANBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Almeida de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006/2007. p. 417. v. 1.

²²⁷ WANBIER; ALMEIDA; TALAMINI. **Curso avançado de processo civil**, p. 417.

²²⁸ LESSONA, Carlos. **Teoría general de la prueba en Derecho Civil**. Trad. de Enrique Aguilera de Paz. 3. ed. Madrid: Réus, 1928. p. 178. Também é essa a opinião de WANBIER; ALMEIDA; TALAMINI. **Curso avançado de processo civil**, p. 417.

la parte que afirma un hecho; en cambio, debería estar exento de la carga, quien introduce en el proceso una negativa, la afirmación de un no-hecho”.²²⁹

Para o autor acima citado um não-fato não se prova diretamente, mas somente se se deduzir que se percebe algo que não deveria perceber se o fato existisse, ou se não se percebe algo que deveria perceber se o fato fosse real. Para ele a dificuldade não é tão grande, visto que prova de alegações sobre fatos afirmativos muitas vezes só se consegue, também, através de uma prova indireta.

A inversão do ônus da prova estaria autorizada, então, quando uma das partes, ao afirmar um fato negativo indefinido, não tem possibilidade de provar sua afirmação, e exigir-lhe essa prova seria o mesmo que negar-lhe o acesso à justiça.²³⁰

Num sentido contrário, a inversão do ônus da prova não estaria autorizada quando, com isso, a parte que recebe o ônus – que originalmente não lhe cabia –

²²⁹ ROSENBERG. **La carga de la prueba**, p. 295.

²³⁰ “TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70006046361, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Des. Pedro Luiz Pozza, julgado em 17.06.04. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. RECURSO. RAZÕES. TELEFONIA CELULAR. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SPC. DANO MORAL PURO. Ainda que o recurso não traga razões novas, ele insiste no alegado na inicial, no sentido de que a documentação acostada prova o uso de documento da autora por outrem. Mérito. Caso em que a apelante alega que jamais teve telefone celular e que nunca habilitou referidos serviços em seu nome. Impossibilidade de provar fato negativo, que constitui *probatio diabolica*, pelo que cumpria à ré fazer a prova em sentido contrário. Insuficiente alegação da ré de que, quando da habilitação de linha telefônica celular, exige do usuário a apresentação de documentos para confirmar sua identidade, vez que deveria guardar consigo cópia dos mesmos. Circunstância de que o telefone habilitado em nome da autora é de prefixo 51, ao passo que reside em município em que o prefixo é 54. Inscrição indevida no SPC, de responsabilidade exclusiva da ré, que dá ensejo a dano moral puro. Ação procedente. Preliminar rejeitada. Recurso provido. Unânime.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70005055959, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Pedro Luiz Pozza, julgado em 13.05.04. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DO DEVEDOR. NOTA PROMISSÓRIA. DÍVIDA QUESÍVEL. PRESUNÇÃO. ART. 950 DO CÓDIGO CIVIL REVOGADO. Alegado pelo devedor-embargante que não foi procurado pelo credor-embargado para o pagamento da dívida, sendo ela quesível, conforme o art. 950 do Código Civil revogado, inviável impor-se àquele a prova do fato negativo alegado, que constitui *probatio diabolica*. No caso, cabia ao credor a prova de que procurou o devedor, o que não pretendeu fazer. Na hipótese, a citação é que marca a constituição em mora do devedor, pelo que somente a partir de então incidem os juros moratórios. Inviável, todavia, isentar o embargante das custas processuais e honorários advocatícios, pois para tanto teria de depositar o valor de seu débito assim que citado para a execução. Admitida como verdadeira a alegação do embargante quanto a não ter sido procurado pelo embargado, não há interesse na realização de audiência para a produção de prova nesse sentido. Recurso parcialmente provido. Agravo Retido. Prejudicado. Unânime.”

terá de provar um fato negativo. Significa dizer que surge para ela uma prova diabólica, o que não se admite.²³¹

1.1.1.2 Postura de uma das partes que, culposamente, impede que a parte que poderia produzir a prova não consiga realizá-la

Se uma das partes tenha adotado no processo uma postura *culposa* que faz com que a parte que inicialmente poderia conseguir provar determinada alegação não mais consiga em razão dessa postura, necessária é a inversão do ônus da prova daquela alegação. “Essa inversão funciona como uma espécie de *sanção* contra uma das partes.”²³²

Conforme assevera LESSONA, “não é lícito [à contraparte] aproveitar-se dos próprios fatos ilegítimos”.²³³ Também VAZ SERRA refere que “não é justo que fique exposto às conseqüências da falta de prova o onerado que não pode produzi-la devido a culpa da outra parte”.²³⁴

Nesse caso, a inversão do ônus da prova aparece como uma sanção à conduta ilícita da parte que impede que a outra produza a prova.

²³¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível N. 70008052953, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Pedro Luiz Pozza, julgado em 01.04.04. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. COMBUSTÍVEL. ABASTECIMENTO. VENDA A CRÉDITO. RESPONSABILIDADE. A regra é de que ao autor incumbe a prova do fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 333, inciso I, do CPC. **Ademais, é inviável atribuir ao réu a prova de fato negativo, sabidamente diabólica.** Hipótese em que não demonstrado pela autora que as notas fiscais juntadas referiam-se ao abastecimento de veículos que eram de propriedade ou estavam sendo usados pelo apelante, insuficiente para tanto o lançamento do nome desse nas notas fiscais e, em algumas, a placa de um caminhão que a ele pertenceu no período em que emitidas, vez que não identificadas pela apelada as pessoas que usavam os veículos na ocasião, improvido, assim, qualquer vínculo com o apelante. Recurso Provido. Unânime. (Sem grifo no original.)

²³² FARIA. **A inversão do ônus da prova no Direito Civil português**, p. 61.

²³³ LESSONA. **Teoria general de la prueba en Derecho Civil**, p. 131.

²³⁴ VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. Provas (Direito Probatório Material). **Boletim do Ministério da Justiça**, n. 110, p. 160, nov. 1961, citado por FARIA. **A inversão do ônus da prova no Direito Civil português**, p.51.

Assim, para que ocorra a inversão do ônus da prova, é necessário que existam cumulativamente: a) impossibilidade de produção de prova pelo onerado; e b) que “essa impossibilidade tenha resultado de comportamento culposo da parte contrária”.²³⁵

Quanto à impossibilidade de produção de prova, não basta que a conduta culposa da parte tenha tornado difícil a produção da prova, mas que a tenha tornado realmente *impossível*.²³⁶

Para RANGEL, além de impossível a produção de determinado meio de prova, é necessário que seja ele o único disponível para provar determinada alegação. Se a contraparte tornou impossível a produção de determinado meio de prova, mas não sendo ele o único capaz de provar a alegação, não se justifica a inversão do ônus da prova.²³⁷

No que tange à conduta *culposa* da parte, cumpre mencionar que ela pode anteceder o processo ou pode ocorrer durante a sua tramitação.

Antes do processo, pode-se pensar na situação em que parte deixa para ajuizar uma ação de indenização no último dia do prazo prescricional, numa situação de *venire contra factum proprium*. A parte age durante todo o tempo demonstrando que não irá ajuizar nenhuma ação, o que faz com que o réu acredite nessa postura. Nesse caso, a conduta pode traduzir-se para o réu em impossibilidade de produzir a prova outrora possível.²³⁸

²³⁵ FARIA. **A inversão do ônus da prova no Direito Civil português**, p. 50.

²³⁶ Cf. RANGEL. **O ônus da prova no processo civil**, p. 184-187.

²³⁷ RANGEL. **O ônus da prova no processo civil**, p. 191. Em sentido contrário FARIA. **A inversão do ônus da prova no Direito Civil português**, p. 50, nota. 159.

²³⁸ Essa possibilidade foi abordada pelo Prof. Danilo Knijnik (em seu ensaio **As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica***, p. 945, nota 30.) como hipótese de distribuição dinâmica do ônus probatório. Apesar do brilhantismo apresentado na obra, é de se discordar de sua posição. Parece que a distribuição dinâmica do ônus da prova é possível quando a prova que inicialmente deveria ser produzida por uma das partes encontra-se muito mais perto da outra parte. O pressuposto para que o juiz distribua de forma dinâmica o ônus da prova é a *possibilidade* de produção da prova. Ou seja, a parte inicialmente onerada não tem a possibilidade, mas a outra parte tem por estar mais perto das fontes de prova. No caso apresentado, a prova não mais poderá ser produzida porque não mais

Ao ajuizar a ação no último dia do prazo, “quando para o réu sejam inalcançáveis as prova outrora disponíveis”²³⁹, o juiz está autorizado a inverter o ônus da prova, transferindo para aquela parte o ônus da prova que inicialmente era do réu.

Por outro lado, nada impede que a conduta culposa da parte que impossibilite a produção da prova se dê durante a tramitação do processo, no caso da parte destruir uma fonte de prova que está em seu poder, como, por exemplo, um médico que destrua um laudo.

Nesse caso, igualmente autorizado está o juiz a inverter o ônus da prova.

1.2 O direito de defesa do consumidor e a inversão do ônus da prova

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, reconheceu-se a existência da desigualdade material entre consumidor e fornecedor, apresentando-se novos mecanismos de tutela dos direitos daquele.²⁴⁰

existem as fontes de prova. Elas não existem, no entanto, porque a parte contrária agiu para que isso acontecesse. Assim, opera-se a inversão do ônus da prova como uma forma de sancionar a parte que fez com que as provas não mais existissem. O que significa dizer que ela é que terá o ônus da prova inicialmente distribuído para a outra parte, e, se ela não se desincumbir, sofrerá um julgamento de improcedência.

²³⁹ KNIJNIK. **As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica***, p. 945.

²⁴⁰ VERZONI, Fernando Gava. **A inversão do ônus da prova no CDC: defesa do consumidor e as garantias processuais do fornecedor**. 2005. Monografia (Láurea acadêmica) – Faculdade de Direito, UFRGS, Porto Alegre, 2005. GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus no Código do Consumidor. **Revista de Direito Processual**, Curitiba, n. 3. set./dez. 1996. Nesse sentido, a posição do Ministro Ruy Rosado de Aguiar: “É truísmo dizer que não basta assegurar direitos, sem a indispensável facilitação da defesa do jurisdicionado, especialmente em um país como o Brasil, onde a grande massa dos litígios depende de uma solução judicializada. A idéia geral que anima o

O que cria essa desigualdade material é que, na maioria das vezes, o fornecedor é quem tem melhores condições de conhecer o produto que comercializa ou o serviço que presta,²⁴¹ ficando o consumidor em posição de desvantagem em qualquer discussão, cujo objeto seja esse produto comercializado ou esse serviço prestado. Juntam-se a isso o desconhecimento, por parte do consumidor, das leis que o protegem, além dos meios disponíveis para efetivá-las; os custos de uma demanda; a regra geral de competência em relação ao foro que é o domicílio do réu;²⁴² o fato de que o fornecedor mostra, muitas vezes, ser um *litigante habitual* com escritórios de advocacia estruturados e prontos para realizar a sua defesa em juízo.²⁴³

Diante desse flagrante desnível de condições material (e processuais), o consumidor necessita de uma proteção especial, capaz de viabilizar a sua defesa em juízo.

A Constituição da República do Brasil de 1988, no artigo 5º, XXXII, consagra o direito de *defesa do consumidor* como corolário direto do princípio da ampla defesa e da igualdade.

Não basta a Constituição da República de 1988 prever a ampla defesa, se não se reconhece material e processualmente meios de defesa efetiva do consumidor, parte vulnerável na relação de consumo. Daí a importância do inciso XXXII do artigo 5º, que consagra, inclusive, o princípio informador da ordem econômica (artigo 170, V do mesmo diploma legal).

CDC indica essa preocupação e aponta para um processo judicial em que o consumidor tenha condições efetivas de defesa do seu direito." (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial n. 347.632-SP, 4ª Turma. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 24.06.03) No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 506.443-RN, Terceira Turma. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em dia 07.08.03.

²⁴¹ Pense-se na crescente tecnologia e nas relações de consumo cada vez mais massificadas.

²⁴² Essas dificuldades são apontadas por BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. A defesa do consumidor em juízo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 5, p. 190-193, jan./mar. 1993.

²⁴³ Sobre os *litigantes habituais* e os *litigantes eventuais* veja-se MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 120 ss. E fazendo uma síntese do pensamento desse autor, VERZONI. **A inversão do ônus da prova no CDC: defesa do consumidor e as garantias processuais do fornecedor**, p. 22.

E, quando se fala em igualdade, não basta tratar a igualdade no seu aspecto formal, aquela prevista na lei; é preciso lutar para a obtenção do caráter dinâmico da igualdade (artigo 3º, III, *in fine*, da Constituição de 1988), ou seja, a igualdade material, significando, em última análise, tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.²⁴⁴

Seguindo essa esteira de proteção, o Código de Defesa do Consumidor prevê como um “direito básico” a facilitação da defesa do consumidor em juízo. E como meio de garantir esse direito básico encontra-se a possibilidade da inversão do ônus da prova (artigo 6º, VIII).²⁴⁵

Para a compreensão do funcionamento da inversão do ônus da prova, como mecanismo facilitador da defesa do consumidor em juízo, é preciso se ter bem claro que, por regra, aplica-se, também nas relações de consumo, a distribuição do ônus da prova prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil.²⁴⁶

²⁴⁴ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição da República de 1988**. 6. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 43 e PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 37.

²⁴⁵ GIDI, Antônio. **Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor**, p. 583-584.

²⁴⁶ TRIBUNAL DE ALÇADA DO RIO GRANDE DO SUL. Embargos de Declaração n. 197701774, Segunda Câmara Cível, Relator: Rubem Duarte, Julgado em 15.05.1997 EMENTA: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – QUANDO CABE – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (INC. VIII DO ART. 6) E CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (INCISOS I E II DO ART. 333). Mesmo caracterizada relação de consumo, o ônus da prova só é de ser invertido quando a parte requerente tiver dificuldades para a demonstração de seu direito dentro do que estabelecem as regras processuais comuns, ditadas pelo art. 333 e incisos do CPC, presentes a verossimilhança ou a hipossuficiência. Carência de ação. A arguição de carência de ação, na verdade trata da falta de direito material, a ser objeto da decisão juntamente com as demais teses componentes da lide. No mesmo sentido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 598117646, Décima Sexta Câmara Cível, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, julgado em 07.10.98; Agravo de Instrumento n. 70007889512, Décima Sétima Câmara Cível, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, julgado em 24.12.03. No mesmo sentido já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça: “No caso dos autos, o despacho do juiz é omissivo em relação aos dois aspectos, nem diz que é verossímil, nem diz que é hipossuficiente, mesmo porque, no particular, trata-se de um advogado que adquiriu imóvel pelo sistema financeiro de habitação. De modo que os pressupostos específicos do próprio Código de Defesa do Consumidor, para que se dê a inversão do ônus da prova, não estão previstos, porque o despacho de fl. 22 é completamente silente a respeito. *Data venia*, nessa circunstância em que o ônus da prova do consumidor deve ser pelo menos o de satisfazer ao art. 6º, inciso VIII, do próprio CDC, há de prevalecer a regra geral que é a do art. 333 do Código de Processo Civil. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 437.425-RS. Quarta Turma, Relator: Ministro Barros Monteiro, julgado em 15.08.02.)

Sendo assim, cabe ao consumidor provar o dano sofrido, o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do fornecedor e nos casos de responsabilidade subjetiva, ainda a culpa do consumidor.

Acontece que, na grande maioria dos casos, – por desconhecimento do processo de produção e do funcionamento do produto, das técnicas de utilizadas nas prestações de serviços, como já se mencionou – o consumidor não se encontra em condições de produzir prova sobre quaisquer alegações nesse sentido.

Por outro lado, o fornecedor que tem a obrigação de conhecer todos esses aspectos dos produtos e dos serviços, encontra-se em condições sobremaneira privilegiada para produzir as provas pertinentes.

Nesse sentido, a atribuição do ônus de provar essas alegações deve recair sobre o fornecedor e não sobre o consumidor, invertendo-se o ônus da prova originalmente distribuído no artigo 333 do Código Civil.

Passa-se, então, à análise dos requisitos exigidos pelo Código de Defesa do Consumidor para a inversão do *onus probandi*.

1.2.1 Requisitos legais para a inversão do ônus da prova

O Código de Defesa do Consumidor, ao permitir a inversão do ônus da prova, a condicionou à verificação, no caso concreto, de alguns requisitos,²⁴⁷ que estão arrolados no artigo 6º, VIII, que dispõe:

²⁴⁷ Este acórdão demonstra que a inversão não é automática e só ocorre quando é impossível cumprir a regra estabelecida no artigo 333 e quando existem os requisitos do artigo 6º do CDC. TRIBUNAL DE ALÇADA DO RIO GRANDE DO SUL. Embargos de Declaração n. 197701774,

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 experiência [...].

Assim, pode-se verificar claramente que os requisitos são: a) necessidade de relação entre consumidor e fornecedor; b) uma decisão judicial; c) a verossimilhança da alegação; e d) a hipossuficiência do consumidor.²⁴⁸

Existe uma discussão doutrinária no que diz respeito à necessidade de ocorrência dos dois últimos requisitos simultaneamente para que o juiz possa inverter o ônus da prova. Isso se dá diante da letra da lei que se utiliza da

Segunda Câmara Cível, Relator: Rubem Duarte, Julgado em 15.05.97. EMENTA: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – QUANDO CABE – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (INC. VIII DO ART. 6) E CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (INCISOS I E II DO ART. 333). MESMO CARACTERIZADA RELACAO DE CONSUMO, O ÔNUS DA PROVA SÓ É DE SER INVERTIDO QUANDO A PARTE REQUERENTE TIVER DIFICULDADES PARA A DEMONSTRAÇÃO DE SEU DIREITO DENTRO DO QUE ESTABELECEM AS REGRAS PROCESSUAIS COMUNS, DITADAS PELO ART. 333 E INCISOS DO CPC, PRESENTES A VEROSSIMILHANÇA OU A HIPOSSUFICIÊNCIA. CARÊNCIA DE AÇÃO. A ARGUIÇÃO DE CARÊNCIA DE AÇÃO, NA VERDADE TRATA DA FALTA DE DIREITO MATERIAL, A SER OBJETO DA DECISAO JUNTAMENTE COM AS DEMAIS TESES COMPONENTES DA LIDE. O mesmo se verifica do trecho da fundamentação da decisão a seguir: “Todavia, a incidência das normas do CDC por si só não implica automaticamente na inversão do ônus da prova, tendo em vista que esta exige a demonstração da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência do consumidor, além da demonstração de que a prova pretendida não está ao alcance do autor, seja pelas razões apontadas, devendo o demandado produzi-la nos autos, do que na espécie não se cuida, pelo menos não demonstrada sua necessidade por ora”. (Tribunal de Justiça do RS, Agravo de Instrumento n. 70016853715, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: André Luiz Planella Villarinho, julgado em 21.12.2006).

²⁴⁸ “O inciso VIII do artigo 6º da Lei n. 8078/90 afirma como um dos direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos. Entre os meios alcançados pela Constituição (inciso XXXII do artigo 5º e inciso V do artigo 170) e a Lei n. 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor) está aquele da inversão do ônus da prova. O próprio dispositivo legal antes mencionado fixa os requisitos para a inversão do ônus probatório: a aplicação se cinge ao campo do processo civil; deve se efetivar em favor do consumidor; submete-se à discussão judicial; condiciona-se à verossimilhança da alegação e à hipossuficiência, avaliadas consoante as regras ordinárias de experiência.” (Tribunal de Justiça do RS, Apelação Cível n. 70005497581, Décima Quarta Câmara Cível, Relator: João Armando Bezerra Campos, julgado em 19.12.2002). No mesmo sentido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70009761065, Vigésima Segunda Câmara Cível, Relator: Mara Larsen Chechi, julgado em 16.12.2004.

conjunção “ou” passando a idéia de alternatividade entre esses requisitos. Essa análise será feita no momento oportuno.

1.2.1.1 Relação jurídica de consumo

A possibilidade da inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor só se aplica nas relações jurídicas de consumo, presentes os seus elementos: a) consumidor; b) fornecedor (definido pelo artigo 3º, *caput*); e c) objeto, que pode ser um *produto* ou *serviço* (art. 3º, §§ 1º e 2º).

Para este trabalho basta uma breve explicação conceitual dos elementos constituintes da relação jurídica de consumo.

Entende-se por consumidor “o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade comercial”.²⁴⁹

Já fornecedor é o personagem que na relação de consumo é o “responsável pela colocação de produtos e serviços à disposição do consumidor”. É, portanto, “qualquer *pessoa física*, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça

²⁴⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto** / Ada Pellegrini Grinover [et al.]. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 26-27.

no mercado produtos ou serviços, e a *jurídica*, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual".²⁵⁰

E o objeto da relação pode ser um *produto*, que pode ser qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial; ou um *serviço* que pode ser considerada toda atividade, benefício ou satisfação que são oferecidos à venda²⁵¹

1.2.1.2 A inversão depende de decisão judicial fundamentada

A lei, ao estabelecer que a facilitação da defesa dos direitos do consumidor poderá ser feita com a inversão do ônus da prova, estabelece igualmente que essa inversão será feita *a critério do juiz*. Com isso, conclui-se que a inversão do ônus da prova não se opera de forma automática, pelo simples fato de ter, num dos pólos da demanda, um consumidor, mas depende de uma decisão fundamentada do magistrado, quando se verificar as circunstâncias que possibilitam essa medida.²⁵² No entanto, se o caso comportar a inversão, o juiz *deverá* inverter, não ficando ao seu arbítrio essa decisão.²⁵³

²⁵⁰ FILOMENO. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 39.

²⁵¹ FILOMENO. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 42-51.

²⁵² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento n. 70002719466, Sexta Câmara Cível, Relator: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, julgado em 29.08.01. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. A chamada inversão do ônus da prova, no CDC, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência (art. 6º, VIII). Portanto, não se revela automática, dependendo das circunstâncias concretas da causa. Agravo provido em parte. No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 327.195-DF, Terceira Turma, Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 18.09.01.

²⁵³ Nesse sentido: ANDRADE, Vanessa Verdolim Hudson. Inversão do ônus da prova. **Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 75, p. 36, abr./jun. 1999. VERZONI. **A inversão do ônus da prova no CDC: defesa do consumidor e as garantias**

Trata-se, portanto, de espécie de inversão *ope judicis*, isto é, determinada pelo juiz, diferenciando-se da inversão *ex vi legis*, qual seja, aquela determinada pela lei.²⁵⁴

Questão que não pode passar despercebida é a de que a decisão judicial que determina a inversão do ônus da prova deve ser fundamentada por exigência do artigo 93, IX da Constituição da República de 1988.

