

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO

FELIPE EDUARDO GALENO BORGES

O ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Brasília, dezembro de 2011

Felipe Eduardo Galeno Borges

O ônus da prova no Código de Processo Civil

Monografia apresentada a Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília (UnB), como
requisito à obtenção do título de Bacharel em
Direito

Orientador: Professor Vallisey Souza Oliveira

Brasília, dezembro de 2011

Felipe Eduardo Galeno Borges

O Ônus da Prova no Código de Processo Civil

Monografia apresentada a Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília (UnB) como requisito à
obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovado
com conceito []

Brasília, 16 de dezembro de 2011.

Professor Doutor Vallisney Sousa Oliveira
Professor orientador

Rudinei Baumbach – Mestrando (UnB)

Daniela Marques de Moraes – Doutoranda (UnB)

RESUMO

Estudo crítico do instituto do ônus da prova, tal qual posto no art. 333 do Código de Processo Civil Brasileiro. Análise sobre um ângulo diverso da doutrina mais tradicional, à luz de valores constitucionalmente consagrados. Ou seja, destacando-se o seu papel como norteador da atividade probatória das partes, não apenas como fundamento de uma decisão que visa evitar o *non liquet*. Propondo alternativas para a situação em que se vem aplicando tal instituto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
CAPÍTULO 1 – BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE A PROVA E O DIREITO PROCESSUAL.....	7
CAPÍTULO 2 – ANOTAÇÕES SOBRE A TEORIA GERAL DO PROCESSO.....	12
CAPÍTULO 3 – DIFERENCIAÇÃO ENTRE ÔNUS E OBRIGAÇÃO.....	18
CAPÍTULO 4 – PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA.....	20
4.1 Teoria de Bentham.....	20
4.2 Teoria de Webber.....	20
4.3 Teoria de Bethamann-Hollweg.....	21
4.4 Teoria de Fitting.....	21
4.5 Teoria de Gianturco.....	21
4.5 Teoria de Demogue.....	22
4.6 Teoria de Chiovenda.....	22
4.7 Teoria de Carnelutti.....	23
4.8 Teoria de Betti.....	24
4.9 Teoria de Rosenberg.....	25
CAPÍTULO 5 – A EXEGESE DO ART. 333 DO CPC.....	29
CAPÍTULO 6 – DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	35
CAPÍTULO 7 – CRÍTICA À EXPRESSÃO INVERSÃO.....	46
CAPÍTULO 8 – PROJETOS LEGISLATIVOS SOBRE A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	49
CONCLUSÃO.....	54
BIBLIOGRAFIA.....	Erro! Indicador não definido.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por finalidade um estudo sobre o instituto do ônus da prova, tal qual previsto Código Processual Civil Brasileiro, no art. 333. Sob uma roupagem diversa da que é tradicionalmente exposta pela doutrina. Analisa o instituto à luz dos valores constitucionais. Para que se concretize, ao final do processo, uma decisão realmente justa, que gere uma contribuição à pacificação social.

A tese de conclusão de curso foi dividida em oito capítulos, a seguir expostos.

O capítulo de número um trata da história do direito processual civil, desde o seu surgimento, como conhecemos hoje. Passando pela época do seu nascimento, nas cidades-estado da atual Itália. Percorrendo o liberalismo racional e individualista. Desaguando na perspectiva do formalismo-valorativo.

O segundo trata de alguns temas da teoria geral da prova, a fim de melhor compreendermos a carga da prova e como ele se insere na sistemática processual, tais como: conceituação de prova, momentos da prova, sistemas legais de valoração, algumas classificações sobre a mesma, presunções, indícios.

Em seguida, um capítulo que é dedicado à diferenciação entre ônus e obrigação. Trata-se de uma distinção bastante simples, mas que ainda é fácil encontrar doutrinadores de renome que a ignora. O quarto capítulo procura sintetizar algumas das principais teorias sobre ônus da prova, trazendo as suas principais contribuições para a feição atual do instituto.

No de número cinco se aprofunda na interpretação e na crítica do único artigo do Código de Processo Civil que trata do tema do ônus da prova, o art. 333. No sexto capítulo, o estudo está focado na teoria dinâmica do ônus da prova, tendo como seu grande expoente o jurista argentino Jorge Peyrano. Os valores que embasam essa teoria no direito brasileiro, o procedimento que deve adotar o juiz para dinamizar o ônus e o recurso cabível da decisão são alguns dos temas tratados neste capítulo.

O sétimo capítulo é dedicado a uma crítica a uma incorreção bastante freqüente na doutrina e na jurisprudência entre a dinamização e a inversão do ônus da prova, como se os dois se tratassem da mesma coisa – o que, porventura, não são. Por fim, no mesmo capítulo, tem a crítica a utilização da expressão inversão. A derradeira seção trata de dois

Projetos Legislativos que estão em tramitação no Congresso Nacional, realizando uma abordagem crítica dessas nascituras leis.

CAPÍTULO 1 – BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE A PROVA E O DIREITO PROCESSUAL

Inicialmente, é bastante pertinente com os posteriores pontos a serem debatidos nessa monografia, mostrarmos as feições assumidas pela prova ao longo da história do direito processual, desde o período medievo até a sua vertente contemporânea.

Destaco, na digressão que abrirei no presente parágrafo, a obra e as idéias de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹ influenciarão bastante a realização deste trabalho, de que o processo é um fenômeno cultural. Ou seja, que o processo não é um estranho ao seu tempo, que o modo que ele se encontrou, se encontrará e se encontra é o produto de influxos culturais, sociais, políticos, econômicos da sua época.

A minha referência para dividir as três épocas aqui em estudo foi a dissertação de mestrado de Artur Thompsen Carpes². O mestre em direito pela UFRGS divide o período retromencionado da seguinte maneira: praxismo, processualismo e formalismo valorativo.

A prova, no processo, nada mais é do que uma tentativa de reconstrução de um acontecimento, ou sua versão plural. Juntamente com o processo, a prova veio acompanhando os avanços e retrocessos culturais acompanhados pela humanidade neste período.

O primeiro período em estudo é o período que vai dos séculos XII a XV, nas cidades-estado italianas. A primeira característica que podemos iluminar neste momento é a falta de unicidade das normas existentes nessas localidades, ou seja, cada cidade-estado tinha uma ritualística própria para a averiguação dos dissídios. Outro sinal característico desta época é o praxismo. Isto é, o direito como produto da prática dos tribunais.

O traço vertebral nesta época estava no modo em que as partes influenciavam aquele que decidia a questão. A lógica que predominava a época era a dialética

¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

² CARPES, Artur Thompsen. *Prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, 2008. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p.13.

aristotélica. Baseado no confronto de argumentações orais³, em que as partes expunham as suas opiniões e se confrontavam entre si para convencer o árbitro da questão.

Aqui as partes não procuravam reconstruir a questão que deu origem da controvérsia de modo absoluto, de modo totalmente idêntico ao ocorrido. Aqui eles se baseiam no juízo da probabilidade, aquele discurso – confrontado com o outro – for o mais provável de ter ocorrido será o vencedor⁴. Por meio deste confronto de idéias, do contraditório, é que se formaria a igualdade entre as partes. Trocando-se em miúdos de real, cada parte ao expor a sua parte e confrontá-la com a de seu adversário disporá de igual possibilidade de convencer o juiz da controvérsia.

A presença física do juiz nas exposições dos fatos era extremamente necessária, ou como conhecemos pela alcunha atual, do princípio do juiz natural. Já que ele que teve contato com a produção probatória, participou de seu confronto é quem mais estaria apto a decidir.

Para citarmos uma última característica, destacamos a simbiose existente entre as questões de fato e as de direito. Elas não se separavam no discurso das partes, como encontraremos nos períodos posteriores, o procedimento era atrelado à argumentação, não à demonstração.

Resumindo-se, as partes expunham os seus discursos que se esmerilhavam entre si para produzirem um resultado que seria a decisão do árbitro, ou juiz, como preferir. A decisão é baseada em um juízo de probabilidade e as questões de fato e direito são tratadas conjuntamente.

Entretanto, essa estruturação medieval veio a encontrar o seu ocaso. Os fatores que levaram a este resultado foram: a demora que levavam as questões jurisdicionais para serem resolvidas, em virtude do abuso retórico e argumentativo do método dialético, desconfiança na sua efetividade.

O sucessor do modelo argumentativo medieval foi o demonstrativo. Esse modelo passou por duas fases internas, tendo como marco divisor a Revolução Francesa de 1789: uma onde o direito era produto da vontade do soberano e a outra em que era produto da vontade popular, produto do poder legislativo.

³ Isso pode ser percebido em seus mais nobres diálogos, como, por exemplo, em *O Banquete* em que os filósofos tentam descobrir por meio de vários discursos qual é a verdadeira origem do amor; Ou, na *República*, em que os expositores procuram aquela que seria a melhor forma de governo.

⁴ Para evitar que a mais provável tese não seja aquela que não tenha razão, a injusta, se utilizavam de diversos instrumentos, como ordálias, somente para citarmos um exemplo.

A sociedade das cidades-estado italiano, onde o modelo argumentativo medieval preponderava, não existia mais – não, pelo menos, de forma predominante. O movimento das Luzes veio a revolucionar várias áreas – como a economia, a política, inclusive o direito. O racionalismo substituiu a retórica, deste modo, idéias mais “racionais” e matemáticas começaram a ser introduzidas na ordem jurídica.

Foi exposto anteriormente que este período foi marcado por duas épocas, a absolutista e a republicana, mas para o campo processual em geral, que interessa essa monografia, não houve mudança significativa. Sendo em que ambas a atividade interpretativa era bastante restrita. Sendo que na primeira a interpretação deveria encontrar a vontade do soberano e a da segunda a vontade do legislador (que representava a vontade geral).

A lógica orientadora do processo deixou de ser a dialética para ser a ramísta⁵. A lei e o direito são vistos como sinônimos, alçando o princípio da legalidade à primeira potência. Aquela é pautada pela generalidade e pela abstração. E apta a resolver qualquer controvérsia que lhe seja colocada diante.

O produto de tudo isso foi um direito processual totalmente apartado do material, como uma ciência própria (só para lembrar que o direito aqui foi lançado ao nível de ciência – tão ciência quanto a física, matemática ou qualquer coisa que o valha).

Deste modo, a prova fica assim sob uma outra perspectiva. Pela crença que tinham na ciência e nos seus métodos, a reconstrução dos fatos – tida com impossível pelo método argumentativo – aqui é totalmente possível, tais quais eles ocorreram. Por conseguinte, não se preocuparam em estruturar um modelo probatório, já que a análise delas ficaria a cargo da ciência, não o direito.

Esse modelo não serviu bem na prática, já que os Códigos não conseguiam resolver todos os problemas práticos, nem boa parte deles. A abstração e a generalidade que visavam assegurar uma imparcialidade e perenidade, ignoravam a divergência brutal existente entre a igualdade formal e a material, somente para citarmos alguns dos motivos que levaram ao colapso do modelo processualista demonstrativo – e que levou aos questionamentos e a formulação do modelo posterior.

O sucessor do processualismo moderno e do praxismo medieval é o formalismo-valorativo⁶. Onde temos uma irradiação do processo pela ordem constitucional.

⁵ Nome vindo do humanista francês Petrus Ramus, que incorporou bastantes princípios matemáticos e das ciências exatas dentro da sua lógica.

⁶ O Professor Alvaro de Oliveira entende o formalismo-valorativo como um processo civil mais preocupado com a efetividade do direito material, orientando-se pelos valores constitucionais. O formalismo de Alvaro não deve ser entendido na sua dimensão pejorativa, mas na “[...] totalidade formal do processo, compreendendo não só a

Essa nova perspectiva não enxerga a lei como aquela que é capaz de conter em si a solução de todos os conflitos que possam existir, compreendendo-se a insuficiência do texto legal diante da complexidade do convívio social. O direito é entendido dentro de uma visão sistemática e construído a partir do diálogo entre os sujeitos.

As questões de fato e de direito que tinham sido extirpadas uma da outra no método formalista, agora voltam a se aproximar. A dialética ressurgiu nos diálogos – não só entre as partes (que podem influenciar de maneira decisiva na decisão da disputa), mas também entre as partes e o juiz, em uma visão cooperativa do processo – e a interpretação é estimulada, estudada e desenvolvida. A verdade real aqui não visa ser alcançada, mas somente a formação de um juízo de probabilidade.

A Constituição passa a ser o centro do sistema. A Carta Maior brasileira orienta o processo no sentido de limite que a lei em geral pode atingir, colorindo um prisma do processo que até então se encontrava em preto e branco: o do acesso à justiça, de igualdade formal e material entre as partes de dar efetividade aos direitos materiais garantidos.

Um adendo vale a pena ser feito em relação a visão do autor em que me baseei para escrever essa parte monografia, Artur Carpes. Ele tem uma visão romantizada da fase argumentativa medieval e um preconceito com a visão formalista demonstrativa da modernidade, enaltecendo uma e desqualificando outra. É preciso reconhecer que ambas têm as suas virtudes e canhestrices. Enquanto a primeira gozava de total assistemática, a segunda ajudou, de forma fundamental, a construção do sistema do direito que conhecemos e que tanto nos é útil.

forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, portanto, a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento. Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário. Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado”. Esse formalismo-valorativo tem como antítese o formalismo excessivo, que deve ser combatido, que é destrinchado pelo jurista gaúcho como “o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável da solução do litígio. Neste caso o formalismo se transforma no seu contrário: em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz, em vez de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui para a extinção deste sem julgamento do mérito, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial”. (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Disponível em: http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm. Consultado em: 5 de outubro de 2011.

Além disso, a existência do contraditório no método dialético medieval não conduzia a uma igualdade entre as partes. Mesmo uma parte representada por um defensor despreparado e outra por um virtuoso da advocacia pode culminar numa decisão injusta do juiz, por se ver convencido por uma retórica floreada e despida de qualquer conteúdo. O que realmente gerará essa igualdade será a paridade das armas (armas no sentido metafórico, de influenciar na decisão do conflito) a serem disponibilizadas às partes quando se defrontarem em juízo.

Também, cabe grifar que os três sistemas apresentados não são estanques entre si. Eles se interpenetram e comunicam. Tendo vivido eles simultaneamente ao longo dos anos. A divisão é somente para fins didáticos, para facilitar a compreensão do tema.

Nesse mesmo diapasão, outro aspecto que discordo do autor da dissertação (Artur Carpes, citado acima), é quando ele afirma que somos contemporâneos do modelo do formalismo-valorativo. A verdade é que estamos no período de transição entre este e o formalista demonstrativo. Como podemos entender em uma citação anterior ao texto do Alvaro de Oliveira, o método formalista – ou como prefere o mestre gaúcho, o formalismo excessivo – está bastante presente na nossa legislação e prática processual. Panorama este que vem sendo alterado aos poucos e que encontra o seu principal marco, tratando-se de Brasil, na Carta Magna de 1988.

CAPÍTULO 2 – ANOTAÇÕES SOBRE A TEORIA GERAL DO PROCESSO⁷

O tema da prova não é restrito apenas ao mundo do direito. E nesse próprio universo ela tem suas várias facetas. Vocábulo plurissignificante⁸. A primeira idéia que nos vem à mente quando estudamos o tema da prova é a da reconstrução de um fato pretérito. Isso, desde a sua origem latina. Lá a expressão *prova* que conhecemos atualmente tem alguns sentidos, dentre eles: *probatio* (que tem o significado de verificação, exame, inspeção) e no verbo *probare* (persuadir, demonstrar, examinar).⁹

Marinoni e Arenhart definem prova como:

Todo 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.¹⁰

Desta conceituação podemos tirar várias conclusões sobre o tema.

