



Carolina Cristina Miotto **ÔNUS DA PROVA: uma análise da distribuição estática e dinâmica do ônus da prova e a sua previsão legislativa nos sistemas processuais civis português e brasileiro**

UMinho | 2015



Universidade do Minho
Escola de Direito

Carolina Cristina Miotto

**ÔNUS DA PROVA: uma análise da distribuição
estática e dinâmica do ônus da prova e a sua
previsão legislativa nos sistemas processuais
civis português e brasileiro**

outubro de 2015



Universidade do Minho
Escola de Direito

Carolina Cristina Miotto

**ÔNUS DA PROVA: uma análise da distribuição
estática e dinâmica do ônus da prova e a sua
previsão legislativa nos sistemas processuais
civis português e brasileiro**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Judiciário
(Direitos Processuais e Organização Judiciária)

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Maria Elizabeth Moreira Fernandez

DECLARAÇÃO

Nome:

Carolina Cristina Miotto

Endereço electrónico: carolinacmiotto@hotmail.com

Telefone: 055 47 8404 7636

Número do Bilhete de Identidade: Passaporte FC 138406

Título dissertação:

ÔNUS DA PROVA: uma análise da distribuição estática e dinâmica do ônus da prova e a sua previsão legislativa nos sistemas processuais civis português e brasileiro

Orientadora:

Professora Doutora Maria Elizabeth Moreira Fernandez

Ano de conclusão: 2015

Designação do Mestrado ou do Ramo de Conhecimento do Doutoramento:

Mestrado em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária)

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA TESE/TRABALHO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho, 28/10/2015

Assinatura:



Assinado de forma digital
por Carolina Cristina Miotto
DN: cn=Carolina Cristina
Miotto, o, ou,
email=carolinacmiotto@hot
mail.com, c=BR
Dados: 2015.10.22 09:45:04
-02'00'

AGRADECIMENTOS

Atravessar um oceano em busca da realização de um sonho não é possível sozinha. Entre a euforia da aprovação para ingressar no mestrado, a mudança de continente, a adaptação à cultura, o efetivo início do aprendizado científico e a finalização desta etapa, muitas pessoas estiveram envolvidas direta e indiretamente e a todas devo minha gratidão. Contenho-me, porém, a enumerar apenas algumas.

Agradeço a Deus, que me guia. À minha mãe, Lourdes Pastorelo Miotto, pela educação e esmero e em me fazer entender o que realmente tem valor na vida. Essa mulher valente e destemida que nunca desistiu de dar suporte para às suas filhas conquistarem aquilo que ninguém pode tirar: conhecimento e honradez.

Agradeço às minhas irmãs Michele e Madalena Miotto que foram minha referência de disciplina e perseverança, estiveram do meu lado como mãe, melhores amigas, psicólogas, terapeutas e também como irmãs no significado pleno da palavra. Elas que, ininterruptamente, dedicaram-se a me manter tranquila e fiel aos meus objetivos, incentivando-me a nunca desistir dos meus mais altos sonhos mesmo sabendo do preço que custariam, e por fim vibram comigo cada passo dado, cada batalha vencida, cada sonho alcançado.

Ao meu marido Daniel, meu carinhoso e sincero agradecimento. Primeiro por me acompanhar na dura e doce tarefa de viver longe de casa, abnegando de conforto e estabilidade. Também por sonhar meus sonhos, caminhar do meu lado sempre, incentivar-me nos estudos. Obrigada por ser a minha base forte e segura, permitindo-me lançar altos voos por saber que sempre terei terreno firme onde pousar.

Gratidão também à família e às minhas queridas amigas - em especial Ana Paula, Camila, Débora e Sabrina -, que me suportaram durante todas as privações e ausências neste período, e me incentivaram em todos os momentos. À Debora, obrigada também pelas correções irretocáveis.

O meu muito obrigada é dirigido, por fim, aos mestres que de alguma maneira marcaram meu intelecto e mudaram minhas perspectivas relativas ao mundo do Direito. Agradeço à Profa. MSc. Rosane R. Schimtt pelo ensino da pesquisa, agradeço à Profa. MSc. Suzete H. Hartke pela inspiração e incentivo na continuação dos estudos e orientação em todos os campos. Agradeço especialmente à orientadora Profa. Dra. Elizabeth Fernandez, que com perspicácia e ousadia de pensamentos permite aos acadêmicos pensar o Direito de maneira “além” dos padrões tradicionais e incentiva à pesquisa dos assuntos relacionados à prova no Processo Civil.

ÔNUS DA PROVA: uma análise da distribuição estática e dinâmica do ônus da prova e a sua previsão legislativa nos sistemas processuais civis português e brasileiro

A tese de mestrado desenvolvida tem por objetivo analisar, no âmbito do Processo Civil, os sistemas de distribuição do ônus da prova, nomeadamente as distribuições estática e dinâmica do ônus da prova, a fim de identificar suas fragilidades e possibilidades, especialmente quando da utilização como regra de julgamento. Objetiva-se, também, avaliar as formas de distribuição probatória utilizadas nos ordenamentos civis e processuais civil de Portugal e do Brasil. O trabalho foi desenvolvido utilizando-se o método de pesquisa indutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, mediante consulta à doutrina nacional e internacional, à legislação dos países sob análise, às decisões dos tribunais superiores e regionais brasileiros e portugueses, em fontes impressas e também disponíveis na rede mundial de computadores (internet).

O trabalho foi dividido em cinco partes. Na primeira parte são analisados os conceitos de verdade e de processo, as narrações processuais e suas implicações na decisão judicial. Também é abordado o valor da verdade no processo judicial e a múltipla possibilidade de variações semânticas do termo. Na segunda parte do labor, passa-se a abordar diretamente a prova no processo judicial, seu contexto histórico, conceitos, e, ainda, os princípios de Direito Constitucional e Processo Civil vinculados à prova. Após, adentra-se propriamente no ônus da prova e suas nuances específicas, indicando o ônus objetivo e subjetivo da prova. Na quarta parte, indica-se as teorias de distribuição do ônus da prova. Por fim, na quinta parte, descreve-se os sistemas processuais civis brasileiro e português no que diz respeito às regras do ônus probatório.

Do estudo, concluiu-se que o modelo de distribuição estática do ônus da prova adotado pela legislação processual civil e civil do Brasil e de Portugal não contemplam os objetivos contemporâneos do processo civil e os anseios do Estado moderno. Todavia, verificou-se que ambos os ordenamentos permitem, preconizando os princípios constitucionais da igualdade e da efetividade, a aplicação indireta da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Concluiu-se, ainda, que a alteração datada de 2013 do Código de Processo Civil de Portugal, embora tenha aumentado os poderes do julgador, ainda encontra resistência na aplicação de um ônus da prova flexível no Processo Civil Português. As modificações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil do Brasil, por sua vez, permitirão a distribuição mais flexível do ônus da prova entre os litigantes no Brasil

Burden of proof: an analysis of static and dynamic distribution of the burden of proof and its legislative prevision in portuguese and brazilian civil procedural systems.

The developed master's thesis aims to analyze, in the framework of Civil Procedure, the distribution systems of the burden of proof, namely the static and dynamic distributions of the burden of proof in order to identify their weaknesses and possibilities, especially when used as judgment rule. The objective is also to evaluate the probative forms of distribution used in civil and civil procedural systems of Portugal and Brazil. The work was developed using the inductive research method, through literature review, in consultation with the national and international doctrine, the laws of the countries in question, the decisions of brasilian and portuguese superior courts and regional courts, in printed sources and also available on the worldwide computer network (Internet).