Finalmente, é fundamental compartilhar com CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA a opinião de que a inversão do ônus da prova pode ser feita tanto a requerimento da parte, quanto *ex officio*, pois “tratando-se de um dos ‘direitos básicos do consumidor’, e sendo o diploma composto de normas de ordem pública (art. 1º), deve-se entender que a medida independe da iniciativa do interessado em requerê-la”.²⁵⁵

1.2.1.3 A verossimilhança da alegação e a hipossuficiência do consumidor

Por uma interpretação literal do artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, entende-se que existe uma alternatividade entre os requisitos da

processuais do fornecedor, p. 28; BARBOSA MOREIRA. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor**, p. 139.

²⁵⁴ Existem alguns dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que estabelecem uma distribuição do ônus probatório de forma diferente daquela estabelecida no artigo 333 do Código Civil, como é o caso do art. 38. Essa espécie de inversão *ope legis* será oportunamente tratada.

²⁵⁵ BARBOSA MOREIRA. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor**, p. 139.

verossimilhança e da hipossuficiência, uma vez que o artigo utiliza a conjunção alternativa “ou”.²⁵⁶

No entanto, a doutrina não se mostra unânime ao aceitar essa alternatividade, posicionando-se, muitas vezes, no sentido de que esses requisitos sejam complementares e, no lugar de “ou”, deveria estar a conjunção aditiva “e”.²⁵⁷

Os que defendem essa segunda posição encontram problema quando se verifica apenas o requisito da hipossuficiência do consumidor e exemplificam com o ‘caso do mendigo que deixou seu automóvel no *shopping*’. Ainda que um tanto estapafúrdio esse caso se presta para exemplificar o ponto de vista. O que se teria seria o seguinte: um mendigo estaciona seu automóvel num determinado *shopping center* luxuoso para fazer suas compras de Natal. Depois ajuíza ação contra esse *shopping* alegando que seu carro foi furtado e, diante da sua incontestável hipossuficiência, requer a inversão do ônus da prova “para que o réu prove que o seu carro (do mendigo) não estava estacionado nas dependências do *shopping* e que, nele, não estavam guardadas todas as suas compras de natal”.^{258, 259}

²⁵⁶ Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor**, p. 140, que muda u sua opinião; NERY JÚNIOR. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, 1/200, p. 218; NOGUEIRA, Tânia Liz Tizzoni. Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova, **Revista de Direito do Consumidor**, n.10, p.58, abr./jun. 1994; WATANABE, Kazuo. Da defesa do consumidor em juízo: disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 733.

²⁵⁷ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. O direito de defesa e a efetividade do processo 20 anos após a vigência do Código. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 79, p. 214. jul./set.1995; GIDI. **Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor**, p. 584.

²⁵⁸ Esse exemplo foi inicialmente utilizado por GIDI. **Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor**, p. 584. Também é citado por BARBOSA MOREIRA. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor**, p. 141

²⁵⁹ Esse exemplo só se admite para ilustrar a situação se se pensa na prova da propriedade do veículo ou das compras realizadas. Daí se conclui que a prova dessas duas alegações jamais poderá caber ao *shopping*, seja mendigo, seja milionário. No que tange à prova da alegação de que o carro estava estacionado no *shopping*, caso ele não possua mecanismos de controle de entrada e saída do carro, a jurisprudência tem reduzido o módulo probatório e não invertido o ônus da prova.

O ponto de partida dessa posição é de que hipossuficiência seria apenas o desnível econômico-financeiro. Todavia, não se pode olvidar que, independentemente das condições financeiras das partes, dispondo o consumidor de meios para provar a sua alegação, não existe qualquer motivo para a inversão do ônus da prova. Ela é admitida como forma de facilitar a defesa do consumidor, mas não para dificultar sobremaneira a defesa do fornecedor a ponto de ser uma decisão que, antecipadamente, julga a demanda a favor do consumidor. De início, conclui-se, então, que o requisito da hipossuficiência do consumidor não corresponde a inópia financeira.

Já aqueles que acreditam que há alternatividade entre os dois requisitos o fazem com o fundamento de que a inversão do ônus da prova visa a facilitar a defesa do consumidor, e exigir a sua concomitância vai de encontro ao escopo da norma.

Para VERZONI, adotando posição diferente das duas já apresentadas, o requisito da hipossuficiência sequer precisaria existir, pois a inversão somente ocorrerá quando realmente for necessária a facilitação da defesa do consumidor, e isso se dá, por óbvio, em razão da “ausência ou insuficiência de conhecimentos necessários à produção da prova”. Assim, a hipossuficiência deverá estar sempre presente “sob pena de se conferir o benefício da inversão a quem dele não necessita”.²⁶⁰

No entanto, verificada a existência de hipossuficiência, não há necessidade de alegação verossímil.

Por conseguinte, a verossimilhança da alegação do consumidor, por si só, não legitima a inversão, já que o *telos* da norma é proteger aquele que efetivamente necessita da inversão em razão

²⁶⁰ VERZONI. **A inversão do ônus da prova do CDC:** defesa do consumidor e garantias processuais do fornecedor, p. 44.

da ausência ou insuficiência dos conhecimentos necessários para a adequada condução da produção da prova.²⁶¹

Assim, o autor conclui que não pode haver inversão do ônus da prova sem o requisito da hipossuficiência.

Passa-se à análise individual de cada um dos requisitos.

A verossimilhança da alegação

No processo civil, em algumas situações, o *juízo de verossimilhança* opõe-se ao *juízo de certeza*. Na doutrina processual civil, associa-se o juízo de verossimilhança aos casos de cognição sumária (na apreciação das tutelas de urgência), e o juízo de certeza, aos casos de cognição plena e exauriente.²⁶² Verifica-se que o juízo de verossimilhança é feito antes da colheita de material probatório suficiente para se pronunciar um juízo definitivo de verdade.

Segundo lição de CALAMANDREI, a verossimilhança é a aparência de verdade; assim, uma alegação será verossímil quando ela tiver *aparência* de verdade.

Para que o juiz forme sua convicção acerca da aparência de determinada alegação com a verdade, utilizará um critério baseado naquilo que ordinariamente acontece (*quod plerumque accidit*), ou seja, baseado em *máximas da experiência*. Se a experiência assinala que fatos daquela mesma categoria acontecem

²⁶¹ VERZONI. **A inversão do ônus da prova do CDC: defesa do consumidor e garantias processuais do fornecedor**, p. 44.

²⁶² Nesse sentido a esclarecedora e importante obra de WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

normalmente em circunstâncias similares, o juiz está autorizado a concluir que aquele fato concreto se apresenta com aparência de ser verdadeiro.²⁶³

O que deve haver é “um início de prova das *circunstâncias* que envolvem o fato alegado (não necessariamente do fato em si) cujo encargo de provar pretende-se inverter”.²⁶⁴ Esses fatos alegados e provados, como já se observou, chamam-se *indícios*. E é a partir deles que, utilizando das *máximas da experiência*, o juiz “*presumirá* ter acontecido, também, o fato que constitui o *thema probandum*”.²⁶⁵

Para ARAÚJO FILHO, o fato alegado pelo consumidor deve ser plausível, “sem todavia ser necessário que o fato descrito se mostre provável, que tenha efetiva probabilidade de ser verdadeiro”.²⁶⁶

Segundo o autor retrocitado, não há que se comparar o requisito exigido pela norma do artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, com os requisitos exigidos pela norma contida no artigo 273 do Código de Processo Civil para a antecipação dos efeitos da tutela. Primeiro, porque o artigo 273, ao exigir *prova inequívoca* para que o juiz se convença da *verossimilhança* da alegação da parte, exige dois requisitos contraditórios. Ora, se houver prova inequívoca, haverá certeza e não verossimilhança. Para superar essa contradição, a doutrina concluiu pela necessidade de haver a *probabilidade* da existência do direito alegado.²⁶⁷

Lembrando que a possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova no Direito do Consumidor existe para concretizar a determinação constitucional de *proteção*

²⁶³ CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, n. 10, parti I, p. 169, 1955.

²⁶⁴ VERZONI. **A inversão do ônus da prova no CDC**, p. 36

²⁶⁵ BARBOSA MOREIRA. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor**, p. 142. Nesse sentido também: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 135.

²⁶⁶ ARAÚJO FILHO. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 9.

²⁶⁷ Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 143.

ao consumidor não se pode interpretar a norma criando um *retrocesso*, “uma desarrazoada complicação na defesa de seus direitos”.²⁶⁸

Interessante aspecto é tratado por ARAÚJO FILHO, partindo de uma palestra proferida por CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA, em janeiro de 1991, no que tange à redução do módulo probatório no Direito do Consumidor.

Essa é a lição de CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA que inspirou ARAÚJO FILHO:

As freqüentes dificuldades com que se depara o consumidor, em matéria probatória, devem ser resolvidas igualmente, pela adoção de critérios menos rígidos na atividade de valoração da prova: o Juiz, para convencer-se da responsabilidade do fornecedor, há de contentar-se com *probabilidade* de que o dano tenha a sua origem no produto defeituoso ou no serviço mal prestado, ainda que o nexo de causalidade não esteja fartamente demonstrado. Do consumidor não se pode exigir, pelos motivos já apontados, a prova irrefutável, cabal, conclusiva da responsabilidade do fornecedor. Isto quer dizer que, em processo entre consumidor e fornecedor, poderá o Juiz, para acolher o pedido, reputar suficientemente provados fatos que, em outro processo, estranho ao âmbito das relações de consumo, consideraria não demonstrados.²⁶⁹

Assim, não há que se confundir a “adoção de critérios menos rígidos na atividade de *valoração da prova*” que permite ao juiz “para acolher o pedido, reputar *suficientemente provados* fatos que, em outro processo, estranho ao âmbito das relações de consumo, consideraria não demonstrados”, com a aplicação das regras sobre a distribuição do ônus da prova, invertidas ou não.

²⁶⁸ ARAÚJO FILHO. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 10.

²⁶⁹ BARBOSA MOREIRA. A defesa do consumidor em juízo. **Revista De Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61, p. 184, jan./mar. 1991.

No primeiro caso, se o juiz, à vista do fato demonstrado (indício), chegar à certeza suficiente da existência do fato principal, esse deverá ser considerado provado.²⁷⁰

Já as regras sobre a distribuição do ônus da prova (invertido ou não) só será utilizado pelo juiz como *ultima ratio*, quando não houver provas ou as que existirem forem tão precárias que não produzem o convencimento do juiz acerca da veracidade das alegações.²⁷¹

Assim, é plenamente possível a convivência entre critérios menos rígidos na atividade de valoração da prova e inversão do ônus da prova. “Havendo provas razoáveis, mesmo que indiciárias, em benefício do consumidor, deve o juiz, em regra, julgar a seu favor”.²⁷² Por outro lado, não havendo provas, ou sendo precárias as provas produzidas, se o juiz se convencer de que o fato alegado (que forma o *thema probandum*) tem aparência de verdade, está autorizado a inverter o ônus da prova.

A hipossuficiência do consumidor

Quando o artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor estabelece a hipossuficiência do consumidor como um dos requisitos para a inversão do ônus da prova, não está tratando de hipossuficiência financeira, como já se observou.

Para estabelecer a exata noção de hipossuficiência, é importante diferenciá-la de vulnerabilidade.

Para a Professora JUDITH MARTINS-COSTA “um e outro conceito denotam realidades jurídicas distintas, com conseqüências jurídicas também distintas” e

²⁷⁰ ARAÚJO FILHO. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 12.

²⁷¹ Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA. **Julgamento e ônus da prova**. p. 73-74.

²⁷² ARAÚJO FILHO. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 14.

segue estabelecendo que “nem todo consumidor é *hipossuficiente*”, mas “todo consumidor, seja considerado hipossuficiente ou não é, ao contrário, *vulnerável* no mercado de consumo”.²⁷³

Isso se dá porque *vulnerabilidade* é uma “categoria jurídica de direito material”; ela existe independentemente do processo. Já a hipossuficiência é de “direito exclusivamente processual”, e expressa a dificuldade de litigar.²⁷⁴

O Código de Defesa do Consumidor presume a vulnerabilidade técnica, científica e fática,²⁷⁵ mas, para que haja *hipossuficiência*, é imprescindível que ao menos uma dessas vulnerabilidades “gere no *plano processual*, uma situação de impossibilidade ou de dificuldade para o consumidor postular seus direitos, em razão da ausência ou insuficiência de condições para produzir a prova de suas alegações”.²⁷⁶

²⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. A ‘guerra’ do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 222, abr./jun. 1993.

²⁷⁴ MORAES. **Código de Defesa do Consumidor: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**, p. 109.

²⁷⁵ Na opinião de Claudia Lima Marques, existem três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a fática. “Na *vulnerabilidade técnica*, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. [...] Já a *vulnerabilidade jurídica* ou científica, é falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia. [...] Mas há ainda a *vulnerabilidade fática* ou sócio-econômica, onde o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contrata, por exemplo, quando um médico adquire um automóvel, através do sistema de consórcios, para poder atender às suas consultas e submete-se às condições fixadas pela administradora de consórcios, ou pelo próprio Estado”. (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 270-273.

²⁷⁶ VERZONI. **A inversão do ônus da prova no CDC: defesa do consumidor e as garantias processuais do fornecedor**, 2005. Neste sentido a jurisprudência: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 598010148, Sexta Câmara Cível, Relator: João Pedro Pires Freire, julgado em 04.11.98. EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. A hipossuficiência que autoriza o juiz a inverter o ônus da prova (art. 6, VIII do CDC), está relacionada tão-somente a aspectos técnicos ou científicos da atividade do fornecedor ou prestador dos serviços, não havendo de ser aplicada a toda e qualquer hipótese de relação de consumo. Apelo desprovido. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento n. 70005616644, Sexta Câmara Cível, Relator: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, julgado em 27.12.02. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS MOVIDA EM FACE DE MÉDICOS E HOSPITAL, ADMINISTRADO ESTE POR MUNICÍPIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA

Assim, só se compreende o requisito da hipossuficiência ligando-o diretamente ao escopo da inversão do ônus da prova, qual seja, facilitar a defesa do consumidor. Hipossuficiência está diretamente ligada à dificuldade ou à impossibilidade do consumidor de produzir a prova das alegações.

1.2.2 Amplitude da inversão do ônus da prova

Analizados os requisitos para que o juiz possa inverter o ônus da prova no âmbito do Direito do Consumidor, é importante avaliar a amplitude dessa inversão.

Primeiro é de se reconhecer limites à inversão do ônus da prova, pois “o dispositivo não pode ser usado para assegurar um privilégio ao consumidor, em detrimento das garantias processuais do fornecedor [...], por isso, a prova há que ser possível, em tese, para o fornecedor”.²⁷⁷

Como exemplo, podem-se citar as ações nas quais o consumidor alega que houve saques irregulares em sua conta corrente ou em sua caderneta de poupança.²⁷⁸

PROVA. A hipossuficiência há de ser aferida à vista da complexidade técnica e da dificuldade na realização da prova da culpa e do nexos causal. Inteligência do art. 6º, VIII, do CDC. Recurso provido.

²⁷⁷ ARAÚJO FILHO. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15-16.

²⁷⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Recurso Cível n. 71000716696, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Maria José Schmitt Santanna, julgado em 20.12.2005. EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. SAQUES ELETRÔNICOS, VIA CARTÃO MAGNÉTICO, EM CONTA-SALÁRIO. SENHA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. É dever das instituições bancárias garantir a segurança das operações realizadas pelos seus clientes. Inteligência do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. O próprio banco, como fornecedor de serviços que é, pelo sistema de inversão do ônus probatório, conforme art. 6º, VIII, CDC, deve fazer prova de que os saques foram realizados

Antes do mais, cumpre mencionar que, apesar dessa situação ser tratada pela jurisprudência como caso de inversão do ônus da prova, poderia ser tratada como caso de defeito do serviço. Isso porque a correta interpretação da frase “quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar”, prevista no § 1º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, “hipótese em que, para não ser responsabilizado, competiria ao banco provar que “o defeito *inexiste*”.²⁷⁹

De toda forma, é cabível também a inversão do ônus da prova dada a verossimilhança da alegação do consumidor diante de número cada vez mais freqüente de notícias de cartões “clonados” e outras “falcatruas da realização de saques fraudulentos”. Mesmo que não houvesse verossimilhança, a hipossuficiência salta aos olhos, pois o consumidor não detém o mínimo conhecimento técnico “do projeto e do processo utilizado na execução dos serviços, nem tem condições, ele mesmo, de tomar as medidas necessárias para evitar esse tipo de incidente, como poderia fazê-lo o banqueiro”.²⁸⁰

Nesse caso, não pode haver dúvida de que o fornecedor é quem tem que tomar todas as precauções e medidas de segurança e de controle possíveis, assumindo “os riscos da atividade econômica, e a quem cumprirá produzir a prova, para não serem responsabilizados em ações de consumo”.²⁸¹

Contudo, nem todas as afirmações feitas pelo autor deverão ser objeto de inversão do ônus de prová-la.²⁸² O juiz deve analisar cada uma das alegações

pelo titular da conta, ou por terceiros a seu mando, ou ainda por meio de fraude ou clonagem. Sentença mantida. RECURSO IMPROVIDO.

²⁷⁹ ARAÚJO FILHO. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: direito processual, p. 16. No mesmo sentido: CAVALIERI FILHO. Responsabilidade civil das instituições bancárias por danos causados a correntistas e a terceiros, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 34, p. 102-110, abr./jun. 2000.

²⁸⁰ ARAÚJO FILHO. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: direito processual, p. 16-17.

²⁸¹ ARAÚJO FILHO. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: direito processual, p. 8.

²⁸² Nesse sentido já se decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 896.258-RS, Rel.: Min. Francisco Falcão, julgado em 03.05.2007. “No tocante à inversão de prova, mesmo que pudesse aplicar o Código do Consumidor, *in casu*, ainda assim, remanesce óbice a execução do que pretendem os recorrentes. É que o Tribunal Regional confirmou os termos da decisão interlocutória proferida pelo magistrado, que **negou a inversão pelo fato de o pedido ter sido genérico**, qual seja, a apresentação de ‘todos os documentos que envolvessem os autores.’ (Sem grifo no acórdão.)

individualmente e verificar a presença dos requisitos legais para que possa inverter o ônus da prova. Não se deve analisar o conjunto de alegações. Isso porque algumas delas podem ser facilmente demonstradas, não se verificando presente (quanto a essa alegação específica) o requisito da hipossuficiência.

No âmbito do consumidor, a responsabilidade do fornecedor é, de regra, objetiva (artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor) e, por exceção, subjetiva (artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor).

Ao consumidor (autor da ação de indenização por fato do produto ou do serviço) cabe o ônus de provar: a) o *defeito* do produto ou do serviço; b) o *dano* sofrido e c) o *nexo de causalidade* entre o defeito e o dano.

O Código de Defesa do Consumidor atribuiu ao fornecedor a prova do “defeito inexistente”, “criando uma presunção legal relativa da existência do defeito. Resta ao consumidor, portanto, provar o dano e o nexo causal.”²⁸³

No âmbito da responsabilidade objetiva, é possível inverter a prova da alegação sobre o nexo causal e o dano.

A possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova da alegação do dano não é pacífica na doutrina.

Para ARAÚJO FILHO não há qualquer dúvida da possibilidade de inversão do ônus da prova da alegação do dano.

Para o autor essa possibilidade “é tão sensível que os fornecedores, na prática de suas atividades, adotam amplas medidas para se precaver”, como, por exemplo, inspeção detalhada nas roupas deixadas na lavanderia.

Em sentido contrário, posição com a qual se concorda, CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA não admite a inversão do ônus de provar a alegação do *dano*. Essa prova cabe exclusivamente ao consumidor, aplicando-se a regra do artigo

²⁸³ ARAÚJO FILHO. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: direito processual, p. 19.

333, I do Código de Processo Civil. Caso fosse possível o juiz inverter também o ônus da alegação do dano, ele estaria, a bem da verdade, presumindo o prejuízo.

“Se indenizar significa recompor o patrimônio da vítima, na *exata* dimensão do que esta perdeu ou deixou de lucrar, qualquer acréscimo, que excedesse o valor necessário a esse restabelecimento, configuraria enriquecimento injustificado do consumidor”.²⁸⁴

Acredita-se na posição de CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA. As medidas de proteção, tomadas pelas lavanderias ou mesmo oficinas mecânicas, são para afastar a alegação e eventual prova do dano pelos consumidores. Transferir para o fornecedor a prova do dano pode significar garantia de vitória ao consumidor. Não é esse o escopo da norma que autoriza a inversão do ônus da prova.²⁸⁵

Quando a questão envolve, porém, um caso de responsabilidade fundada na culpa, ainda que prevista excepcionalmente nos casos de responsabilidade pessoal dos profissionais liberais (art. 14, § 4º) e de responsabilidade das sociedades coligadas (art. 28, § 4º), caberia ao consumidor (autor) provar também a culpa do profissional liberal pelos serviços prestados e das sociedades coligadas.

²⁸⁴ ARAÚJO FILHO. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: direito processual, p. 49. Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, segundo demonstra trecho do voto do Desembargador Relator: “em casos como o presente – em que a prova, ao menos, do dano, encontra-se mais ao alcance dos consumidores requerentes que da fornecedora requerida -, não deve haver o deferimento de tal benefício. Enquanto que aos autores teria sido relativamente fácil demonstrar a efetiva ocorrência dos aludidos telefonemas indesejados, bem como os derradeiros dissabores experimentados, seria praticamente impossível à ré comprovar não ter havido tais ligações, assim como eventual não constrangimento pelas mesmas provocado.” (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70015168032, 5ª Câmara Cível, Rel.: Des. Umberto Guaspari Sudbrack, julgado em 23.05.07).

²⁸⁵ Neste sentido: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Apelação Cível n. 597093012, Sexta Câmara Cível, Relator: João Pedro Pires Freire, julgado em 17.07.97. EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL. LISTA TELEFÔNICA. ERRO DE IMPRESSÃO DE NÚMERO. Sendo inaplicável à espécie, a inversão do ônus da prova previsto no art. 6, VIII, do CDC, **compete ao autor comprovar de modo concreto o prejuízo sofrido**. Não o fazendo, improcede a ação. Apelo provido. (Sem grifo no original.) No mesmo sentido: Recurso Cível n. 71000464537, Primeira Turma Recursal Cível, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, julgado em 18.12.03.