Primeira conclusão, a prova é um meio para se convencer o magistrado de que a sua alegação é a mais acertada¹¹. O objeto da prova é a alegação, não o fato. O fato é real ou não, aconteceu ou não aconteceu. O que se prova é a realidade desta alegação, a sua ocorrência, sua veracidade (não existe fato é mentiroso ou verdadeiro, a alegação, sim, o é). Ou, nos dizeres de Marinoni e Arenhart:

É, com efeito, a alegação, e não o fato, que pode corresponder ou não à realidade daquilo que se passou fora do processo. O fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso, já que existe ou inexistente. É a alegação do fato que, em determinado momento, pode assumir importância jurídico-processual e, assim, assumir relevância a demonstração da veracidade da alegação do fato.¹²

Segunda conclusão, as provas são reguladas pelo direito, as que se encontram fora desta área não são admitidas. O direito regula não apenas limita a área dentro da qual as partes devem procurar as suas provas (na seara da licitude), como também regula o seu procedimento de requerimento, admissão, produção e avaliação.

⁷ Na presente secção da monografia tecerei algumas linhas sobre teoria geral da prova. As quais serão de grande valia para um mais claro entendimento sobre o tema deste trabalho: o ônus da prova. Sem a pretensão de esgotarmos o tema, mas para abrimos alguns parênteses que serão fechados no decorrer do trabalho.

⁸ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova*. São Paulo: RT, 2001.

⁹ ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. Malheiros Editores: São Paulo, 2011, p. 14.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 264.

¹¹ ZANETI, Paulo. *Flexibilização...*, p. 48.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo...*, p. 265.

A doutrina une os três primeiros procedimentos (requerimento, admissão e produção) e os chama de momentos da prova.

O primeiro momento é o da requisição onde as partes propõem ao magistrado um certo rol de provas que desejam produzir, em regra, na Petição Inicial (para o autor), ou na contestação (para o réu). O momento segundo é a fase de admissão, aquela em que o juiz aceita ou recusa aquelas provas solicitadas pelas partes anteriormente. No saneamento do processo é proferida esta decisão. Derradeiramente, se dá a produção. Normalmente em audiência de instrução e julgamento. Onde acaba a atuação das partes, ao produzirem as provas de suas alegações.

Após as partes requisitarem, terem sido admitidas e produzidas as suas provas, cabe ao juiz apreciá-las. Ele vai tirar destes elementos a sua convicção, o que vai se resultar em sua decisão. Esse método de encarar as provas costumeiramente vem assim sendo dividido pela doutrina: sistema da prova legal, o da livre convicção e o da persuasão racional. Antes de mais nada, vale lembrar que os três sistemas coexistem atualmente em nossa legislação, mas com a preponderância deste último, o da persuasão racional.

O critério legal, ou sistema da prova legal, ou da prova tarifada, é originário do direito germânico¹³, aquele que a própria lei determina um peso. Deste modo, a decisão do magistrado será o resultado de uma equação matemática: aquela parte que tiver o maior número na soma das provas será o vitorioso. Sem nenhuma apreciação criativa sobre os elementos probatórios. Ou, nos dizeres de Ovídio Baptista:

O sistema da prova legal está, se não abandonado, pelo menos sensivelmente reduzido de importância no direito moderno. Segundo este sistema, cada prova tem um valor inalterável e constante, previamente estabelecido pela lei, não sendo lícito ao juiz valorar cada prova segundo critérios pessoais e subjetivos de convencimento, de modo diverso daquele que lhe tenha sido determinado pela lei.¹⁴

Esse sistema acaba por ignorar completamente a sensibilidade do juiz ao lidar com o caso concreto. É a lei quem determina qual prova deve preponderar, não dando a faculdade ao juiz de avaliar qual, o que modifica de modo considerável o destino que a lide pode tomar. Pode se encontrar resquícios desse sistema em dois artigos do Código de Processo Civil de 1973:

¹³ AMARAL SANTOS, Moacyr: *Prova Judiciária Cível e Comercial*, 4ª ed, volume 1. São Paulo, Max Limonard, 1970, p. 100.

¹⁴ BAPTISTA DA SILVA. Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil. Volume I – Processo de Conhecimento*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 346.

Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.

Art. 366. Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

No outro extremo está o sistema da livre convicção, no qual o magistrado tem uma liberdade total para avaliar as provas trazidas. Sem estar obrigado a observar qualquer ditame da lógica ou do direito. Não prezando pela segurança. Dando azo a arbitrariedade. Este sistema vai diametralmente contra os ideais do Estado de Direito, de controle dos atos estatais por parte do cidadão.

Como pode se questionar o que não está fundamentado? Até mesmo o sistema das provas tarifadas poderia se questionar o resultado da preponderância de uma prova por outra, mas no sistema da livre convicção isso não é possível. Traços desse sistema são encontrados no tribunal do júri, onde as partes decidem de acordo com a sua moral, convicção íntima, princípios, sem a necessidade de demonstrar a sua motivação. Ou, como disse Ovídio Baptista, “o juiz é soberano e livre para formar a sua convicção a respeito dos fatos da causa”¹⁵.

Os franceses, com a sua obstinação em controlar os atos do juiz, inovaram na criação de um sistema em que se pudesse limitar e inspecionar os seus atos. Obrigando a fundamentar, com base em seu entendimento do conjunto probatório e aliado pelas disposições legais, o motivo de ter tomado tal escolha¹⁶. Este é o sistema predominante em nossa legislação processual, como se pode perceber nos seguintes preceitos legais, um do CPC e outro da Magna Carta:

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.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

¹⁵BAPTISTA, *Curso...*, p. 348.

¹⁶ Sobre esta atividade do magistrado vale apenas colacionarmos a seguinte passagem de Luiz Guilherme Marinoni: “Isso demonstra a separação entre convicção, decisão e motivação. A convicção é imprescindível para a decisão, pois o juiz para decidir, tem que saber o que é necessário (ou que basta) pra julgar o pedido procedente, e assim, por exemplo, quando a convicção de verossimilhança é suficiente. Mas a convicção é apenas exteriorizada quando é racionalizada na motivação. Ou seja, se a convicção é importante para a decisão, o certo é que a convicção e a decisão somente poderão ser compreendidas em face da motivação, quando deverão ser justificadas. Portanto, se a sentença de procedência requerer, por exemplo, convicção de verossimilhança, tal sentença somente será legítima quando a sua motivação racionalizar adequadamente tal convicção e os elementos que a determinam”. In: MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*, p.19. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni%2815%29%20-formatado.pdf>. Acesso em: 12 de janeiro de 2011.

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Sobre o tema da motivação das decisões judiciais e a sua importância, acrescenta Alvaro de Oliveira:

O princípio compreende não só o enunciado das escolhas do juiz em relação à individualização das normas aplicáveis ao caso concreto e às correspondentes consequências jurídicas, como nexos de implicação e coerências entre esses enunciados, com vistas a possibilitar o controle do pronunciamento judicial pelas partes e pela sociedade. Ainda aqui o problema não deve ser visualizado por prisma exclusivamente técnico. Devendo ser exercitável pelos jurisdicionados *in genere*, tal controle constitui inestimável fator de coesão social e da solidez das instituições, apresentando-se, assim, como garantia política inerente ao próprio Estado de direito. Cuida-se, ao fim e ao cabo, de balizar o poder do órgão judicial, bem capaz de se tornar exacerbado, principalmente em termos de apreciação dos fatos da causa, em vista do princípio do livre convencimento, largamente adotado nos sistemas processuais do século XX. Nesse quadro, a motivação assume realmente um papel fundamental de racionalização da valoração das prova, não afastada nem mesmo pela discricionariedade ínsita nesta, reclamando decisão jurisdicional sempre justificada de forma adequada.¹⁷

Quanto aos métodos de classificação das provas faz-se as considerações abaixo.

Em sua visão objetiva, a prova pode ser conceituada como o instrumento apto a demonstrar a ocorrência de um fato. Assim sendo a prova aqui é tratada como um *meio* para se alcançar algo, um meio para se convencer o magistrado de sua alegação é a verdadeira.

A perspectiva subjetiva encara o *resultado*, a convicção do juiz, aquilo que o magistrado entende como a verdade, ou que se aproxima mais dela. Ou seja, a percepção que tem sobre a veracidade de uma afirmação.

Fredie Didier enriquece sobre o tema:

Quando se utiliza o vocábulo para designar a atividade probatória ou os meios com que ela se desenvolve, diz-se que se está falando de prova num sentido objetivo. Quando é utilizado para designar a convicção que as provas produzidas no processo geram no íntimo do julgador, isto é, o resultado que a atividade e os meios probatórios induzem no espírito do juiz, diz-se que está usando aí o termo prova num sentido subjetivo.¹⁸

¹⁷ ALVARO, *Do formalismo...*, p.126.

¹⁸ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e Oliveira, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2009, vol. II, p. 43.

Uma conceituação fundamental que não pode ficar de fora deste capítulo é o das presunções e indícios. Doutrinariamente, durante muito tempo, esses termos foram tratados como sinônimos. Hoje em dia a distinção está pacificada.

Preliminarmente, salientar-lhes-ei que indício não é prova; a prova indiciária tem a intenção de convencer o magistrado da veracidade de uma alegação. O seu traço distintivo está no fato dela recair sobre um fato indiciário, isto é, um indício.¹⁹ Assim sendo, em sua perspectiva jurídica, o indício é um sinal, rastro, vestígio, conhecido, em que se parte o magistrado para se chegar mais próximo ao conhecimento de ou segundo fato, este desconhecido.

Deste mesmo modo, não é também meio de prova a presunção. Essa é uma atividade do juiz (ao examinar as provas) ou do legislador (ao criar as normas jurídicas) que ao se derem conta que a prova de certo fato é bastante complicada ou sacrificante²⁰, se valendo da suposição, um raciocínio, de ter acontecido um fato (que se repete normalmente, dentro deste contexto). Trocando-se em miúdos de real, argutamente, Barbosa Moreira ao dizer que é “o processo mental que, a partir da afirmação do fato x, permite ao juiz concluir pela satisfação também do fato y²¹”

Sobre presunção, nos ensina Fredie Didier:

A presunção não é meio de prova, nem fonte desta. Trata-se de atividade do juiz, ao examinar as provas, ou do legislador, ao criar regras jurídicas a ser aplicadas (presunções legais) sempre ou quase sempre, conforme o caso. Exatamente por não se tratar de meio de prova, não é admissível venha a lei a regular-lhe a aplicabilidade, pois, sendo um mecanismo da inteligência do magistrado, torna-se *suere*, é ter por sido alguma coisa, antes de ser provada, de ser perceber, põe-se a existência da coisa. Tudo se passa no pensamento como atitude subjetiva; não no real.²²

Esclarecendo ainda mais sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco doutrina:

[...] presumir significa que apenas confiar razoavelmente na probabilidade de que se mantenha constante a relação entre o fato-base e o presumido, sendo essa probabilidade havida por suficiente para neutralizar maiores temores de erro. O momento inicial desse processo racional do intelecto é o conhecimento de um fato-base, ou indício revelador da presença de outro fato, conquanto seu momento final ou resultado seja a aceitação de outro fato, sem que dele ter conhecimento direto.²³

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo...*, p. 301.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo...*, p. 296

²¹ MOREIRA, José Carlos. “As presunções e a prova”, p. 59. Apud: DIDIER JR., *Curso...*, p. 74.

²² DIDIER JR., *Curso...*, p. 66.

²³ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6ª ed, volume III, p. 115.

As presunções são normalmente divididas pela doutrina em judiciais e legais. As judiciais seriam aquelas que decorreriam do raciocínio do juiz. Formando-se na consciência do juiz o seguinte processo: “conhecido (e provado) o indício, desenvolve o raciocínio e estabelece a presunção”²⁴.

A presunção legal é aquela que decorre de texto legal, previamente ao julgamento da causa, pelo legislador, atribuindo a certos fatos a força de comprovar outros fatos tidos como efeitos necessários dos primeiros. Facilitando a produção da prova, como já dito anteriormente.

Temos uma gradação dentro das presunções legais. Aquelas que admitem prova em contrário e as que não admitem. As primeiras são conhecidas como presunções relativas, ou *iuris tantum*; estas são as absolutas, também conhecidas pela alcunha latina de *iuris et iure*²⁵. Deste tanto, a parte que se aproveita da presunção relativa fica desincumbida da atividade de produção da prova que a lei considera como acontecido, ficando a parte contrária com o ônus de provar o contrário do que presume a lei.

²⁴ DIDIER JR., *Curso...*, p. 59.

²⁵ A doutrina mais recente adiciona a esta classificação uma terceira categoria: as presunções legais mistas: “[...]são aquelas contra as quais não se admitem todos os meios de prova, mas apenas aqueles especialmente referidos e previstos na própria lei. A prova contrária é limitada, pela própria lei que estabelece a presunção, a uma determinada espécie de prova.” MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao código de processo civil*. Volume III, Rio de Janeiro: Forense, 1942, p.138. *Apud*: ZANETTI, *Flexibilização...*, p. 67.

CAPÍTULO 3 – DIFERENCIAÇÃO ENTRE ÔNUS E OBRIGAÇÃO

Em uma monografia cujo tema é o ônus da prova, é bastante pertinente dedicarmos certa atenção à conceituação do que seria ônus. Este é um conceito que não é facilmente encontrado na produção doutrinária pátria (dos grandes manuais), apesar de ser amiúde utilizado nestas obras. Isto não está limitado às obras de direito processual, também, os trabalhos dedicados ao direito civil, que repetem amiúde a palavra ônus sem defini-la e usando-a em acepções claramente equivocadas. O que nos surpreende, já que é um conceito nevrálgico tanto para o direito material e o processual.

Ao longo da história da evolução da ciência do direito processual questionaram, ou simplesmente ignoraram, a autonomia do conceito de ônus. Durante muito tempo foi entendido como uma espécie do gênero obrigação. O objetivo aqui será chegarmos a uma conceituação de ônus a partir do seu confronto com a de obrigação.

Esta cisão conceitual entre os dois institutos é recente²⁶. Eles já existiam à época do direito romano e do medievo, mas não se dedicaram de forma mais profunda em cindi-los.

Arruda Alvim coloca outra distinção importante entre o ônus e obrigação, que "é a circunstância de esta última ter um valor e poder, assim, ser convertida em pecúnia, o que não ocorre no que tange ao ônus"²⁷

Podemos colacionar a passagem de Luiz Eduardo Boaventura Pacífico sobre este tema:

[...] o ponto fundamental para a distinção operada reside na percepção de que as idéias de liberdade e de poder estão abrangidas na noção de ônus, que indica um meio para o atingimento de determinado fim em favor do próprio onerado, e cuja a inobservância não implica em cometimento de ato ilícito.²⁸

A obrigação é uma relação sinalagmática, ou seja, tem contraprestações recíprocas. Ela é voltada ao outro. É um dever. O seu não cumprimento é um ilícito, gerando uma sanção, já que gera o prejuízo para o outro pólo da relação. É uma situação jurídica passiva.

²⁶ PACÍFICO. Luiz Eduardo Boaventura Pacífico. *O ônus da prova no direito processual civil*, 1. ed., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 21. (Coleção de Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 44)

²⁷ ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: RT, 2000, p. 476.

²⁸ PACÍFICO, *O ônus...*, p. 24.

No ônus, tem-se a liberdade para adotar a previsão legal, não estando juridicamente vinculado ao cumprimento em relação a outrem. O seu não exercício não se constitui em ilícito e não desencadeia uma sanção. O único prejudicado pela não prática do ato é a própria parte. Está voltado para a própria parte. É uma faculdade, ou uma incumbência. A norma que prevê o ônus protege um interesse da própria parte. Assim, é uma situação jurídica ativa, decorrente da sua liberdade de agir.