The work was divided in five parts. In the first part are analyzed the concept of truth and process, procedural stories and their implications on the judicial decision. Is also discussed the value of truth in the judicial process and multiple possibility of semantic variations of the term. In the second part of the work, it goes to directly address the evidence in the judicial process, its historical context, concepts, and also the principles of Constitutional Law and Civil Procedure related to the proof. After, it properly enters in the burden of proof and its specific nuances, indicating the objective and subjective burden of proof. In the fourth part, indicates the theories of distribution of the burden of proof. Finally, the fifth part describes the civil procedural systems Brazilian and Portuguese in reference to the rules of the probative burden.

From the study, it was concluded that the static distribution model of the burden of proof distribution model adopted by the civil and civil procedural law in Brazil and Portugal does not consider contemporary goals of civil procedure and the desires of the modern state. However, it was found that both systems allow, advocating the constitutional principles of equality and effectiveness, the indirect application of dynamic distribution of the burden of proof.

It was concluded that the amendment dated 2013 of the Code of Civil Procedure of Portugal, although it has increased the powers of the judge, still encounters resistance in the application of a flexible burden of proof in Civil Procedure Portuguese. The changes introduced by the New Civil Procedure Code of Brazil, in turn, will allow more flexible distribution of the burden of proof between the litigants in Brazil.

ÍNDICE

Introdução	13
Capítulo I – A verdade e a prova processual	17
1.1 A busca pela verdade e o processo	17
1.2 Narrações processuais, descrição dos fatos e verdade	18
1.2.1 A múltipla possibilidade de narrações verdadeiras	22
1.3 (Im)propriedades das interpretações semânticas de verdade. A verdade no processo.	23
1.4 O valor social e jurídico da verdade	27
1.5 O processo e a verdade: uma relação epistêmica	30
Capítulo II - A prova no processo	33
2.1 O contexto histórico da utilização das provas no processo	33
2.2 A prova processual propriamente dita: conceito e objeto	36
2.3 Princípios vinculados à prova processual	41
2.3.1 Princípio inquisitivo e princípio dispositivo	44
2.3.2 A oficiosidade do juiz na produção da prova no processo civil	49
Capítulo III - Do Ônus da Prova	53
3.1 A prova é ônus, obrigação ou dever?	54
3.2 Ônus da prova e ônus da alegação	57
3.3 Ônus subjetivo e ônus objetivo da prova	58
3.3.1 Ônus subjetivo	58
3.3.2 Ônus objetivo	60
Capítulo IV – Das Teorias de Distribuição do Ônus da Prova	65
4.1 Breve histórico sobre as teorias de distribuição do ônus da prova	65
4.1.1 A Teoria das Normas, de Léo Rosemberg	67
4.1.2 A insuficiência da teoria das normas: teoria de Gian Antonio Micheli, teoria de Hernando Devis Echandía, e críticas de Pedro Múrias	74

4.2 Distribuição estática do ônus da prova	78
4.2.1 O problema das provas difíceis e impossíveis	80
4.2.2A inversão do ônus da prova	84
4.3 A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova	90
Capítulo V - A Distribuição do Ônus da Prova Luso-Brasileira	103
5.1 Modelo de distribuição probatória Português	104
5.2 Modelo de distribuição probatória Brasileiro	116
5.2.1A inversão e a dinamização do ônus da prova no Brasil	123
5.2.2As alterações do Novo Código de Processo Civil Brasileiro	130
Conclusão	139
BIBLIOGRAFIA	142

LISTA DE ABREVIATURAS

BR – Brasil

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CPC – Código de Processo Civil

CPC BR - Código de Processo Civil do Brasil

CPC PT - Código de Processo Civil de Portugal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

NCPC BR – Novo Código de Processo Civil do Brasil

PT – Portugal

STJ BR – Superior Tribunal de Justiça do Brasil

STJ PT – Supremo Tribunal de Justiça de Portugal

Introdução

A busca da verdade, como condição para se alcançar as finalidades mais importantes do processo, e como uma das finalidades do processo, nem sempre foi uma preocupação da Sociedade. A abolição da autotutela pelo Estado e a conseqüente monopolização dos conflitos não tinha, inicialmente, as finalidades sociais que o Estado contemporâneo impõe. O que se procurava, *a priori*, era apenas colocar um “ponto final” nos litígios, adstrito ao formalismo da legislação rígida e menos evoluída, pouco importando a “justiça” da decisão.

O sistema probatório judicial acompanhou a evolução do Estado e da Sociedade e adequou-se aos seus anseios. Percorrendo uma linha evolutiva que partiu do misticismo, passou pelo formalismo, e, contemporaneamente, procura adequar-se aos complexos conceitos de verdade e justa composição da lide.

A verdade, pois, passou de impossível ou divina a um objetivo do processo, pressuposto da justiça da decisão, alcançável por meio do sistema probatório. Esse, porém, imperativamente legislado, tenta contemplar os avanços e complexidades dos litígios modernos, encontrando, contudo, dificuldades em sua empreitada. Princípios constitucionais mais contemporâneos e consoantes às necessidades intrínsecas do indivíduo e da coletividade, como a efetividade, a igualdade e a legalidade com suas implicações próprias, tendem a guiar o sistema probatório, contudo, muitas vezes o legislador infraconstitucional encontra dificuldades em refletir nas normas procedimentais a essência constitucional.

Tanto em Portugal como no Brasil, a prática procedimental probatória tem por base a teoria estática do ônus da prova, sob influência dos primórdios da Teoria das Normas, do alemão Léo Rosenberg que considera essencialmente a natureza dos fatos alegados como pressuposto de imposição de sua comprovação. Porém, verifica-se que há possibilidades adaptáveis aos sistemas probatórios lusófonos sob análise para a sua flexibilização. O sistema probatório brasileiro e português tem várias similitudes legais, porém, algumas nuances práticas bem específicas, reflexos históricos e sociais de países que, embora tenham suas histórias entrelaçadas, caminham consoantes os passos peculiares da sua Sociedade.

A utilidade do ônus da prova vai além de proporcional o convencimento do julgador. O ônus da prova serve, de início, como regra de observação para as partes de quem deverá fornecer as provas no processo a fim de esclarecer a verdade dos fatos alegados e produzir o convencimento do juiz. Ocorre que, por vezes, a verdade não é alcançada, e a lei processual veda ao juiz o não julgamen-

to da causa, por derradeiro; o ônus da prova surge, em sua segunda vértice, como regra de julgamento e impõe a uma das partes a decisão desfavorável decorrente da não observação e cumprimento da comprovação material dos fatos alegados.

O problema verificado diz respeito à suficiência das regras de distribuição do ônus da prova no procedimento judicial civil brasileiro e português, e se essas estão aptas para promover a justa composição dos litígios, inclusive quando utilizadas como regra de julgamento.

A partir desse contexto, com o desenvolvimento da dissertação, objetivou-se analisar os modelos de distribuição de ônus probatório estático e dinâmico, abordando, especialmente, as implicações da sua utilização como regra de julgamento, bem como a sua adoção legislativa nos sistemas processuais civis de Portugal e Brasil, a fim de possibilitar uma comparação dos sistemas processuais desses Estados no tocante ao ônus da prova.

O trabalho foi dividido em cinco capítulos. O primeiro capítulo foi dedicado ao estudo da *verdade* e do processo judicial. Aborda-se o significado de verdade e suas variações conceituais, adentra-se no universo das narrações processuais e sua importância para o processo, indica-se o conceito de processo e, ainda, a relação entre processo judicial e a *verdade*.