No entanto, entre os especialistas em Direito do Consumidor é predominante o entendimento, aprovado no IV Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor (Gramado, RS – 8 a 11 de março de 1998), “de que a culpa do profissional liberal é presumida, não cabendo ao consumidor prová-la, mas apenas sendo assegurado ao profissional liberal o direito de provar que não teve culpa pelo defeito e danos alegados”.²⁸⁶

Assim, não há que se falar em inversão do ônus da prova da alegação de culpa.

Por fim, cumpre analisar a inversão do ônus da prova em ações por vício do produto ou do serviço (arts. 18 e 20). O Código de Defesa do Consumidor separou a *responsabilidade por fato do produto ou do serviço*, referindo-se a *defeito*, e da *responsabilidade pelo vício do produto e do serviço*, referindo-se a *vício*.

Sobre tal questão a valiosa lição de ARAÚJO FILHO:

A despeito da dicotomia empregada, na qual conceituou produto e serviço “defeituoso” (arts. 12, §1º, e 14, §1º) e instituiu a presunção de existência do defeito (arts. 12, §3º, II, e 14, §3º, I), não pode haver dúvida de que, mesmo no sistema do Código, defeito é uma espécie de vício de qualidade. Por identidade de razões, conseqüentemente, devem ser aplicadas, por analogia, as regras dos arts. 12, § 3º, II e 14, §3º, I, em relação aos vícios do produto ou do serviço, competindo ao fornecedor provar que o *vício inexistente*. Se não for acolhida essa orientação, em uma ação proposta, p. ex., com cumulação de pedidos de indenização pelo fato do produto e de substituição do produto por outro em perfeitas condições de uso, surgiria a insustentável questão de ser dispensada a prova do defeito para a indenização, mas ser necessária a prova do vício para a substituição do produto. O disparate seria manifesto.

²⁸⁶ ARAÚJO FILHO. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: direito processual, p. 49

Assim, é possível aplicar o inciso VIII do artigo 6º para que o juiz inverta o ônus da prova para que o fornecedor prove que o vício do produto ou do serviço não existiu.

2 Dificuldade ou impossibilidade de prova pela parte onerada: a distribuição dinâmica do ônus da prova

Como se verificou nos capítulos anteriores, o juiz, diante de situações específicas ou diante de uma autorização legal, inverte o ônus da prova fazendo com que caia sobre a parte que originalmente não o tinha. Essas duas hipóteses (judiciais) de inversão do ônus da prova partem da distribuição feita pelo Código de Processo Civil, ou seja, de uma fixação estática do ônus da prova.

Ocorre que, muitas vezes, diante do caso concreto, a fixação estática do ônus da prova, ou mesmo a sua inversão (cujas hipóteses são restritas), não são suficientes e adequadas para solucionar o litígio.

A doutrina apresentou e a jurisprudência parece recepcionar, então, uma solução segundo a qual o ônus da prova deve ser distribuído dinamicamente, dependendo do caso concreto.²⁸⁷

Para essa teoria – a chamada “carga dinâmica da prova” – o ônus probatório não recai, prévia e estaticamente, sobre o autor ou o réu, ao contrário, pode recair sobre ambas as partes, ou ainda recair sobre aquela que possui melhores condições de produzir a prova.

PEYRANO, ao conceituar essa teoria, utiliza-se da segunda conclusão da comissão do XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, qual seja:

²⁸⁷ Não se pode deixar de mencionar que a distribuição do ônus da prova segundo o caso concreto não é novidade no terreno do Direito Processual Civil. O primeiro autor a defender doutrinariamente a distribuição do ônus da prova segundo o caso concreto foi JEREMIAS BENTHAM, em 1823. Para ele, num sistema de justiça franco e simples, a prova deve ser distribuída caso a caso. A parte que mostrar melhores condições de satisfazer a prova recebe o ônus. E por melhores condições deve-se entender, menores despesas, menor perda de tempo e menor incômodo. (Cf. SOARES DE FARIAS, **Principaes theorias relativas ao onus probandi**, p. 38). Não se pode, contudo, tirar o mérito da doutrina argentina, que, primeiro, fez renascer essa teoria há tanto esquecida, e num segundo momento, deu-lhe nova roupagem.

Constituye doctrina ya recibida la de las cargas probatorias dinámicas. La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquélla produzca consecuencias manifiestamente desvaliosas. Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñidas a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol de actor o demandado, etc.). Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquella consistente en hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Se debe ser especialmente cuidadoso y estricto a la hora de valorar la prueba alegada por la parte que se encuentre en mejor situación para producirla porque, normalmente, la misma también está en condiciones de desvirtuarse o desnaturalizarse en su propio beneficio.²⁸⁸

Para AIRASCA, a doutrina da carga dinâmica importa um “desplazamiento del *onus probandi* sin fueren las circunstancias del caso, recayendo en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producir la pruebas”²⁸⁹

Conforme já afirmado por RAMBALDO, essa teoria produziu da ciência processual civil um “giro epistemológico”, pois o fenômeno probatório passou a ser visto não como mero cumprimento de formas processuais abstratas, mas através da finalidade do processo e do valor da justiça.²⁹⁰

Levando-se em consideração que tanto o material fático como o processo em si são variáveis, distintos e complexos, a distribuição apriorística e estática do

²⁸⁸ PEYRANO. Jorge Walter. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica. In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 79-80, nota 11.

²⁸⁹ AIRASCA, Ivana María. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 137.

²⁹⁰ RAMBALDO. Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico. In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004 p. 33.

ônus da prova não conduz a uma decisão justa, pois pode comprometer seriamente a atividade probatória das partes.²⁹¹

Essa teoria, contudo, não desconhece as regras sobre a distribuição do ônus da prova dispostas na legislação, mas surge como forma de *complementá-la* ou *aperfeiçoá-la* naqueles casos em que ela não se mostra satisfatória ou adequada, ou quando a parte onerada com a prova se mostra totalmente impossibilitada de produzi-las *por circunstancias alheias à sua vontade*.²⁹²

Nessa esteira, é que se afirma que a teoria do ônus dinâmico da prova tem aplicação *excepcional e subsidiária*. Ela deve ser aplicada “*cuando la utilización del reparto legalmente previsto del onus probandi genera consecuencias claramente inconvenientes e inicuas*”.²⁹³

É de se verificar, no entanto, que ao juiz são assegurados poderes instrutórios, para “garantir a igualdade substancial entre os litigantes, não havendo por que essa igualdade não se refletir no plano do ônus probatório”.²⁹⁴

Para a teoria da carga dinâmica, então, é: “a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; e c) desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc”.²⁹⁵

²⁹¹ AIRASCA. **Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas**, p. 141.

²⁹² WHITE. **Cargas probatórias dinâmicas**, p. 60.

²⁹³ PEYRANO, Jorge Walter. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. 2004, p 21.

²⁹⁴ KNIJNIK, Danilo. **As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica***, In: FUX, Luiz (org.) et. al. **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p. 944.

²⁹⁵ KNIJNIK. **As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica***, p. 943.

PEYRANO²⁹⁶ apresenta alguns balizamentos funcionais que embasam a teoria e que aqui merecem reprodução:

1. a aplicação da teoria se dá em relação a determinados fatos ou circunstâncias e não sobre todo material probatório. Assim, não há distribuição dinâmica completa, mas parcial, não abandonando por completo a regra legal de distribuição do ônus da prova;

2. pode ocorrer que quem está *prima facie* em melhores condições de provar não se encontrem na realidade em situação privilegiada. Dessa forma, não se admite a dinamicização da distribuição se isso causar uma prova diabólica reversa. Assim, se tanto o autor como o réu não tiverem condições de produzir a prova, não há que se falar em distribuição de forma dinâmica.

3. as partes não devem ser surpreendidas, de forma que o juiz deve advertir as partes que irá distribuir o ônus da prova de forma diversa daquela prevista em lei.

Não há maiores complicações no que tange ao primeiro e ao terceiro balizamentos funcionais. Ora, assim como já se mencionou sobre a inversão do ônus da prova no âmbito do consumidor, o ônus de provar as alegações sobre os fatos pode ser impossível ou difícil no que diga respeito a algumas delas e completamente acessível à parte no tocante a outras. Assim, não há que se falar em distribuição de maneira dinâmica sobre todo o material probatório. Ademais, existindo a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, qualquer decisão que altere a ordem ali estabelecida não pode surpreender as partes. O que significa dizer que, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, as partes devem ser advertidas de que o ônus da prova será distribuído de maneira distinta daquela originalmente feita pela lei processual.

Por outro lado, não parece tão óbvio o significado da expressão “*estar em melhores condições de produzir a prova*”.

²⁹⁶ PEYRANO. *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica*, p. 95-97.

Para explicar essa questão, valer-se-á dos ensinamentos de BARBERIO. Para ele, estar numa posição privilegiada ou destacada em relação ao material probatório significa que, em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por possuir a coisa ou o instrumento probatório ou por ser o único que dispõe da prova “se encuentra en mejor posición para revelar la verdad y su deber de colaboración se acentua al punto de atribuirle una carga probatoria que, en principio, según las clásicas reglas [...] no tenía”.²⁹⁷

Além disso, o autor considera que razões de ordem profissional, técnica, econômica ou jurídica podem colocar a parte numa melhor condição de aportar a prova.²⁹⁸

Para AIRASCA, em melhores condições de produzir a prova está quem já possui a informação ou a prova ou tem maior facilidade, por sua particularidade para produzir a mesma, “le resulta más fácil y posible arrimarla al proceso”.²⁹⁹

Fica claro, então, que além da impossibilidade ou dificuldade extrema da parte, originalmente onerada, em produzir a prova, a outra deve estar em melhores condições de produzi-la. Não se pode criar uma *probatio diabólica* para a parte que originalmente não tinha aquele ônus, senão não se trataria de redistribuir o ônus da prova, mas julgar a demanda.

2.1 Fundamentos da doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova

²⁹⁷ BARBERIO, Sergio José. Cargas probatorias: quien debe probar el que no puede probar?. In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. 2004 p. 101.

²⁹⁸ BARBERIO. **Cargas probatorias: quien debe probar el que no puede probar?** p. 101.

²⁹⁹ AIRASCA. **Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas**, p. 137.

Para falar do fundamento da teoria do ônus dinâmico, é preciso fazer, juntamente com WHITE, a seguinte pergunta: “*que garantía de defensa tiene la parte que queda a merced de la contraria porque no está al alcance de sus posibilidades materiales la prueba del caso?*”³⁰⁰

Ao tentar responder a essa pergunta, deve-se levar em consideração a aplicação dos princípios gerais do processo. Sendo assim, o princípio da igualdade das partes e o princípio da colaboração apresentam-se como os principais fundamentos da teoria que se estuda neste momento.

KNIJNIK, com acuidade, relembra que, antes do mais, vedar, limitar ou restringir excessivamente o acesso das partes às fontes e aos meios de prova “disponibilizados aos litigantes pode caracterizar-se como aplicação inconstitucional de normas processuais civis, por redundarem na chamada inutilidade da ação judiciária”, caracterizando a “violação oculta à garantia de acesso útil à justiça”.³⁰¹ A ampla defesa, o contraditório, e o direito à prova lícita só serão respeitados se a parte tiver acesso aos meios e às fontes de prova..

Sem olvidar o que já se mencionou, passa-se à análise dos dois principais fundamentos que autorizam o juiz a distribuir de maneira dinâmica os ônus probatórios.

2.1.1 Um juiz com poderes instrutórios capaz de garantir a igualdade das partes

³⁰⁰ WHITE. **Cargas probatorias dinámicas**, p. 66.

³⁰¹ KNIJNIK. **As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatío diabólica***, p. 943.

Pode-se afirmar que a distribuição do ônus da prova de maneira dinâmica, em primeiro lugar, visa a garantir a igualdade das partes. Para tanto, é necessário um juiz com poderes instrutórios.³⁰²

Em primeiro lugar, convém lembrar que o princípio da igualdade está previsto no preâmbulo da Constituição da República de 1988 e em seu artigo 5º: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.”

O inciso I do artigo 125 do Código de Processo Civil traz a norma segundo a qual o juiz, na direção do processo, deve “assegurar às partes igualdade de tratamento”.

Sendo assim, o princípio da igualdade deve ser aplicado com toda amplitude constitucional que lhe é conferida, diante da flagrante desigualdade material existente entre os brasileiros,³⁰³ o que significa igualdade não somente formal, ou igualdade perante a lei, mas real, “efetiva igualdade de possibilidade de desenvolvimento da pessoa e igual dignidade do homem”.³⁰⁴ É o que PORTANOVA chama “tratamento igualizador”,³⁰⁵ ou seja, “não se trata de uma determinação constitucional estática [...]. Pelo contrário, a razão de existir de tal princípio é

³⁰² A base legal encontra-se nos artigos 125, 129 e 130 do Código de Processo Civil, que prescrevem:

“Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento; II – velar pela rápida solução no litígio; III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça; IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.”

“Art. 129. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que o autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido em lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.”

“Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

³⁰³ Se um dos objetivos da República Federativa do Brasil é reduzir ao máximo a desigualdade social, reconhece-se, implicitamente, essa desigualdade social. Neste sentido LEONARDO. **Imputação e inversão do ônus da prova**, p. 250.

³⁰⁴ “effettiva ugualianza di possibilità di sviluppo della persona ed uguale dignità dell'uomo” (CAPPELLETTI, Mauro. Acesso alla giustizia come programa di riforma e come metodo di pensiero. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v. 37, n. 2, 1982, p. 237, abr./jun. 1982).

³⁰⁵ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 37.

propiciar condições para que se busque realizar a igualização das condições desiguais”.³⁰⁶

E “servindo o processo para a realização do direito material, não pode a lei processual estabelecer regulação que, por motivos meramente processuais, ponha em perigo, com risco até de eliminá-la, a igualdade jurídica assegurada na norma material”.³⁰⁷

No que diz respeito à instrução processual, o juiz precisa abandonar a postura de mero expectador, que aguarda calmamente que as partes concluam a sua atividade probatória para que ele, em caso de não ter se convencido, possa agir de alguma forma.

Essa postura trazida principalmente pela estática da distribuição do ônus da prova no artigo 333 do Código de Processo Civil, não mais pode existir.

A possibilidade de o juiz participar ativamente da produção das provas não fere a sua imparcialidade. Para ALVIM, essa parcialidade existiria se o juiz “assistisse inerte, como um expectador a um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir para tornar iguais, partes que são desiguais”.³⁰⁸

Além do mais, apesar da importância já mencionada que a doutrina e a jurisprudência atribuem ao aspecto objetivo do ônus da prova, não se pode deixar de lado a outra face da moeda que é o seu aspecto subjetivo. As partes precisam conhecer as suas incumbências e quais são as conseqüências de sua omissão. “Tal aspecto, para o juiz, indica a possibilidade de verificar a existência, ou não, de isonomia substancial entre as partes”.³⁰⁹

³⁰⁶ PORTANOVA. **Princípios do Processo Civil**, p. 39.

³⁰⁷ ALVARO DE OLIVEIRA. **Do formalismo no processo civil**, p. 66

³⁰⁸ ALVIM, Teresa Arruda. Reflexões sobre o ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 76, p. 142, out./dez. 1994.

³⁰⁹ AZÁRIO, Márcia Pereira. **Dinamicização da Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFRGS, Porto Alegre, 2006. p. 180

Assim, a equidade parece ser o principal fundamento da teoria da carga dinâmica da prova. Como falar em outros princípios como ampla defesa, por exemplo, se a parte fica à mercê da boa vontade da parte contrária quando não está ao alcance de suas possibilidades materiais a prova do caso?³¹⁰

2.1.2 O dever de lealdade, boa-fé e colaboração das partes

Costuma-se dizer que nos processos dispositivos as partes não têm *obrigações*, mas têm somente *ônus*. A parte não tem a obrigação de comparecer perante o juiz, não tem a obrigação de contestar, não tem a obrigação de prestar depoimento. No entanto, a partir do momento em que as partes não são capazes de sozinhas resolver uma determinada questão e buscam no Poder Judiciário, através do exercício da jurisdição, uma solução para aquele problema, cada uma esperando do seu lado uma sentença que a favoreça, é possível falar em determinados deveres.³¹¹

As partes, ao assumirem a condição de parte no processo, assumem, então, deveres de probidade, lealdade processual e boa-fé.

No Código de Processo Civil, esses deveres estão estampados no artigo 14 do Código de Processo Civil, quais sejam: I) expor os fatos em juízo conforme a verdade; II) proceder com lealdade e boa-fé; III) não formular pretensões nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV) não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito; e V) cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar

³¹⁰ WHITE. **Cargas probatórias dinâmicas**, p. 66

³¹¹ WHITE. **Cargas probatórias dinâmicas**, p. 66-67.

embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Também encontram-se nos artigos 339 e 340, segundo os quais as partes devem colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Aqui interessam, especificamente, os deveres de conduzir o processo com *lealdade, probidade e boa-fé*.

Por probidade processual entende-se que as partes devem sustentar suas razões

dentro da ética e da moral, não utilizando mecanismos de chicana e fraude processual. Divide-se em: a) dever de agir de acordo com a verdade (CPC 14 I); b) dever de agir com lealdade e boa-fé (CPC 14 II e III); c) dever de agir praticando somente atos necessários à sua defesa (CPC 14 IV)³¹²

No que tange ao dever de lealdade e boa-fé, entende-se que é vedada às partes a produção de incidentes inúteis ou infundados, além do uso de “expedientes de chicana processual, procrastinatórios, desleais, desonestos, com o objetivo de ganhar a demanda a qualquer custo”.³¹³ Relembra-se, aqui, o clássico estudo de CALAMANDREI no qual ele compara o processo a um jogo, em que se permite a habilidade, mas não a trapaça.³¹⁴

Não se pode esquecer do artigo 17 que, ao elencar a conduta de “alterar a verdade dos fatos” como hipótese de litigância de má-fé, está, a *contrario sensu* asseverando que as partes têm o dever de agir de acordo com a verdade.

³¹² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 365.

³¹³ NERY JUNIOR; NERY. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**, p. 356.

³¹⁴ CALAMANDREI, Piero. Il processo come gioco. **Rivista di Diritto Procesuale Civile**. v. V, 1950, p. 23 e seguintes.

Com esses deveres, é possível concluir que as partes têm dever de colaborar entre si e com o órgão judicial na instrução probatória para o alcance de uma sentença justa.

Para ALVARO DE OLIVEIRA

a idéia de cooperação além de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal do processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes.³¹⁵

Realmente, a idéia de cooperação não é outra senão um diálogo constante³¹⁶ entre as partes e o juiz para que o processo atinja sua finalidade de pacificação social com justiça.

Esse diálogo, na formação do juiz, substitui, então, “com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa”³¹⁷

MORELO dispõe que em diversas situações existe uma indubitável disparidade para satisfazer os riscos de produção de prova. Para ele, “el conocimiento de las circunstancias, el menor costo en la area de aportar la

³¹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 90, p. 62, jun. 2003.

³¹⁶ Para Álvaro de Oliveira “o monólogo pouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado como método dialético, amplia o quadro da análise, constringe a comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado”. (**Garantia do contraditório**, p. 110).

Não se pode falar em princípio da colaboração sem citar Eduardo Grasso, que escreveu o ensaio intitulado “La collaborazione nel proceso civile”. Para o autor, a idéia de colaboração é a de várias pessoas operando simultaneamente e ajustadas para obter um resultado que não seria possível se houvesse uma pessoa só. O que torna possível esse resultado é o diálogo e a comunicação das idéias individuais.(GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel proceso civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 21, p. 580-609, 1996).

³¹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**, p. 62

prueba, ser el medio que dispone el más adecuado, económico o de directo acceso y realización”, coloca uma das partes em posição mais cômoda de realizar a prova. Sendo assim, essa parte “deveria” realizar a conduta “diligente y útil al resultado eficaz de su necesario aporte”. Essa seria a funcionalidade do princípio da colaboração em matéria probatória.³¹⁸

Assim, somando-se a igualdade das partes e o comportamento leal e cooperativo das partes aos poderes instrutórios do juiz e os escopos do processo civil moderno, a partir do direito material, em casos excepcionais, é possível dinamicizar a distribuição do ônus da prova a partir da norma do artigo 333 do Código de Processo Civil.

2.2 Possibilidade de dinamicizar a distribuição do ônus da prova no Direito brasileiro

Após o analisado, sob os fundamentos da teoria da carga dinâmica da prova, parece plausível concluir que a sua aplicação é legítima no direito brasileiro, ainda que não se perca de vista a sua aplicação subsidiária, como último refúgio em situações excepcionais.

Na legislação brasileira, essa teoria encontra guarida no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, de autoria do Instituto Brasileiro de

³¹⁸ MORELLO, Augusto M. Visión solidarista de la carga de la prueba: la cooperación con el órgano, sin refugiarse en el solo interes de la parte. In: _____. **La prueba: tendencias modernas**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001. p. 86.

Direito Processual, que visa a regulamentar os processos coletivos (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo).³¹⁹

Assim está disposta a regra sobre a prova:

Art. 11. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§ 2º O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

§ 3º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 5º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 25, parágrafo 5º, inciso IV).

§ 4º . O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

§ 5º. Para a realização de prova técnica, o juiz poderá solicitar a elaboração de laudos ou relatórios a órgãos, fundações ou universidades públicas especializados na matéria.

Verifica-se claramente o que foi asseverado por GRINOVER na exposição de motivos: “A questão do ônus da prova é revisitada, dentro da moderna teoria da carga dinâmica da prova”.³²⁰ Parece mesmo que sim. Não há distribuição apriorística e estática do ônus da prova. A previsão legal adota uma posição

³¹⁹ O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos nasceu de um aperfeiçoamento do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, aprovado nas Jornadas do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, na Venezuela, em outubro de 2004. As primeiras idéias sobre o assunto são de autoria de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi.

³²⁰ ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Disponível em : <<http://www.abdpc.org.br/anteprojeto.htm>> Acesso em: 10 de agosto de 2007.

dinâmica seja antes de iniciado o processo, seja depois de iniciado, já na fase instrutória.