Sintetizando o tema, J. E. Carreira Alvim, sintetiza:

Ônus não é o mesmo que obrigação, mas apenas um encargo que pesa sobre a parte. A obrigação é sempre em relação a alguém, havendo relação jurídica entre dois sujeitos, em que a satisfação da obrigação é do interesse do titular do direito. O ônus, por seu turno, é em relação a si próprio, em que satisfazer o ônus é do interesse do próprio onerado. Assim o devedor tem uma obrigação para com o credor; enquanto o réu tem o ônus da contestação da demanda.²⁹

É de grande valia trazermos a magistral conceituação de do arguto processualista colombiano, Hernando Echandía, de ônus:

Poder ou faculdade (em sentido amplo) de executar livremente de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção, e sem que exista outro sujeito que tenha direito de exigir o seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta consequência desfavoráveis.³⁰

Trocando-se em miúdos de real, ônus não obriga a parte a praticar um determinado ato, assim sendo, é uma faculdade. Na obrigação não tem a parte essa esfera de disponibilidade, sendo compelida a cumpri-la, caso contrário será punida, sancionada.

Complementariamente, já que a obrigação é uma espécie do gênero dever, trago o comentário de Francisco Amaral sobre o tema:

A diferença entre dever e ônus reside no fato de que no primeiro o comportamento do agente é necessário para satisfazer interesse do titular do direito subjetivo, enquanto no caso do ônus o interesse é do próprio agente. No dever, o comportamento do agente vincula-se ao interesse do titular do direito, enquanto no ônus, esse comportamento é livre, embora necessário, por ser condição de realização de interesse próprio. O ônus é, por isso, o comportamento necessário para conseguir-se certo comportamento que a lei não impõe, apenas faculta. No caso do dever, há uma alternativa de comportamento, um lícito (o pagamento, por exemplo); no caso do ônus, também há uma alternativa de conduta, ambas lícitas, mas de resultados diversos, como se verifica, por exemplo, da necessidade de um adquirente de um imóvel registrar o seu título aquisitivo (CC, art. 1245). Se não registrar, não adquire a propriedade.³¹

²⁹ ALVIM, *Teoria...*, p. 222.

³⁰ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de La prueba judicial*. 6 ed. Buenos Aires: Zavalía Editor, 1988. 2 v., t. 1, p. 420-421. Apud: ZANETI, *Flexibilização...*, p. 68.

³¹ AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 200.

CAPÍTULO 4 – PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA

As principais teorias formuladas no direito processual acerca do ônus da prova são divididas, pela doutrina³², em: antigas (Bentham, Webber, Benthann-Hollweg, Gianturco e Demogue) e modernas (Chiovenda, Carnelutti, Betti, Rosenberg).

4.1 Teoria de Bentham

A primeira teoria a ser aqui trabalhada será a do jurista e filósofo utilitarista inglês Jeremy Bentham. Ele construiu a sua teoria com base no direito barbárico. Prevendo que a distribuição do ônus da prova devia ser feita caso a caso, observando as suas especificidades, tendo por base aquele que teria menores despesas, menor perda de tempo, menor incômodo.³³ A teoria é bastante inovadora, já que é percussora da moderna dinamização do ônus da prova, tendo como seu principal expoente o autor argentino Jorge Walter Peyrano (o tema da distribuição dinâmica do ônus da prova já foi anteriormente introduzido e será concluído em um capítulo posterior).

Justamente por ela se basear no direito barbárico, e não no romano, ela contrariou o que era mais corrente nos trabalhos da época, que adotavam a corrente romanista³⁴.

4.2 Teoria de Webber

Já Webber se funda no seguinte pressuposto: “aquele que procura fazer valer um direito é obrigado a provar fatos incertos, cuja verdade constitui o pressuposto do direito ou da liberação”³⁵ Ou seja, o ônus da prova é daquele que tem o seu direito violado e procura o judiciário para tê-lo cumprido. Cabe ao autor a prova, ignorando completamente a atividade probatória do réu.

O mencionado autor também afirma que para ter o seu direito atendido a prova deve se ater as condições essenciais (requisitos para a sua produção de efeitos). Essa construção é conhecida como princípio da normalidade e será utilizada por vários outros autores. Sendo de importância fundamental para o estudo do *onus probandi*.

³² SOARES DE FARIA, S. *Principais teorias relativas ao ônus probandi*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936, p. 38. *Apud*: PACÍFICO, *O ônus...*, p.84.

³³ *Idem*.

³⁴ *Idem*.

³⁵ PACÍFICO, *O ônus...*, p.85.

4.3 Teoria de Bethamann-Hollweg

Esta doutrina visa resgatar a visão romanista. No aforismo: quem afirma um fato tem a obrigação de prová-lo. Na seara jurídica, a sua aplicação se dá na prova da existência do direito. A idéia é que o direito só pode ser provado com a prova da sua origem. Esta sua origem, portanto, é provada pela juntada dos elementos que lhe são essenciais. Trocando-se em miúdos de real, ao autor incumbe a prova dos requisitos que permitem a aplicação de seu direito, enquanto ao réu impende a prova que impeça a origem do direito³⁶. Estende a sua aplicação para fora do campo jurídico.

4.4 Teoria de Fitting

Fitting foca no interesse. No interesse daquele que quer que a norma jurídica seja aplicada tem que se desincumbir da prova dos seus pressupostos fáticos.³⁷ Ele propõe uma interpretação do seguinte aforismo medieval: *affirmanti non neganti incumbit probatio*³⁸.

O seu entendimento é: somente a alteração de um estado anterior caberia ser provada; já se esse estado permanecesse constante, não se necessitaria de prova. *Ad argumentandum*, o ônus de provar estaria com aquela parte que alega que a situação fática foi alterada. Independentemente de ser autor ou réu.

4.5 Teoria de Gianturco

Gianturco constrói a sua convicção sobre o ônus da prova sobre o conceito econômico de egoísmo, em que este sempre permeia a atividade probatória. Deste modo, caberia o ônus da prova àquela parte que quiser desfrutar da vantagem resultante da produção probatória.³⁹

Assim, desconsiderando a necessidade de produzir provas sobre aquilo que as partes entendem como verdadeiros (o que chamamos hoje em dia de fatos incontroversos), ou certos porque a legislação assim os considera (as atuais presunções, que foram anteriormente tratadas). Não sendo necessária a prova de fatos irrelevante. Quando a possibilidade menos provável não tiver sido demonstrada, cabe a aceitação de que o mais provável ocorreu.

³⁶ Reflexos desta teoria podem ser apreendidos na redação do art. 333 do CPC, ao afirmar que cabe ao autor a prova de fatos constitutivos de seu direito e ao réu a prova de fatos extintivos, impeditivos e modificativos.

³⁷ ZANETI, Paulo. *Flexibilização...*, p. 96.

³⁸ Esse aforismo latino seria uma reinterpretação dos glosadores medievais do romanista citado na teoria de Bethamann-Hollweg.

³⁹ PACÍFICO, *O ônus...*, 91.

Sobre as idéias de Gianturco, comenta Moacyr Amaral Santos:

[...] toda a questão do ônus probatório para Gianturco resolver-se-á com a indagação da vantagem ou desvantagem da prova de determinado fato: ninguém tomará a iniciativa de prova sem que disso não pretenda tirar vantagem. Daí o princípio fundamental de sua teoria : deve provar quem da prova auferir vantagem.⁴⁰

Portanto, Gianturco tem a sua teoria fundamentada em uma visão mais utilitarista que a do próprio Bentham. A parte só produz prova se desfrutar de uma vantagem, mais isso se for produzida com o menor esforço possível.

4.5 Teoria de Demogue

A grande contribuição de Demogue para o ônus da prova foi a sua explanação sobre a aplicação diferenciada nos casos de obrigação de meio e obrigação de resultado.⁴¹ Nas resultado – o acordo se destina a obtenção de um provento específico determinado – ficando o ônus da prova com o responsável pelo cumprimento da obrigação. No caso das de meio – está na utilização dos mecanismos mais acertados, não no produto, resultado. Nesse ultimo caso ficaria com o autor da ação que se entende prejudicado pela atuação do pólo ativo da prestação.

Um segundo ponto da doutrina está na solidariedade entre as partes. Devendo o ônus ser distribuído de acordo com o caso individual. Mas tal abordagem, não é uma inovação em seu todo, já que repete boa parte do que foi ensinado por Bentham (que pode ser visto em parágrafos anteriores). Apesar de carecer de originalidade, é destacável tal posicionamento do autor, já que nesta época estávamos passando por um período em que as legislações eram francamente individualistas e previam uma distribuição estática do ônus da prova.

4.6 Teoria de Chiovenda⁴²

O mestre italiano do direito processual reconhece a dificuldade em se estabelecer uma formulação geral e completa que oriente todos os casos de aplicação do ônus

⁴⁰ AMARAL, *Prova...*, p. 102.

⁴¹ SOARES, *Principais...*, p. 72-73. Apud: ZANETI, Paulo. *Flexibilização...*, p. 98.

⁴² Agora passemos ao estudo das teorias consideradas modernas. Estas foram profundamente influenciadas pelo Código Napoleônico. Principalmente em seu artigo 1315, vinculando a carga da prova a quem tem interesse na afirmação.

da prova⁴³. Além disso, ele reconhece que a disciplina do ônus da prova é um dos problemas vitais do processo. Não sendo possível estabelecer previamente uma divisão lógica e justa. Divisão do ônus da prova se daria pela orientação da oportunidade, isto é, as partes teriam interesse em na alegação e na prova daqueles fatos que desejam ser considerados como verdadeiros pelo juiz⁴⁴

O interesse do réu em provar somente surgiria quando o autor tiver provado os fatos constitutivos de seus direito. Antes disso, a mera negação geral seria mais do que suficiente.

4.7 Teoria de Carnelutti

A idéia central aqui é a do risco, ou seja, a distribuição do ônus da prova seria vista como repartição do risco da infrutuosidade da atividade probatória. Atrelando o ônus da prova a uma regra de julgamento, determinando qual das partes suportará as conseqüências da vedação do *non liquet*.

Luiz Eduardo Boaventura Pacífico ao estudar a teoria de Carnelutti traz interessante citação que vale a pena se reproduzida:

Sob um perfil teleológico, levando em conta o escopo do processo, é claro que o critério deve ser escolhido não só tendo em vista a sua idoneidade para distinguir as partes em relação ao fato, mas tendo em vista também a conveniência de estimular à prova aquela entre as partes que esteja provavelmente em condições de dá-la, com base em uma regra de experiência que estabeleça qual das duas partes esteja provavelmente em melhores condições de para tanto. Somente assim o ônus da prova constitui um instrumento para atingir o escopo do processo, que não é a simples composição, mas a justa composição da lide.⁴⁵

Arremata dizendo que:

O ônus em provar recai sobre quem tem o interesse em afirmar; portanto, quem propuser a pretensão tem o ônus de provar os fatos constitutivos, e quem propuser a exceção tem o ônus de provar os fatos extintivos e as condições impeditivas e ou modificativas.⁴⁶

⁴³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed. 2º volume, tradução de Paolo Capitanio. Campinas/SP, Booksellers, 2000, p.447.

⁴⁴ Complementando essas idéias, Chivenda comenta: “o encargo de afirmar e provar se distribui entre as partes, no sentido de deixar-se à iniciativa de cada uma delas fazer valer os fatos que ela pretende considerados pelo juiz, ou em outros termos, que tem interesse que sejam por ele considerados como verdadeiros.” Deste modo, complementa o autor italiano que “o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorre com os fatos constitutivos, falta que impede a estes produzir o efeitos que lhes é natural”. In: CHIOVENDA, *Instituições...*, p.451-452.

⁴⁵ In: CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936, v.2, p. 424. Apud: PACÍFICO, *O ônus...*, p. 99.

⁴⁶ CARNELUTTI, *Sistema...*, p. 235.

4.8 Teoria de Betti

Este autor cria toda uma nomenclatura própria. O ônus da ação seria aquele do autor, sendo que ele é incumbido de trazer as provas que fundamentem o seu pedido. Ao réu cabendo o ônus da exceção, trazendo a prova dos fatos que esta se baseia. Moacyr Amaral Santos assim comenta esta teoria:

Em suma, quem tem o ônus da ação tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento à relação jurídica litígios; quem tem o ônus da exceção tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento a ela. Assim, ao autor cumprirá sempre provar os fatos constitutivos; ao réu, os impeditivos, extintivos e modificativos.⁴⁷

Após destacarmos os pontos chave das teorias de Chiovenda, Carnelutti e Betti chegamos a uma conclusão rápida: As três teorias são praticamente sinônimas, diferenciando-se em um pressuposto simplório aqui, ou alterando uma nomenclatura acolá. Elas são conhecidas como as teorias fundadas na natureza dos fatos ⁴⁸(constitutivos, impeditivos e modificativos).

Esse conjunto teórico gozou de grande popularidade na seara doutrinária e, principalmente, da legislativa, sendo observada em diversos preceitos legais, como nos códigos: italiano (art. 1.312), o espanhol (art. 1.315), o chileno (art. 1.315) ⁴⁹e o brasileiro (art. 333 do CPC). Curiosamente, em todos os retromencionados diplomas as regras sobre o ônus da prova se encontram nos Códigos Civis, enquanto aqui é disciplinado no Código Processual. E. foi uma grande evolução no direito processual civil.

Apesar de bastante difundida, os teóricos da vertente fundada na natureza dos fatos são alvos de severas críticas. A primeira, e mais comum, crítica é que essa construção não serve para todos os casos, não servindo como critério geral e absoluto. Ou seja, existem casos em que a aplicação desta teoria criará mais problemas, do que apresentar soluções.

Além disso, em alguns casos a distinção entre fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos é deveras complicada. Podendo um mesmo fato, observado de diversos ângulos, recair em cada uma dessas hipóteses. Como pode ser apreendido da seguinte lição de Dinamarco:

⁴⁷ AMARAL, *Prova...*, p. 106.

⁴⁸ PACÍFICO, *O ônus*, p.93.

⁴⁹ *Idem*, p.102.

[...] a incapacidade do agente é fato impeditivo quando alegada pelo réu, em defesa, na ação em que o autor quer fazer valer um contrato: e é assim porque o contrato terá deixado de produzir os efeitos programados, caso realmente seja incapaz o agente. Mas a mesma incapacidade é fato constitutivo do direito de quem tiver vindo a juízo, como autor em pedido de ação anulatória deste: é da concreta ocorrência desse fato que emerge a *sanctio juris* consistente na retirada de eficácia do contrato impugnado⁵⁰

Outro grande exemplo, no mesmo sentido, de fragilidade da distinção está na seguinte lição de Echandía, citada por Pacífico:

O possuidor sem título pode demandar pleiteando a declaração da extinção do direito de propriedade que era do réu; nas ações fundadas no descumprimento de uma obrigação de não fazer, é imperiosa a prova do descumprimento; as ações declaratórias negativas se baseiam em fatos impeditivos ou extintivos, das quais recordamos a ação tendo por objeto a declaração de inexigibilidade de crédito, fundada no pagamento de certo crédito (fato extintivo) etc.⁵¹

Deste modo, pela leitura das duas citações, pode-se inferir que existem casos em que o autor pode ter que provar fatos extintivos, impeditivos ou modificativos; e cabendo à outra parte os fatos modificativos. Esse critério distintivo tendo como base a natureza dos fatos, orientados por uma postura puramente processual é o alvo central de crítica dos seus sucessores. Tendo-se como base uma teoria que tem o direito material como fundamento para a repartição do *onus probandi*.