No segundo capítulo analisa-se a prova processual, o conceito histórico de sua utilização jurídica. Avalia-se as diversas possibilidades de utilização semântica do termo prova, admitindo sua concepção no direito civil e processual civil brasileiro e português sob três aspectos: *prova como atividade*, *prova como meio* e *prova como resultado*. Aborda-se os princípios constitucionais e processuais vinculados à prova, especialmente o devido processo legal, a legalidade, o contraditório, a aquisição processual o dispositivo e inquisitivo. Por fim, indica-se a possibilidade e limites da atuação oficiosa do juiz na questão probatória.

O terceiro capítulo é dedicado ao estudo do ônus da prova propriamente dito. Inicia-se diferenciando *dever*, *obrigação*, *direito* e *ônus*. Compreende-se, por ônus, o encargo cuja a inobservância processual coloca a parte em situação de desvantagem perante o direito. Diferencia-se o ônus da prova e ônus da alegação, indicando sua correlação especialmente no direito português. Ainda no terceiro capítulo, faz-se importante diferenciação entre ônus subjetivo e ônus objetivo da prova: àquele como regra de conduta das partes perante o processo, determinando que deverá provar, esse como regra de julgamento, utilizada como alternativa para o *non liquet*, impondo situação de desvantagem, consubstanciada em decisão judicial contrária à parte que não observar o ônus subjetivo inicialmente imposto.

No quarto capítulo adentra-se na questão das teorias de distribuição do ônus da prova. Faz-se um breve histórico das principais teorias, indica-se a Teoria das Normas, que influenciou os ordenamentos brasileiro e português sob análise, bem como ressaltam-se suas insuficiências.

Estuda-se, no quarto capítulo, a teoria estática do ônus da prova e suas impropriedades, especialmente sua insuficiência no tocante às provas diabólicas. Indica-se a inversão do ônus da prova como alternativa às regras rígidas e pouco razoáveis da distribuição estática. Por fim, analisa-se os conceitos pertinentes à distribuição dinâmica do ônus da prova e sua proximidade com os atuais anseios da Sociedade e do Estado.

O quinto e último capítulo é dedicado ao estudo individual dos ordenamentos civis e processuais civis de Brasil e Portugal no tocante à questão probatória. Indica-se a aplicação legal e as alterações legislativas nos dois países, os princípios peculiares e a aplicação prática dos institutos nas duas soberanias. Aponta-se, também, as possibilidades dos ordenamentos para a flexibilização do ônus da prova, a fim de adequá-lo aos conceitos modernos de alcance da verdade e justa composição da lide.

Capítulo I – A verdade e a prova processual

1.1 A busca pela verdade e o processo

A busca pela verdade no processo tem estreita relação com a prova, sendo que se pode afirmar que uma é pressuposto da outra, o que torna relevante a abordagem do tema para a compreensão do porquê existe o instituto da prova no Direito, bem como entender sua importância e consequência do seu não alcance.

Para iniciar o estudo de um possível significado do termo *verdade*, necessário se faz esclarecer que não existe um conceito soberano sobre o assunto, porém ao contrário, assim como o termo *justiça*, o termo *verdade* é objeto de inúmeros e extensos estudos, sem nunca se chegar a um consenso universal.

Pode-se dizer que a *verdade*, tal como o conhecimento, é uma invenção do homem. Essa conclusão, de que o conhecimento é uma invenção, provém da interpretação de Michel Foucault¹ a partir da afirmação de Nietzsche², considerando que o conhecimento “não tem origem”, assim, “o conhecimento é simplesmente o resultado do jogo, do afrontamento, da junção, da luta e do compromisso entre os instintos [...] o conhecimento não faz parte da natureza humana”. A partir de tal afirmação, poderia se afirmar que o mesmo ocorre com a verdade, em especial a verdade no contexto processual, que deriva mais dos instintos do que propriamente da natureza.

Porém, torna-se imprescindível para o deslinde e compreensão deste trabalho, adotar alguns parâmetros conceituais capazes de sustentar os posicionamentos adotados. O objetivo não é abordar a origem e desdobramento filosófico geral da “verdade” cotidiana, mas sim, o de esclarecer o que representa a “verdade” no processo judicial, especialmente no processo civil.

A delimitação da área de observação é importante, e exclui muitas abordagens e diferenças que, embora extremamente interessantes, não tem relevância direta para o tema em questão.

Antes de adentrar no que representa a verdade no processo, é preciso entender a sistemática processual na qual ela está inserida, e, neste sentido, é necessária a adoção de um conceito de processo - longe de tratar o assunto com profundidade, o que se pretende é apenas demonstrar as conexões necessárias para compreensão final da temática proposta.

¹ Cf. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3.ed. Rio de Janeiro: NAU, 2003, p. 13-16.

² Os dizeres de Nietzsche, datados de 1873, são: “Em algum ponto perdido deste universo, cujo clarão se estende a inúmeros sistemas solares, houve, uma vez, um astro sobre o qual animais inteligentes inventaram o conhecimento, foi o instante da maior mentira e da suprema arrogância da história universal” (Cf. FOUCAULT, Michel. *Ob. Cit.*, 2003, p. 13).

O processo, em termos gerais e consoante a doutrina majoritária, pode ser compreendido em três perspectivas diferentes: como *método de criação de normas jurídicas, ato jurídico complexo e relação jurídica*³.

Interessa aqui aprofundar o último aspecto indicado: processo como relação jurídica. É necessário esclarecer que o significado do termo *processo* passou, e ainda passa, por recorrentes transformações. No contexto processual moderno, o conceito de “processo” mais aceito, inclusive pelos ordenamentos processuais em estudo – brasileiro e português –, é o conceito de processo como *relação jurídica* criado por Oskar von Büllow⁴.

No cenário do processo como relação jurídica, Bullock destaca a diferença entre a relação jurídica processual e a relação jurídica material: “a relação de direito material é objeto de discussão no processo, enquanto a relação de direito processual é a estrutura por meio da qual essa discussão ocorrerá”. Bullock observou diferenças entre *sujeitos* da relação jurídica, dos seus *objetos* e de seus *requisitos formais* (chamados de pressupostos processuais). “A existência no processo de múltiplos e variados liames jurídicos entre o Estado-juiz e as partes, criando a esses sujeitos a titularidade de situações jurídicas a exigir uma espécie de conduta ou a permitir a prática de um ato, representaria a relação jurídica processual”⁵, essa relação, de acordo com suas características procedimentais, pode ser considerada como uma relação jurídica complexa⁶.

Traçado o objetivo de esclarecer algumas das nuances da verdade no processo judicial, além de conceituar processo, é importante fazer referência às *narrações processuais*, que são os enunciados fáticos desenvolvidos (as histórias contadas) inicialmente pelas partes, que levam ao conhecimento do Tribunal a situação controversa.

As narrações processuais, ao passo que “contam” sobre os fatos ao Estado (representado pelo juiz), têm especial importância na busca pela verdade no contexto processual.

1.2 Narrações processuais, descrição dos fatos e verdade

Histórias e narrações são necessárias tanto no contexto do processo como fora dele, porque são os instrumentos principais, mediante os quais, elementos de informação fragmentados e dispersos,

³ Cf. DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Volume I. 16ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 20.

⁴ A concepção de processo como relação jurídica surgiu com a publicação, em 1868, do trabalho intitulado “*A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*”, na Alemanha. Tal concepção predomina, até hoje, na confecção dos códigos e leis processuais modernos e foi aprimorada por doutrinadores como Carnelutti (Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 7ª Edição. Editora Método. Brasil, 2015, p. 66).