É de se observar com atenção o cuidado com o respeito ao princípio do contraditório. Ao mesmo tempo em que confere poderes instrutórios ao juiz, exigindo uma postura ativa, o contraditório deve ser observado. Ou seja, as partes não poderão ser surpreendidas, garantindo aquilo que ALVARO DE OLIVEIRA aponta como a nova conotação do princípio do contraditório, qual seja, a efetiva participação das partes na formação do provimento judicial.³²¹

No Brasil, também a jurisprudência, a doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova, já foi acatada pelo Superior Tribunal de Justiça. Como exemplo, pode-se citar acórdão relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior que, ao decidir sobre a distribuição do ônus da prova, justifica a sua decisão com base no princípio ora em estudo.

A relação que se estabelece entre o adquirente da cartela de programas de sorteio tipo “telebingo” é regulada também pelo CDC, pois a pessoa que a compra está adquirindo um produto fornecido pela vendedora (chance de concorrer), e esta também se compromete a prestar o serviço necessário para a realização do evento em que será feita a escolha aleatória dos números que indicarão o ganhador. Nesse negócio há a confiança que o adquirente deposita no organizador da promoção, de que serão seguidas as regras estabelecidas e anotados os registros para a comprovação do que foi feito. Não há de se esperar que o consumidor adremente reúna provas a fim de demonstrar ter sido premiado, no caso de lhe ser negado o direito. A solicitação do comprador deve vir acompanhada da prova de que concorreu e da cartela com o registro dos números que teriam sido sorteados; tudo o mais é de conta de quem promove o evento.

A teoria da dinâmica da prova transfere o ônus para a parte que melhores condições tenha de demonstrar os fatos e esclarecer o juízo sobre as circunstâncias da causa. Na hipótese dos autos, encontramos um bom exemplo para a aplicação dessa regra probatória, pois apenas a organizadora do certame televisionado poderia fornecer os elementos esclarecedores do ato que promoveu, porquanto não seria razoável exigir que o concorrente gravasse o programa a fim de eventualmente produzir prova em juízo. Não lhe cabe fazer essa demonstração apenas com os

³²¹ ALVARO DE OLIVEIRA. **A garantia do contraditório**, p. 238.

recursos da telemática, mas também com a simples juntada do registro constante da ata exigida na legislação pertinente.³²²

Também o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acolhe a doutrina quando estabelece na Conclusão 37 do Centro de Estudos desse Tribunal: “Em ação de alimentos é do réu o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor postulado”,³²³ bem como nos seguintes casos: Responsabilidade civil e erro médico (Apelação Cível nº 70007619281, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 22/03/2006); Cheque prescrito e cobrança em ação monitória (Apelação Cível n. 70007866858, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 18/08/2004); Revisional de Contrato de Arrendamento Mercantil (Agravo de Instrumento n. 70001783489, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Márcio Borges Fortes, Julgado em 22/03/2001).

2.3 Parâmetros da decisão judicial sobre a dinamicização das regras de distribuição do ônus da prova

Interessante análise sobre os parâmetros da decisão encontra-se no trabalho desenvolvido por MÁRCIA AZÁRIO em sua dissertação de Mestrado

³²² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 316.316-PR. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado no dia 18.09.2001. Também acata essa doutrina a decisão do Recurso Especial n. 69.309-SC. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado no dia 18.06.1996.

³²³ Nesse sentido, Apelação Cível n. 70013758388, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 25/01/2006.

intitulada: *Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro*.

Em primeiro lugar a autora entende que a decisão que redistribui o ônus da prova encontra albergue no chamado “princípio do livre convencimento judicial”,³²⁴ pois entende que a avaliação da prova não diz respeito somente ao momento do resultado da prova, mas também ao *iter* percorrido até que seja obtido tal resultado, incluindo a distribuição e, se for o caso, a redistribuição. Isso porque deve haver uma lógica que relacione o caminho percorrido com o resultado e a conclusão a que o julgador chega na sentença.³²⁵

Assim, evitam-se decisões impulsivas e aleatórias, “conduta excessivamente subjetiva e incompatível com os escopos do processo civil moderno, que se pauta cada vez mais pela transparência, diálogo e cooperação”.³²⁶

Lembrando: a) que nem todas as alegações sobre fatos devem ser objeto de redistribuição; b) se nenhuma das partes tiver condições de produzir a prova, o seu ônus não deve ser redistribuído; e c) não devendo haver surpresa para as partes, o juiz deverá analisar as alegações das partes e verificar se dizem respeito a fatos constitutivos, modificativos, extintivos ou impeditivos. Assim, inicialmente, o juiz analisa, levando em conta o direito material e a respectiva pretensão posta em juízo, a quem cabe o ônus da prova de acordo com as regras do artigo 333 do Código de Processo Civil.³²⁷

Isso significa que o juiz somente redistribuirá o ônus da prova depois de analisada a possibilidade de aplicar a regra prevista no Código de Processo Civil.

Para AZÁRIO

³²⁴ Maiores considerações sobre o “princípio do livre convencimento judicial” no título D da parte I.

³²⁵ AZÁRIO, Márcia Pereira. **Dinamicização da Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro**, p. 177.

³²⁶ AZÁRIO, Márcia Pereira. **Dinamicização da Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro**, p. 180.

³²⁷ AZÁRIO. **Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro**, p. 180.

é preciso ter em mente que a *dinamicização* não concorre numa linha *horizontal* com as regras de distribuição expostas no art. 333 do CPC, pois não se prega uma *dinamicização* apriorística, independente da análise de sua necessidade para o caso concreto. Em outras palavras, não se defende a idéia de uma flexibilização *a priori* e como regra geral das normas de distribuição do ônus da prova. Pretende-se demonstrar que a *dinamicização* pode ser aceita no ordenamento processual brasileiro numa linha *vertical*, isto é, como exceção à regra imposta ao art. 333 do CPC, mas sempre a tendo como parâmetro inicial.³²⁸

Nesse norte, se o julgador perceber que a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil não gera nenhum desequilíbrio, não há que se falar em redistribuição.

Não é demais repetir que a redistribuição somente deve ocorrer como *ultimo refugium*, em casos extremos. Se a parte tiver condições, ainda que mínimas, de produzir a prova, ela deve permanecer com o ônus que a lei originalmente lhe atribui.

Há, sim, um conflito entre valores e princípios relacionados: de um lado, segurança jurídica e legalidade; de outro, justiça e igualdade das partes. Esse conflito somente poderá ser ponderado à luz do caso concreto.³²⁹

Assim, verificando o juiz a total impossibilidade da parte inicialmente onerada de produzir a prova e da efetiva *posição privilegiada*³³⁰ da outra parte, poderá o julgado, em decisão *fundamentada*, com a demonstração das razões que o levaram a optar por esse caminho, redistribuir o ônus da prova.

Sobre essa decisão as partes devem ter oportunidade para ampla discussão.

³²⁸ AZÁRIO. *Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro*, p. 180

³²⁹ AZÁRIO. *Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro*, p. 181.

³³⁰ KNIKNIK. *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica**, p. 947.

Ademais, a parte que recebe o ônus pode requerer dilação probatória para demonstrar que as premissas fáticas foram equivocadas, e que ela não se encontra, na realidade, em posição privilegiada. Esse requerimento não pode ser negado pelo juiz.

Não se pode negar, também, que da prova cuja oneração restou distribuída, nova prova se faz necessária, e, quem sabe, igualmente, nova redistribuição. Daí a necessidade de uma postura ativa e flexível tanto do juiz quanto das partes. Em todos os casos, assegurados o contraditório e a ampla defesa, tanto os requerimentos quanto as decisões judiciais devem ser fundamentados.³³¹

Assim, aceitar a *dinamicização* do ônus da prova é aceitar também uma nova *dinâmica* na instrução probatória, o que acaba por revelar uma nova *dinâmica* no próprio processo.³³²

³³¹ AZÁRIO. *Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro*, p. 183.

³³² AZÁRIO. *Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro*, p. 183.

3 Momento apropriado para o juiz inverter ou distribuir de maneira dinâmica o ônus da prova

Questão processual relevante e controvertida diz respeito ao momento em que deve ser invertido o ônus da prova nos casos de adequação da tutela e facilitação da defesa do consumidor, bem como da *dinamicização* da distribuição do ônus da prova.

Existem três momentos defendidos na doutrina: a) quando o juiz analisa a petição inicial; b) quando o juiz profere a sentença; e c) antes do início da fase de instrução, quando da fixação dos pontos controvertidos.

Passa-se, então, ao estudo individualizado de cada um desses momentos, apresentando as críticas pertinentes a cada um deles, bem como as conseqüências problemáticas que podem decorrer da escolha equivocada do momento para inversão do ônus probatório.

3.1 Inversão ou distribuição dinâmica no despacho que defere a inicial

Alguns juristas³³³ entendem que a inversão do ônus da prova ou a distribuição de maneira dinâmica deva ser decretada quando o juiz analisa a petição inicial.

A primeira crítica que se pode fazer a essa corrente está no fato de que nesse momento o demandado não teve, ainda, oportunidade de se manifestar. Sendo assim, não se pode precisar quais alegações feitas pelo autor formarão o *thema probandum*, exatamente por não se poder precisar a dimensão da resposta do réu, muito menos quais das alegações tornar-se-ão controvertidas.

Ademais: inverter ou distribuir de forma dinâmica o ônus da prova no momento do despacho da petição inicial, pode restringir a aplicação do princípio do contraditório.

ALVARO DE OLIVEIRA apresenta nova conotação ao princípio do contraditório ao estabelecer que o seu conteúdo mínimo não mais se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, “mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes”. E segue ponderando que, para atender a esse mínimo, faz-se necessário que cada uma das partes “conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado”.³³⁴

É verdade que o demandado, ao tomar conhecimento da inversão do ônus da prova no despacho inicial, poderá apresentar recurso de agravo de instrumento e ver seus argumentos apreciados pelo 2º grau de jurisdição. Mas isso não afasta

³³³ Dentre eles NOGUEIRA. **Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova**, p. 58. Também entendem ser possível a inversão do ônus da prova no despacho que defere a inicial (apesar de defenderem outros momentos mais apropriados): GIDI, **Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor**, p. 39; RODYCZ, Wilson Carlos. A inversão do ônus da prova no Juizado Especial Cível. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 67, item 3b, 1996; ANDRADE. **A inversão do ônus da prova**, p. 35.

³³⁴ ALVARO DE OLIVEIRA. A garantia do contraditório. Apêndice à obra **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 238.

a restrição da garantia do contraditório que deve ser respeitado em sua plenitude.³³⁵

Por fim, não existe nenhuma justificativa plausível para a inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova nesse momento, pois parece que os malefícios (restrição ao princípio do contraditório) que pode causar ao demandado são muito maiores que os benefícios causados ao demandante (que, apesar de ter garantido o seu direito à facilitação da defesa, nenhum prejuízo sofrerá se o ônus for invertido após a apresentação da resposta do demandado).

Mostra-se, então, prematura e indevida a decretação da inversão do ônus da prova nessa fase do procedimento.

3.2 Inversão ou distribuição dinâmica na sentença

Outros³³⁶ defendem a inversão ou distribuição de maneira dinâmica do ônus da prova quando da prolação da sentença.³³⁷

O fundamento da opção por esse momento está no fato de que o ônus da prova é considerado, em sua versão mais importante, como regra de julgamento, a ser aplicada quando o juiz não se convencer acerca da veracidade das

³³⁵ VERZONI. **A inversão do ônus da prova no CDC**: defesa do consumidor e as garantias processuais do fornecedor, p. 68.

³³⁶MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 11. p. 167, jul./set 1994; FILOMENO, José Geraldo de Brito. Do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 128-130; WATANABE, Kazuo. Da defesa do consumidor em juízo: disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 735-736.

³³⁷ Na jurisprudência: Agravo de Instrumento n. 70007247398, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leo Lima, julgado em 18/12/2003

alegações, evitando o *non liquet* em matéria de fato. Nessa esteira, entende-se que qualquer decisão acerca do ônus da prova antes de finda a instrução processual, corre o risco de ser “um pré-julgamento parcial e prematuro”.³³⁸

No âmbito do direito do consumidor, para afastar o argumento de que a inversão do ônus da prova na sentença fere o princípio da ampla defesa, os autores afirmam que o fornecedor não seria surpreendido, porque, no âmbito do consumidor, ele já tem ciência de que o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade da inversão se o juiz considerar o consumidor hipossuficiente e suas alegações verossímeis.³³⁹

Além disso, o fornecedor sabe, de antemão, que é ele quem possui o material técnico sobre o produto e que poderá, amplamente, produzir prova durante a instrução do processo para afastar as alegações do consumidor que, por sua vez, é a parte vulnerável da relação. E o fornecedor, acreditando que o juiz não irá inverter o ônus da prova for surpreendido por uma sentença desfavorável, “deve creditar seu insucesso mais a um excesso de otimismo do que à hipotética desobediência ao princípio da ampla defesa”.³⁴⁰

A primeira observação que se pode fazer quanto à defesa de que o momento adequado para a inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova é quando da prolação da sentença, por ser o ônus da prova uma *regra de julgamento* é que essa posição esquece por completo que o ônus da prova é, igualmente, uma *regra de conduta* dirigida às partes, para que saibam, de

³³⁸ MATOS. **O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**, p. 167.

³³⁹ Neste sentido já se posicionou a jurisprudência: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70014983118, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack, julgado em 13/12/2006. EMENTA: APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ESCOLA DE INFORMÁTICA. PROPAGANDA DÚBIA. REEXECUÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL. AGRAVO RETIDO. Tendo em vista o resultado da causa, é de ser concedida a antecipação consistente na nova execução do serviço por parte da ré. **Inexiste cerceamento de defesa em face da inversão do ônus da prova procedida na sentença, já que tal influenciou, de forma decisiva, no julgamento da causa.** Propaganda enganosa veiculada pela ré que enseja o acolhimento do pedido inicial. Agravo retido provido. Apelos desprovidos. (sem grifo no original).

³⁴⁰ MATOS. **O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**, p. 167. É de se notar que esse argumento (ainda que refutável) é utilizado, exclusivamente, para os casos de inversão do ônus da prova no âmbito do Direito do Consumidor.

antemão, quais alegações lhe incumbem a prova.³⁴¹ Apesar de se dar uma importância maior à faceta objetiva do ônus da prova (regra de julgamento),³⁴² ela não está totalmente dissociada do aspecto subjetivo, sendo dois os lados de uma mesma moeda.

Em segundo lugar, no âmbito do direito do consumidor, os argumentos a favor dessa corrente deverão ser refutados, pois se baseiam numa premissa equivocada: a de que a inversão do ônus da prova se dá no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.³⁴³ Se fosse assim, a aplicação da regra contida na norma no momento da sentença, não feriria, de fato, o princípio da ampla defesa.

No entanto, o ônus da prova não está invertido no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor. A norma ali contida *autoriza que o juiz inverta o ônus da prova*, ou seja, a distribuição do ônus da prova, de forma diferente daquela contida no artigo 333 do Código de Processo Civil, dar-se-á com a *decisão do juiz*. “No artigo 6º, nº VIII, o CDC não instituiu uma inversão legal do referido ônus, mas, sim, uma inversão judicial, que caberá ao juiz efetuar quando considerar configurado o quadro previsto na regra da lei”.³⁴⁴

Melhor explicando: o artigo 333 do Código de Processo Civil estabelece que ao autor incumbe o ônus de provar os fatos constitutivos, e ao réu incumbe o ônus de provar os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos. Isso posto, pode-se

³⁴¹ BARBOSA MOREIRA. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor**, p. 145.

³⁴² Conforme já se verificou no item 3.2.

³⁴³ Conforme já se mencionou, o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor distribui de forma diferente do artigo 333 do Código de Processo Civil o ônus da prova, ou seja, ao se iniciar a demanda, o ônus da prova já está distribuído de forma diferente daquela prevista no diploma processual civil.

³⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil, p. 142.

entender que se o autor incumbido de provar uma determinada alegação não o fizer, corre o risco de uma decisão desfavorável.³⁴⁵

Já o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor não trata de regra sobre distribuição do ônus da prova e, portanto, não pode ser caracterizado como *regra de julgamento*. O que a norma autoriza é que o juiz, ao perceber que para o autor-consumidor produzir a prova de sua alegação verossímil se torna muito difícil ou mesmo impossível, ele poderá modificar a regra inicial, estampada no artigo 333 do Código de Processo Civil, retirando o encargo do autor de provar X e transferindo para o réu-fornecedor o encargo de provar não-X.

O que se verifica é que o artigo 333 faz uma distribuição dos encargos probatórios iniciais, e o magistrado, examinando as peculiaridades do caso concreto, os “redistribui”, criando uma *norma jurídica processual concreta*. Sendo assim, a regra de juízo deixa de ser o artigo 333 e passa a ser essa *norma jurídica processual concreta*, criada pelo juiz e eventualmente usada por ele se, no momento de prolatar a sentença, concluir que o material probatório é insuficiente, ou mesmo inexistente.³⁴⁶

Dessa explicação fica fácil perceber que a aplicação da norma contida no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, no momento da sentença fere o princípio da ampla defesa e contraditório, pois o fornecedor será surpreendido com um ônus probatório sem a oportunidade de dele se desincumbir. E, nesse caso, sim, ao inverter o ônus da prova, o juiz estaria julgando.³⁴⁷

Nesse norte, ALVARO DE OLIVEIRA assevera com propriedade que “inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apóie em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido”. Segue

³⁴⁵ VERZONI. **A inversão do ônus da prova no CDC: defesa do consumidor e as garantias processuais do fornecedor**, p. 74.

³⁴⁶ VERZONI. **A inversão do ônus da prova no CDC: defesa do consumidor e as garantias processuais do fornecedor**, p. 74.

³⁴⁷ BARBOSA MOREIRA relembra que “a finalidade da norma que prevê a inversão é a de *facilitar* a defesa dos direitos do consumidor, e não a de assegurar-lhe a vitória, ao preço elevado do sacrifício do direito de defesa, que ao fornecedor se deve proporcionar”(Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, p.,. 146).

dizendo que “a liberdade concedida ao julgador [...] não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio em homenagem ao princípio do contraditório”.³⁴⁸

Se o juiz inverter ou distribuir dinamicamente, no entanto, o ônus da prova antes da sentença, reconhecendo a dificuldade ou impossibilidade do autor de provar a alegação do fato constitutivo, não estará, de maneira alguma, adentrando em matéria de mérito. Ele simplesmente estará fazendo uso dos poderes instrutórios que lhe são conferidos pela norma do artigo 131 do Código de Processo Civil. E nada obsta a que o juiz, após concluída a instrução, decida a favor do fornecedor.³⁴⁹

É o que se pode depreender da lição de DINAMARCO quando conclui que o juiz, ao advertir cada uma das partes sobre os pontos que deverão provar, “não se vincula nem se compromete em relação ao julgamento a fazer no futuro, mas evita omissões em que as partes poderiam incorrer por não perceberem corretamente quais ônus probatórios são seus e quais, não”.³⁵⁰

Por fim, decisão que fere frontalmente o princípio da ampla defesa, sendo ele um consectário direto do devido processo legal, é a decisão *nula*, por caracterizar cerceamento de defesa do demandado.

3.3 Inversão ou distribuição dinâmica na audiência preliminar

³⁴⁸ ALVARO DE OLIVEIRA. **A garantia do contraditório**, p. 237.

³⁴⁹ Neste sentido, também, BARBOSA MOREIRA. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor**, p., 146.

³⁵⁰ DINAMARCO. **Instituições de direito processual civil**, p. 562. v. 3.

Diante das críticas apresentadas aos dois momentos anteriores,³⁵¹ faz-se necessário apresentar um momento processual mais adequado para a inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova.

Esse momento seria, então, antes do início da fase instrutória, na audiência preliminar, quando, inexitosa a conciliação, o juiz tiver que fixar os pontos controvertidos e as partes tiverem que apresentar as provas que pretendem produzir. Aí, sim, em seguimento, decidirá as questões processuais pendentes, dentre as quais o cabimento, ou não, da inversão do ônus da prova (art. 331, II, do CPC), ficando, dessa forma, cientes as partes da postura processual que passarão a adotar, não podendo alegar terem sido surpreendidas, especialmente aquela que recebeu o encargo de provar.³⁵²

Dessa forma o princípio do contraditório será respeitado, uma vez que o demandado já terá tido oportunidade para se manifestar acerca das alegações contidas na inicial, bem como sobre o pedido de inversão do ônus da prova (poderá alegar, por exemplo, que não se trata de relação de consumo, que o autor não é hipossuficiente e pode produzir a prova, etc). Também respeitado será o princípio da ampla defesa³⁵³, pois o demandado terá oportunidade de produzir as

³⁵¹ Excluídos os casos particulares que permitem a inversão do ônus da prova quando da prolação da sentença.

³⁵² Nesse sentido, pronunciou-se a 4ª Câmara do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul acerca da apelação cível no. 194110664, em acórdão da lavra do Relator Juiz Márcio Oliveira Puggina: "Quando, a critério do juiz, configurar-se hipótese de inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII do CDC, sob pena de nulidade, é mister a prévia determinação à parte, em desfavor de quem se inverte o ônus, para que prove o fato controvertido. A inversão, sem cautela processual, implicará em surpresa e cerceamento de defesa". Acórdão citado por BARBOSA MOREIRA. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor**, p. 146, nota 35; comentado por MONTEIRO, Simone M. Silveira. Inversão do ônus da prova. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 14, p 114-116, abr./jun. 1995. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Apelação Cível N. 70021224993, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 27/09/2007; Apelação Cível N. 70014850440, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 11/05/2006; Apelação Cível N. 70011946878, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 04/08/2005; Apelação Cível n. 70000170506, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mara Larsen Chechi, julgado em 11/04/2001.

³⁵³ Nesse sentido BARBOSA MOREIRA. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor**, p. 147.

provas das alegações cujo ônus lhe foi atribuído. E por fim, a facilitação da defesa do consumidor será respeitada plenamente.³⁵⁴

O ato que inverte o ônus da prova é decisão interlocutória, portanto impugnável através do recurso de agravo de instrumento (artigo 522 do Código de Processo Civil).

Finalmente, não é demais lembrar que, mesmo invertendo o ônus da prova, o juiz pode não utilizar a regra quando do julgamento, pois ele pode se convencer da veracidade das alegações o demandado pode produzir a prova que convença o juiz. O julgamento baseado em regras do ônus da prova aparece como *ultima ratio* para o juiz decidir, quando o material probatório mostra-se escasso ou inexistente, e não pronunciar o *non liquet*.

3.4 Análise jurisprudencial

Depois de analisadas as três posições doutrinárias acerca do momento em que se deve inverter o ônus da prova, uma análise da jurisprudência leva à conclusão de que a matéria está longe de ser pacificada.