4.9 Teoria de Rosenberg

É de autoria de Rosenberg a frase que encontramos em todo e qualquer trabalho sobre o ônus da prova: “o ônus da prova é a espinha dorsal do processo”⁵². Sua obra, a clássica *O ônus da prova*, produto de sua tese de doutorado⁵³ em 1900, é um grande avanço para o direito processual como um todo, tratando um tema deveras complexo como o do ônus da prova.

Para melhor compreender a sua doutrina, temos que abrir uma pequena digressão sobre seus pressupostos. Primeiramente, ele tem uma compreensão toda particular do que é a atividade do juiz. A sua atividade é a de aplicar o direito objetivo ao caso concreto, passando por três etapas: 1) ter o conhecimento do direito objetivo; 2) verificar o nexo entre

⁵⁰ Entranhado nos autos da Apelação Civil 228.155-3, julgado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Apud: PACÍFICO, *O ônus...*, p. 104.

⁵¹ PACÍFICO, *O ônus...*, p. 104-5.

⁵² CARPES, *Prova...*, p. 10.

⁵³ De título: Die Beweislast nach der Civilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Ou em português: O ônus da prova no Código de Processo Civil e do Código Civil. In: http://www.uni-leipzig.de/unigeschichte/professorenkatalog/leipzig/Rosenberg_128/

as alegações das partes aos pressupostos fáticos das normas; 3) examinar se os fatos alegados realmente aconteceram e determinar a produção dos efeitos previstos pela norma.⁵⁴

Esse processo seria produto de um silogismo⁵⁵, onde o direito objetivo seria a premissa maior, os fatos concretos a provados a menor. A questão do ônus da prova residiria na premissa maior. Diante de uma situação em que a ausência, ou insuficiência, da produção probatória acabaria o magistrado desprovido de meios para embasar a sua sentença, o que não pode ocorrer. Para evitar o *non liquet*, o juiz se valeria do ônus da prova como fundamento para proferir a sua decisão. Logo, é de se ver que ele encara o prisma objetivo do ônus da prova como fundamental, deixando o subjetivo em ultimo plano, apesar de não lhe negar importância.

No ínterim deste procedimento, as partes devem provar os fatos e os pressupostos de fato da norma que lhes seja favorável. A grande dificuldade consistiria em saber quais destes seriam favoráveis ao autor e ao réu. Para a solução desse imbróglio, o autor constrói uma classificação das normas interligadas que se desenvolveriam umas com as outras.

Devendo o ordenamento jurídico regular o que normalmente ocorre em sociedade, estabelecendo as suas conseqüências jurídicas. Os casos excepcionais seriam abarcados por normais especiais, contrárias àquelas das situações normais. Ou seja, o ordenamento jurídico nada mais seria do que um apanhado de normas gerais que regulam as situações corriqueiras, limitadas por um grande espectro de normas excessivas.⁵⁶

Pacífico cita algumas destas classes de normas de Rosenberg:

[...] a) as normas constitutivas, fundamentais ou ainda criativas de direito, que constituem a base de uma pretensão; e, de acordo com o relacionamento existem com a norma constitutiva, divide as normas contrárias em b) normas impeditivas, que impedem desde o início a produção do efeitos previsto na norma constitutiva; normas destrutivas, que se opõe mais tarde à norma constitutiva; e d) normas que outorgam ao demandado um “direito formativo”, cujo exercício exclui as normas constitutivas, chamando-as de normas exclusivas de direito ou também inibitórias. Estas são muito próximas das normas destrutivas, podendo inclusive ser incluídas na categoria precedente.⁵⁷

⁵⁴ AZÁRIO, Márcia Pereira. *Dinamização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro*. Porto Alegre, 2006. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 55.

⁵⁵ Método argumentativo dedutivo filosófico que consiste no estabelecimento de três premissas: a maior a menor e a conclusão. O exemplo mais batido é: Todo homem é mortal + eu sou homem = eu sou mortal.

⁵⁶ ROSENBERG, *La carga...*, p. 92. *Apud*: AZÁRIO, *Dinamização...*, p. 57.

⁵⁷ PACÍFICO, *O ônus...*, p.115.

O próprio Rosenberg reconhece que existe uma dificuldade na diferenciação das normas categorizadas. As constitutivas e as destrutivas teriam como ponto nevrálgico da diferença é que essas levariam em conta um estado de coisas já realizado, com outras palavras, só pode ser desconstruído o que já foi constituído⁵⁸. Já as constitutivas e impeditivas têm um traço especial. Já que as impeditivas somente podem ter os seus pressupostos concluídos antes das normas constitutivas. Um exemplo citado pelo autor é a revogação de uma oferta de contrato antes da sua aceitação.

É nessa construção teórica que se insere o ônus da prova. Este nada mais é do que uma análise e decomposição dos preceitos jurídicos e suas características. A sua aplicação não desconsidera o caso concreto, permitindo que o direito material se insira dentro do processo, mas esse “não enseja uma alteração dos pressupostos abstratos previstos pela norma”⁵⁹.

Diferentemente do que foi exposto anteriormente, Rosenberg classifica o ônus de uma maneira particular: abstrato como o “conteúdo e o alcance que derivam das características definidoras da lei” e concreto, que seria esse conteúdo e alcance na face de alegação da parte. Esses dois convivem em uma relação de interdependência, uma vez que as alegações das partes devem estar compreendidas na previsão legal que elas pretendem ver incluídas pelo magistrado.

Sendo assim, subordinadas aos preceitos legais, as alegações da partes não teriam o condão de alterar o ônus anteriormente exposto. Trocando-se em miúdos de real, a atuação das partes, na visão de Rosenberg, não interfere na distribuição do ônus da prova. Deste modo, “se cada parte tem o ônus da prova quanto aos pressupostos da norma jurídica cujo efeito reclama a seu favor, logicamente deve ser indiferente o fato que deseja obter este efeito na qualidade de autor ou réu”⁶⁰.

Resumindo elegantemente o que foi dito, Pacífico ensina que:

[...] a distribuição do ônus da afirmação e do ônus da prova se baseia nesta diferença de preceitos jurídicos. O autor deve provar a realização dos pressupostos fáticos do preceito sobre o qual funda sua pretensão. E o réu deve provar os pressupostos da norma em virtude da qual alcança o rechaço da demanda. Não se trata de fatos constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos, mas do pressuposto das normas constitutivas, impeditivas etc., mesmo porque o fundamento do direito está na norma e não nos fatos: ‘Os

⁵⁸ ROSENBERG, *La carga...*, p.110. *Apud*: AZÁRIO, *Dinamicização...*, p.63. Exemplo de Rosenberg sobre o caso: em um contrato, uma parte cita a impossibilidade superveniente de cumprimento da obrigação, tal como um desastre ambiental.

⁵⁹ AZÁRIO, *Dinamicização...*, p.64.

⁶⁰ ROSENBERG, *La carga...*, p.158. *Apud*: AZÁRIO, *Dinamicização...*, p.65.

fatos produzem seus efeitos sobre as relações jurídicas não por si mesmos, mas sim em virtude dos preceitos jurídicos'⁶¹

O juiz teria ampla liberdade para ponderar aquilo que foi alegado e avaliar se foi devidamente provado pelas partes. Caso não tenha se convencido, aí estará o ônus da prova, servindo como base da decisão que irá proferir. Devendo arcar cada parte com a prova que das circunstâncias da sua alegação, ou com as exceções, que contrariam a normalidade, ao que foi alegado.

Conclusivamente, todos os autores aqui elencados, sem desconsideração dos grandes juristas que contribuíram enormemente para o desenvolvimento da matéria que não tive oportunidade de citá-los, colaboraram para a moderna teoria do ônus da prova, à sua maneira. As conclusões pessoais sobre as visões do ônus da prova das teorias anteriormente elencadas são expostas de forma mais clara, menos implícita, nos próximos capítulos.

⁶¹ PACÍFICO, *O ônus*, p.119.

CAPÍTULO 5 – A EXEGESE DO ART. 333 DO CPC

Apesar de já ter estudado o tema da prova anteriormente, acabou que não foi mencionado a qual das inúmeras vertentes de prova considero a mais acertada. A melhor doutrina é aquela que define a prova como os elementos trazidos pelas partes para que elas possam convencer juiz que a sua alegação é a mais condizente com a realidade. Ou nos dizeres de Walter Camejo Filho: “[...] as partes procuram persuadir o julgador de que a razão açoda-se ao seu lado [...], de que os fatos que embasam os direitos alegados correspondem exatamente às versões por eles apresentadas”⁶².

O ônus seria um encargo da parte, não a obrigando a prática de tal ato, ou seja, uma faculdade. É uma perspectiva unilateral, já que a parte não está se relacionando com ninguém, a sua atividade é em benefício próprio, não esperando uma contraprestação da parte contrária. Protegendo o próprio interesse. A não observação de um ônus não constitui um ilícito, vinculada a liberdade de agir.

Deste modo seria o ônus da prova um encargo da parte em trazer elementos para o convencimento do magistrado. Complementando, trago a seguinte definição de ônus da prova Ovídio Baptista:

Como todo direito se sustenta em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Pode-se, portanto, estabelecer, como regra geral dominante de nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar a sua existência. Em resumo, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existente.⁶³

Como boa parte das classificações jurídicas, o ônus da prova tem a sua perspectiva objetiva e outra subjetiva⁶⁴. A primeira o vê como uma regra de julgamento, determinando a quem incumbe trazer aos autos elementos probatórios sobre o assunto, e a segunda como regra de julgamento, onde deve o juiz decidir diante da ausência ou insuficiência de lastro probatório sobre um ponto controvertido.

O ônus da prova em sua perspectiva subjetiva é visto como uma regra de conduta dirigidas às partes, determinando o que cabe a cada parte provar.

⁶² CAMEJO FILHO, Walter. Juízo de admissibilidade e juízo de valoração das provas. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). Prova cível. Rio de Janeiro: 2005, p. 1-2.

⁶³ BAPTISTA DA SILVA, *Curso...*, p.327.

⁶⁴ Antes de adentrarmos na análise da legislação, abrirei aqui uma digressão bastante importante para a compreensão do ônus da prova, o embate entre a sua vertente objetiva e a subjetiva.

Nesta visão subjetiva, ela pode ser vista do prisma do estímulo que esta regra dá as partes a produzirem as provas, já que incentiva o litigante a influir na convicção do magistrado, trazendo elementos que comprovem que os alegados fatos realmente ocorreram. Além disso, serve como norteador das partes na realização desta atividade (este tema será melhor trabalhado e defendido no capítulo que fala sobre dinamização do ônus da prova).

Sobre o tema disserta Sérgio Cruz Arenhart:

Para a primeira teoria (a que vê na regra sobre ônus da prova uma regra de procedimento), a disciplina em questão tem por finalidade reger a conduta das partes no processo, distribuindo entre elas o papel de trazer as provas para o processo. Assim, tocaria ao autor produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu produzir a prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor. Se a regra em comento corresponde a uma normatização de procedimento (das partes), então indica a quem cabe a prova de que fato no processo. Sua função, pois, é de disciplinar quem tem a imposição de trazer a prova sobre certo fato ao processo e convencer o magistrado sobre a existência (ou inexistência) da alegação formulada sobre o ponto controvertido; evidentemente, em sendo isto verdade, a regra incide na fase inicial do processo, já que as partes devem saber, de antemão, quais provas devem trazer ao processo para que sua tese seja acolhida pelo magistrado. Se esta visão é mais correta, então as regras que distribuem o ônus da prova destinam-se diretamente às partes, para comunicar-lhes como devem agir para ter sucesso no acolhimento de suas versões pelo juiz.⁶⁵

O resultado da instrução probatória pode se dar de modo insatisfatório, isto é, de modo que não seja suficiente para que o juiz se convença sobre qual das pretensões é a mais acertada. Quando nos defrontamos com uma situação desta natureza, não pode o magistrado eximir-se da sua obrigação de julgar. Também conhecido pela alcunha da expressão vedação ao *non liquet*, esse preceito vem materializado no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Deste modo, o ônus objetivo se destina ao magistrado, quando este se deparar em um quadro de insuficiência probatória.

Alguns autores questionam a relevância desta distinção⁶⁶. Principalmente aqueles autores que entendem o ônus objetivo como preponderante (e o subjetivo como mero acessório, muita das vezes irrelevante, até mesmo marginal⁶⁷). Já que, para a instrução

⁶⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro*. **Revista Jurídica, Porto Alegre**, v. 54, n. 343, p. 25-60, maio 2006, p. 28.

⁶⁶ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e Oliveira, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: *Jus Podivm*, 2009, vol. II, p. 74.

⁶⁷ CARPES, Artur Thompsen. *Prova e a participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais*. 2008. 176 f.. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

probatória, pouco importa quem trouxe a prova aos autos. O que importa, segundo esses autores, é que, ao final da instrução, as provas foram produzidas.

Esta perspectiva está ligada a um longo debate doutrinário que se tem em doutrina sobre qual visão do ônus da prova deve prosperar. Se avaliarmos a doutrina brasileira mais tradicional, esta se filia à posição tratada no parágrafo anterior, de destaque da carga objetiva.

Barbosa Moreira admite o papel do ônus subjetivo com mais relevância psicológica do que jurídica, já que:

Para efeitos práticos, o que interessa não é saber se a parte onerada conseguiu ou não carrear para os autos elementos necessários à demonstração do fato a ela favorável; o que interessa é, sim, verificar se tais elementos foram carreados para os autos, por obra da parte onerada ou de outrem, pouco importa. Em última análise, não é o comportamento da parte onerada que está em causa. Os resultados da atividade instrutória são apreciados pelo órgão judicial sem qualquer valoração, positiva ou negativa, desse comportamento⁶⁸.

Pontes de Miranda chega ao extremo de dizer que a perspectiva subjetiva do ônus da prova nem mesmo existe, como pode ser extraído do seguinte fragmento:

O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos têm o dever de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regula as conseqüências de se não haver produzido prova. Em verdade, as regras sobre as conseqüências da falta da prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se falta prova, é que se tem de pensar em se determinar em quem se carga a prova. O problema da carga ou do ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as conseqüências de se não haver provado.⁶⁹

Adentremos agora no estudo da legislação.

Sobre o ônus da prova no Direito Positivo Brasileiro, o legislador processual civil foi bastante sintético, tratando deste complexo tema em apenas um artigo⁷⁰, com a seguinte redação:

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:

⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Julgamento e ônus da prova*. Temas de direito processual, segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 67.

⁶⁹ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. com atualização legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. IV, p. 334.

⁷⁰ Neste capítulo pretendo realizar uma interpretação crítica do artigo 333 do Código de Processo Civil Brasileiro. Apontando seus méritos e falhas.

- I - recair sobre direito indisponível da parte;**
II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Segundo Égas Moniz de Aragão⁷¹, a inspiração do legislador brasileiro foram os artigos 2.697 do Código Civil italiano e o 342 do Código Civil português. Ele acabou por manter boa parte da estrutura do diploma processual anterior⁷², o CPC de 39. Mas ele se orienta mais no aforismo romano, anteriormente citado, de que será admitido como verdadeiro aquele fato alegado que não tiver prova em contrário.

Ao contrário do que dizem alguns doutrinadores⁷³, que falam que o artigo foi inspiração direta da teoria das normas e de Leo Rosenberg, não foi isso que ocorreu. As fontes estão nos Códigos Cíveis de Portugal e da Itália. Atrelado às teorias, como denomina Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, fundadas na natureza dos fatos⁷⁴, fortemente influenciados pela codificação civil francesa.