⁵ Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 7ª Edição. Editora Método. Brasil, 2015, p. 66.

⁶ Fredie Didier Junior, afirma que “por metonímia, pode-se afirmar que essas relações jurídicas formam uma única relação jurídica, que também se chamaria processo. Essa relação jurídica é composta por um conjunto de situações jurídicas (direitos, deveres, competência, capacidades, ônus, etc) de que são titulares todos os sujeitos do processo. É por isso que se costuma afirmar que o processo é uma relação jurídica complexa” (Cf. DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Ob. Cit., 2014, p. 22).

e “peças” dos acontecimentos, podem ser combinados e articulados como um conjunto de fatos coerentes e dotados de sentido.

Michele Taruffo⁷ alerta para o fato de que as histórias podem ser entendidas como “construções interpretativas de acontecimentos”, as quais dão uma forma possível, um modelo, a um conjunto informe de dados. Porém, sua característica principal consiste no fato de que *histórias* propõe somente possibilidades, sem importar quão longe estão da realidade.

Visto o processo, eminentemente pelo seu aspecto físico, torna-se possível afirmar que este é composto basicamente de “palavras”, palavras que de forma articulada representam narrações, seja dos fatos (feitas pelas partes) seja dos atos processuais (feitas pelo Tribunal). De maneira que, pode-se afirmar tal como sustenta Maria Clara Calheiros⁸ que o “jurista é, inequivocadamente, um narrador”.

Embora essenciais ao processo, as narrações das partes, feitas em sua maioria por advogados, podem se tornar “suspeitas”, e trazer consequência perigosa ao processo. Isto porque, ao serem dotadas de subjetividade, de carga emocional, e sem imposição de precisão científica, abrem a porta da imprecisão, da variabilidade e da manipulação na reconstrução dos fatos. Esclarece-se, neste ponto, que não se pretende generalizar, pelas indicações acima, que todas as narrações dos advogados sejam suspeitas, isto porquê, em determinados ordenamentos – como o americano - é permitido aos advogados “manipular a verdade dos fatos”, e aceita-se esta prática como parte do “trabalho” do profissional. Não se tem aqui espaço para aprofundar esta discussão, basta indicar que existe possibilidade de que narrações “falhas” gerem perigo à justiça das decisões.

A finalidade e os objetivos das partes no processo têm elementar importância neste tocante. Um processo que tem por fim apenas resolver conflitos - sem compromisso com decisões justas-, e uma parte que tem como objetivo tão somente ganhar a causa - sem levar ao processo todas as informações relevantes -, tendem a introduzir ao juízo narrações com erros, lacunas, manipulações e reconstruções incorretas dos fatos, que, por sua vez, podem levar a equívocos e a erros substanciais na decisão final de uma controvérsia

Na realidade, como bem esclarece Michele Taruffo, o que está em jogo no contexto das narrações é um problema fundamental relativo ao *conceito de verdade*: a definição de verdade depende do contexto em que se formula. Por conseguinte, contextos diferentes podem adotar distintos conceitos de *verdade*, e é a diferença no contexto que determina a diferença nas definições de verdade⁹.

⁷ Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdade: el juez y la construcción de los hechos*. Traducción Daniela A. Scagliotti. Madrid: Editora Marcial Pons, 2010, p. 48.

⁸ Cf. CALHEIROS, Maria Clara. O Jurista-narrador. *Tópica, retórica y dialéctica en la jurisprudência. Homenaje a Francisco Puy*. Universidade de Santiago de Compostela, 2011, pp. 103-110, p. 103.

⁹ Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdade. Ob. Cit.*, 2010.

Chega-se, pela interpretação apresentada, a um importante ponto do trabalho, que será adiante melhor abordado, mas que desde já precisa ser ressaltado: no processo não existe verdade absoluta!

O processo judicial se forma a partir das narrações processuais, que constituem sua base, e, por sua vez, descrevem, ou deveriam descrever, fatos da realidade com implicações jurídicas relevantes para as partes. A *verdade*, neste sentido, tem relação com a narração dos fatos, com sua correspondência “orgânica” ao desdobramento no mundo real, que na maioria das vezes é anterior ao processo, anterior à própria narração.

É comum que os juristas (tanto advogados quanto julgadores), nas narrações processuais, tendam a falar muito mais dos direitos do que dos fatos¹⁰. Porém, no processo, os fatos representam a conexão inicial do Tribunal com a controvérsia, assim como o ponto de referência de todo o aparato de regras relativas às provas e sua assunção, portanto, se não há fatos, não haverá provas e, tampouco, haverá norma jurídica aplicável.

Outrossim, quando se fala de “fatos” no processo, não se faz referência aos “fatos em sua existência material e empírica”, isto seria impossível, pois os fatos narrados pertencem ao pretérito. Deste modo, as narrações processuais somente podem compreender “enunciados sobre fatos”. Neste sentido, um enunciado sobre um fato é qualquer enunciado em que se descreve que um evento ocorreu “de tal e qual maneira” no mundo real¹¹.

Ultrapassada a questão terminológica, esclarece-se, desde já, que no processo apenas os fatos são objeto de prova - e por isso de elementar importância no contexto das narrações, Em geral o direito não é objeto de prova, este deve ser de prévio conhecimento do juiz¹².

Ainda no tocante às narrações processuais, faz-se necessário destacar que uma mesma situação fática pode ser objeto de diversas e diferentes narrações, a depender de algumas circunstâncias, tais como os objetivos dos narradores.

O advogado é um dos principais narradores do processo, pois, ao representar uma das partes, apresenta a demanda ao Tribunal e leva a conhecimento deste, através de narrações, a situação fática colocada em discussão. Neste particular, Maria Clara Calheiros¹³ atenta para o fato de

¹⁰ Tal prática é disseminada desde os bancos escolares da faculdade de direito, na qual as disciplinas ofertadas em sua esmagadora maioria, senão em totalidade, dizem respeito às leis e normas.

¹¹ Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdade*. Ob. Cit., 2010.

¹² Neste sentido o Código de Processo Civil brasileiro dispõe que prova tem o condão de provar a verdade dos fatos, sendo necessária apenas a prova do direito, quando este se referir a direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário: “Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.” E complementa que “Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

¹³ Cf. CALHEIROS, Maria Clara. O Jurista narrador. Ob. Cit., 2011, p. 104.

que o advogado é o jurista que tem a característica de narrador processual como vais evidente, e que, muito além de ser aquele que “diz o direito” também é aquele que narra os fatos.

No tocante às narrações dos advogados, W. Twining (1994)¹⁴ destaca que as narrações devem ser utilizadas como técnica de persuasão racional. Neste entendimento, o trabalho do advogado seria persuadir o tribunal a favor do seu cliente, de maneira que se poderia manipular as narrações dos fatos, mesmo que importasse em descarte de argumentos e informações relevantes, dirigidas ao objetivo de ganhar o caso. Indica-se que não será aqui abordado os aspectos éticos e nem mesmo as implicações jurídicas das afirmações de W. Twining acima indicadas, bastando-se afirmar que ela ainda é muito difundida nos ordenamentos processuais modernos, especialmente na *common law*.

Embora possam ser manipuladas, a realidade é que as narrativas dos advogados constituem a base sobre a qual o processo será desenvolvido, por isso foi indicado anteriormente a preocupação com as consequências das narrações descomprometidas com a verdade.