Isso se pode afirmar tendo em vista recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça, no qual a divergência de posição dos Ministros diante do mesmo caso concreto deixa transparecer que o estado atual é de *dúvida*.

Essa foi a informação veiculada no Informativo de Jurisprudência 0324 do período de 18 a 22 de junho de 2007.

³⁵⁴ VERZONI. **A inversão do ônus da prova no CDC:** defesa do consumidor e as garantias processuais do fornecedor, p. 81.

3ª TURMA

CDC. INVERSÃO. ÔNUS. PROVA. MOMENTO.

O recorrido adquiriu uma garrafa de refrigerante em um posto de gasolina de uma cidade interiorana. Sucede que, ao abri-la, seu olho foi atingido violentamente pela tampinha, o que lhe causou a perda quase total da visão desse olho e o impediu de ser promovido em sua carreira de policial militar. Por isso, pediu, em juízo, indenização dos danos moral e material, ao indicar o fabricante local daquela marca de refrigerante como réu. O juízo singular julgou improcedentes os pedidos sob o fundamento de que, em apertada síntese, não provara o autor que o réu era o fabricante do refrigerante causador do acidente. Porém, o Tribunal *a quo* deu provimento à apelação do ora recorrido ao fundamento de que cabia à sociedade demonstrar que não fabricava ou distribuía tal refrigerante naquela região, o que faz entender que invertera o ônus da prova no segundo grau de jurisdição. Diante disso, no REsp, o fabricante alegava, dentre outras, a violação do art. 6º, VIII, do CDC, ao afirmar que a inversão do ônus da prova é regra de instrução processual e não de julgamento, razão pela qual o Tribunal *a quo* não poderia tê-la aplicado ao julgar a apelação. Ao iniciar-se o julgamento neste Superior Tribunal, o Min. Castro Filho, valendo-se de precedentes, conheceu e deu provimento ao recurso, ao entender que essa inversão é realmente regra de instrução e determinou o retorno dos autos para que o juízo se pronunciasse a respeito do direito do recorrente de fazer a prova. Por sua vez, a Min. Nancy Andrichi, em seu voto-vista, valendo-se da lição de vários doutrinadores, inclusive estrangeiros, posicionou-se no sentido inverso, o de que a regra do art. 6º, VIII, do CDC é de julgamento. Aludiu que, após o oferecimento e a valoração da prova produzida na fase instrutória, o juiz, diante do conjunto probatório, se ainda em dúvida para julgar a demanda, pode determinar a inversão em favor do consumidor, pois não há que se falar em surpresa ao fornecedor, visto que esse tem ciência de que, em tese, haverá a inversão, além do que é ele quem dispõe do material técnico do produto, certo que o consumidor é a parte vulnerável da relação e litigante eventual. O Min. Ari Pargendler, em seu voto-vista, acompanhou integralmente a divergência ao não conhecer do especial. Já o Min. Carlos Alberto Menezes Direito, apesar de entender que a inversão deve dar-se quando da produção da prova, acompanhou a divergência apenas quanto ao resultado, ao fundamento de que o acórdão destacara tratar-se de responsabilidade objetiva. Assim, entendeu que a hipótese é de aplicação do art. 14 do CDC, de inversão legal, e, incumbida a recorrente de provar a excludente de sua responsabilidade, não cuidou de prová-la. Ao concluir o julgamento, o Min. Humberto Gomes de Barros, em seu voto-vista, acompanhou o Min. Relator. **Ao final, conclui-se que a tese quanto à inversão ou não do ônus ainda pende de definição na Turma.** Precedente citado: REsp 241.831-RJ, DJ 3/2/2003.

[REsp 422.778-SP](#), Rel. originário Min. Castro Filho, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/6/2007. (Sem grifo no original.)

A 4ª Turma tem apresentado posição no sentido de que “*dúvida não há quanto à possibilidade de inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória – momento, aliás, logicamente mais adequado do que na sentença, na medida em que não impõe qualquer surpresa às partes litigantes.*”³⁵⁵

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 18ª Câmara Cível firmou entendimento consolidado de que “o momento processual adequado para se operar a inversão é o do saneador”.³⁵⁶

Ao que parece, o estado de dúvida jurisprudencial que paira sobre a matéria deve-se ao fato de que os magistrados partem de pressupostos diferentes, o que, por óbvio, conduz a posições diferenciadas na jurisprudência.

Para tanto, observa-se que, na jurisprudência, não se observa, por exemplo, o ônus da prova sendo invertido na sentença, porque *ambas as partes não produziram prova*, e o direito material demonstra a necessidade de que o risco não seja unicamente pelo autor da demanda que não provou, em primeiro lugar, a(s) sua(s) alegação(ões) sobre o fato constitutivo.

Na maioria dos casos, está-se diante da inversão do ônus da prova facultada pelo artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor. Como já se salientou, a referida norma não inverte o ônus da prova, apenas autoriza que o juiz a inverta.

³⁵⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial n. 881.651 – BA, Quarta Turma, Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 10.04.07.

³⁵⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível. N. 70014850440, Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Pedro Celso Dal Pra, julgado no dia 11 de maio de 2006.

Assim, aqueles que entendem que o momento da inversão do ônus da prova é antes do início da fase instrutória, quando da audiência preliminar, parecem partir do pressuposto, com o qual se concorda, de que o verdadeiro significado da inversão do ônus da prova é uma redistribuição do ônus originalmente estabelecido. Por isso, há a necessidade de se oportunizar à parte que recebeu o novo ônus probatório a possibilidade de dele se desincumbir.

Já aqueles que defendem que o momento para a inversão do ônus da prova no momento da sentença, parecem partir do pressuposto, com o qual não se concorda, de que a norma contida no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor inverte o ônus da prova, cabendo ao juiz aplicá-la ou não. Daí a possibilidade de o juiz aplicá-la somente depois da instrução probatória, no momento de decidir.

4 Conclusões Parciais

Da análise das relações do juiz com o ônus da prova – ou seja, as hipóteses em que o juiz está autorizado a inverter o ônus da prova, ou distribuí-lo de maneira dinâmica – tiram-se as seguintes conclusões:

1. Inicialmente, tem-se que, muitas vezes, a aplicação da norma estabelecida no artigo 333 do Código de Processo Civil não é suficiente para solucionar os casos em que o juiz não se convença da veracidade das alegações das partes, por insuficiência do material probatório. Assim, tanto a jurisprudência quanto as legislações mais modernas têm apresentado soluções interessantes para esse impasse.

2. Dentre essas soluções, nas quais o juiz redistribui o ônus da prova estão: a) a possibilidade de inversão do ônus da prova como técnica para uma adequada tutela dos direitos; b) possibilidade de inversão do ônus da prova no âmbito do direito do consumidor; e c) possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova.

3. Quando se fala em inversão do ônus da prova, está-se diante de uma situação em que a parte tradicionalmente onerada com a prova da alegação fica liberada desse encargo, que, por sua vez, é transferido para a parte contrária.

4. Duas questões merecem destaque quando se fala em inversão do ônus da prova: em primeiro lugar, não é qualquer dificuldade de se produzir a prova que autoriza a inversão do ônus da prova e, em segundo lugar, a inversão do ônus da prova não se opera unicamente no âmbito do Direito do Consumidor.

5. Não há necessidade de lei que autorize o juiz a inverter o ônus da prova, mas essa decisão, também, não pode ser tomada arbitrariamente pelo juiz. Assim,

certos critérios devem ser observados. Na tentativa de encontrar esses critérios, duas hipóteses de ordem prática parecem se mostrar como referencial.

6. A primeira delas é a impossibilidade de se provar alegações de fatos negativos, o que caracteriza a *prova diabólica*. Os fatos negativos podem ser classificados em *definidos*, que são aqueles cuja negativa significa ao mesmo tempo uma afirmativa contrária, e, *indefinidos*, que são aqueles que demonstram “uma universalidade de inoccorrência”. A inversão do ônus da prova estaria autorizada quando o autor alega como fato constitutivo do seu direito um fato negativo indefinido.

7. A segunda hipótese que autoriza o juiz a inverter o ônus da prova está ligada à postura de uma das partes que, culposamente, impede que a parte que poderia produzir a prova não mais consiga realizá-la. Nessa hipótese, tem-se a inversão do ônus da prova agindo como uma espécie de *sanção*.

8. O juiz, também, está autorizado a inverter o ônus da prova no âmbito do direito do consumidor, tendo em vista a norma contida no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, alguns requisitos devem ser observados, quais sejam: a) necessidade da relação entre consumidor e fornecedor; b) uma decisão judicial fundamentada; c) a verossimilhança da alegação; e d) a hipossuficiência do consumidor.

9. Existe uma dissonância na doutrina quanto à necessidade de cumulatividade ou alternatividade dos dois últimos requisitos. Acredita-se havendo o requisito da verossimilhança, o requisito da hipossuficiência sequer necessitaria existir, pois ela sempre deverá estar presente, uma vez que a possibilidade de inversão existe para facilitar a defesa do consumidor e isso se dá, por óbvio, em razão da “ausência ou insuficiência de conhecimentos necessários à produção da prova”.

10. No âmbito do consumidor, nem todas as afirmações feitas pelo autor deverão ser objeto de inversão do ônus de prová-las. O juiz deverá analisar

individualmente as afirmações feitas pelo consumidor para verificar aquelas em que ônus da prova pode ser invertido.

11. No âmbito do consumidor a responsabilidade do fornecedor é, de regra, objetiva e, por exceção, subjetiva. O Código de Defesa do Consumidor atribuiu ao fornecedor a prova dos “defeitos ou serviço inexistente”, restando ao consumidor provar o nexo causal e o dano sofrido. Assim, no âmbito da responsabilidade objetiva é possível inverter somente a alegação do nexo de causalidade não sendo possível inverter a prova da alegação do dano.

12. Quando a questão envolve, porém, um caso de responsabilidade fundada na culpa é possível também inverter o ônus da alegação de culpa. No entanto, entre os especialistas em direito do consumidor é predominante o entendimento de que a culpa do profissional liberal é presumida. Assim, também só é possível a inversão do ônus da alegação do nexo de causalidade.

13. Por fim, nas ações envolvendo vício do produto ou do serviço, é possível a inversão do ônus da prova para que o fornecedor prove que o vício do produto ou do serviço não existiu.

14. Muitas vezes, a fixação estática do ônus da prova, ou mesmo a sua inversão (cujas hipóteses são restritas), não são suficientes e adequadas para solucionar o litígio. Assim, a doutrina apresentou e a jurisprudência parece recepcionar uma solução segundo a qual o ônus da prova deve ser distribuído dinamicamente, dependendo do caso concreto. Para essa doutrina – a chamada “carga dinâmica da prova” – o ônus probatório não recai, previa e estaticamente, sobre o autor ou o réu, ao contrário, pode recair sobre ambas as partes, ou ainda recair sobre aquela que possui melhores condições de produzir a prova.

15. Alguns balizamentos dessa teoria são: a) a aplicação da teoria se dá em relação a determinados fatos ou circunstâncias e não sobre todo material probatório; b) não se autoriza a dinamicização se isso causar uma prova diabólica reversa, ou seja, se tanto o autor quanto o réu não tiverem condições de

produzirem a prova, não há que se falar em redistribuição do ônus; e c) as partes não devem ser surpreendidas, de forma que o juiz deve adverti-las de que irá distribuir o ônus da prova de forma diversa daquele previsto em lei.

16. Os fundamentos dessa doutrina são: a igualdade das partes, um juiz com poderes instrutórios capaz de garantir essa igualdade e os deveres de lealdade, boa-fé e colaboração das partes.

17. No direito brasileiro essa teoria encontra guarida no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, em seu artigo 11, bem como na jurisprudência.

18. A decisão que distribui de maneira dinâmica o ônus da prova encontra albergue no “princípio do livre convencimento judicial”. Essa possibilidade se apresenta como último refúgio, quando o juiz se convencer da impossibilidade da aplicação da norma contida no artigo 333 do Código de Processo Civil. Sobre a decisão do juiz as partes devem ter ampla possibilidade de discussão. E, finalmente, não se pode negar que da prova cuja oneração restou distribuída, nova prova se faça necessária, e, quem sabe, igualmente, nova redistribuição.

19. Aceitar a dinamicização do ônus da prova é aceitar uma nova dinâmica na instrução probatória, o que acaba por revelar uma nova dinâmica no próprio processo.

20. Por fim, conclui-se, após analisar outras posições, que o momento apropriado para a inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova é antes do início da fase instrutória, na audiência preliminar, quando, inexitosa a conciliação, o juiz tiver que fixar os pontos controvertidos e as partes tiverem que apresentar as provas que pretendem produzir.

21. Analisando-se a jurisprudência acerca do momento apropriado para a inversão do ônus da prova, conclui-se que o estado de *dúvida* decorre de escolhas de pressupostos diferentes. Aqueles que entendem que o momento é o da sentença entendem que a norma do artigo 6º, VIII do Código de Defesa do

Consumidor inverte o ônus da prova, posição com a qual não se concorda. Já aqueles que entendem que o momento da inversão do ônus da prova é antes do início da fase instrutória partem do pressuposto, com o qual se concorda, que o verdadeiro significado da inversão do ônus é uma redistribuição do ônus originalmente estabelecido. Por isso é que há a necessidade de se oportunizar à parte que recebeu o novo ônus probatória a possibilidade de dele se desincumbir.

TÍTULO II A LEI E O ÔNUS DA PROVA

1 A inversão *ope legis* do ônus da prova

Na situação analisada até agora, o juiz, ao verificar: a) alegação de fatos negativos; b) a conduta da parte que impede que a outra produza a prova; c) a facilitação da defesa do consumidor; e d) para garantir a igualdade das partes pode distribuir de forma dinâmica o ônus da prova.

No entanto, em outras situações, a lei altera a distribuição do ônus da prova originalmente realizada pela norma do artigo 333 do Código de Processo Civil.

Passa-se, então, à análise da inversão do ônus da prova operada pela lei.

1.1 A prova tarifada no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor traz no artigo 38 uma situação em que a lei distribui o ônus da prova diferentemente daquela prevista no artigo 333 do

Código de Processo Civil: “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.³⁵⁷

Segundo BENJAMIN, a origem do dispositivo é a Diretiva 54/450 da CEE, que trazia em seu artigo 6º a norma segundo a qual “sempre que o anunciante fizer uma afirmação factual, o ônus da prova de que sua informação é correta fica a seu encargo”.³⁵⁸

Verifica-se que a lei transfere ao fornecedor a prova da veracidade (“qualidade de veraz, apego à verdade”) e correção (“qualidade de correto, integridade, honestidade, dignidade”)³⁵⁹ da sua informação.

Pensa-se na ação ajuizada por um consumidor, na qual ele afirma a inveracidade ou incorreção da propaganda como um dos fatos constitutivos do seu alegado direito. Nesse caso, a aplicação da norma contida no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor inverte o *onus probandi* estabelecido no artigo 333 do Código de Processo Civil, uma vez que o autor fica dispensado da prova, que é atribuída ao fornecedor.³⁶⁰

Importa notar que se o fornecedor for o autor da ação, não haverá a inversão do ônus da prova, já que a veracidade ou a correção consistiria fato constitutivo de seu pretense direito. Dessa forma, o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor não inverte a norma contida no artigo 333 do Código de Processo Civil.

³⁵⁷ Essa norma é repetida no Decreto 2.181 de 20.03.97, cuja redação do parágrafo 3º do artigo 14 é a seguinte: “O ônus da prova da veracidade (não enganabilidade) e da correção (não abusividade) da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

³⁵⁸ VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antônio Herman de. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto** / Ada Pellegrini Grinover [et al.]. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 316.

³⁵⁹ Ambas citações são de ARAÚJO FILHO. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 37

³⁶⁰ Nesse sentido: WATANABE, Da defesa do consumidor em juízo: disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, 732; ARAÚJO FILHO, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 37

A norma contida no artigo 38 se relaciona diretamente ao dever contido no artigo 36, uma vez que “o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”.

Na hipótese de inversão *ope legis* aqui analisada não tem espaço a verificação por parte do juiz da presença dos elementos da verossimilhança e da hipossuficiência, exigidos pelo artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Não cabe, também, qualquer manifestação do juiz no sentido de *avisar*³⁶¹ que irá inverter o ônus da prova. Como já se mencionou, não se trata de inversão do ônus da prova, que poderia de alguma forma surpreender as partes. Nesse sentido, a não manifestação do juiz não pode, sobremaneira, ser considerada cerceamento de defesa.³⁶²

O art. 38 do Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos casos de publicidade enganosa (definida no §1º do art. 37), bem como à publicidade abusiva, imprópria (definida no §2º do mesmo art. 37). Essa idéia foi consagrada no Decreto n. 2.181 de 20.03.1997 que organiza o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, como se verifica no §3º do art. 14: “O ônus da prova da veracidade (não-enganosidade) e correção (não-abusividade) da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Não se deve olvidar, por fim, que independentemente da aplicação do artigo 38, no que diz respeito à alegações sobre outros fatos, verificando a presença dos

³⁶¹ Expressão utilizada por LEONARDO. **Imputação e inversão do ônus da prova**, p. 297.

³⁶² ANDRADE. **Inversão do ônus da prova**, p. 57. No entanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão paradigmática, já se manifestou no sentido de que nos casos do artigo 38 do CDC, o juiz “deve decidir previamente que o patrocinador da publicidade tem o ônus de provar a veracidade e correção do que nela se contém equivale a entender também deve previamente decidir que ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu o fato impeditivo, modificativo do direito do autor, impondo num e noutro caso o insustentável entendimento de que o juiz deve previamente proclamar que dará exato cumprimento ao que dispõem o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 333 do Código de Processo Civil.” (TJSP, Apelação Cível n. 255.461-2-6-São Paulo. Relator: Des. Aldo Magalhães. Acórdão publicado na RT 716/182.

requisitos do artigo 6º, VIII o juiz está autorizado a inverter o ônus da prova, como, por exemplo, no caso do nexo de causalidade entre a propaganda e o dano.

1.2 A inversão do ônus da prova nos contratos de empréstimo e financiamento (Medida Provisória 2.172, de 23.08.2001)

A Medida Provisória 2.172 estabelece, além da nulidade de algumas cláusulas em contrato de mútuo, a inversão do ônus da prova nas ações destinadas a discutir esses contratos.

A inversão do ônus da prova aparece no artigo 3º:

Art. 3º. Nas ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo do disposto neste Medida Provisória, incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação.

Tendo-se em mente que as operações financeiras são realizadas com “cláusulas tão *opacas* que, não raras vezes, têm sua interpretação sob a dependência de [...] estatísticos, economistas, juristas”, que precisam se unir para “entender os intrincados mecanismos operacionalizados por meio dos contratos financeiro”, a norma que determina a inversão do ônus da prova é *praticamente louvável*.³⁶³

É justo imputar àquele que formula esses contratos (o credor) o ônus da prova da legalidade das cláusulas contratuais e regularidade dos valores que são cobrados daquele que costuma, tão-somente, aderir a esses contratos (o devedor).

Não se pode deixar, no entanto, de analisar a norma contida no artigo 4º da referida medida provisória por representar uma contradição à proteção que visa a garantir o artigo 3º.

Estabelece o artigo 4º:

Art. 4º As disposições desta Medida Provisória não se aplicam às instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, bem como às operações realizadas no mercado financeiro, de capitais de valores mobiliários, que continuam regidas pelas normas legais e regulamentares que lhe são aplicáveis.

Parágrafo único. Poderão também ser excluídas das disposições desta Medida Provisória, mediante deliberação do Conselho Monetário Nacional, outras modalidades de operações e negócios de natureza subsidiária, complementar ou acessória das atividades exercidas no âmbito dos mercados financeiro, de capitais e de valores mobiliários.

Concorda-se inteiramente com a posição de Leonardo:

Por um lado, reconhece-se a vulnerabilidade do tomador de empréstimos em relação à conformação do negócio e à consolidação do saldo devedor; por outro lado, protegem-se as instituições financeiras dessa regra de inversão do ônus da prova.

³⁶³ LEONARDO. *Imputação e inversão do ônus da prova*, p. 306.

São especialmente onerados com a prova da ausência dos fatos constitutivos, tão-somente, os praticantes de usuras particulares. Qual a razão? Incentivar que as instituições financeiras continuem a oferecer contratos de mútuo cujo conteúdo é absolutamente inatingível para seus consumidores? Beneficiar a falta de transparência daquele que detém maior poder contratual?³⁶⁴

Lastimavelmente as instituições financeiras foram excluídas do âmbito de aplicação dessa regra de inversão do ônus da prova, e a regra se aplica apenas quando se tratar de particulares, ou seja, ficam onerados com a prova da ausência dos fatos constitutivos tão-somente os praticantes de usuras particulares.³⁶⁵

Nas ações revisionais, embargos à execução, dentre outros, envolvendo instituições financeiras, verifica-se que a inversão vem sendo deferida com base no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.³⁶⁶

³⁶⁴ LEONARDO. **Imputação e inversão do ônus da prova**, p. 307.

³⁶⁵ Neste sentido: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial n. 336.434-DF. Quarta Turma, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 02.04.2002.

³⁶⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70002116309, Segunda Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Castro Boller, Julgado em 06/09/2001. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. JUROS REMUNERATÓRIOS. CDC. CAPITALIZAÇÃO. TR. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. REVISÃO DOS CONTRATOS ANTERIORES. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. EXCLUSÃO DE TAXAS DIVERSAS. INVERSÃO DO ONUS DA PROVA. Embora o contrato de abertura de crédito não possa ser considerado como de adesão, pois o apelante não detém o monopólio da concessão de financiamentos, é certa a incidência do Código de Defesa do Consumidor, como prevê o seu art. 3º, § 2º, assim como o art. 145 do Código Civil, que autorizam a revisão do contrato. Havendo abusividade na estipulação de juros remuneratórios, não merecem manutenção as taxas pactuadas. Não havendo previsão legal, é incabível a capitalização mensal de juros, em contrato de abertura de crédito em conta corrente. É inaplicável a TR como índice de correção monetária, por constituir-se em taxa de juros. e incabível a comissão de permanência, quando fixada unilateralmente pelo credor. Ainda que seja possível a revisão em não tendo havido novação, não há se falar em revisão de contratos que não estejam nos autos. na ausência do contrato originário dos demais, a revisão limita-se a avenca anexada no processo. de ser procedida a repetição do indébito quando não há pagamento voluntário, mas é levado a efeito por iniciativa do próprio credor, através de lançamento na conta corrente. Exclusão de taxas diversas, tratando-se de pedido genérico, não merece conhecimento. **Inversão do ônus da prova: é inócua a irresignação, restando definida a incidência do CDC.** Apelação do requerido improvida. Apelação do autor parcialmente provida. (Sem grifo no original.)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70010421717, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, Julgado em 22/12/2004. EMENTA: AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. **CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Aplicável às instituições financeiras**, conforme disposto na Súmula 297 do STJ. Possibilidade de inversão do ônus da prova. JUROS REMUNERATÓRIOS. Devidos à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central, limitados

2 Conclusões Parciais

Da análise das hipóteses de inversão *ope legis* do ônus da prova, pode-se concluir que:

1. A norma contida no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor transfere ao fornecedor a prova da veracidade (“qualidade de veraz, apego à verdade”) e correção (“qualidade de correto, integridade, honestidade, dignidade”)³⁶⁷ da sua informação. Pensa-se na ação ajuizada por um consumidor, na qual ele afirma a inveracidade ou incorreção da propaganda como um dos fatos constitutivos do seu alegado direito. Nesse caso, a aplicação da norma contida no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor inverte o *onus probandi* estabelecido no artigo 333 do Código de Processo Civil, uma vez que o autor fica dispensado da prova, que é atribuída ao fornecedor.