O artigo elenca aqueles fatos que serão destinatários de provas do autor e do réu. Cabendo ao primeiro a prova dos fatos constitutivos; ao segundo dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. A partir desta primeira leitura, uma questão: o que seriam os fatos constitutivo, impeditivos, modificativos ou extintivos? Assim nos responde J. E. Carreira Alvim:

Os fatos constitutivos são aqueles que tem a eficácia jurídica de constituir a relação litigiosa, ou seja que dão origem ao direito pretendido. São fatos cuja afirmação e prova incumbem ao autor, como, por exemplo, na ação de despejo, a relação de locação; na reclamação trabalhista, a relação de emprego.⁷⁵

Entretanto, não é apenas ao autor que cabe a prova dos fatos constitutivos de seu direito – sem precisarmos entrar na seara da teoria dinâmica do ônus da prova, ou qualquer coisa que o valha, apenas nos servindo da leitura do preceito legal. Quando o réu em sua contestação emprega o instituto do pedido contraposto, a ele caberá a prova dos fatos

⁷¹ ARAÇÃO, *Exegese do...*, p. 89-90. *Apud*: AZÁRIO, *Dinamicização...*, p. 81.

⁷² Art. 209. O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, si o contrário não resultar do conjunto das provas.

§ 1º Si o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova.

§ 2º Si o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos, a ele cumprirá provar a alegação.

⁷³ Danilo Knijnik afirma que o artigo 333 do CPC “consagra a teoria das normas, cujo postulado repousa na ‘técnica de descobrir a repartição do *onus probandi* na sintaxe da lei’”. Devendo o julgador tomar como baliza a posição das partes em juízo e a espécie dos fatos. KNIJNIK: *A prova...* p. 174. É exatamente ao contrário, Rosenberg repudia veementemente esse modo de distribuição do ônus da prova. Devendo se pautar pelo direito material que está sendo discutido e os pressupostos fáticos de aplicação da norma.

⁷⁴ PACÍFICO, *O ônus...*, p. 93.

⁷⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 222.

constitutivos.⁷⁶ A mesma observação, ainda diante da situação supracitada, vale para o autor quanto aos fatos impeditivos, extintivos e modificativos.

Dentro da conduta do réu, estão as provas dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos, que assim são definidos pelo professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro:

- b) Os fatos impeditivos: são aqueles que impedem que o fato constitutivo produza os seus efeitos normais ou que lhe são próprios, ocasionando um impedimento, como por exemplo, a qualidade de menor ou interdito por quem excepciona a própria incapacidade, no momento de contratar; a falta de capacidade civil do vendedor, com contrato de compra e venda.**
- c) Os fatos modificativos são aqueles que operam uma modificação no fato constitutivo invocado no processo; ou que tenham eficácia de modificar o direito do autor, como, por exemplo, a cobrança de cem reais pelo credor, alegando o devedor que lhe foram emprestados apenas cinquenta”**
- d) Os fatos extintivos são aqueles que extinguem a relação jurídica material ou o direito invocado pelo autor, como, por exemplo, o pagamento, a prescrição, o perdão da dívida etc.**⁷⁷

No entanto, como já anteriormente exposto no capítulo sobre teorias do ônus da prova essa repartição tendo como base na natureza dos fatos e na posição dos litigantes é bastante problemática. Deste modo, diferenciar o que seriam os fatos constitutivos incumbidos ao autor, ou impeditivos ao réu, só para citarmos um exemplo, pode ser uma tarefa hercúlea⁷⁸. Logo acima cita-se um exemplo de caso em que cabe também ao réu a prova de fatos constitutivos, caso do pedido contraposto do réu. Fixar determinadas provas de certos fatos ao réu e o resto ao autor não funciona em diversos casos.⁷⁹

Além disso, o código não nos indicou um norte para a interpretação de um fato como constitutivo, impeditivo, modificativo, ou extintivo, já que esses conceitos são bastante maleáveis.

Além disso, a rigidez com que a carga da prova é distribuída nesse artigo é assustadora, sendo capaz de gerar muitas injustiças quando aplicada ao caso concreto. Deste modo, muita das vezes quem está em melhores condições de provar não é aquela que recebeu

⁷⁶ ALVIM, *Teoria...*, p. 222

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ Preconiza Pacífico: “[...] o problema prático é o de distinguir, na prática, os elementos que integram o seu núcleo principal (fatos constitutivos) dos outros elementos acidentais, aos quais se costume atribuir a denominação de impeditivos”. Complementando, arguto autor que a distinção “só se afigurará possível mediante a análise das normas substanciais que estão na base jurídica controvertida”. In: PACÍFICO, *O ônus...*, p. 106.

⁷⁹ Azário traz outros exemplos buscados na obra de Echandía: “[...] o possuidor sem título pode demandar para que se declare a extinção do direito de propriedade que era do demandado, alegando em seu favor fatos impeditivos ou extintivos, cujo ônus da prova lhe corresponde, naturalmente. O mesmo ocorre, segundo cita, com quem pretende impugnar um estado civil. Além disso, assevera que um fato pode ser constitutivo para o direito pretendido para uma parte e extintivo para o direito alegado por outra, como ocorre com a posse material de bens alheios, pois para o possuidor é constitutiva de propriedade, se cumpre os requisitos legais, e para o anterior proprietário, extintiva de direito.” AZÁRIO, *Dinamização...*, p. 83-84

o ônus pelo CPC, gerando uma decisão descabida, desarrazoada, injusta. É nesse sentido o seguinte comentário de Freddie Didier:

Sucedem que nem sempre autor e réu tem condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído – em muitos casos, por exemplo, vêm-se diante de *prova diabólica*. E, não havendo prova suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar (regra de julgamento). É por isso que se diz que essa distribuição rígida do ônus da prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos.⁸⁰

Quanto ao *parágrafo único* e os subseqüentes incisos do art. 333 do CPC trata-se de norma que regula os casos em que as partes estabelecem uma distribuição diversa do ônus da prova do que propõe o *caput* do artigo. Vedando as que tratem de direito indisponível da parte ou que acabem tratando-se de provas diabólicas⁸¹.

Interpretando-se a norma de maneira diversa, o Código permite, de forma bastante ampla, que as partes convençam maneiras diferentes da que ele prevê (alterando-se o esquema de incumbência da prova fatos constitutivos, modificativos, impeditivos e extintivos). Entretanto, veda expressamente apenas dois casos: os que versem sobre direitos indisponíveis ou prova diabólica.

Alguns estudiosos do direito chegam a falar que o parágrafo único seria uma hipótese de flexibilização da rigidez do *caput*, como pode ser entendido na leitura da seguinte passagem da dissertação de mestrado de Artur Carpes:

A única possibilidade de distribuição diversa da prevista no *caput* do mencionado artigo é por meio de convenção anteriormente firmada pelas partes, desde que a alteração da disciplina legal não recaia sobre direitos indisponíveis ou não se torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (*parágrafo único* do artigo 333 do CPC). Sendo indicativo de que a sistemática de repartição do encargo probatório no direito brasileiro não é imutável e inflexível, compatibilizando-se perfeitamente com a adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova.⁸²

O próprio parágrafo único concorda que a distribuição do ônus da prova pode resultar em uma excessiva dificuldade de exercer o seu direito á prova. O que culminará em uma decisão injusta⁸³.

⁸⁰ DIDIER, *Curso...*, p. 92

⁸¹ As provas diabólicas, de maneira bem sintética, são aquelas que são extremamente difíceis – ou até mesmo impossíveis – de se obter

⁸² CARPES, *Prova...*, p. 23

⁸³ Mas esse tema deixaremos para ser melhor apreciado no capítulo seguinte, que se dedicará ao estudo da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

CAPÍTULO 6 – DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

A carga da prova pode ser distribuída de maneira estática ou dinâmica.

Ela se dá de maneira estática quando a lei, de maneira prévia, sem observar as particularidades do caso concreto, dita a que parte deve caber a distribuição. Assim, ele é inflexível, imutável, sendo assim para todos os casos. Ou seja, aprioristicamente a legislação determina quem deve provar o que. Essa vertente tem origem na época do Estado Liberal, em que se preocupavam apenas com a igualdade formal entre as partes, desconsiderando, ou ignorando, a sua perspectiva material.

O legislador acabou por prezar pela segurança jurídica e pela igualdade formal. Não deu espaço para que o magistrado pudesse atuar de maneira contrária a esta previsão. Tendo em vista a perspectiva constitucionalizada do processo, do formalismo-valorativo, essa concepção sendo aplicada a todos os casos, sem comportar uma exceção, não pode ser mais aceita.

A distribuição dinâmica é aquela em que o magistrado, tendo contato com especificidades do caso concreto, altera o esquema de distribuição da prova previsto previamente pela lei. Fazendo com que a atividade probatória recaia sobre a parte diversa, sob quem tem melhores condições de produzir um resultado proveitoso. Por ser um modo de distribuição que contraria a lei, é excepcional, e deve ser devidamente fundamentado e também dar oportunidade às partes de se manifestarem sobre. Deve, por fim, atuar nos casos em que a distribuição estática produzir decisões injustas⁸⁴.

A teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova não é uma novidade. Como já estudado anteriormente, desde o jurista e filósofo utilitarista inglês Jeremy Bentham (1748-1832) vem sendo trabalhada, acabando por ser relegada a um segundo plano, em alguns momentos da história do direito processual civil.

Mas o seu desenvolvimento, tal qual conhecemos hoje, se deu pela grande contribuição do jurista argentino Jorge Walter Peyrano, que publicou, em 1981, um artigo chamado *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, burilando o tema em várias

⁸⁴ Neste capítulo a intenção é de realizar um estudo sobre a vertente dinâmica da distribuição da carga probatória, sua história, os motivos que ensejam a aplicação, os valores que ela visa proteger, o procedimento que o juiz deve observar para adotar esta teoria, o momento oportuno para a distribuição e o recurso cabível para a decisão que a deferir ou indeferir.

obras posteriores. O influxo que deu origem a esta teoria foi o questionamento pela prática processual da aplicação estática do ônus da prova.

Essa teoria, não nos moldes que nós conhecemos, é citada pela doutrina argentina como tendo a sua primeira aparição em Tribunais em junho de 1957, na Corte Suprema, quando julgava um caso de enriquecimento ilícito de funcionários públicos⁸⁵. Posteriormente, passando então a ter a sua aplicabilidade estendida à outra ampla variedade de casos, como: responsabilidade civil por ato médico, responsabilidade bancária, direito do trabalho. Algumas codificações processuais das províncias também adotaram tal teoria. Tendo sido constantemente aplicado pela jurisprudência.

Mas a influência desta teoria não se restringiu às fronteiras argentinas, atingindo vários países hispânicos. Um país que abraçou definitivamente esta teoria foi a Espanha, ao adotar expressamente tal teoria no seu Código de Processo Civil – ou, como eles preferem chamar, a *Lei de Enjuiciamiento Civil*, na grande reforma do diploma, em 2000. Lá, a teoria assumiu uma nova alcunha, a de regra ou princípio da facilidade probatória. Eles mantiveram a distribuição estática do ônus da prova na legislação, mas abrindo um espaço para que nos casos excepcionais se aplicasse o princípio da facilidade probatória.

Essa teoria veio a se rebelar contra a visão individualista da do escopo estático, para inserir a solidariedade na produção probatória, atribuindo àquela parte que melhores condições teria de provar. Neste diapasão, nos ensina Jorge Peyrano:

A doutrina chama distribuição dinâmica do ônus da prova pode e deve ser aplicada pelos tribunais em certas situações em que não funcionar corretamente as disposições legais preexistentes, devendo as partes compartilhar o seu esforço probatório. Ela resulta em um deslocamento do ônus da prova, de acordo com as circunstâncias do caso, podendo recair sobre aquele que tem melhores condições técnicas, profissionais ou factuais de produzir a prova, do que a parte anteriormente eleita.⁸⁶

Alguns balizamentos devem ser analisados na aplicação desta teoria⁸⁷: a) a distribuição do ônus da prova é pontual àqueles casos em que se vê necessária, não do conjunto probatório como um todo; b) se a produção da prova é extremamente difícil ou impossível para ambas as partes, não deve haver a sua aplicação; c) não gerar surpresas para as partes.

Como visto, um dos requisitos da aplicação desta teoria é que a prova para uma das partes seja extremamente difícil, ou impossível, essa espécie de prova é conhecida

⁸⁵ AZÁRIO, *Dinamicização...*, p. 129

⁸⁶ PEYRANO, *Nuevos lineamentos ... Apud: AZÁRIO, Dinamicização...*, p. 124

⁸⁷ AZÁRIO, *Dinamicização*, p. 131.

pela doutrina como prova diabólica. Ou, nos dizeres de Alexandre Freitas Câmara: “[...] é expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração”⁸⁸

É necessário deixar bem claro que a prova diabólica é aquela impossível (ou beira a impossibilidade) da parte produzi-la. Isso é bem diferente de um fato impossível, aquele fato que tem a probabilidade quase zero de ocorrer. Podem parecer a mesma coisa, a uma primeira leitura, mas um olhar mais atento verifica que são duas coisas bem distintas. Deste modo, a prova diabólica (pelo menos quando unilateralmente diabólica) tem sim chance de ser produzida e o fato, sim, ocorreu. Já o fato impossível, por tal qualidade, não ocorreu é exigência inadmissível de prova por ambas as partes.⁸⁹

Fredie Didier nos agracia com uma interessante classificação das provas diabólicas:

É uma prova unilateralmente diabólica, isto é, impossível (ou extremamente difícil) para uma das partes, mas inviável para outra. No entanto, existem situações em que a prova do fato é impossível ou muito difícil para ambas as partes – é a bilateralidade diabólica. É o que Marinoni chama de “situação de inesclarecibilidade”. Em tais casos, não cabe ao juiz manter o ônus da prova com aquele que alegou o fato, tampouco invertê-lo, na fase de saneamento (ou probatória), para atribuí-lo ao seu adversário. Não há fundamento razoável para adoção de nenhuma das posturas. Em razão disso, ao fim da instrução, o juiz pode não chegar a um grau mínimo de convicção, e uma das partes deverá arcar com as consequências gravosas deste seu estado de dúvida – afinal, é vedado o *non liquet*.⁹⁰

Essa classificação é bastante interessante para a teoria da carga dinâmica. Já que, de acordo com os ensinamentos de Peyrano preteritamente expostos, essa teoria somente seria aplicável no primeiro caso, o da prova unilateralmente diabólica. Não estaria consentânea com os valores da efetividade do processo, da cooperação e solidariedade entre as partes uma redistribuição da prova em que nenhuma das partes teria condições de produzi-la. Seria deixar de proferir uma decisão injusta para uma parte para aplicar a outra.

A efetividade está inserida no diapasão da produção dos melhores resultados com o uso mínimo de insumos. Ela possui também a sua faceta processual, como podemos compreender por meio da seguinte passagem do brilhante jurista gaúcho Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

⁸⁸ 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: Dialética, 2005, n. 31, p. 12. Apud: DIDIER, *Curso...*, p. 89

⁸⁹ AZÁRIO, *Dinamicização...*, p. 89

⁹⁰ DIDIER, *Curso...*, p. 90

No plano do direito processual, a questão tem tudo a ver com a efetividade do instrumento processual, tanto em termos de tempo quanto de conteúdo dos pronunciamentos judiciais, com vista à justiça do caso concreto e respeito ao direito fundamental ao processo justo. Por essas razões cada vez mais a efetividade ganha lugar de destaque nas preocupações da doutrina. Semelhante inclinação, nascida nas reais necessidades da sociedade atual, além de espalhar horizontalmente, alargando o objeto da tutela jurisdicional, colabora ao mesmo tempo para a criação de novos meios jurisdicionais, mais eficientes, eficazes e congruentes com o resguardo da pretensão processual exercida. Cuida-se de corrente sociocultural mais bem afinada para a realização efetiva dos direitos, e assim superiormente preocupada com mais acurada tutela da liberdade e dos direitos constitucionalmente relevantes, notadamente sociais, com destaque à defesa daqueles de natureza difusa ou coletiva.