Outro narrador processual importante é o juiz. Este é o narrador final e definitivo dos fatos. Maria Clara Calheiros¹⁵ afirma que “as decisões judiciais são narrativas últimas, que integram os vários elementos que as anteriores tinham apresentado”.

Na decisão de um processo – especialmente no contexto legal dos países *civil law* - o juiz considerará entre todas as narrações desenvolvidas aquela que mais se aproxima da *verdade*, isto é, da ocorrência no mundo empírico, o que poderá ser aferido mediante a comprovação das narrações pelas provas levadas ao juízo. Daí a correlação íntima entre verdade e provas processuais.

Michele Taruffo¹⁶ leciona que a decisão do juiz, mais especificamente a decisão de mérito, tem três características importantes. A primeira é que se trata de um *ato ilocucionário assertivo* - composta de um conjunto de enunciados que descrevem os fatos. A segunda característica é que a decisão é neutra e supra partes, tendo em vista a falta de interesse particular do juiz (imparcialidade). E a terceira é que se trata de uma *narração verdadeira*, que expressa a pretensão da verdade e o juiz afirma o ser a partir das provas praticadas e valoradas, e no contexto do processo.

A partir do exposto, sobre o conceito do processo e as narrativas processuais, chega-se a uma importante conclusão, que representa uma das bases epistêmicas deste trabalho: um enunciado se considera “verdadeiro” na medida em que haja sido confirmado por provas, isto é, à medida em que as provas tenham demonstrado a ocorrência anterior dos fatos numa perspectiva de realidade material. Esta concepção é a mais adotada nas sociedades ocidentais, inclusive é a adotada pelos sistemas

¹⁴ Cf. W. Twining, 1994 Rethinking Evidence. Exploratory Essays. Apud, TARRUFO, Michele, Ob. Cit., 2010, p. 57.

¹⁵ Cf. CALHEIROS, Maria Clara. O Jurista narrador. Ob. Cit., 2011, p. 108.

¹⁶ Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdade*. Ob. Cit., 2010.

processuais civis brasileiro e português. Trata-se da concepção *correspondentista* da verdade, na qual é a realidade que determina a verdade ou a falsidade das narrações que a descrevem – que tem a verdade como uma das finalidades do processo judicial.

Esclarece-se, contudo, que mesmo nos casos em que não há o alcance da *verdade*, a narração será necessária, isto por que, como bem explica Michele Taruffo¹⁷ nestes casos o juiz comporá uma narração “negativa”. Tal narração deverá dizer que os fatos relevantes do caso não foram determinados e que – em consequência – os enunciados relativos a estes fatos não podem ser assumidos como verdadeiros, e isso possui implicações jurídicas a serem esclarecidas em momento oportuno.

Embora pareça inicialmente simplório estabelecer que a *verdade* no processo é a confirmação probatória dos enunciados fáticos, essa afirmação tem importantes desdobramentos para a teoria das provas.

1.2.1 A múltipla possibilidade de narrações verdadeiras

A questão das narrativas processuais se torna uma problemática quando, num processo, apresentam-se várias narrações/afirmações que, muitas vezes são coerentes com a realidade material, porém convergem juridicamente entre si.

Neste sentido, Susan Haack¹⁸ destacou que um mesmo acontecimento pode ser objeto de múltiplas descrições verdadeiras. Isto significa dizer que um mesmo conjunto de eventos pode ser descrito de várias maneiras diferentes e verdadeiras, bem como, de várias maneiras falsas.

Isto pode ocorrer no processo, mesmo sem má-fé das partes, porque que há vários narradores descrevendo diferentes histórias sobre o mesmo fato. Isto é, o fato narrado é o mesmo, mas pode ser descrito com observância de “ângulos” distintos, cada qual com suas características. Vale salientar, como anteriormente indicado, que no processo, a *verdade* tem relação com a confirmação probatória dos fatos.

Neste ponto, é relevante fazer a diferença entre boa narração e narração verdadeira.

A teoria geral *story-telling*, que, de modo simplificado, está relacionada com a capacidade de contar histórias, não fala acerca de narrações verdadeiras, mas tão somente de boas narrações. Alguns requisitos são gerais às boas narrações: plausibilidade, coerência com o *stock of knowledge* (estoque

¹⁷ Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdade*. Ob. Cit., 2010.

¹⁸ Cf. HAACK, Susan. *Manifesto of a Passionate Moderate. Unfashionable Essays*, Chicago-London: University of Chicago Press. 1998, p. 157, Apud, TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdade*. Ob. Cit., 2010, p. 82.

de conhecimento) dos ouvintes de modo que resulte em familiaridade, narrativamente coerente para ser persuasiva.¹⁹

Narrações coerentes e persuasivas podem, porém, ser completamente falsas. Neste tocante retomamos o conceito de verdade processual adotado: somente será considerado verdadeira a narração provada. De forma que, mesmo que a narração não seja boa, se for provada, será verdadeira, é isso que se defende ocorrer no processo civil brasileiro e português, desde que respeitadas suas regras particulares codificadas.

Feita esta consideração, as próximas linhas serão dedicadas ao aprofundamento de questões relacionadas à verdade no processo.

1.3 (Im)propriedades das interpretações semânticas de verdade. A verdade no processo.

A possibilidade de que de um mesmo fato derive enunciados completamente diferentes com a plausibilidade de todos serem verdadeiros, revela implicações psicológicas, morais, e de objetivos dos narradores.

Convém indicar que a concepção de verdade e falsidade é diferente em distintas épocas e diferentes grupos sociais. Não há interesse aqui em abordar as diversas concepções adotadas ao longo do tempo sobre o termo verdade, bem como não há a pretensão de conceituar universalmente o termo verdade, mas tão somente entender algumas de suas nuances e implicações, especialmente no processo civil, e em peculiar na cultura *civil law* que influencia os ordenamentos brasileiro e português.

A superação da ideia de existência “múltiplas verdades” e da “não importância da verdade” se deu na época intitulada por Michele Taruffo de “pós-pós-modernismo”, que implicou em consideráveis trocas de perspectivas no que diz respeito ao problema da verdade. As *verdades* ou *certezas absolutas* foram superadas, assim como foram outras teses radicais²⁰.

Pretende-se, nesse título, indicar algumas distinções que envolvem direta ou indiretamente o significado de *verdade* proposto neste trabalho, especialmente as que surgem na linguagem comum e na linguagem processual.

A primeira distinção é inútil, e por isso mesmo precisa ser referenciada. Diz respeito às *verdades absolutas e relativas*. A Verdade (verdade absoluta) não pertence ao mundo das coisas, de

¹⁹ Cf. TARUFFO, Michele. *Simplymente la verdade. Ob. Cit., 2010.*

²⁰ Cf. TARUFFO, Michele. *Simplymente la verdade. Ob. Cit., 2010, p. 93.*

modo que não há como pertencer à justiça do processo.²¹ Neste sentido, Gustavo Badaró indica que no campo processual, o alcance da *verdade* se inicia por meio de um processo de reconstrução histórica. Por se tratar de um juízo investigativo, diversamente do juízo lógico, é impossível, pela reconstrução histórica, que se atinja uma *verdade absoluta*. Por ser o conhecimento humano incompleto – seja por natureza, seja por definição-, é impossível chegar à certeza absoluta do fato. De maneira que o juiz, como receptor dos fatos trazidos pelas partes, poderá conseguir uma aproximação, maior ou menor da verdade dos fatos. Para Badaró, tanto a verdade formal quanto a verdade material não são verdades absolutas, apenas distinguem graus de aproximação daquela verdade absoluta inatingível²².