2. Também inverte o ônus da prova originalmente distribuído no artigo 333 do Código de Processo Civil o artigo 3º da Medida Provisória 2.172 de 23.08.2001.

apenas pelo contratado. Aplicação da Súmula 296 do STJ. CAPITALIZAÇÃO. Permitida apenas a capitalização anual. Afastada a aplicação da Tabela Price por constituir exemplo de capitalização mensal. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. Não é ilegal a cobrança da comissão de permanência depois do vencimento do contrato, desde que não cumulada com os juros remuneratórios e com a correção monetária, observada a taxa média do mercado. REPETIÇÃO DE INDÉBITO E COMPENSAÇÃO DE VALORES. Permitidas na forma simples. Desnecessidade de comprovação do erro para evitar o enriquecimento sem causa do credor. INSCRIÇÃO EM ÓRGÃOS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. Vedada quando se demonstrar que a revisão do contrato pode levar à quitação da dívida ou à sua redução, evidenciando-se a abusividade. MORA. Evidenciada se a obrigação venceu sem o devido pagamento. JUROS MORATÓRIOS. Deverão ser de 12% ao ano. MULTA. A multa moratória deverá ser de 2% após o advento da Lei 9.298/96, incidindo, antes desta Lei, o percentual disposto no contrato. DESCONTO EM FOLHA. Permitido. PREQUESTIONAMENTO. Desnecessidade de o órgão julgador focar um a um todos os dispositivos enumerados pela parte. COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS. Não admitida. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL AFASTADA. (Sem grifo no original.) No mesmo sentido: Apelação Cível n. 70004840013, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 19/12/2002; Agravo de Instrumento n. 70013865308, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Judith dos Santos Mottecy, Julgado em 29/12/2005.

³⁶⁷ Ambas citações são de ARAÚJO FILHO. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, p. 37

TÍTULO III AS PARTES E O ÔNUS DA PROVA

1 Inversão do ônus da prova por acordo das partes

O Código de Processo Civil, no parágrafo único do artigo 333, autoriza que as partes convençionem sobre a distribuição do ônus da prova. Essa conclusão se extrai ao se verificar que a lei considera nulas convenções sobre o ônus da prova quando disserem respeito a direito indisponível ou quando tornar a prova excessivamente difícil para uma das partes o exercício do direito.³⁶⁸ Significa dizer, portanto, que, fora desses casos, não há óbice à convenção sobre o ônus probatório.

No artigo 333 está prevista, então, a possibilidade dos *contratos probatórios* no Direito brasileiro. São eles “convenções ou acordos processuais pelos quais as partes regulam o modo de produção de prova. Estes acordos podem incidir sobre o ônus da prova ou sobre os meios de prova”.³⁶⁹

A convenção sobre a distribuição do ônus da prova é nula quando: a) dispuser sobre direito indisponível; e b) quando tornar excessivamente difícil para uma das partes o exercício do direito.

Quanto à impossibilidade de se convençionar sobre a distribuição do ônus da prova de uma alegação sobre direito indisponível, maiores considerações não precisam ser feitas, ao se compreender que alterar a distribuição originalmente

³⁶⁸ No mesmo sentido, dispõe o artigo 2698 do Código Civil italiano: “Sono nulli i patti i quali è invertito ovvero è modificato l’onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l’inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l’esercizio del diritto.”

³⁶⁹ RANGEL. **O ônus da prova no Processo Civil**, p. 183.

feita pela lei seria uma forma de dispor sobre o direito indisponível propriamente dito.³⁷⁰

No que diz respeito à dificuldade excessiva no exercício do direito por uma das partes, a questão muda de contorno, e não se mostra tão óbvia assim.³⁷¹

Acima de tudo, deve-se ter em mente a possibilidade efetiva e real de um contrato, dispondo de modo diverso do legal quando a distribuição do ônus da prova puder lesar uma das partes, geralmente, a parte vulnerável, especialmente porque, na maioria das vezes, esses contratos são de adesão (no melhor estilo *take or leave it*).

Prevedo o abuso que essa norma do Código de Processo Civil pode causar no âmbito consumerista, o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) determina a invalidade do contrato probatório que estabeleça a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.³⁷²

Essa inversão contratual do ônus da prova merece a mais acurada atenção do Poder Judiciário, sob pena de ferir princípios como o da igualdade, do acesso à justiça e o direito à prova.

Salvo no âmbito do Direito do Consumidor, em que já existe lei específica protegendo o consumidor, não se encontram com facilidade exemplos de contratos que estabeleçam, dentre suas cláusulas, a inversão do ônus da prova, o que demonstra a pequena aplicabilidade prática da regra.

³⁷⁰ Nesse sentido, COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 628.

³⁷¹ “É fácil identificar os casos a que alude o primeiro inciso: direitos indisponíveis; não, porém, o que seja ‘tornar excessivamente difícil’ à parte exercer o direito. Levada ao pé-da-letra, a norma premiará os mais fortes economicamente e oprimirá os mais fracos; esse não é o objetivo do processo, não se coaduna com o mínimo ético que deve inspirar o intérprete ao aplicar a lei, nem se compatibiliza com a garantia inscrita no art. 153, § 4º da Constituição.”(ARAGÃO, Egas Moniz. **Exegese do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Aide, 1981, p. 102.

³⁷² “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento dos produtos e serviços que: VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor. [...]”

2 Conclusões Parciais

Do título III da segunda parte do trabalho, conclui-se que:

1. O Código de Processo Civil, no parágrafo único do artigo 333 prevê a possibilidade da distribuição do ônus da prova de maneira diversa da disposta no *caput* por acordo entre as partes.

2. As partes não podem convencionar acerca da distribuição do ônus da prova quando se tratar de direito indisponível, porque, nesse caso, alterar a distribuição originalmente feita pela lei seria uma forma de dispor sobre o direito indisponível propriamente dito.

3. As partes, igualmente, não podem convencionar acerca da distribuição do ônus da prova se o resultado for uma dificuldade excessiva no exercício do direito por uma das partes.

4. Existe a possibilidade efetiva e real de um contrato que altere o ônus da prova lesar uma das partes, tornando para ela excessivamente difícil a produção de determinada prova. A maior chance disso ocorrer dá-se no âmbito do Direito do Consumidor, tendo em vista o grande número de contratos de adesão. Relembra-se, então, o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor que prevê a invalidade do contrato probatório que estabeleça a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.

TÍTULO IV OUTROS INSTRUMENTOS QUE NÃO SE CONFUNDEM COM INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Existem alguns institutos na legislação que se assemelham muito à inversão do ônus da prova, mas suas características peculiares autorizam o estudo em apartado.

Nenhum deles tem a função de inverter o ônus da prova e, por isso, não devem ser confundidos ou mal-utilizados pela jurisprudência. Neste momento, tenta-se, então, desvincular por completo a idéia de que ambos invertem o ônus da prova para que possam ser utilizados na exata medida em que foram propostos pela legislação.

O primeiro instituto a ser analisado será a *presunção*. O segundo é a possibilidade de o juiz determinar que uma das partes exhiba documento comum que esteja em seu poder (artigo 358, III do Código de Processo Civil).

1 As presunções

A relação entre as presunções e a prova é muito discutida na doutrina e uma solução satisfatória não parece estar perto do fim.³⁷³ E essa relação é tão

³⁷³ Na doutrina brasileira, vários são os autores que se preocuparam com o tema, dentre eles merecem destaque: BARBOSA MOREIRA. As presunções e a prova. **Temas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 55-71; SURGIK, Aloísio. Presunção absoluta e relativa: teoria da prova. **Gênese – Revista de direito processual civil**. Curitiba, v. 3, p. 747-762,

íntima que RANGEL chega a afirmar que “não existe prova sem ónus da prova e sem uma teoria explícita ou implícita, da presunção”.³⁷⁴

Apesar do caráter probatório da presunção, essa não é considerada um meio de prova, mas um processo mental,³⁷⁵ um juízo lógico.³⁷⁶ Quando o juiz afirma, a partir de um fato ocorrido, que deve ter ocorrido um outro fato (“ocorrido um fato X, deve ter ocorrido um fato Y”) não surge um novo meio de prova no plano concreto (um novo documento, uma testemunha), mas algo acontece *intelectualmente*, algo de novo surge na mente do julgador.³⁷⁷

Assim, pode-se, juntamente com MARINONI, conceituar presunção como sendo “um processo mental, uma forma de raciocinar por meio da qual o juiz parte da prova de um fato indiciário, isto é, da prova indiciária, para, por dedução, chegar a uma conclusão sobre o fato principal”.³⁷⁸

Para utilizar a presunção, é necessário um fato conhecido, um fato desconhecido e um nexo de causalidade entre esses fatos. Assim, a atividade probatória concentra-se no fato cuja alegação é possível provar, o indício. A partir dele, por dedução – ou *inferência do raciocínio lógico*³⁷⁹ – deduz-se o fato desconhecido.³⁸⁰

set./dez. 1996; MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. **Revista de processo**, ano IV, n. 24, p. 62-88, out./dez. 1981. Esses dois últimos com uma importante incursão histórica no tema.

³⁷⁴ RANGEL. **O ónus da prova no processo civil**, p. 222.

³⁷⁵ CAMBI. **A prova civil**, p. 360

³⁷⁶ LEONARDO. **Imposição e inversão do ónus da prova**, p. 231.

³⁷⁷ BARBOSA MOREIRA, **As presunções e a prova**, p. 57; CAMBI, **A prova civil**, p. 360, SURGIK, **Presunção absoluta e relativa: teoria da prova**, p. 755. Em sentido contrário SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no civil e no comercial**, p. 422. v. 5.

³⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Simulação e prova. **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**, n. 22, p. 843-849, out./dez. de 2001.

³⁷⁹ RANGEL, **O ónus da prova no processo civil**, p. 221.

³⁸⁰ COUTURE. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, p. 228; CAMBI. **A prova civil**, p. 61. Diante desses três elementos, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre a distinção entre o indício e a presunção. Para um grande número de doutrinadores esses conceitos são sinônimos (SANTOS, **A prova judiciária no civil e no comercial**, p. 398, v. 5 traz exemplos de autores: Carlo Lessona, Giorgio Giorgi, Marcel Planiol; também Mittermaier, citado por MALUF, **As presunções na teoria da prova**, p. 62). No entanto, uma outra parte da doutrina traça relevantes diferenças entre indícios e presunções. Entende-se que os fatos conhecidos são os indícios e seguindo os ensinamentos de CAMBI. **A prova civil**, p. 362-363, “como o próprio nome aponta,

A presunção, ou a “conseqüência que se extrai de um fato conhecido e comprovado para chegar a um fato ignorado”³⁸¹ pode ser feita pelo juiz ou estar estabelecida na lei. Daí a possibilidade de se classificar as presunções, ou estabelecer algumas espécies de presunção.³⁸²

Tradicionalmente as presunções são classificadas em dois grandes grupos: as *legais* se tiverem sido estabelecidas pela lei e, as *simples* ou *judiciais* (*praesumptiones hominis*), caso tenham sido estabelecidas pelo homem.

Passa-se, então, ao estudo, ainda que conciso, de cada uma delas e das suas relações com a inversão do ônus da prova.

1.1 Espécies de presunções

1.1.1 Presunções simples (*praesumptiones hominis*)

indicam, não representam, o fato probando, isto é, neles se assenta o raciocínio que permite a cognição do *factum probandum*. Por isso, são fatos secundários que servem de *pressupostos das presunções* ou *fontes de presunções*, já que, a partir deles, podem ser deduzidos os efeitos jurídicos dos fatos principais, que são diretamente relevantes para o julgamento da causa”. E segue o referido autor: “Os indícios não têm relevância probatória em si mesma, sendo *fatos auxiliares* que permitem o conhecimento dos fatos a serem provados [...]. De conseqüência, a prova é um *ponto de partida*, permitindo ao juiz obter o conhecimento de determinado fato, enquanto a presunção judicial vem a ser um *ponto de chegada*, que corresponde ao conhecimento adquirido”. E conclui: “O fato presumido é uma conseqüência verossímil do fato conhecido.[...]. O que é verossímil, segundo o que normalmente acontece, é suficiente para formar um juízo sobre o fato, se o contrário não for provado.”

³⁸¹ CAMBI. **A prova civil**, p. 366.

³⁸² Mais que a possibilidade de classificar as presunções em duas espécies, na doutrina, muito já se discutiu sobre a inviabilidade de se tratar de forma unitária duas formas tão distintas de presunção. Nesse sentido TOMBARI, Giovanna Fabbrini. Note in tema de presunzioni legali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Padova, a. XLV, n. 3, p. 918, set. 1991.

Quando o juiz, fora das hipóteses expressas nas normas, mas dentro dos limites de utilização da prova, encontra relações lógicas suficientes para afirmar a existência de um fato X a partir do conhecimento e comprovação do fato Y, está-se diante de uma presunção simples.³⁸³

A presunção simples não está estabelecida em lei, ou seja, a relação entre fato conhecido e fato desconhecido é feita pelo magistrado, fundada unicamente na *ordem normal das coisas*.

A conclusão que o magistrado tira do fato conhecido para chegar ao fato desconhecido se dá através da aplicação das máximas de experiência.

A jurisprudência traz alguns exemplos de presunção simples: como nas ações para reparação de dano proveniente de acidente de carro, presume-se a culpa do motorista que colide com a parte traseira do veículo que está na sua frente.³⁸⁴

Também nos casos de indenização por dano extrapatrimonial nos casos de inscrição indevida do nome de consumidores nos cadastros dos órgãos de proteção do crédito.³⁸⁵

³⁸³ TOMBARI. **Note in tema de presunzioni legali**, p 918.

³⁸⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Recurso Cível n. 71001207331, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Des. Eugênio Facchini Neto, julgado em 24/04/2007 EMENTA: ACIDENTE DE TRÂNSITO. REPARAÇÃO DE DANOS. COLISÃO POR TRÁS. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MOTORISTA QUE ABÁLROA POR TRÁS. PRESUNÇÃO RELATIVA QUE PODE CEDER, MAS SÓ DIANTE DE PROVA CONVICTENTE EM CONTRÁRIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Remansoso princípio aplicável aos acidentes de trânsito, de origem jurisprudencial, indica presumir-se culpado o motorista que colide por trás, diante da suposição que não guardava, do veículo que trafega à frente, a distância regulamentar de segurança, que lhe permitiria imobilizar seu veículo em caso de parada súbita do veículo à frente. Trata-se de *presumptio hominis*, de natureza relativa, que pode ceder diante de prova em contrário. Na ausência de tal prova, porém, mantém-se hígida a presunção de responsabilidade. Tendo o requerido colidido com veículo que transitava à frente e que, após reduzir sua marcha, parou no canteiro central, deixando parte da traseira do veículo sobre a pista de rolamento, deve arcar com as conseqüências de sua conduta.

³⁸⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial n. 591.238-MT, Quarta Turma, Relator: Ministro Helio Quaglia Barbosa, julgado em 10/4/2007. EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SERASA. DANO PRESUMIDO. REVISÃO DO

E ainda nos casos de recusa injustificada do suposto pai em se submeter a exame hematológico de DNA, conduta essa que “induz presunção *iuris tantum* de paternidade”.

Durante longos anos, isso se diz antes da existência do exame do DNA, o autor da ação de investigação de paternidade sofria uma dificuldade de provar as suas alegações sobre os fatos constitutivos do seu direito, porque o fato era a relação sexual mantida entre a sua mãe e o suposto pai. Ora, não é preciso muito esforço para se verificar a dificuldade de se provar alegação sobre fato dessa natureza. No fim da década de 80, a ciência evoluiu, apresentando um exame hematológico mais preciso, a fim de se demonstrar a origem genética das pessoas: o exame de DNA (quando o resultado do exame de DNA é negativo, ele dá uma porcentagem de 100% de certeza de que o réu não é o pai biológico do autor, ou seja, ele exclui por completo a possibilidade). Por outro lado, quando o resultado é positivo, a porcentagem é de até 99,99% de chance de o réu ser o pai biológico para o autor. Importante é mencionar que tanto num quanto noutro caso, pode-se considerar máximas da experiência técnica, não podendo, com isso, o juiz julgar de outra maneira, senão conforme o resultado do DNA).

Em rigor, o autor da demanda investigatória passa a contar com um meio de prova bastante eficaz na tentativa de se demonstrar que a sua origem genética é a do suposto pai que ele apresenta como réu.

QUANTUM. REDUÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SÚMULA 326/STJ. RECURSO PROVIDO.

1. Para o acolhimento da tese do recorrente, relativo à inexistência de ato ilícito, seria imprescindível exceder os fundamentos do acórdão vergastado e adentrar no exame das provas. Aplicação da Súmula 7/STJ.

2. Nas hipóteses de inscrição indevida do nome de pretensos devedores no cadastro de proteção ao crédito o prejuízo é presumido.

3. Com relação à existência de outros registros em nome do recorrido, vale ressaltar que esse fato não afasta a presunção do dano moral, sendo certo porém, que a circunstância deve refletir sobre o valor da indenização.

4. Firmou-se entendimento nesta Corte Superior, de que sempre que desarrazoado o valor imposto na condenação, impõe-se sua adequação, evitando assim o injustificado locupletamento da parte vencedora.

5. Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

6. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nessa extensão, provido.

Ocorre que, com fundamento em princípios constitucionais da liberdade e da não necessidade de se produzir prova contra si mesmo, os pais passaram, simplesmente, sem justificativa nenhuma, a recusarem a se submeter a esse exame. Como a pessoa que não teme o resultado negativo do exame de DNA não tem motivos para não se submeter a ele, os magistrados começaram a presumir que, quando uma pessoa recusa-se sem qualquer justificativa, a se submeter ao exame do DNA, presume-se que ela é o pai.

O Código Civil incorporou essa compreensão nos artigos 231 e 232. No entanto, não houve com isso a instituição de uma presunção legal de paternidade, mas a previsão de uma situação de presunção judicial ou simples. A avaliação da conduta do suposto pai deve ser feita caso a caso.³⁸⁶

THEODORO JÚNIOR, que também comunga dessa idéia, é exato ao dispor que

não há no provimento legal uma autoritária e definitiva substituição da perícia pela imposição de veracidade do fato não averiguado. A norma pressupõe, por isso, um juízo complementar do magistrado para concluir sobre a possibilidade, ou não de operar o suprimento probatório autorizado, mas não imposto pela lei.^{387,388}

³⁸⁶ Nesse sentido GOÉS, Gisele Santos Fernandes. O art. 232 do CC e a Súmula 301 do STJ – Presunção Legal ou Judicial ou Ficção Legal?. In **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual**. 2 ed. Salvador: Podium, 2007. p. 313; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Regras processuais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 72-73.

³⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 574, v. 3, t. II. Ao contrário da posição retro, alguns autores (GALIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 456. v. 1.) entendem que os artigos 231 e 232 manejam uma presunção legal de paternidade, posição com a qual não se pode concordar.

³⁸⁸ Depois de diversos julgados nesse sentido a matéria foi sumulada pelo STJ: “Súmula 301. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. O único problema parece ter sido exatamente a edição dessa súmula pelo Superior Tribunal de Justiça, porque foi ela que taxou a presunção de legal, quando o próprio “diploma civil se alinhou ao universo da presunção judicial”. (GOÉS. **O art. 232 do CC e a Súmula 301 do STJ – Presunção Legal ou Judicial ou Ficção Legal?**, p. 314). Ademais, ao se analisar todos os precedentes utilizados para a formação da Súmula, nenhum deles fala em presunção relativa: AgRg no Ag498398, Resp 55958-RS e Resp 135361-MG.

A presunção simples pode ser afastada por qualquer meio de prova. Parece certo que o juiz utilizará a presunção simples quando não existir prova de um fato que ele considere relevante para a solução do caso. No entanto, se se consegue provar por algum meio esse fato, consequência de uma presunção, essa presunção fica afastada.

O Código de Processo Civil não regulamenta as presunções simples, o que não significa que elas não possam ser utilizadas pelo magistrado. Sempre, porém, deve ter cuidado para que a sua utilização não se reverta em “fonte de ilegalidade ou de cegueira processual em relação às outras provas regularmente produzidas no processo”.³⁸⁹ Convém destacar, no entanto, que o Código Civil, no seu artigo 230, proíbe a utilização de presunção simples nas hipóteses em que a lei exclui a prova testemunhal.

As presunções simples não invertem o ônus da prova e, como já se mencionou, elas se apresentam como uma forma de valoração do material probatório, como uma simplificação do procedimento probatório.³⁹⁰

A conclusão é que a presunção simples não está na lei, é feita pelo magistrado, que – ao utilizar das máximas da experiência, estabelece uma relação entre um fato conhecido – indício – e um fato desconhecido – fato presumido.

1.1.2 As presunções legais

³⁸⁹ LEONARDO. **Imputação e inversão do ônus da prova**, p. 234.

³⁹⁰ CHIARLONI, Sergio. La semplificazione dei procedimenti probatori. **Rivista di Diritto Civile**. Padova: Cedam, na. XXXV, n. 6, p. 737. nov./dez. 1989.

Quando a apreciação do nexo de inferência entre um fato X e um fato Y é *feito pelo legislador* e está contida em norma que obriga o julgador a ter como existente o fato X toda vez que se alcançar certeza sobre o fato Y, está-se diante de uma presunção legal.