A efetividade está consagrada na Constituição Federal, art. 5º, XXXV, pois não é suficiente tão somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus. Numa perspectiva dinâmica, implica ainda o direito da parte à possibilidade de ser afastados os óbices meramente formais que impeçam esse desiderato.⁹¹

Como disse o arguto jurista, a questão da efetividade não engloba apenas o aspecto da celeridade, ela é muito mais ampla. Ela atinge o nível de justiça da decisão. Passando por busca de novos instrumentos judiciais que visem melhor prestação e obediência aos direitos fundamentais, aqui se inserindo a redistribuição. Sendo, inclusive, consagrado em nossa Magna Carta⁹².

Um processo resultante de uma distribuição do ônus da prova equivocada não é um processo que atingiu os seus objetivos. Além da irresignação da parte perdedora, que resultará em uma infinidade de recursos, indo contrariamente a pacificação social dos conflitos, gerará uma descrença no Poder Judiciário.

Outro valor, de índole constitucional, que a teoria dinâmica do ônus da prova está em consonância é o do direito à prova, que é assim sintetizado por Artur Carpes:

Justamente nesse sentido é que se pode falar em um direito fundamental à prova, como colorário do direito fundamental de acesso à ordem justa. O acesso à tutela jurisdicional efetiva depende da adequada formação do juízo de fato, na medida em que, em não sendo corretamente acertados os fatos com o qual irá trabalhar o juiz, evidentemente não será possível falar em uma adequada e efetiva tutela jurisdicional. A falha na formação do juízo de fato obstaculiza a adequada tutela do direito. A formação do juízo de fato é imprescindível para a adequada e efetiva tutela jurisdicional, é evidente que o direito à prova também se eleva à condição de direito fundamental.⁹³

⁹¹ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 111.

⁹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁹³ CARPES, *Prova...*, p. 90.

Esse direito privilegia a participação das partes no processo, em uma maior dialeticidade, onde elas debaterão acerca do direito deduzido em juízo. Onde terão plena oportunidade de se manifestar e contradizer aquilo que lhe é dito em contrário.

O prisma subjetivo exerce o seu papel fundamental aqui. Ao orientar a atividade probatória, de modo a terem conhecimento prévio daquelas provas que deve trazer a juízo. Fazendo com que melhor se preparem para esta situação e resultando em um conjunto probatório mais robusto e adequado ao processo.

É nesse diapasão, inserindo o direito à prova como um dos instrumentos para concretizarmos uma ordem jurídica justa. A teoria dinâmica do ônus da prova, onde temos uma parte – que teria que suportar a decisão judicial que contornaria o *non liquet* pela aplicação de sua faceta objetiva – o que viria a resultar em uma decisão injusta. Já que, a outra parte que teria plenas condições de produzir a prova simplesmente se manteve inerte.

O resultado disso seria uma sentença injusta, em que o juiz não tomaria conta do que realmente se passou, pela falha da cognição acarretada pela equivocada e infeliz distribuição da carga da prova. Uma redistribuição acertada do ônus da prova viria justamente para modificar esta situação.

Ou, nas palavras de Carpes:

Em outras palavras, a repartição do ônus da prova, mormente por constituir ponto nevrálgico no formalismo processual, não pode desconsiderar a efetiva viabilidade daquele que carrega o ônus da prova de, efetivamente, alcançar a prova ao processo. Significa dizer: a distribuição dos ônus probatórios deve também atentar para que a atividade probatória das partes se desenvolva em termos ótimos, de sorte que a produção da prova alcance o grau máximo de efetividade na sua função de esclarecer a verdade acerca das alegações fáticas que constituem a controvérsia judiciária.⁹⁴

A teoria em destaque também serve como instrumento concretizador da isonomia processual, consagrada no art. 125, I, do CPC⁹⁵ e no art. 5º, *caput*, da Carta Magna⁹⁶. Já que um dos pressupostos da aplicação desta redistribuição é a situação de extrema desigualdade entre as partes na seara probatória (já que para uma das partes a prova é diabólica, para a outra não é). Indo-se além da igualdade puramente formal do liberalismo, concretizando a sua vertente substancial. Deste modo, assegurando a paridade de armas.

⁹⁴ *Idem*, p. 92

⁹⁵ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

⁹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

A cooperação processual também é outro valor que a teoria em azo ajuda a concretizar. Este valor norteia a atividade das partes para que elas ajam com uma finalidade precípua comum: a decisão verdadeiramente justa. Neste sentido está o seguinte comentário de Fredie Didier:

Essa participação não se resumiria à ampliação dos seu poderes intrutórios ou de efetivação das decisões judiciais. O magistrado deveria adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo as suas dúvidas, pedindo esclarecimento quando estiver com dúvidas e, ainda, dando orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto da atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio. Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. A obediência ao princípio da cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais e – principalmente, a prolação do juízo de inadmissibilidade. O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir.⁹⁷

A visão tradicional do direito ocidental limita a atividade probatória às partes, podendo o juiz atuar em caráter subsidiário ou suplementar. Ou seja, quando esgotada o que incumbe as partes e o juiz não convencido da sua suficiência, ele se aplicará na atividade probatória. Mas essa abordagem precisa ser revista.

Deve ser substituída por uma maior participação do magistrado no processo, tendo como plano de fundo o acesso a justiça e a publicização do processo.

O processo é hoje entendido como um direito público. Deste modo, a busca pela verdade interessa também ao magistrado. Se isso vier a favorecer a uma das partes, não tem isso importância. Como assevera Teresa Wambier: “a circunstância de uma das partes ser hipossuficiente pode levar a que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. E o processo foi concebido para declarar, lato sensu, o direito que uma das partes tenha, e não para retirar direitos de quem os tem ou dá-los a quem não os tem”.⁹⁸ Isso não o transforma em imparcial, como nos ensina Mauro Schiavi:

Não obstante, conforme vem defendendo a moderna doutrina processual, imparcialidade não significa neutralidade. Modernamente, o juiz não é mais um convidado de pedra do processo, pois deve assegurar às partes igualdades reais de oportunidades, bem como direcionar sua atividade não só para os

⁹⁷ DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Podivm, 2007, p.56.

⁹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre o ônus da prova*, p.5 Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teresa%20Arruda%20Alvim%20Wambier%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2011.

resultados práticos do processo, mas também para que a decisão reflita realidade e justiça, dando a cada um o que é seu por direito.⁹⁹

O magistrado deve atuar de modo a garantir a igualdade entre as partes. Essa igualdade deve ser dar tanto no acesso às partes ao judiciário, quanto no decorrer do procedimento perante o estado juiz

É nesse sentido que os poderes intrutórios do magistrado se relacionam com o ônus da prova. Aclarando, o juiz, como diretor da lide, deve pautar a sua atuação se orientado pelo princípio da flexibilidade e adaptação sem abrir mão da segurança. Já que o processo é publicizado, tendo toda a sociedade interesse que a sua atividade seja efetiva e justa, e entranhado dos valores consagrados pela Magna Carta. A dinamização do ônus da prova se insere nestes novos papéis do magistrado. Zelar pela igualdade.

Esse ativismo judiciário é brilhantemente trabalhado por Alvaro de Oliveira na passagem abaixo:

Ao mesmo tempo não há como fazer retroceder o ativismo judicial resultante da evolução social, política e cultural de nossa época, já tornado “chose faite”, e que realmente pode contribuir para mais acabada realização da tutela jurisdicional. Por sinal, Relatório relativamente recente sobre o ativismo judicial extrai da situação atual, dentro dessa linha de pensamento, as seguintes conclusões: a) declina o sistema inquisitorial de tipo socialista, enquanto aumenta de maneira contínua o poder do juiz (na direção do processo, no seu ordenamento e no domínio das provas); b) é confirmado, por quase todos os relatores nacionais, o crescimento do ativismo do juiz em seu sistema processual nacional, com manutenção do princípio dispositivo; c) verifica -se uma aproximação dos sistemas anglo - americano e europeu no domínio da “richterliche Rechtsforbildung” e o mesmo fenômeno ocorre no âmbito do processo; d) o ativismo do juiz exibe -se perfeitamente conciliável com o ativismo das partes, conscientes e cooperadoras.

Esse ativismo em grande parte decorre da tomada de consciência de que o juiz é também um agente político do Estado, portador do poder deste e expressão da democracia indireta praticada nos estados ocidentais contemporâneos, inexistindo, portanto, razão para enclausurá-lo em cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa. O excesso de formalismo conduziria, por outro lado, à exaltação das prescrições formais como fim em si mesmo, de modo manifestamente incompatível com as finalidades sociais do processo moderno.¹⁰⁰

Mas esse poder do magistrado deve ser controlado. Já que, a utilização da teoria dinâmica da carga da prova deve ser utilizada, com parcimônia – por se tratar de um teoria a ser aplicada em casos excepcionais. Um dos meios a serem utilizados é o

⁹⁹ SCHIAVI, Mauro, *Manual de direito processual do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p.82

¹⁰⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Roberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo I*, p. 5-6.

Disponível em: <

<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20%288%29%20-formatado.pdf>> Acessado em: 23 de junho de 2011.

contraditório. Isto é, o diálogo entre as partes, e delas com o judiciário, fornecendo oportunidades iguais para que elas se manifestem – para que se façam ser ouvidas. Assim nos ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Em face dessa realidade, mesmo a vontade do juiz não se exhibe totalmente soberana, na medida em que condicionada, de um outro modo, à vontade e ao comportamento das partes, pelo que representam de iniciativa, estímulo, resistência ou concordância, e isso sem falar nos limites impostos, pelo próprio sistema. A vontade e atividade tendem, outrossim, a se plasmar e adequar aos estímulos decorrentes do comportamento do juiz e do adversário. Por isso mesmo, o juiz e as partes nunca estão sós no processo; o processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques. Tudo isso implica, no essencial, a idéia de recíproco condicionamento e controle da atividade das partes e da atividade do órgão judicial, a apontar à dupla função assumida pelo contraditório: por um lado, garantir igualdade entre as partes; por outro lado, satisfazer o interesse público na descoberta da verdade e realização da justiça. Assim concebido, não se pode deixar de reconhecer também no contraditório um poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz. Interessante é que o órgão judicial, ao mesmo tempo, garante com sua atividade a participação efetiva e, em tese, igualitária das partes!¹⁰¹

Como citado anteriormente, a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova somente deve ser aplicada em situações extremas. Deste modo, para não atentar contra os valores constitucionalmente tutelados ela tem que observar um procedimento. A intenção nas posteriores linhas é sugerir um procedimento que esteja de acordo com isso.

Sobre a importância do procedimento na atividade jurisdicional e sua visão mais contemporânea nos ensina Alvaro de Oliveira:

Mas, se o procedimento é importante e até essencial para a conformação do processo, não se trata, claro está, de encará-lo como simples diretiva para a ordem e a sucessão dos atos processuais, ou tomá-lo tão somente como modelo de realização do processo, com o que só se atentaria ao mero aspecto exterior do fenômeno processual. Certamente o conceito de “procedimento” implica a noção de uma seqüência legal de atos a ser observada pelo juiz e pelas partes, mas não só isso. Já a mais de um século intuía-se que o processo não estabelece tão somente o *procedere*, senão que determina também as faculdades e deveres das partes e do tribunal, em mútua e recíproca relação. E tese, sabidamente, além de ter dado o passo decisivo para a autonomia do direito processual, ao isolar a relação material da processual, implicou igualmente postura metodológica renovadora, abrindo caminho para passar-se a visualizar o fenômeno processual não mais dentro dos acanhados limites do mero procedimentalismo, mas sim na perspectiva da atividade, poderes e faculdades do órgão judicial e das partes.¹⁰²

¹⁰¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo*, p. 158-159.

¹⁰² OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 156.

Os autores que tratam do tema da teoria dinâmica do ônus da prova¹⁰³ praticamente ignoram essa temática. Vou me auxiliar do estudo daqueles se dedicaram a matéria na seara consumerista. Nenhum deles nega que é necessária uma decisão judicial para tal intento.

A doutrina se divide em três correntes: a) aquela em que determina a redistribuição do ônus da prova deve ocorrer no despacho de recebimento da inicial, antes da citação do réu; b) quando da prolação da sentença, vendo o ônus da prova como regra de julgamento; c) antes do início da instrução probatória, na audiência preliminar, quando o juiz fixar os pontos controvertidos e estabelecer quais provas serão produzidas, caso a conciliação seja infrutífera.¹⁰⁴

Essas três correntes são eivadas de alguns problemas.

A primeira, que determina a redistribuição já do despacho de recebimento da inicial, é um pouco precipitada. Antes de receber a peça processual do réu o juiz não tem conhecimento suficiente da moldura da relação processual, nem condições de avaliar acertadamente a aptidão das partes em produzir as provas. Além disso, colidir-se-ia frontalmente com o princípio do contraditório.

Quando a redistribuição ocorrer na sentença. Os partidários dessa corrente enxergam o ônus da prova unicamente como uma regra de julgamento, destinada a fundamentar a decisão do juiz quando este se deparar com um *non liquet*. Ainda, *ad argumentatum*, afirmando que neste ponto teria o magistrado uma cognição mais completa sobre a causa.

De certo modo, estaria se surpreendendo a parte com tal decisão. Já que o magistrado espera que toda a atividade probatória se concluir, sem comunicar nada com as partes, somente proferindo na decisão final a dinamização. Isso atenta contra os mandamentos da lealdade, da boa fé objetiva. Deveria ele se manifestar sobre aquela parte que tem melhores condições de produzir a prova ao longo da atividade probatória, dando oportunidade às partes para que se manifestem sobre essa decisão e que as estimule a procurar meios de evitar que recaia sobre ela a decisão que evitará o *non liquet*. Atentando-se, por conseqüência, contra o próprio contraditório.

¹⁰³ Ou, simplesmente, da inversão do ônus da prova, nomenclatura esta é discutida em um capítulo específico

¹⁰⁴ AZÁRIO, *Dinamicização...*, p. 114.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça (que costuma aplicar essa teoria de maneiras bem canhestra) já se manifestou contra este corrente, como pode ser lido na seguinte passagem do julgado:

Ressalte-se, uma vez mais, que o Tribunal de origem entendeu que o benefício poderia ser apreciado somente na sentença, porquanto consubstanciaria verdadeira "regra de julgamento".

Entretanto, mesmo que controverso o tema, 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 -, posicionamento esse, como visto, que vem sendo adotado pela Terceira Turma deste Superior Tribunal.¹⁰⁵

A doutrina argentina da teoria dinâmica do ônus da prova defende como ponto apropriado para dinamização a sentença¹⁰⁶, sendo o alvo mais constante de seus críticos.

A audiência preliminar¹⁰⁷ tem como finalidade precípua a conciliação. Mas, caso essa não se concretize, a sua deverá o magistrado fixar os pontos controvertidos, organizando a atividade probatória. Esclarecendo neste ponto se redistribuirá ou não o ônus da prova e apresentar os seus motivos. Essa proposição é de veras interessante, contudo, ela se concretizará em todas as situações, quando o juiz, apenas com os breves contatos anteriores perceber que uma parte se defronta com uma prova diabólica, enquanto a outra tem boas condições de produzi-la.