Outra distinção carente de fundamento, é a de *verdade formal (ou processual)* de *verdade material (ou real)*, esta que se determina no contexto do processo, e aquela que teria lugar apenas fora do processo. A verdade formal diz respeito ao ditado *quod non est in actis non est in mundo*, que significa que *o que não está nos autos não está no mundo* e isso implica em afirmar que a verdade, portanto, é o resultado probatório do processo, embora possa não encontrar correspondência com os fatos como aconteceram historicamente. A verdade real, por sua vez, é aquela que representa a correspondência dos fatos narrados com os acontecidos materialmente, trata-se da verdade como objetivo do processo civil moderno, conforme aqui defendido.

Embora, à primeira vista, o conceito de verdade formal pareça incompatível com os fundamentos do Estado moderno, salienta-se que em muitos ordenamentos, a verdade formal é a que se busca no processo e que, mesmo sendo considerado um conceito ultrapassado, parte da doutrina ainda defende que no processo civil vigora o princípio da verdade formal²³. Isto significa dizer, que o juiz deve se ater àquilo que as partes apresentam no processo, mesmo tendo notícias que os fatos ocorreram de maneira diferente. Considera-se inadmissível, a partir de uma concepção moderna de justiça, a ideia de que existem várias espécies de verdades dentro e fora do processo. É certo que a verdade dos enunciados sobre os fatos do caso depende da realidade destes fatos, e essa correspondência ocorre tanto no processo como fora dele, logo, a distinção entre verdade processual e material, portanto, carece de fundamentos.

²¹ No processo somos enfrentados apenas com verdades relativas, no sentido que o conhecimento da verdade é relativo ao contexto no qual seja realizado, ao método com que se desenrole a investigação e à quantidade e à qualidade de informações de que se dispõe sobre as quais se funde o conhecimento. Um enunciado é verdadeiro ou falso, não mais ou menos verdadeiro: o que pode variar é o grau de confirmação. Segundo as circunstâncias, poderá, portanto, existir maior ou menor aproximação da verdade. Neste sentido, pode-se afirmar que apesar de relativo o conhecimento da verdade é objetivo (Cf. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdade. Ob. Cit.*, 2010)

²² Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahty. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 32.

²³ “[a]dota-se a verdade formal como consequência de um procedimento permeado por inúmeras formalidades para a colheita das provas, por inúmeras presunções legais definidas aprioristicamente pelo legislador, tais como, preclusão, coisa julgada, revelia, confissão. Em outras palavras, enquanto no processo penal só a verdade real interessa, no processo civil serve a verdade aparente”(Cf. SILVA, Nelson Finotti. *Verdade Real x Verdade Formal*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 20, n.IV, p. 17-21, 2002).

Uma distinção muito relevante é a feita entre *verdade e certeza*²⁴. Vale salientar que a “verdade” é objetiva e depende da realidade empírica dos fatos de que se fala, enquanto a “certeza”, ao contrário, é um estado subjetivo referido à psicologia de quem fala, e corresponde a um grau elevado de intensidade de conhecimento do sujeito particular.

Para o jurista Cândido Rangel Dinamarco “a verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isso, não se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo”, o autor argumenta que no máximo se pode alcançar um grau muito elevado de probabilidade e isso deve ser suficiente para o julgador no processo, pois sendo a certeza de difícil ou impossível aferimento, a sua busca inviabilizaria os julgamentos²⁵.

No tocante à *verdade* e à *verossimilitude*, não há coincidência ou correspondência. Se considera verossímil o que corresponde com a normalidade de um certo tipo de condutas ou de acontecimentos. Verossimilitude, portanto, corresponde ao *id quod pleremque accidit* (que geralmente acontece). Neste sentido, um fato verossímil pode não haver ocorrido por qualquer razão, enquanto um fato verdadeiro pode ser inverossímil.

Sobre a diferença entre *verdade e probabilidade*, aponta-se que a verdade de um enunciado depende da realidade do acontecimento a que o enunciado se refere; ao contrário, um enunciado é provável, se dispõe de informações que justificam considerá-lo verdadeiro.

Susan Haack²⁶, no trabalho intitulado de Filosofia das Lógicas, dedica um capítulo às teorias da verdade na abordagem filosófica, e indica que existe uma diferença entre *definições* e *critérios de verdade*, de maneira que “enquanto uma definição dá o significado da palavra ‘verdadeiro’, um critério fornece um teste por meio do qual se diz se uma sentença (ou o que quer que seja) é verdadeira ou falsa”²⁷, de maneira que o real significado do termo que se busca é alcançado de modo correto precisamente ao se fornecerem critério para sua aplicação.

No contexto processual, podemos aproximar que o “critério” utilizado para se determinar a verdade, quando restam fatos controversos a serem apurados, é o procedimento probatório.

²⁴ Além de impropriedade linguística, a distinção entre verdade e certeza é um problema que se relaciona às teorias relativas à decisão judicial, como o caso da teoria segundo a qual o juiz deve valorar as provas e formar decisão extraindo *certezas* de sua íntima convicção. A decisão do juiz neste caso não pode ser racionalmente aferível, por se basear em elementos subjetivos.

²⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 322.

²⁶ Cf. HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas (Philosophy of Logics)*. Trad. Cezar Augusto Mortari, Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Editora UNESP, 2002, p. 129-130.

²⁷ Como exemplo da diferenciação entre definição e critério de verdade, Susan Haack (Op. Cit, 2002, p.130) indica que “pode-se distinguir, de um lado, fixar o significado de ‘febril’ como ter uma temperatura mais alta que algum ponto dado e, de outro, especificar procedimentos para decidir se alguém está febril”.

Importante indicar, também, que há varias teorias acerca da verdade. Susan Haack²⁸ aprofunda seus estudos nas teorias da coerência, teorias pragmáticas, teoria semântica, teoria da redundância.

Michele Taruffo²⁹, por sua vez, divide o estudo das teorias da verdade em verdade judicial, teorias irracionistas, verdade absoluta e verdade relativa, verdade como coerência e verdade como correspondência.

Maria Clara Clareiros³⁰ resume o estudo de Gascón Abellán, que separa as teorias da verdade em três grupos. Inicialmente aborda-se a *teoria semântica da verdade como correspondência* - acima indicada como a atualmente aceita nos ordenamentos sob análise - que assume a “verdade como adequação de um enunciado à realidade que representa”. A *teoria sintática da verdade como coerência*, por sua vez, atribui à verdade do enunciado como um resultado da integração coerente do enunciado num conjunto de enunciados (fazer sentido). E, por último, referido autor faz referência à *teoria pragmatista da verdade*, que atribui à verdade ao enunciado se este for aceitável de forma justificável.

Embora algumas indicações acerca da *verdade* sejam inevitáveis e indispensáveis para a compreensão do ônus da prova, objeto central deste estudo, esclarecemos que não serão aprofundadas as teorias acerca da verdade, haja vista que o objeto deste trabalho não é a descoberta da verdade em si, mas sim o que deve ser feito quando a verdade não é alcançada.

Cabe esclarecer, por fim, que as atuações humanas têm “herança” comportamental, e nesta está inserida a disseminação de “inverdades” ou mentiras. Neste contexto, Luigi Battistelli³¹ afirma que “o homem nasce com o patrimônio que lhe deu a hereditariedade [...], que, no caso da mentira, não é mais que o hábito contraído em família, ou na corporação, durante a luta que o indivíduo é obrigado a travar pela sua conservação”. Battistelli, em um ensaio aprofundado, na perspectiva psicológica acerca da mentira nos tribunais, indica que esta faz parte do contexto de “salvar-se”.