A presunção legal pode ser relativa (*iuris tantum*) ou absoluta (*iure et de iure*). A pedra de toque que diferencia presunção relativa de presunção absoluta é a possibilidade de produção de prova que afaste a consequência jurídica estabelecida pelo legislador. Na presunção absoluta, não se admite, de forma alguma, a oposição à consequência jurídica estabelecida na lei, enquanto, na presunção relativa, a consequência pode ser afastada, provando-se que o fato que o legislador prevê como consequência jurídica não se pode verificar.

Existe ainda uma classificação doutrinária das presunções legais em presunções mistas. São aquelas que mesmo em se tratando do campo em que a lei estabelece uma presunção absoluta, pode a “*previsão expressa de prova contrária transformá-la em relativa*”.³⁹¹

1.1.2.1 As presunções legais absolutas

A presunção legal, com efeito absoluto, não pode ser afastada por prova em contrário, ou seja, a eficácia que a lei atribui ao fato é *definitiva*, vinculando as partes e o juiz.³⁹²

³⁹¹ TOMBARI. *Note in tema de presunzioni legali*, p 919.

³⁹² CAMBI. *A prova civil*, p. 367

O Código Civil estabelece presunção absoluta, por exemplo, quando dispõe no artigo 1597, V, que se presume concebido, na constância do casamento, os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, quando previamente autorizada pelo marido da mãe. Ora, a eficácia que a lei atribui (se concebido na constância do casamento, logo, filho do marido da mãe) não pode ser afastada por nenhuma prova em contrário, já que qualquer prova em contrário levaria à óbvia conclusão de que aquele pai (marido da mãe) não possui vínculo biológico com o filho.³⁹³

Uma parte da doutrina³⁹⁴ entende que a presunção absoluta só pode existir quando a lei for expressa no sentido de não se admitir prova em contrário. Não se pode compartilhar desse entendimento, exatamente quando se analisa a presunção estabelecida pelo artigo 1597, V, do Código Civil.

Ainda que a lei não traga expressamente a disposição de que essa presunção não pode ser afastada por prova em contrário, é lógica a conclusão de que nenhuma prova pode afastar o fato de que a criança, fruto de inseminação artificial heteróloga *autorizada* pelo marido da mãe, é seu filho.

Convém ressaltar que não se admite prova em contrário do fato presumido e não do fato secundário, ou fato auxiliar. Nesse mesmo exemplo que se está analisando, é possível o marido da mãe provar que não autorizou a inseminação artificial. Sendo assim, não se opera a presunção legal, uma vez que o fato-base não existiu. No entanto, provado o fato auxiliar, a conseqüência é irrefutável.

A relevância das presunções absolutas encontra-se integralmente no campo do direito material não tendo nenhuma influência no direito processual, principalmente no que diz respeito ao *thema probandum*. O que existe é uma facilitação da prova, “*através da substituição de um fato obscuro, ambíguo, não*

³⁹³ Outros exemplos de presunção absoluta podem ser encontrados nos artigos 1238, 574 e 174 todos do Código Civil.

³⁹⁴ CARVALHO SANTOS, J.M. de. **Código de processo civil interpretado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. p. 403. v. 3. Nesse sentido, numa doutrina bem mais recente, LEONARDO, **Imposição e inversão do ônus da prova**, p. 237.

aparente por um fato claro, limpo, facilmente individualizável, o qual vem unir-se as conseqüências jurídicas do primeiro".³⁹⁵

Por fim, é de ser ressaltar que presunção absoluta não pode ser confundida com *ficção jurídica*. Na presunção absoluta, existe uma equivalência entre o fato provado e o fato presumido; já na ficção não há qualquer equivalência, porque o fato não ocorreu, ainda que a lei determine a produção de seus efeitos.

No dizer de PONTES DE MIRANDA, "a ficção enche de artificial o suporte fático [...]. A ficção tem no suporte fático elemento de que não se poderia induzir da situação que ela prevê".³⁹⁶

O exemplo mais comum de ficção jurídica está na norma do artigo 343, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil: "A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se *presumirão confessados* os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor."

Ora, não se pode deixar de concordar com o brilhantismo de BARBOSA MOREIRA quando dispõe que, em casos como esse, o legislador crê, até conscientemente, que a verdade é exatamente o oposto, ou seja, ainda que admita que os fatos não ocorreram, determina que se produzam os efeitos *como se o fato tivesse ocorrido*.³⁹⁷

Conclui-se, finalmente, que a presunção absoluta é a espécie de presunção legal cujo efeito do fato desconhecido, estabelecido a partir de um fato conhecido, não pode ser afastado por nenhum tipo de prova em contrário. Presunção absoluta não se confunde com *ficção jurídica*, porque, na ficção, há uma grande verossimilhança do fato presumido, enquanto na ficção jurídica, que não depende

³⁹⁵ TOMBARI, **Note in tema de presunzioni legali**, p. 921: "Le presunzioni legali assolute, ossia quelle che non ammettono prova contraria, non operano in realtà modificazioni o inversioni degli oneri probatori (...)" (COMOGLIO; FERRI; TARUFFO. **Lezioni sul processo civile**, p. 528)

³⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 447. t. III.

³⁹⁷ BARBOSA MOREIRA. **As presunções e a prova**, p. 65.

de nenhum fato, a lei insiste em determinar a produção de efeitos de fatos que sequer ocorreram.

1.1.2.2 Presunções legais relativas (*iuris tantum*)

A presunção relativa caracteriza-se pela possibilidade de se demonstrar que o fato presumido não existiu.

Para entender melhor: na presunção absoluta, permite-se a prova da não-ocorrência do fato-base, ou do fato indiciário, hipótese em que não se operará a presunção; no entanto, se a prova demonstrar a ocorrência do fato-base, necessariamente, ocorrerão os efeitos do fato presumido.

Já na presunção relativa, se a prova demonstrar a ocorrência do fato-base, pode-se presumir o fato não-conhecido. Ocorre que, por outro meio de prova, é possível demonstrar que, ainda que tenha ocorrido o fato-base, o fato presumido não ocorreu. Em outras palavras, “o fato presumido é considerado existente, desde que não seja produzida prova em contrário”.³⁹⁸

A grande maioria das presunções estabelecidas pelo Código Civil brasileiro é presunção que admite prova em contrário, ou seja, presunção relativa. Como exemplo, podem-se citar os artigos 332, 943 e 1.201.

Certo é que, muitas vezes, pela simples leitura da *fattispecie*, não é possível identificar uma presunção como sendo relativa ou absoluta. Por isso, a doutrina mostra-se uniforme ao estabelecer que, na dúvida, deve-se entender o

³⁹⁸ LEONARDO. **Imposição e inversão do ônus da prova**, p. 239.

dispositivo como uma espécie de presunção relativa, ou seja, a regra é a possibilidade de se produzir prova em contrário; a exceção é a impossibilidade.³⁹⁹

Finalmente, importa mencionar que, para afastar a presunção relativa, devem-se admitir todos os meios de prova, como corolário do direito constitucional à prova.⁴⁰⁰

1.1.3 Relação das presunções legais com a inversão do ônus da prova

Dada a complexidade que envolve o tema relativo às presunções, a doutrina não se comporta de forma unívoca ao estabelecer uma relação entre as presunções e a inversão do ônus da prova.

Já se manifestou nos itens 1.1.1 e subitem 1.1.2.1, ao tratar da presunção simples e da presunção legal absoluta, que ambas não têm o condão de inverter o ônus da prova.

A questão ganha um contorno mais complexo quando se trata das presunções legais relativas.

Parte da doutrina entende que a presunção relativa realiza uma alteração no âmbito da *fattispecie* legal abstrata. Para esses autores “a presunção relativa é uma técnica legislativa, baseada em critérios de normalidade, utilizada para

³⁹⁹ CAMBI. **A prova civil**, p. 371-372; LEONARDO. **Imposição e inversão do ônus da prova**, p. 240.

⁴⁰⁰ Uma parte da doutrina considera uma terceira espécie de presunção, que é a presunção mista. Entende-se por mista, porque, apesar de se admitir prova em contrário para afastar os efeitos do fato presumido, os meios de prova admitidos para tanto são reduzidos e especificadamente estabelecidos em lei.

qualificar como impeditivo um fato que seria constitutivo, presumindo a existência deste, ou vice-versa”.⁴⁰¹

Nessa ótica, a presunção relativa inverte o ônus da prova, pois o fato, cuja prova da alegação caberia originalmente a uma parte, com a alteração da *fattispecie*, passa à parte contrária.

No entanto, outra parte da doutrina,⁴⁰² com a qual se concorda, entende que a presunção relativa tem a função de simplesmente facilitar a prova para a parte em cujo favor milita.

Para tanto, basta criar um exemplo: suponha-se que para a incidência de uma determinada norma que lhe favoreça o autor tenha que provar a veracidade da alegação sobre os fatos A, B, C e D, que são fatos constitutivos.

No entanto, existe uma norma legal que prevê que, quando da ocorrência dos fatos A, B e C, presume-se D.

Perceba-se que o réu, desde o início do processo, da mesma forma que o autor, é conhecedor da norma que estabelece a presunção.

Assim, se o autor lograr êxito quanto à prova das alegações sobre os fatos A, B, C, o fato D será presumido. O que houve foi uma simples facilitação da prova, ou seja, se não houvesse uma presunção no sentido de que se existem os fatos A, B e C, o fato D existe também, o autor deveria provar a veracidade de sua alegação quanto ao fato D.

Caso o réu quisesse afastar a incidência da norma, teria que demonstrar a inexistência dos fatos A, B, C e D alegando seja um fato impeditivo, extintivo ou modificativo. (Note-se: pela regra do artigo 333, II do Código de Processo Civil, o ônus é dele!). Ainda que o fato D seja um fato presumido, a prova em contrário

⁴⁰¹ CAMBI. **A prova civil**, p. 373; COMOGLIO, FERRI; TARUFFO. **Lezioni sul processo civile**, p. 528.

⁴⁰² LEONARDO. **Imposição e inversão do ônus da prova**, p. 245-246. ROSENBERG. **La carga de la prueba**, p. 194-195.

que afasta a presunção, é uma prova que, inicialmente, caberia ao réu. Para demonstrar que o fato D não pode ser presumido, porque ele não existiu, o réu terá o mesmo ônus da prova que teria se o fato D fosse um fato cuja existência se demonstrou por meio de prova da alegação do autor.

Pelo que se deve concluir que as presunções (qualquer uma delas) não têm capacidade de inverter o ônus da prova estabelecido pelo artigo 333 do Código de Processo Civil.

2 Exibição de documentos comuns às partes (artigo 355 do CPC)

Em relações de consumo, é muito comum o consumidor assinar contratos de adesão sem ficar com uma das vias do contrato. Isso acontece freqüentemente com instituições financeiras.

Numa eventual demanda envolvendo, por exemplo, a revisão das cláusulas contratuais, o autor requer que o juiz determine à parte contrária que junte aos autos o contrato que se pretende revisar.

Comumente, os tribunais, ao determinar que a parte contrária apresente o documento, o faz invertendo o ônus da prova.⁴⁰³

Na realidade, não se trata de específica inversão do ônus da prova, pois o Código de Processo Civil traz norma segundo a qual o juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder (artigo 355 do Código

⁴⁰³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento n. 70021260401, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Pereira da Costa Vasconcellos, julgado em 05.09.2007. “É cabível a inversão do ônus da prova, com apresentação de instrumentos de contrato pelo agravante”. No mesmo sentido: Agravo de Instrumento n. 70021270368, Agravo de Instrumento N. 70021129242. Também no STJ encontra-se esse posicionamento: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 264083-RS, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 29/05/2001. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Prova. Juntada. Documentos. O Juiz pode ordenar ao banco réu a juntada de cópia de contrato e de extrato bancário, atendendo aos princípios da inversão do ônus da prova e da facilitação da defesa do direito do consumidor em Juízo. Art.6o, VIII, do CDC. Art. 381 do CPC. Exclusão da multa do art. 538 do CPC. Recurso conhecido em parte e provido.

No entanto existem decisões no sentido de que exibição de documento não justifica a inversão do ônus da prova, uma vez que há procedimento específico para tanto: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento n. 70020859278, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, julgado em 22.08.2007. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA CUMULADA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO CONTRA BRASIL TELECOM. PEDIDO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. A inversão do ônus da prova apenas deve ser deferida quando insuperável a dificuldade ou a impossibilidade de a parte hipossuficiente formalizar provas ou trazer aos autos elementos a comprovar o direito subjetivo postulado. Existindo instrumentos jurídicos próprios à obtenção dos dados e documentos hábeis a instruir o pedido inicial, desnecessária a inversão do ônus de provar. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

de Processo Civil) e, em se tratando de documento comum às partes, o juiz não admitirá a recusa (artigo 358, III do Código de Processo Civil).

Cumpra, contudo, esclarecer que a exibição de documentos pode ser *cautelar* ou *não cautelar*, dependendo se se tratar, ou não, de asseguarção de prova ou de satisfação do direito.⁴⁰⁴

Neste trabalho somente interessa a exibição não cautelar.

A lei brasileira é taxativa ao estabelecer que o “documento a ser exibido deve ser do próprio requerente da providência ou, pelo menos, comum a ele e ao requerido”.

O Código de Processo Civil, de 1973, não traz o conceito de documento comum, mas o recurso a essa *comunidade é sábia* porque representa o meio-termo entre duas concepções extremas: a processual e a material. “Para a primeira, todo documento que constitua prova necessária de um fato, sobre o qual recaia o ônus da prova, deve ser exibido, sem outras considerações. Para a segunda, a exibição só caberia a quem tivesse direito material sobre o documento.”⁴⁰⁵

Diante das normas apresentadas, não há que se falar em verificação dos requisitos exigidos pelo artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor (hipossuficiência e verossimilhança), tampouco é necessário que o autor seja consumidor, para que o contratante que possua uma das vias do contrato seja compelido a juntar tal via ao processo, sob pena de serem admitidas como verdadeiras as alegações que a outra parte pretenda provar com o documento. (art. 359 do Código de Processo Civil).

⁴⁰⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 813 a 889. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.221. v. 8, t. II.

⁴⁰⁵ ALVARO DE OLIVEIRA. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 813 a 889, p. 223. v. 8, t. II.

3 Conclusões Parciais

No último título da segunda parte foram analisados dois instrumentos que não têm função de inverter o ônus da prova. Em conclusão:

1. Apesar do caráter probatório da presunção, essa não é considerada um meio de prova, mas um processo mental, um juízo lógico. Assim, presunção é “um processo mental, uma forma de raciocinar por meio do qual o juiz parte da prova de um fato indiciário, isto é, da prova indiciária, para por dedução, chegar a uma conclusão sobre o fato principal”.

2. Tradicionalmente as presunções são classificadas em dois grandes grupos: a) presunções legais, conforme tenham sido estabelecidas pela lei e b) presunções simples ou judiciais, se tiverem sido estabelecidas pelo homem.

3. As presunções simples ocorrem quando o juiz, fora das hipóteses expressas nas normas, mas dentro dos limites de utilização da prova, utilizando-se das máximas da experiência, encontra relações lógicas suficientes para afirmar existência de um fato X a partir do conhecimento e comprovação do fato Y.

4. As presunções simples não invertem o ônus da prova, elas se apresentam como uma simplificação do procedimento probatório.

5. A presunção legal ocorre quando a apreciação do nexo de inferência entre um fato X e um fato Y é feito pelo *legislador* e está condito numa norma que obriga o julgador a ter como existente o fato X toda vez que se alcançar certeza sobre o fato Y. A presunção legal, com efeito absoluto, não pode ser afastada por prova em contrário. Já a presunção legal, com efeito relativo, caracteriza-se pela possibilidade de se demonstrar que o fato presumido não existiu.

7. Nem a presunção legal absoluta, tampouco a presunção legal relativa têm o condão de inverter o ônus da prova. A existência de uma presunção tem a função de, simplesmente, facilitar a prova para a parte em cujo favor milita.

8. Em relações de consumo é muito comum o consumidor assinar contratos de adesão sem ficar com uma das vias do contrato. Comumente, em ações envolvendo, por exemplo, revisão das cláusulas contratuais, os Tribunais, ao determinar que a parte ré apresente o documento, o faz invertendo o ônus da prova. Não se trata de inversão do ônus da prova, diante da existência de norma específica que autoriza o juiz ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se ache em seu poder (art. 355 do Código de Processo Civil).

CONCLUSÕES FINAIS

Neste trabalho buscou-se, após analisar o aspecto geral do ônus da prova, apresentar uma sistematização das soluções dadas pela doutrina, jurisprudência e legislação para resolver o problema da insuficiência da prova, a partir da norma contida no artigo 333 do Código de Processo Civil.

Quando o juiz se depara com um caso em que a instrução probatória se mostra totalmente insuficiente para que ele se convença da veracidade das alegações de uma das partes, ele deve aplicar a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil. Entretanto, a sua aplicação pode conduzir à desmedida injustiça. Nesse sentido, verificou-se que soluções podem ser dadas pelo juiz, certamente são dadas pela lei e, ainda, podem ser acordadas pelas partes.

Ao longo do trabalho, diversas conclusões foram apresentadas. Neste momento, a repetição de algumas delas se faz oportuna:

I. A prova não possui um conceito unitário na doutrina processual civil, dependendo basicamente das circunstâncias em que é empregada. Ora é conceituada como atividade desenvolvida no processo para a reconstrução dos fatos, ora como meio, ou instrumento pelo qual se introduzem nos processos informações sobre os fatos. Por fim, prova é vista como o resultado, ou seja, o

êxito obtido pela atividade probatória, o convencimento que ela produz no julgador.

II. O problema da especificidade do conceito de prova judiciária se reflete diretamente na função por ela exercida no processo. Assim, ao se acolher uma concepção irracional da decisão judicial, é impossível atribuir qualquer significado à prova e ela assume uma função *teatral* para dar a impressão de que o sistema processual respeita valores positivos como a igualdade das partes ou a vitória de quem tem razão. Já, ao assumir uma concepção narrativa ou semiótica do processo, a prova assume uma função *persuasiva*. No entanto, admitindo-se que, no processo, é possível determinar a verdade, ainda que *relativizada* e *contextualizada*, a prova assume uma função *demonstrativa*.

III. O conceito de *ônus* e o conceito de *obrigação* são completamente heterogêneos. As diferenças são: a) no ônus o sujeito pode adotar ou não a conduta prescrita pela norma, não havendo nenhuma vinculação jurídica com o outro, o que não acontece na obrigação; b) a norma que institui o ônus tutela interesse do próprio onerado; já na obrigação, a norma tutela interesse do titular do direito subjetivo correspondente; c) não agir quando se trata de um ônus não se configura ato ilícito e, por consequência, a inação não é sancionada, ao passo que o não-cumprimento da obrigação se configura ilícito e é sancionado; por fim, d) a obrigação constitui uma situação jurídica passiva, e o ônus, uma espécie de situação jurídica ativa, cujo poder se manifesta na liberdade de agir do onerado.

IV. Diante da dissociação entre o conceito de *ônus* e o conceito de *obrigação*, pode-se conceituar o ônus da prova como sendo uma regra de julgamento por meio da qual o juiz saberá como julgar quando não estiver convencido da veracidade das alegações das partes, além de ser uma regra de conduta que indica qual das partes deve produzir as provas das alegações para que o julgamento não lhe seja desvaforável.

V. O ônus da prova possui dois aspectos, o *subjetivo* (regra de conduta) ligado à atividade das partes, que indica qual delas deve produzir as provas das

alegações sob pena de verem a sua pretensão desatendida, e o *objetivo* (regra de julgamento) ligado à atividade do juiz, auxiliando-o nos casos de insuficiência de prova e existência de dúvida quanto à questão fática. Apesar da doutrina especializada dar maior relevância ao aspecto *objetivo*, não se pode deixar de lado a importância do aspecto *subjetivo*.

VI. No que tange às teorias sobre a distribuição do ônus da prova, verifica-se que, com o passar dos anos, as teorias evoluíram no sentido de reconhecer uma maior importância ao direito material.

VII. Quanto à questão de saber o *quanto* de prova se faz suficiente para o juiz se convencer da veracidade das alegações sobre os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos, apresentou-se, então, a evolução entre os três grandes sistemas de valoração da prova, iniciando-se, brevemente com o do critério positivo ou legal, passando-se ao da livre-apreciação da prova ou livre-convencimento, culminando com o da persuasão racional, que embora aceite, em geral, a tese do livre-convencimento, impõe certas restrições à legitimidade da formação do convencimento judicial. Aqui o juiz não pode emitir convicção de natureza íntima, ao contrário, no *decisum* ele tem que indicar os elementos de prova com que formou sua convicção. Por isso ele tem o dever de fundamentar sua decisão.

VIII. O controle da liberdade de convencimento do juiz pode ser feito do ponto de vista externo ao juízo – que sozinho não evita o arbítrio – necessitando ser complementado por um controle endógeno. Quando se fala do controle externo, está-se falando do controle feito pela sociedade com seus valores democráticos, por meio dos princípios, das garantias e técnicas formadoras do próprio processo. Certo é que o controle externo pode não afastar por completo o subjetivismo e o arbítrio judicial. Por isso, faz-se necessário o desenvolvimento de critérios endógenos que visem a afastar o subjetivismo e a arbitrariedade da decisão judicial, além de evitar, o quanto possível, o erro. Um dos critérios para esse controle são os “modelos de constatação” dos fatos, ou “critérios de decisão” ou ainda “*standards*” do convencimento, que não são mais que “meios para

conhecer a verdade” que devem ser postos em discussão para que as partes, em contraditório, conheçam as opções valorativas do juiz, possam debatê-las e, se for o caso, corrigi-las.

IX. Muitas vezes, a aplicação da norma estabelecida no artigo 333 do Código de Processo Civil não é suficiente para solucionar os casos em que o juiz não se convença da veracidade das alegações das partes, por insuficiência do material probatória. Assim, tanto a jurisprudência quanto as legislações mais modernas têm apresentados soluções interessantes para esse impasse.

X. Dentre essas soluções, nas quais o juiz redistribui o ônus da prova estão: a) a possibilidade de inversão do ônus da prova como técnica para uma adequada tutela dos direitos; b) possibilidade de inversão do ônus da prova no âmbito do direito do consumidor; e c) possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova.