Logo, o mais acertado é não estabelecer um critério rígido a respeito desse momento. A redistribuição deve se dar no primeiro momento em que o magistrado averigüe que uma parte tem plenas condições de produzir a prova e a onerada pela lei não tem possibilidades de exercer tais atividades. Mas tudo isso observando o procedimento destacado anteriormente.

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 662.608/SP. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em: 12 dez. 2006. DJ 05 fev. 2007, p.7.

¹⁰⁶ CARPES, *Prova...*, p. 150.

¹⁰⁷ A audiência preliminar está prevista no CPC em seu artigo 331 e possui a seguinte redação:

Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. ([Redação dada pela Lei nº 10.444, de 2002](#))

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. ([Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994](#))

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. ([Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994](#))

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º. ([Incluído pela Lei nº 10.444, de 2002](#))

Deve ser dado aos litigantes a oportunidade de se manifestarem sobre a decisão que redistribuir o ônus probatório. Nos casos em que a decisão não é proferida em sentença¹⁰⁸, o ato do juiz será a decisão interlocutória¹⁰⁹. O instrumento recursal apto a questionar esta decisão é o agravo. Mas qual a modalidade de agravo cabível? Retido ou de instrumento? É o que tentarei responder nas linhas subseqüentes.

Com a reforma da lei 11.187/05, o agravo retido se transformou em regra. Fica, agora, a modalidade de instrumento¹¹⁰ restrita a três situações: a) decisão que puder ensejar a parte uma lesão grave e de difícil reparação; b) não admissão do recurso apelação; c) quando versar sobre os efeitos que a apelação será recebida. As hipóteses b) e c) serão indeferidas de plano em nosso estudo.

Fica reduzido o objeto da dúvida: quando se trate de uma decisão de difícil reparação e lesão grave cairemos diante de um agravo de instrumento; nos demais casos, estaremos diante de um agravo retido.

Toma-se em conta que o ônus da prova é uma regra que estrutura a atividade probatória das partes durante o processo. A decisão que defere ou indefere a distribuição de maneira diversa à estabelecida pelo art. 333 do CPC, antes da sentença, ao longo da atividade probatória. Essa decisão ensejaria uma mudança em toda atividade probatória, mudando os rumos da decisão do magistrado. Trocando-se em miúdos de real, essa decisão modifica por completo o destino da lide.

Caso a parte não se conforme com esta decisão ela se valerá do recurso de agravo. Se for utilizada a sua forma retida, será julgado o agravo no julgamento da eventual apelação. Caso o agravo retido seja deferido, teremos que recomeçar toda a fase intrutória. Contrariando o princípio da efetividade e o da duração razoável do processo, gerando graves prejuízos para as partes e para o Estado.

Como foi dito anteriormente sobre direito fundamental à prova, uma formação falha do juízo dos fatos é um enorme entrave a proteção dos direitos. O que se torna inviável, tal a alçada que o direito à prova alcança no sistema processual brasileiro. Deste modo, cabível será a o recurso agravo de instrumento.

¹⁰⁸ Quando a decisão que versar sobre redistribuição do ônus da prova for uma sentença, o recurso cabível, evidentemente será a apelação.

¹⁰⁹ Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

¹¹⁰ Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. ([Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005](#))

CAPÍTULO 7 – EXPRESSÃO *INVERSÃO* DO ÔNUS DA PROVA

O termo inversão do ônus da prova é propalado a torto e a direito pela doutrina jurisprudência pátrios quando estuda-se este tema. Um dos principais estimulantes para a utilização desta nomenclatura é o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 1990) que possui a seguinte redação¹¹¹:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

Tendo como pressuposto que as duas partes litigantes estão em patamares diferentes, quanto às armas que dispõe para se defender, pode o magistrado, observando os requisitos da hipossuficiência ou verossimilhança (aferidos concretamente), inverter por decisão judicial o ônus da prova. Ou seja, recaindo o ônus de provar sobre parte diferente daquela inicialmente onerada.

A melhor doutrina tem grande repúdio quanto à utilização desta expressão. Inversão do ônus da prova, em realidade, não é a terminologia mais correta. Nos dizeres de Sérgio Cruz Arenhart:

Na realidade, não existe caso de inversão própria do regime do ônus da prova já que esta deveria consistir em imputar ao réu o ônus da prova dos fatos constitutivos do direito do autor e ao autor a carga da prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos de seu próprio direito. Ora, nenhuma hipótese existente no direito brasileiro contempla semelhante previsão, de modo que não se deve falar, ao pelo menos propriamente, em “inversão” do ônus da prova. O que existe, sem previsão, é uma modificação no regime tradicional do ônus da prova, de forma a imputar a (falta de) prova de determinados fatos de maneira diferente daquela realizada pela regra art. 333, do CPC. As situações estudadas, portanto, limitar-se-ão a distribuir, de forma diversa do regime padrão.¹¹²

Outra confusão bastante freqüente em nossa doutrina é a identificação da inversão do ônus da prova (do Código de Defesa do Consumida) com a teoria dinâmica do ônus da prova (que será mais a frente mais esmiuçada). A dinamização não parte de um critério prévio para se alcançar a mudança do ônus, ou seja, não temos uma regra preliminar a ser observada. É sim aplicada quando nos deparamos com um caso de em que a aplicação da

¹¹¹ Não pretendo me aprofundar na seara do direito do consumidor, mas apenas salientar alguns pontos que interessam a monografia.

¹¹² ARENHART, *Ônus da prova...*, p. 10.

legislação tradicional ao caso concreto não é a mais acertada, indevida, a mais consentânea com os valores constitucionais. Ocorre que, após a instauração da lide, após o magistrado tomar conhecimento da causa e suas peculiaridade, ele afere que mais acertado seria se coubesse a parte contrária provar aquele fato, por exemplo, por ter mais condições de produzi-la.¹¹³

Sintetizando, enquanto a inversão do CDC parte de um preceito legal, tendo que observar certos requisitos exigidos pela lei, a dinamização parte das peculiaridades do fato concreto, orientado-se pelas máximas de experiência e discricionariedade do magistrado.

A disparidade não se esgota aí, o âmbito de aplicação dos dois institutos é diferente. A inversão se limita a causas consumeristas¹¹⁴. Enquanto a dinamização é mais ampla, atuando na seara processual civil como um todo.

O outro ponto de divergência, entendido como fundamental, entre a inversão da legislação consumerista e a dinamização de Peyrano, é que a inversão transfere integralmente o *onus probandi*, ou seja, somente transfere a previsão abstrata, estática do art. 333, sem fazer nenhuma ressalva, ou observar as peculiaridades do caso concreto.

A dinamização tem como orientação essas unicidades do caso posto em juízo, por restar a parte inicialmente onerada com uma prova diabólica e tendo o outro litigante uma facilidade ímpar em produzir prova de tal fato. Não é transferido integralmente o ônus da prova como na inversão, somente aqueles pontos em que em que há uma discrepante dificuldade condição em produzir a prova.¹¹⁵

Sobre este tema dissertou Artur Carpes:

Em outras palavras, o termo “inversão” consagra a transferência do esquema legal, imóvel e estático, de um lado para outro, restando mantido, portanto, o generalismo e abstracionismo legal. Altera-se o sujeito no qual recairá o ônus da prova, preservando este rigorosamente as mesmas qualidades que opunham sua adaptação à realidade do caso concreto.

A proposta em torno do termo dinamização leva em conta seus respectivos limites, que nada mais são que os próprios fundamentos pelos quais se permite uma alteração no arquétipo estático do ar. 333 do CPC, seja quando tal alteração é sufragada pela lei, seja quando é realizada pelo juiz. Vale dizer: não pode dinamizar o ônus da prova para simplesmente transferir o encargo diabólico para a outra parte. Assim, a dinamização significa flexibilização do esquema estático para permitir a tranferência do ônus da prova relativamente apenas alguma ou algumas circunstâncias de fato que, por razões de índole

¹¹³ MORÉS, Rachele. *A Dinamização do Ônus da Prova*. Porto Alegre, 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

¹¹⁴ Existe um grande embate na doutrina e na jurisprudência se ela se estende ou não as causas cíveis, trabalhista, no entanto, não pretendo entrar nesta seara por fugir ao tema do trabalho monográfico.

¹¹⁵ CARPES, *Prova...*, p. 123.

técnica ou da sua respectiva natureza, enseja a vedação do direito fundamental à prova.¹¹⁶

Nesse mesmo diapasão está a arguta passagem de Sérgio Arenhart

Outro reparo que merece ser desde logo apontado diz com o termo “inversão”, geralmente empregado para tratar do tema aqui apreciado. Na realidade, não existe caso de inversão própria do regime do ônus da prova, já que esta deveria consistir em imputar ao réu o ônus da prova de fatos constitutivos do direito do autor e ao autor a carga da prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos de seu próprio direito. Ora, nenhuma hipótese existente no direito brasileiro contempla semelhante previsão, de modo que não se deve falar, ao menos propriamente, em “inversão do ônus da prova”. O que existe, sempre, é uma modificação no regime tradicional do ônus da prova, de forma a imputar (falta de) prova de determinados fatos de maneira diferente daquela realizada pela regra do art. 333, do CPC.¹¹⁷

Um ponto louvável que é bastante relevante pinçá-lo do fragmento é o da transferência da prova diabólica de uma parte para outra, como resultado da aplicação do esquema da inversão do ônus da prova. Dado a sua transferência integral do esquema estático previsto no CPC, não há uma verdadeira dinamização.

Essa simples transferência da prova diabólica de uma parte a outra é uma grave violação ao direito fundamental à prova. Um detalhe esquecido pelo autor que é apropriado acrescentarmos. Essa *probatio diabolica* citada por Carpes somente atinge esse estágio de violação quando a prova é bilateralmente diabólica, isto é, aquela que é impossível ou extremamente difícil para ambas as partes. Não nos deparamos com tal violação em casos que a prova é unilateralmente diabólica, já que a outra parte tem condições de realizá-la.

Não queremos com esse capítulo desmerecer ou estigmatizar a novidade do CDC. Entendemos que tanto a sua técnica da inversão, quanto à dinamização oriunda da doutrina argentina são grandes inovações que estão inseridas no contexto do processo civil contemporâneo e no formalismo-valorativo. O objetivo aqui é de somente separarmos o joio do trigo, distinguir institutos jurídicos que ao meu ver são distintos e que são tratados concomitantemente pela doutrina e pela jurisprudência como se fossem a mesma coisa.

¹¹⁶ CARPES . *Prova...*, p. 124-125

¹¹⁷ ARENHART, *Ônus...*, p. 9.

CAPÍTULO 8 – PROJETOS LEGISLATIVOS SOBRE A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Algumas inovações legislativas vêm no diapasão da teoria dinâmica do ônus da prova e estão em tramitação no Congresso Nacional. Aqui citaremos duas: o Projeto de Lei 3015/2008, que visa incluir o parágrafo segundo ao art. 333 do CPC ; e o Projeto de Lei n. 166 de 2010, Projeto do Novo Código de Processo Civil.

O primeiro deles, o Projeto de Lei 3015/2008 – de autoria do Deputado Manoel da Silva Júnior na época pertencente aos quadros do PSB e que atualmente filiado ao PMDB – tem como proposta a inclusão de um novo parágrafo ao art. 333 do Código de Processo Civil, o parágrafo segundo. A inovação tem a seguinte redação:

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.
§ 1º É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:
I – recair sobre direito indispensável da parte;
II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.
§ 2º É facultado ao juiz, diante da complexidade do caso, estabelecer a incumbência do ônus da prova de acordo com o caso concreto.

O novo parágrafo explicita o recebimento da teoria dinâmica do ônus da prova pelo direito brasileiro, agora sob a vertente de texto legislativo – apesar de a figura da norma não ser necessária para a aplicação dessa teoria na prática jurisdicional.

Temos aqui um destaque, uma luz, um prestígio por parte do legislador às circunstâncias, às especificidades, às peculiaridades do caso concreto. Como uma exceção à distribuição estática do ônus da prova. Já que a esta visão rígida da distribuição do ônus da prova é capaz de solucionar, de forma bastante satisfatória, uma boa parcela dos casos postos em juízo. A dinamização do ônus da prova não visa derrubá-la, somente trazer uma solução para os casos em que a aplicação do art. 333 acaba por gerar uma oneração excessiva e indevida a uma das partes e a uma decisão descabida.

Este projeto de lei vem justamente neste sentido exposto no parágrafo anterior. A teoria estática acaba por ser a regra, válida para uma parcela considerável dos casos. Os parágrafos visam ressaltar esta regra, os casos que sua aplicação não é acertada. A redação do primeiro parágrafo faz uma limitação aos casos em que as partes estabelecem o a

divisão do ônus probatório diferentemente do caput e dos seus incisos. Já o seu segundo parágrafo é outra ressalva à regra, fornecendo – de forma expressa – ao magistrado, à luz das circunstâncias do caso concreto, a possibilidade de repartir o ônus probatório de modo diverso.

Algumas críticas podem ser tecidas sobre a nova proposta de redação do art. 333 do CPC. Diz o § 2º que é uma faculdade do magistrado, “*diante da complexidade do caso concreto*”, dinamizar o ônus da prova. Mas isto não se dá em decorrência da complexidade da causa, mas sim, como ensina Artur Thompsen Carpes:

Da desigualdade entre as partes e na excessiva dificuldade na produção da prova por aquele que está onerado [...], sendo mantida tal expressão no corpo da lei, passa a dar ensejo a muitas arbitrariedades, a serem cometidas por juízes irresponsáveis.¹¹⁸

Deste modo, não compreendeu da forma mais adequada o legislador a teoria do ônus dinâmico nessa seara, já que, podemos uma situação que nada tenha de complexa, mas que a aplicação estrita do art. 333 do CPC pode ensejar uma desigualdade entre as partes ou uma dificuldade na instrução probatória, de modo a colidir com valores constitucionalmente aceitos, tal como a ampla defesa, o contraditório e a paridade de armas.

Em outro texto sobre o ônus da prova o mestre em direito processual pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul assim sintetiza, de maneira destacáve, a respeito do tema:

Assim, se o art. 333 do CPC é instruído para assegurar a igualdade entre as partes, fica fácil compreender as razões para a sua não aplicação, pelo menos sem qualquer adaptação, naqueles casos em que resta flagrante a desigualdade nos esforços de produção da prova. Em outros termos: se a razão motivadora da regra – a igualdade – não é atingida no caso concreto, a regra não pode ser aplicada.

Por outro lado, haverá situações em que a regra prevista no art. 333 do CPC estará em flagrante confronto com o direito fundamental à prova. Tal direito fundamental, em sua expressão objetiva, funda princípios que orientam a máxima amplitude dos esforços probatórios, bem como a proibição da *probatio diabolica*. O caso concreto poderá apontar para o confronto entre tais princípios e a regra de repartição do ônus probatórios prevista no *caput* e incisos do art. 333 da lei processual. Se tais princípios, no caso concreto, a instituir razões contrárias à aplicação da regra, como de fato demonstrou ocorrer em diversos casos, esta não merece ser aplicada.¹¹⁹

¹¹⁸ CARPES, *Prova...*, p.132.

¹¹⁹ CARPES, Artur Thompsen. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 126.

Bastante pertinente trazermos alguns fragmentos da exposição de motivos da lei, a sua justificativa, para compreendermos de forma mais adequada quais as intenções do legislador com tal Projeto e em que teorias ele se baseou.

As regras de ônus da prova são regras de julgamento, ou seja, são aplicadas no momento em que o juiz vai julgar. Não estabelecem disposições a serem cumpridas pelas partes, não dizem quem deve produzir a prova e sim, quem arca com as consequências da não produção da prova.¹²⁰

Este é o primeiro parágrafo da justificativa. Ele traz a perspectiva do ônus da prova como regra de julgamento (ônus objetivo), apenas. Ignorando, como já foi anteriormente discutido ao longo desta monografia, a sua função de orientadora da atividade probatória pelas partes (ônus subjetivo). Logo, o Projeto de Lei em estudo não estaria em conformidade com a mais moderna e acabada doutrina sobre o tema.