Não será abordado aqui a questão da mentira como “comportamento jurídico”, basta-nos saber que ela existe e que, também para desvendá-la existe o sistema probatório.

Feitas sinteticamente algumas ponderações das variações de significado da *verdade*, bem como de algumas teorias a seu respeito, cabe analisar o seu valor na sociedade e no processo.

²⁸ Estudos acerca das teorias da verdade nas páginas 127-184 In HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas* (Philosophy of Logics). Trad. Cezar Augusto Mortari, Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

²⁹ Abordagem sobre teorias da verdade nas páginas 23-30 In TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editora Marcial Pons, 2008.

³⁰ Cf, CALHEIROS, Maria Clara. Prova e verdade no processo judicial: aspectos epistemológicos e metodológicos. *Revista do Ministério Público*. Ano 29, número 114, Abr-jun 2008, pp. 71-84, p.73.

³¹ Cf. BATTISTELLI, Luigi. *A mentira nos tribunais: estudos de psicologia e psicopatologia judiciária*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1963, p. 13.

1.4 O valor social e jurídico da verdade

Anteriormente foi mensurado que a verdade, no processo, corresponde à realidade material dos fatos que tenha sido comprovada em juízo, e cabe agora, antes de adentrar na esfera essencialmente jurídica do termo, abordar o aspecto social da verdade. Isto se revela importante porque o processo está cada vez mais inserido na realidade das pessoas. O conceito de “verdade” cotidiana, por sua vez, está presente nas sociedades onde nem mesmo há processo judicial.

Neste sentido, há pelo menos duas dimensões relevantes de concepção social da verdade. A primeira diz respeito ao caráter ético da verdade, com relação à moral. Há a imposição histórica, instituída por São Thomas de Aquino e explorada por Kant, da obrigação de dizer a verdade e a correspondente proibição de mentir (com algumas ressalvas). Mais que uma imposição histórica, a verdade, que consiste na exatidão da sinceridade, conforme conceito de Bernard Williams, é condição essencial da vida social, pois é essencial para o intercâmbio de informações que constitui o fundamento da dinâmica social inclusive em suas formas mais simples. A segunda dimensão da verdade como valor social, tem relação com a política, e consiste na conexão entre verdade e democracia. Embora o uso sistemático de mentiras tenha marcado historicamente os regimes totalitários, ainda hoje mentiras são exemplos da relação do cidadão com o Estado³² e o caráter democrático do sistema político. Deve-se considerar que a verdade é uma condição necessária para que o cidadão confie no Estado - pois essa confiança deve se fundar no princípio que exclui a ideia que o Estado engana aos cidadãos-, e, ainda, uma condição necessária para o exercício das liberdades.³³

A partir destas dimensões sociais, verifica-se que a verdade constitui um valor básico e um estandarte tanto para o Estado quanto para os cidadãos individuais.

Feitas as devidas considerações, devem ser analisadas as implicações e valorações jurídicas da verdade.

Embora a administração da justiça tenha mais correspondência com a vida social do Estado do que propriamente com a atividade jurisdicional, não se pode afirmar que a verdade constitui um valor óbvio e fundamental de referência para a administração da justiça, por diversos motivos que não é relevante sublinhar aqui.

No tocante às implicações jurídicas da *verdade*, faz-se necessário a abordagem essencial da relação da verdade com o processo. Neste sentido, retoma-se o conceito de processo realizado

³² Neste sentido cita-se a mentira de George W. Bush contou ao mundo e ao seu povo, acerca da existência de armas de destruição em massa em poder de Saddam Hussein, com o fim de ocultar as reais razões que o impulsionaram a iniciar a guerra contra o Iraque (Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdade. Ob. Cit.*, 2010.p. 112).

³³ Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdade. Ob. Cit.*, 2010.

anteriormente (como relação jurídica) para afirmar que o processo é o meio, não o fim. Sua função é eminentemente instrumental, e, assim sendo, o problema *das finalidades do processo* ganha contornos especiais.

É muito importante considerar a finalidade que tem o processo nos ordenamentos brasileiro e português, para que mais tarde possa ser feita a devida avaliação dos seus propósitos, e, inclusive, compreender algumas disposições legais acerca das provas.

Faz-se necessário distinguir se o processo é um mero instrumento para por fim a um conflito - e neste sentido não se considera a qualidade da decisão que envolve a controvérsia - ou se o processo é um instrumento de justiça. Tal diferenciação traz importantes reflexos na legislação e no cotidiano forense.

Inicialmente, destaca-se que em grande parte dos ordenamentos modernos vigora o princípio da legalidade – inclusive nos ordenamentos brasileiro e português -, e este pressupõe a aplicação severa dos dispositivos legais. Neste sentido, a qualidade da decisão surte especial importância, pois é necessário que a lei seja aplicada corretamente ao caso concreto e isto pressupõe que a decisão seja fundada em uma determinação verdadeira dos fatos do caso.

A determinação verdadeira dos fatos, por sua vez, exige o reconhecimento de que os fatos tenham ocorrido no mundo real, e tal reconhecimento provenha das provas levadas ou produzidas no processo.

A determinação dos fatos, e a decisão, para que sejam legalmente consideradas, devem estar adstritas ao “devido processo”, assim entendido como aquele procedimento em que se respeitem todas as garantias processuais fundamentais e, em particular, as que se referem aos direitos e às partes – como o contraditório, acesso à justiça, ampla defesa-, bem como que assegure a efetividade das garantias de maneira que se consiga obter decisões justas.

O devido processo legal, garantido na Constituição Federal brasileira, ou, ainda, o “processo equitativo” defendido pelos portugueses, corresponde à tradução da expressão inglesa *due process of law*³⁴, da qual infere-se que as pessoas têm direito a um processo devido, justo, equitativo³⁵.

Assim, o processo justo deve terminar em uma decisão justa. Não cabe aqui discutir com profundidade o conceito de “decisão justa”, quanto mais de “justiça”, porém, faz-se necessário considerar alguns critérios necessários de uma decisão justa.

³⁴ Destaca-se que a palavra “*law*” remete ao Direito e não estritamente à lei.

³⁵ Cf. DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Ob. Cit.*, 2014, p. 42

*A decisão precisa ser resultado de um processo justo, sem violações de garantias. Precisa representar a correta aplicação da norma eleita como critério, obedecendo o princípio da legalidade e precisa se fundar na determinação verdadeira dos fatos e da causa*³⁶. Não parece haver justiça em decisões que desrespeitem garantias, violem a lei e não se fundem em fatos verdadeiros.

Ainda no contexto jurisdicional, no que se refere à verdade, cabe esclarecer um ponto controverso entre a busca da verdade e a imparcialidade do juiz. Embora a questão dos poderes instrutórios do juiz seja abordada em momento oportuno, cabe esclarecer que a imparcialidade do juiz não significa inércia³⁷, e a atividade de *judgar* é a atividade jurisdicional que dita a relevância e a submissão ou não do processo à verdade.

O juiz não deve se limitar a permanecer em uma posição de submissão e distância com relação às partes, e de indiferença com respeito ao objeto da controvérsia. Ao que parece, para que alcance uma decisão justa, o juiz deve ter papel ativo no processo, sua atuação deve perseguir a determinação da verdade dos fatos sobre a base das provas.