XI. Quando se fala em inversão do ônus da prova, está-se diante de uma situação em que a parte tradicionalmente onerada com a prova da alegação fica liberada desses encargos, que, por sua vez, é transferido para a parte contrária. Duas questões merecem destaque quando se fala em inversão do ônus da prova: em primeiro lugar, não é qualquer dificuldade de se produzir a prova que autoriza a inversão do ônus da prova e, em segundo lugar, a inversão do ônus da prova não se opera unicamente no âmbito do Direito do Consumidor. Não há necessidade de lei que autorize o juiz a inverter o ônus da prova, mas essa decisão, também, não pode ser tomada arbitrariamente pelo juiz. Assim, certos critérios devem ser observados. Na tentativa de encontrar esses critérios, duas hipóteses de ordem prática parecem se mostrar como referencial. A primeira delas é a impossibilidade de se provar alegações de fatos negativos, o que caracteriza a *prova diabólica*. Os fatos negativos podem ser classificados em *definidos*, que são aqueles cuja negativa significa ao mesmo tempo uma afirmativa contrária, e, *indefinidos*, que são aqueles que demonstram “uma universalidade de inoccorrência”. A inversão do ônus da prova estaria autorizada quando o autor alega como fato constitutivo do seu direito um fato negativo indefinido. A segunda

hipótese que autoriza o juiz a inverter o ônus da prova está ligada à postura de uma das partes que, culposamente, impede que a parte que poderia produzir a prova não mais consiga realizá-la. Nessa hipótese, tem-se a inversão do ônus da prova agindo como uma espécie de *sanção*. O juiz, também, está autorizado a inverter o ônus da prova no âmbito do direito do consumidor, tendo em vista a norma contida no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, alguns requisitos devem ser observados, quais sejam: a) necessidade da relação entre consumidor e fornecedor; b) uma decisão judicial fundamentada; c) a verossimilhança da alegação; e d) a hipossuficiência do consumidor.

XII. Muitas vezes, a fixação estática do ônus da prova, ou mesmo a sua inversão (cujas hipóteses são restritas), não são suficientes e adequadas para solucionar o litígio. Assim, a doutrina apresentou e a jurisprudência parece recepcionar uma solução segundo a qual o ônus da prova deve ser distribuído dinamicamente, dependendo do caso concreto. Para essa doutrina – a chamada “carga dinâmica da prova” – o ônus probatório não recai, previa e estaticamente, sobre o autor ou o réu, ao contrário, pode recair sobre ambas as partes, ou ainda recair sobre aquela que possui melhores condições de produzir a prova. Alguns balizamentos dessa teoria são: a) a aplicação da teoria se dá em relação a determinados fatos ou circunstâncias e não sobre todo material probatório; b) não se autoriza a dinamicização se isso causar uma prova diabólica reversa, ou seja, se tanto o autor como o réu não tiver condições de produzirem a prova, não há que se falar em redistribuição do ônus; e c) as partes não devem ser surpreendidas, de forma que o juiz deve adverti-las de que irá distribuir o ônus da prova de forma diversa daquele previsto em lei. Os fundamentos doutrina são: a igualdade das partes, um juiz com poderes instrutórios capaz de garantir essa igualdade e os deveres de lealdade, boa-fé e colaboração das partes. Aceitar a dinamicização do ônus da prova é aceitar uma nova dinâmica na instrução probatória, o que acaba por revelar uma nova dinâmica no próprio processo.

XIII. Após analisar outras posições, que o momento apropriado para a inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova é antes do início da fase

instrutória, na audiência preliminar, quando, inexitosa a conciliação, o juiz tiver que fixar os prontos controvertidos e as partes tiverem que apresentar as provas que pretendem produzir.

XIV. A inversão do ônus da prova pode se dar por disposição legal. É o caso da norma contida no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor transfere ao fornecedor a prova da veracidade (“qualidade de veraz, apego à verdade”) e correção (“qualidade de correto, integridade, honestidade, dignidade”)⁴⁰⁶ da sua informação, bem como da contida no artigo 333 do Código de Processo Civil o artigo 3º da Medida Provisória 2.172 de 23.08.2001.

XV. O Código de Processo Civil, no parágrafo único do artigo 333 prevê a possibilidade da distribuição do ônus da prova de maneira diversa da disposta no *caput* por acordo entre as partes. As partes não podem convencionar acerca da distribuição do ônus da prova quando se tratar de direito indisponível, porque, nesse caso, alterar a distribuição originalmente feita pela lei seria uma forma de dispor sobre o direito indisponível propriamente dito. As partes, igualmente, não podem convencionar acerca da distribuição do ônus da prova se o resultado for uma dificuldade excessiva no exercício do direito por uma das partes.

XVI. Existem instrumentos que não têm a função de inverter o ônus da prova. É o caso das *presunções* cuja função é a de, simplesmente, facilitar a prova para a parte em cujo favor ela milita, bem como a exibição de documentos, que deve ser feita utilizando-se do instrumento próprio (artigo 355 do Código de Processo Civil).

Por fim, sabe-se que uma decisão baseada nas regras de distribuição do ônus da prova será sempre uma decisão fria, uma *decisão sem coração*. Assim, buscar soluções para além da norma trazida pelo Código de Processo Civil é ir à procura de um coração para esse homem de lata. Inversão judicial, distribuição

⁴⁰⁶ Ambas citações são de ARAÚJO FILHO. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, p. 37

dinâmica, inversão legal, inversão por acordo entre as partes: buscou-se, apresentar essas soluções maneira sistematizada, apresentando alguns critérios para sua utilização pelo juiz.

Espera-se que ele seja compreendido como mais um pequeno passo na caminhada - que não se encerra aqui – rumo a um processo efetivo, com soluções justas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 45, n. 231, pp. 122-147, jan. 1997.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. A garantia do contraditório. Apêndice à obra **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 227-243.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 813 a 889. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 8, t II.

_____. Efetividade e tutela jurisdicional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 836, p. 11-33, jun.2005.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 73, p. 7-14, jan./mar.1994.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Apêndice à obra Do formalismo no processo civil**. São Paulo : Saraiva, 2003. p. 260-274.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 90, p. 55-84, jun. 2003.

_____. Problemas atuais da livre apreciação da prova. In: ALVARO DE OLIVEIRA, C.A. (Org.) **A prova cível**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Ônus da prova. **Revista de Processo**, v. 18, n. 71, p. 46-63. jul./set. 1993.

ALVIM, Teresa Arruda. Reflexões sobre o ônus da prova. **Revista de Processo**. n.76. p.141-145. out./dez. 1994.

ANDRADE, Vanessa Verdolim Hudson. Inversão do ônus da prova. **Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 75, p. 36-39, abr./jun. 1999.

ANDRIOLI, Virgilio. **Prova: Diritto Processuale Civile**. In *Novissimo Digesto Italiano*, n. XIV, p. 261-300.

ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/anteprojeto.htm>> Acesso em: 10 de agosto de 2007.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: direito processual. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade substancial. **Gênese – Revista de Direito Processual**, Curitiba, n. 3, p. 685-695 set./dez. 1996

AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. Madrid: Civitas, 2002

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. O direito de defesa e a efetividade do processo 20 anos após a vigência do Código. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 79, p. 207-221, jul./set.1995

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. ampl. e rev. São Paulo: Malheiros, 2007.

AZÁRIO, Márcia Pereira. **Dinamicização da Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFRGS, Porto Alegre, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. A defesa do consumidor em juízo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61, p. 190-201, jan./mar. 1993.

_____. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 22, p. 135-149, abr./jun. 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do Processo Civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: **Temas de direito processual civil**. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. As presunções e as provas. In: **Temas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 55-71.

_____. Julgamento e ônus da prova. In: **Temas de Direito Processual**. Segunda Série. São Paulo; Saraiva, 1988.

_____. La igualdad de las partes en el proceso civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n.44, out./dez. 1986.

_____. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 41, jan./mar. 1986.

_____. O juiz e a Prova. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 35, jul./set. 1984.

_____. Alguns problemas atuais da prova civil. **Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Curitiba, v. 4, jun. 1985.

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. **Revista Forense**, v. 261, p. 13-19, jan./mar. 1978.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: RT, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verità nel Diritto**. Trad. de Valentina Carnevale. Bologna: il Mulino, 2004.

BETTI, Emilio. **Diritto Processuale Civile italiano**. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1936.

BOAVENTURA PACÍFICO, Luiz Eduardo. **O ônus da prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. v. 44.)

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORGES, Marcos Afonso. Sistema da persuasão racional: Elementos probatórios constantes dos autos: errônea valoração legal da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 93, p. 324, jan./mar. 1999.

BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. A carga probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.7, p.101-118, jul./set. 1993.

BRETONE, Mario. **História do direito romano**. Trad. para o português por Teresa Santos e Hossen Sdighzadh Shooja. Lisboa: Estampa, 1988.

BUZAID, Alfredo. Ônus da prova. **Revista de Direito Processual Civil**, v. 4, p. 5-24, jul./dez. 1961.

CASADO, Márcio Melo. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CALAMANDREI, Piero. Il processo como gioco. **Rivista di Diritto Procesuale Civile**, v. V, p. 23 ss, 1950.

_____. Il giudice e lo storico. **Opere Giuridiche**, Napoli: Morando, 1965, p. 393-414. v. 1.

_____. Verità e verosimiglianza nel Processo Civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, n. 10, parti I, 1955.

CALDEIRA, Mirella D' Angelo. Inversão do ônus da prova. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 10, n. 38, p. 166-180, abr./jun. 2001.

CALOGERO, Guido. **La logica del giudice e il suo controllo in cassazione**. Pádua: Cedam, 1937.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 31, p. 9-18, 2005.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v.3).

_____. **A prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMPO, Hélio Marcio. **O princípio dispositivo em direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização, **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, 1990.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso alla giustizia come programa di riforma e come metodo di pensiero. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v. 37, n. 2, 1982, p. 233-245, abr./jun. 1982

CARNELUTTI, Francesco. **Estúdios de Derecho Procesal**. Buenos Aires, Ejea, s/d.

_____. **La prova civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1992.

_____. **Lezioni di diritto processuale civile**. Padova: Universitária, 1920. v. 2.

_____. **Sistema de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Uthea, 1944, t. I e II.

CARRATA, Antonio. Funcione dimostrativa della prova. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 56, n. 1, p. 73-103, gen./mar.2001.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. A inversão do ônus da prova e a inversão do encargo decorrente sob a ótica do direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. v.12. n.46. p.245, abr./jun. 2003

CARVALHO SANTOS, J.M. de. **Código de processo civil interpretado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil das instituições bancárias por danos causados a correntistas e a terceiros. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 34, p. 102-110, abr./jun. 2000.

CAVALLONE, Bruno. **Il giudice e la prova nel processo civile**. Padova: Cedam, 1991.

CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrizia. L' inversione dell' onere della prova nel Diritto Civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno, XLVI, n. 3. p. 757-808, sett. 1992.

CHIARLONI, Sergio. Riflessioni sui limite del giudizio di fatto nel processo civile. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Giuffrè, Milano, anno XL, n. 3, p. 822, set. 1986.

_____. La semplificazione dei procedimenti probatori. **Rivista di Diritto Civile**. Padova: Cedam, a. XXXV, n. 6, p. 737, nov./dez. 1989.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 281. v. 1, 2 e 3.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CÓDIGO modelo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 121, mar. 2005.

COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Bologna: Il Mulino, 1995

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Delpalma, 1977.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

_____. **Lições de processo civil canônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DENTI, Vittorio. Scientificità della prova e libera valutazione del giudice. **Rivista di Diritto Processuale**. n. 27, p. 414-437, 1972.

_____. L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno XLVI, n. 3. p. 709. sett. 1992.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios, **Revista dos Tribunais**, n.788, p. 92-107, jun. 2001.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. 3 ed. Buenos Aires: Zavallía, 1974. 2v, t. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Regras processuais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 3 v.

EFING, A. C. **Contratos e procedimentos bancários á luz doCódigo de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ESTRAMPES, M. Miranda. **La mínima actividade probatoria en el proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1997.

FARIA, Rita Lynce de. **A inversão do ônus da prova no Direito Civil português**. Lisboa: Lex, 2001.

FERREIRA, Gilberto; ASSAD, Sandra Mara Flügel. Os poderes do juiz no processo civil moderno. **Revista de processo**. São Paulo, n. 86, abr./jun. 1997.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. Do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

FROSINI, Benito V. **Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 2002.

GALIANO, Pablo Stolz; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

GARCÍA GRANDE, Maximiliano. **Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad.** Rosário: Juris, 2005.

Gärdenfors, Peter; Hansson, Bengt; Sahlim, Nils-Eric. (org.). **La teoria del valore probatorio: aspetti filosofici, giuridici e psicologici.** Milano: Giuffrè, 1997.

GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito Processual**, Curitiba, n. 3 p. 583-593. set./dez. 1996

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A distribuição dinâmica da prova e o direito de família.** Disponível em www.gontijo-familia.adv.br.

Giuliani, Alesandro. **Il concepto di prova: contributo alla logica giuridica.** Milano: Giuffrè, 1971.

_____. L' ordo judiciarius mediovale. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 3, p. 598-614, 1988.

_____. Prova: I) Prova in generale: a) Filosofia del Diritto. **Enciclopedia del diritto.** Milano, 1988. p. 519 ss. v.37

GOÉS, Gisele Santos Fernandes. O art. 232 do CC e a Súmula 301 do STJ – Presunção Legal ou Judicial ou Ficção Legal?. In **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual.** 2 ed. Salvador: Podium, 2007

GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso.** Barcelona: Labor, 1936.

GRAAU, Eros Roberto. Ônus, dever e obrigação: conceitos e distinções. **Revista dos tribunais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 559, 1982.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale.** Padova, n. 21, p. 580-609, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1997

_____. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUASP, Jaime. **Derecho Procesal Civil**, Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1962.

JARDIM, Afrânio Silva. O ônus da prova na ação penal condenatória. In: _____. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro Forense, 1992.

KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 17, p. 50-60, jan./mar. 1980.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. **O Direito Processual da Idade Média**. Porto Alegre: Fabris, 2006.

KFURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KIELMANOVICH, Jorge L. **Teoría de la prueba y medios probatorios**. 3. ed. ampl. y actual. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Forense: Rio de Janeiro, 2007.

_____. Os 'standards' do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 35, p. 15-52, 2001.

_____. As (perigosíssimas) doutrinas do "ônus dinâmico da prova" e da "situação de senso comum" como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica*. In: FUX, Luiz (org.) et. al. **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

LAGARDE, Xavier. **Réflexion critique sur le droit de la preuve**. Bibliothèque de droit Prive. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1994. t. 239.

LASERRA, Giorgio. **La prova civile**. Napoli: Jovene, 1957.

La prueba: homenaje al maestro Hernando Devis Echandía. Colombia: Universidad Libre, 2002.

LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. **Las presunciones judiciales y los indicios**. 2 ed. ampl. y actual. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005

LEITE, José Luís Marasco C. Verdade, prova e sociedade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas**. Pelotas, v. 39, n. 15, 1995.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LESSONA, Carlos. **Teoria general de la prueba en derecho civil**. Trad. de Enrique Aguilera de Paz. 3. ed. Madrid: Editora Réus, 1928.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 47, p. 215-216, 2006.

LONGO, Gianetto. Nuovo contributi in tema di *onus probandi*. **Iura-Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico**. Parte prima. Napoli: Jovene, 1957, v. 8.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT 2002.

MAERO, Giancarlo. **Le prove atipiche nel processo civile**. Padova: Cedam, 2001.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. **Revista de Processo**, ano IV, n. 24, p. 62-88, out./dez. 1981.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**: do processo de conhecimento, arts. 332 a 341. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5, t. 1.

_____. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto, **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 8, p. 17-30, set./out. 2005.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 2.

MARQUES, Mauro Pinto. Ônus da prova. Um enfoque diferente. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 22, p. 150-153, abr./jun. 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. A 'guerra' do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 6, p. 219-231, abr./jun. 1993.

MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.11. p.161-169, jul./set. 1994.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MICHELI, Gian Antônio. **La carga de la prueba**. Trad.de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1961.

MILLOMENS, Jonatas. **A prova no processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Exegese do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Aide, 1981.

MONTEIRO, Simone M. Silveira. Inversão do ônus da prova: jurisprudência comentada. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 14, p. 114-116, abr./jun. 1995.

MORAES, Henrique Choer. Teoria geral da prova cível. In: SILVA, Eduardo Silva da. et al. **Teoria geral do processo**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. **Ajuris**, v. 25, n. 74. p. 44, nov. 1998.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 10 ed. Volumes I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1997

MORELLO, Augusto M.. **La prueba**: tendências modernas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.

_____. **Dificuldades de la prueba em procesos complejos**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

_____. Visión solidarista de la carga de la prueba: la cooperación con el órgano, sin refugiarse en el solo interes de la parte. In: _____. **La prueba**: tendências modernas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001

MÚRIAS, Pedro Ferreira. **Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova**. Lisboa: Lex, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, 1/200,

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. **Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis**. Campinas: Servanda, 2000.

NIESS, Pedro Henrique Távora. A especificação de provas no processo civil. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, ano 15, v. 90, jul 1991.

NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. Considerações sobre os princípios do Código de Defesa do Consumidor. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, 1999.

NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova. **Revista de Direito do Consumidor**, n.10, p.48, abr./jun. 1994.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Causaliade e imputação na responsabilidade civil ambiental**. Lisboa: Almedina, 2007.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

PATTI, Salvatore. *Probatio e praesumptio: attualità di un'atica contrapposizione*. **Rivista di Diritto Civile**, anno XLVII, n. 4, p. 475, lug/ago 2001.

_____. **Prove: Disposizioni generali**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1987.

PELLEGRINI, José Francisco. Do ônus da prova. Crítica ao art. 333 do CPC, **Ajuris**, Porto Alegre, n.16, p. 41-51, 1979

PEYRANO, Jorge Walter. De la carga probatória dinâmica embozada a su consagración legislativa. In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

_____. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica. In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

_____. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. III.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. t IV.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

RAMBADO, Juan Alberto. Cargas probatorias dinâmicas: un giro epistemológico. In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

RICCI, Gian Franco. L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, Giuffrè, anno XLVI, n. 3, p. 835, sett. 1992.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Tendências modernas da prova. **Revista trimestral de jurisprudência dos Estados**. São Paulo, a. 19, v. 138, p. 340, jul. 1995.

RIGUI, Ivan Ordine. Os poderes do juiz. **Revista de Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, v. 169, jan./mar. 1993.

RODYCZ, Wilson Carlos. A inversão do ônus da prova no Juizado Especial Cível. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 67, p. 194-200, 1996.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Trad. de Ernesto Krotoshin. Buenos Aires: Ejea, 1956.

ROSITO, Francisco. **Direito probatório: as máximas da experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SALAMANCHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico: inversão do ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2006.

SANTO, Victor de. **La prueba judicial: teoría y práctica**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado do Minas Gerais**, n. 84, p. 35, jul./set. 2001.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 332 a 475**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 3, t. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 2.

_____. **Prova judiciária no cível e comercial**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1983, v. 1 e 5.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SATTA, Salvatore. **Diritto Processuale Civile**. Padova: Cedam, 1950.

_____. Il mistero del processo. **Soliloqui e colloqui di un giurista**, Pádua: Cedam, 1968, p. 14

SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba: los grandes temas del derecho probatorio**. Buenos Aires: Ejea, 1978.

_____: Naturaleza de la prueba: la prueba és libertad. In: _____. **La Prueba: los grandes temas del derecho probatório**. Buenos Aires, Ejea, 1978.

SILVA, Carlos Eduardo Lima Passos da. Os poderes instrutórios do juiz e o ônus da prova. **Revista do Ministério Público do Estado da Bahia**. Salvador, n. 7, v. 5, jan./dez. 1996.

SILVA, César Antonio da. **Ônus e qualidade da prova cível: inclusive no Código do Consumidor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. **As provas no cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOARES DE FARIAS, S. **Principaes theorias relativas ao onus probandi**. São Paulo: Empreza Graphica da "Revista dos Tribunaes", 1936.

STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. Trad. espanhola de Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Ramón Areces, 1990.

SURGIK, Aloísio. Presunção absoluta e relativa (teoria da prova). **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 3, p. 747-762, set./dez. 1996.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992.
_____. Modelli di prova e di procedimento probatorio. **Rivista di Diritto Processuale**, Milano: Giuffrè, anno XLV, n. 2, p.420-448, apr./giug. 1990.
_____. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova, Cedam, 1970.
_____. Presunzioni, inversioni, prova del fatto. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno XLVI, n.3. p.733, sett. 1992.
_____. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 1, 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Prova: princípio da verdade real; poderes do juiz; ônus da prova e sua eventual inversão; provas ilícitas; prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). **Revista Brasileira de Direito de Família**, v.1, n. 3, p. 5, out./dez. 1999.

_____. **Comentários ao novo Código Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003. v. 3, t. II.

_____. **Direitos do consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TODESCHINI, Nicola. **L'onere della prova: una questione aperta**. Disponível em www.overlex.com – Portal jurídico. Acesso em 28.01.2007

TOMBARI, Giovanna Fabbrini. Note in tema de presunzioni legali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Padova, a. XLV, n. 3, p. 917-938, set.1991.

VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antônio Herman de. Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

VERDE, Giovanni. Considerazioni sulla regola di giudizio fondata sull'onere della prova. **Rivista do Diritto Processuale**, Padova: Cedam, anno XXVII, n. 3, p. 438, jul./set. 1972.

_____. L'inversione degli oneri probatori nel processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno XLVI, n. 3, p. 715-731, set. 1992.

_____. L'onere della prova nel processo civile. Camerino: Jovene, 1974.

_____. Prova: teoria generale e diritto processuale civile. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1988, v. 37.

VERZONI, Fernando Gava. **A inversão do ônus da prova no CDC: defesa do consumidor e as garantias processuais do fornecedor**. 2005. Monografia (Láurea acadêmica) – Faculdade de Direito, UFRGS. Porto Alegre, 2005.

WALTER, Gehard. **Libre apreciación de la prueba**. Bogotá: Temis, 1985.

WANBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Almeida de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006/2007. v. 1.

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. **Da Cognição no Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinâmicas. In: CARGAS probatorias dinâmicas, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. As regras dinâmicas de distribuição do ônus da prova e a avaliação da prova no processo laboral. **LTr: Revista Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 63, n. 7, p. 914, jul. 1999.

ZOLANDECK, José Carlos Adalberto. **Ônus da prova no Direito Processual Constitucional Civil e no Direito do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 2005.