De fato, regras previamente estabelecidas, em muitos casos, dificultam a produção da prova e acabam por fazer com que a parte arque com as consequências de não ter provado fato de difícil elucidação. A possibilidade de facultar ao juiz, diante da complexidade do caso, restabelecer as regras de ônus da prova consagra a referida teoria, já aplicada pela jurisprudência, e representa aplicação prática dos princípios constitucionais da adequação, da cooperação e da igualdade entre as partes.¹²¹

O próprio legislador reconhece que a aplicação do art. 333, com a sua redação vigente, acaba que, em certos casos, não ser a mais adequada, ou seja, é insuficiente. E observa que, apesar da ausência de texto normativo sobre o tema, a teoria já vem sendo aplicada por parte da jurisprudência. Além disso reconhece o influxo de valores constitucionais no direito processual, em consonância com o formalismo valorativo.

O Projeto de Lei 3015/2008, de acordo com a análise feita, tem pontos louváveis – como a inserção expressa no ordenamento jurídico brasileiro da teoria dinâmica do ônus da prova – e dispensáveis – como, por exemplo, a ligação entre o ônus da prova e a complexidade da causa. Fica a convicção de que esta proposta não é a mais adequada para a inserção dinamicidade do ônus probatório na legislação processual, já que, a sua aplicação de gerar muito mais dores de cabeça do que soluções para as lides postas em juízo.

¹²⁰ Justificativa do Projeto de Lei 3015/2008, de autoria do Deputado Manuel Junior (PSB/PB). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=386780>. Acesso em: 26/9/2011.

¹²¹ *Idem*

Quanto à situação atual deste Projeto na Câmara, sabe-se que foi recentemente pensado ao Projeto de lei 6025/2005 e está aguardando entrar na pauta da Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania (CCJC)

A outra proposta de inovação legislativa é o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Propõe uma mudança mais drástica no ordenamento jurídico brasileiro do que a proposta anterior. Aqui, toda a lei processual é alterada, se adequado às correntes doutrinárias atuais de publicização do processo, ou seja, vendo o processo (a lide posta em juízo) como um interesse da sociedade como um todo, não apenas das partes conflitantes. Como também, observando os valores trazidos pela Carta Magna de 1988.

Na versão mais recente do Projeto, o ônus da prova está disciplinado nos arts. 357, 358 e 359 – em sua versão original estavam localizados nos arts. 261, 262 e 263, que possuem a seguinte redação:

Art. 357. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:

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

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

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

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

Art. 359. É nula a convenção relativa ao ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

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

Parágrafo único. O juiz não poderá inverter o ônus da prova nas hipóteses deste artigo.

Estruturalmente, os dois diplomas – o vigente e o do projeto – inserem a repartição do ônus na prova na mesma localidade: nas disposições gerais do capítulo dedicado às provas.

O art. 357 do Novo Código é praticamente uma cópia do *caput* do art. 333, e seus incisos, do atual. Mas temos uma oração que nos mostra o espírito da nova lei processual a oração: “ressalvados os poderes do juiz”. Aqui temos a superação do paradigma liberal, que restringia os poderes do magistrado ao máximo, proibindo-o de qualquer atividade interpretativa, reduzindo-o a função de “boca-da-lei”. O estudado artigo é uma faculdade dada ao magistrado de decidir, de distribuir o ônus em desacordo com a formulação legal. Dando

uma maior liberdade para a atuação do magistrado, de modo, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, para aplicar a melhor opção à lide

Já o parágrafo único do art. 333 encontra um semelhante no art. 359 do Projeto. Pela leitura desses preceitos legais podemos compreender que a convenção das partes sobre o ônus da prova é permitida, mas nos casos em que recáia sobre direito indisponível ou resulte em atividade muito penosa, chegando às raias do impossível são defesos em lei. Mas a proposta legislativa tem uma novidade. Além de vedar a convenção das partes sobre esses dois casos específicos, limita os poderes do juiz de inversão do ônus da prova a esses mesmos casos. Acredito que a expressão inversão não é a mais adequada, como exposto em um capítulo anterior.

A grande revolução deste Projeto de Lei é o seu artigo 358, que autoriza expressamente o juiz, de acordo com as singularidades do caso concreto, a distribuir o ônus da prova de modo distinto do art. 357. Ou seja, abarca a teoria da dinamicidade do ônus da prova expressamente em nossa codificação processual. Deste modo, aquele que estiver em condições de produzir a prova na lide em cotejo é o incumbido de trazer o elemento probatório para o processo.

Apesar desta inovação, o dispositivo não é imune a críticas. Primeiramente, a desnecessidade da expressão “*em decisão fundamentada*”, já que, o art. 93, IX da Constituição Federal prevê que toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade. É exagerado por parte do legislador processual esta repetição, já que o juiz que não fundamentar a sentença será eivada de nulidade, independentemente desta previsão.

CONCLUSÃO

A intenção deste trabalho foi procurar compreender melhor o estudo do ônus da prova, tal qual ele é posto no Código de Processo Civil Brasileiro em vigor. Critica-se a previsão legal por esse diploma pelo seu rigorosismo, o que acaba por muitas das vezes por gerar uma decisão judicial injusta.

Apresenta-se como solução a este problema o emprego da teoria dinâmica do ônus da prova, para que à luz das particularidades do caso concreto, pudesse se atribuir a carga da prova àquela parte que tem melhores condições de produzi-la (desonerando aquela parte que inicialmente teria o ônus antes da redistribuição, mas que a prova do fato beira as raias da impossibilidade).

Tal teoria goza de grande prestígio ao redor do mundo. É plenamente aplicável ao direito brasileiro, já que está em consonância com os valores consagrados na Magna Carta de 1988.

A dinamização deve ser aplicada por meio de uma decisão judicial

Mas a intenção aqui não foi derrubar a dicção do CPC sobre o tema. Mas criticá-lo. Apresentar as suas falhas, para o que boa parte da doutrina e da jurisprudência fica de olhos vendados. Sim, foi o de apresentar soluções para aqueles casos em que a sua utilização não é a mais acertada. Esses casos são extremos, devendo o art. 333 do CPC ser aplicado na maioria dos casos.

Não necessitamos, impreterivelmente, de uma inovação no plano legislativo para aplicarmos a dinamização do ônus da prova. Aliás, ela vem sendo aplicada pela jurisprudência, contudo, de maneira não muito abalizada. Já que eles somente jogam em suas decisões que estão aplicando a teoria dinâmica do ônus da prova, sem terem noção do que estão realmente aplicando.

Os exemplos são inúmeros. A primeira exemplificação está no julgamento do Recurso Especial 1.023.083 – GO, de relatoria da Min. Nancy Andrichi¹²², onde este voto se limitou, para fundamentar a aplicação de toda a complexidade da teoria, ao seguinte parágrafo:

Em determinadas circunstâncias, contudo, se o juízo verificar a impossibilidade de comprovação desse fato negativo, poderá, mediante a aplicação da teoria da

¹²² A Ministra é um dos membros da Corte que mais utiliza essa teoria, aos mesmos moldes, como pode ser compreendido da leitura dos seguintes acórdãos: REsp 896.435/PR, REsp 1.189.679/RS, REsp 1.063.343/RS.

distribuição dinâmica do ônus da prova, imputar ao sacado o ônus de demonstrá-lo, caso verifique que, para ele, a prova é possível. De um modo ou de outro, a instrução processual é indispensável.¹²³

Ela nem ao menos mencionou que o art. 130 do CPC a autoriza a inverter o ônus da prova, albergue dos poderes instrutórios dados ao magistrado. Não disse que a aplicação desta teoria contraria o disposto do art. 333 do CPC. Apenas prolatou o retromencionado parágrafo. Não se preocupou em falar que tal teoria deve ser vista como uma exceção, já que ela contraria ao art. 333 do CPC, mas que em situações extremas, onde a aplicação de tal preceito acabará por resultar em uma decisão injusta, o julgador se vale dela para evitar tal destino.

A aplicação nesses moldes contraria descaradamente o preceito constitucional que prevê a obrigatoriedade da fundamentação da decisão judicial (art. 93, IX, CF). Mas essa aplicação rasa não se limita aos votos dessa Ministra. Ainda nesta Corte, o Ministro Luis Felipe Salomão, no julgamento do REsp 619.148 – MG, de sua relatoria, em um caso de penhora de verba salarial em conta corrente, justifica que quem deve provar a natureza alimentar de tal verba é o titular da conta, já que ele tem mais condições de fazer tal prova. Para fundamentar essa redistribuição, o Ministro se resume a: “Com efeito, à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria.”¹²⁴.

Não estamos a julgar se a decisão foi acertada ou não, mas afirmando que a utilização desta teoria, nesses moldes, pelo magistrado acaba por desaguar no arbítrio. Voltar-se-ia ao período da livre convicção. O que não é, no sistema atual do CPC e da Carta Maior, mais admitido. Os atos do magistrado devem ser controlados, devendo expor de maneira clara e inteligível a motivação de ter chegado a tal conclusão.

Um belo exemplo de aplicação (mas ainda não observa completamente a técnica processual mais adequada), caso raro na prática processual brasileira, da teoria pode ser apreendido no voto do relatório Apelação n. 990.10.475615-4, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1.023.083. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 15 de abril de 2010. DJe 1º de julho de 2010.

¹²⁴ _____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 619.148 – MG. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão. Julgado em: 20 de maio de 2010. DJe 1º de junho de 2010. Nesse diapasão, estão vários outros julgados, como: REsp 803.995 – RS, AgRg no Agravo de Instrumento 1.104.939 – RS, Agravo de Instrumento n. 990.10.466739-9 – SP, Agravo Regimental n° 0068563-66.2011.8.26.0000/50000 do TJSP, Agravo de Instrumento 0047336-49.2010.8.19.0000 do TJRJ.

Isso porque reconhecida a vulnerabilidade da autora, aplicando-se ao caso a teoria da prova dinâmica, segundo a qual, os esclarecimentos acerca do fato devem ser introduzidos no processo por aquele que está mais habilitado a fazê-lo, distribuindo-se o ônus de sua produção ao caso concreto. Tal determinação é possível, ante a hipossuficiência econômica e técnica das partes: se aparte não tem acesso técnico ou econômico à prova, isso não impede que o magistrado busque os elementos de fontes de prova servíveis à elucidação do fato controvertido. Isso implica dizer que o maior interessado em obter e coletar provas, ou seja, trazer as provas para o processo, é também o juiz, que dividiria com as partes o poder/dever de alimentar o processo com as provas necessárias à formação do seu convencimento. Mais importante do que "provar o alegado" é aprova necessária para o fornecimento de um serviço público (prestação da justiça) de forma adequada e satisfatória, sendo inimaginável pensar em estabilidade (paz social) de situações julgadas, se estas não forem sedimentadas dentro de um juízo razoável de segurança, no qual a prova é elemento imprescindível. Por tudo isso é que a reinterpretação do sistema tradição de distribuição do encargo probatório, agora à luz de um critério publicista, obriga que o art. 130, não sub-utilizado como sempre foi, antes o contrário, seja visto e encarado como uma permissão para que o juiz, em trabalho conjunto com as partes, determine, de ofício, a produção de provas que julgar necessária ao seu convencimento sobre fatos da causa, não sem antes permitir o amplo debate e contraditório, obviamente. A omissão do juiz e a interpretação do art. 130, como se fosse uma figura decorativa do Código, usado em casos e situações excepcionais, não se coadunam com a realidade de que a desigualdade técnica e econômica dos litigantes exige que o Estado desequilibre para equilibrar, e, em matéria de prova no processo civil, este parece um bom mecanismo para que seja atendido o devido processo legal. Dessa forma, então, o artigo 333 (CPC) traria sim, a princípio, as regras de distribuição do encargo probatório e até de identificação do litigante, que arcaria financeiramente com a prova a ser produzida, mas não parte seriam as responsáveis únicas por levar a prova para o processo.

Deste modo, a redistribuição da carga da prova é um instrumento que deve ser usado com parcimônia. Já que ele é uma exceção, a uma contrariedade, ao preceito positivado no CPC. Os julgadores, até os dos mais altas Cortes, não observam os requisitos da aplicação da teoria, justamente por desconhecê-la. O que resulta em decisões canhestras, que, ao invés, de produzirem sentenças mais justas, ampliam as injustiças.

A proposta, ao sugerir um procedimento para aplicação da teoria dinâmica, foi a de apresentar um meio de solucionar os arbítrios que estão sendo praticados pela jurisprudência pátria ao se utilizarem dela.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm>. Consultado em: 5 de outubro de 2011.

_____. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo I*, p. 5-6. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20%288%29%20-formatado.pdf>> Acessado em: 23 de junho de 2011.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2000.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARAL SANTOS, Moacyr: *Prova Judiciária Cível e Comercial*, 4ª ed, volume 1. São Paulo, Max Limonard, 1970.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro*. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 54, n. 343, p. 25-60, maio 2006.

AZÁRIO, Márcia Pereira. *Dinamização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro*. Porto Alegre, 2006. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/14251/000661231.pdf?sequence=1>>

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil. Volume I – Processo de Conhecimento*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Julgamento e ônus da prova*. Temas de direito processual, segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 662.608/SP. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em: 12 dez. 2006. DJ 05 fevereiro 2007, p.7.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1.023.083. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 15 de abril de 2010. DJe 1º de julho de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 896.435/PR. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 27 de outubro de 2009. DJe 9 de novembro de 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1.189.679/RS. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 24 de novembro de 2010. DJe 17 de dezembro de 2010

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1.063.343/RS. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 18 de agosto de 2009. DJe 16 de novembro de 2009

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 619.148 – MG. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão. Julgado em: 20 de maio de 2010. DJe 1º de junho de 2010.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 3ª Câmara de Direito Privado. Agravo Regimental nº 0068563-66.2011.8.26.0000/50000. Relator: Barretta da Silveira. Julgado em: 25 de maio de 2011. DJ 1º de julho de 2010.

CAMEJO FILHO, Walter. *Juízo de admissibilidade e juízo de valoração das provas*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). Prova cível. Rio de Janeiro: 2005

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. 1ª ed., volume I, tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo, Classic Book, 2000, p. 235.

CARPES, Artur Thomsen. *Prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, 2008. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/10183/14251> >

_____. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed. 2º volume, tradução de Paolo Capitanio. Campinas/SP, Bookseller, 2000.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Podivm, 2007

_____, BRAGA, Paula Sarno e Oliveira, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2009, vol. II.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6ª ed, volume III, São Paulo: Malheiros, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni%2815%29%20-formatado.pdf>. Acesso em: 12 de janeiro de 2011.

MORÉS, Rachele. *A Dinamização do Ônus da Prova*. Porto Alegre, 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/10183/26994> >

PACÍFICO. Luiz Eduardo Boaventura Pacífico. *O ônus da prova no direito processual civil*, 1ª ed., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. com atualização legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Projeto de Lei 3015/2008. *Disponível em:*

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=386780>> Acesso em: 23 de fevereiro de 2011.

Projeto de lei 6025/2005. *Disponível em:*<

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=302638>>. Acessado em: 25 de fevereiro de 2011.

SCHIAVI, Mauro, *Manual de direito processual do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre o ônus da prova*,. p.5 Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teresa%20Arruda%20Alvim%20Wambier%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2011.

ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. Malheiros Editores: São Paulo, 2011.