Francesco Carnelutti, ao descrever o processo como um “trabalho” e indicar nuances da complicada atividade do juiz de julgar, assevera que “aquilo que é necessário saber, antes de mais nada, é que o trabalho é união do *homo* com a *res*, sendo que esta coisa vimos estar em torno de um *homo*: que o *homo iudicans* trabalhe sobre o *homo iudicandus* significa, no fundo, que deve unir-se com ele; somente através da união ele conseguirá saber como se passaram as coisas (come sono andate le cose) e como deveriam passar-se, a sua história e o seu valor; em uma palavra a sua verdade”³⁸.

Retomando a problemática da finalidade do processo - se de resolução de conflitos ou se instrumento de justiça - é necessário abordar, sinteticamente, uma questão que diz respeito à verdade negociada, isto é, à possibilidade de se aceitarem acordos celebrados entre as partes que tenham por objeto a verdade dos fatos da causa. Tal problemática tem estreita relação com a finalidade do processo, pois parece inconcebível que num processo que tem como finalidade uma decisão justa se permita que as partes acordem a verdade sem demonstrá-la.

A questão da “verdade negociada” tem diversas implicações no processo, além da sua admissibilidade ou não, há a questão indireta da falta de oposição e seus efeitos: a chamada revelia, que por uma questão didática não será aqui abordada.

³⁶ Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdade*. Ob. Cit., 2010.

³⁷ O Art. 10 do Código Modelo Ibero-americano de Ética Judicial determina que “o juiz imparcial é aquele que persegue com objetividade e com fundamento na prova a verdade dos fatos”.

³⁸ Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, Napoli: Morano, 1958. p. 124.

Por todo o exposto, verifica-se que a *verdade* tem especial importância social, sendo pressuposto e condição de uma vida social estável e, ainda, representa alicerce da relação da sociedade com o Estado. A verdade também tem elementar importância jurídica, ao passo que é um dos determinantes da justiça das decisões.

Superada a questão da relevância social e jurídica da verdade, passará a ser analisada sua incidência no processo judicial, tudo com o primórdio de, no momento adequado, compreender sua relevância na órbita probatória.

1.5 O processo e a verdade: uma relação epistêmica

Se o objetivo é determinar a importância, e, quiçá, a existência da *verdade* no contexto processual judicial, é preciso ir além dos aspectos incidentais. É preciso avaliar a possibilidade, a necessidade e a utilidade do alcance da verdade no processo, especialmente no contexto processual civil ora estudado.

Entendido o conceito de processo como relação jurídica, abordado no início do capítulo, pode-se afirmar que, modernamente, o descobrimento da verdade representa um *fim essencial* do processo e uma *condição necessária da justiça* da decisão, porém não é o único. O processo é também a relação jurídica complexa postergada no tempo, na qual se aplica normas, se reconhecem direitos, se tutelam interesses e valores.

Considerando o processo como instrumento (conjunto estruturado de atividades) eficaz para o descobrimento e a determinação da verdade dos fatos em que se funda uma decisão, parece sensato discutir acerca de uma função epistêmica do processo³⁹, e por conseguinte a importância da epistemologia na aproximação atualizada aos problemas da prova.

Neste sentido, consoante os ensinamentos de Miguel Reale⁴⁰, entende-se por epistemologia "doutrina, ou ciência da ciência", isto é, teoria particular de cada ciência. A epistemologia tem como primórdio a utilização de métodos para o alcance do conhecimento válido.

Por outro lado, Michele Taruffo⁴¹ ensina que os métodos são objeto de avaliação epistêmica com o fim de comprovar se são ou não são válidos para o descobrimento da verdade, de modo que se

³⁹ Muito se fala acerca da epistemologia do direito, relacionando-a com o ensino doutrinário e jurisprudencial. Miguel Reale afirma que a epistemologia constrói "doutrina do conhecimento jurídico em todas as suas modalidades", e com o alargamento das possibilidades do direito, alargam-se os horizontes epistemológicos. O Autor conceitua a epistemologia jurídica como a "*doutrina dos valores lógicos da realidade social do Direito*", ou, por outras palavras, *dos pressupostos lógicos que condicionam e legitimam o conhecimento jurídico*, desde a Teoria Geral do Direito — que é a sua projeção imediata no plano empírico-positivo — até às distintas disciplinas em que se desdobra a Jurisprudência" (Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 306). Neste tocante, parece que não pode ser diferente na ótica do processo e da prova, que necessita de formação metodológica para a persecução de conhecimento válido.

⁴⁰ Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 304

⁴¹ Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdade*. Ob. Cit., 2010.

pode afirmar que também o processo, se é entendido como um método para a determinação da verdade e dos fatos, pode ser, objeto de avaliação epistêmica.

Retoma-se, neste ponto, a ideia da finalidade do processo. A perspectiva epistêmica do processo é diferente, e pode até mesmo ser anulada, a depender da finalidade atribuída ao processo, especialmente a depender da importância da descoberta da verdade na finalidade do processo. Argumenta-se que o processo que não tenha por fim a descoberta da verdade, e que objetiva tão somente acabar com conflitos, sem ter parâmetros para tanto, não tem fundamento epistêmico.

Ao contrário, defende-se que o processo ordenado, a partir de um método para a descoberta da verdade tem seu procedimento dotado de caráter epistemológico, e isto tem especial reflexo nas normas de admissão/produção das provas que será estudada nos próximos tópicos.

Nestes termos, fica evidente que se defende que somente um processo com caráter epistêmico, com método bem delineado para a busca e descoberta da verdade, a partir das narrações processuais relevantes e através da produção probatória, é capaz de proporcionar decisões aceitáveis, próximas à justiça. Neste toar, a verdade ganha contornos de pacificação social, haja vista que, se comprovado que determinado fato ocorreu na realidade material consoante ao que se demonstra no processo (verdade do fato) a decisão a ser aplicada o considerará por inteiro, e, partindo do pressuposto que lhe seja aplicada a lei adequadamente, a “aceitação” da decisão gera nos litigantes o sentimento de justiça.

Revelada a visão epistêmica do processo, admitindo sua característica metódica, é hora de abordar um dos procedimentos que compõe o método, tal procedimento representa a possibilidade da descoberta da verdade no processo: trata-se das provas.

Capítulo II - A prova no processo

Ultrapassada (ou não) a busca pela verdade no processo civil, considerando as narrativas processuais, o princípio da legalidade e do devido processo legal, as finalidades do processo, a imparcialidade do juiz e outras ponderações realizadas, e, partindo do *princípio* de que a verdade no processo representa aquilo que pode ser provado, é momento de verificar a categoria das *provas*.

2.1 O contexto histórico da utilização das provas no processo

A história das provas no processo remonta à antiguidade, pode-se até mesmo afirmar que a história das provas é tão antiga quanto a história do Direito, ou ainda que a prova tem maior relação com a História do que propriamente com o Direito, pois pertenceria a todas as áreas⁴².

A análise do sistema probatório neste trabalho começa na Idade Média, período em que o teocentrismo exercia elementar influência na vida da população europeia⁴³. As ordálias, prática probatória disseminada na Europa, inserida durante as invasões dos povos bárbaros, e que perdurou por séculos no Continente Europeu, desde antes dos séculos V e VII já eram consideradas um “sistema probatório”⁴⁴.

Tal “sistema” envolvia uma grande quantidade de técnicas que eram utilizadas em diversas situações, segundo as tradições particulares, descritas minuciosamente para validar o procedimento. Tais técnicas poderiam consistir, por exemplo, em duelos entre os litigantes, submissões físicas (como caldeiras quentes, colocar a mão no fogo) ou em simples juramentos⁴⁵.

Segundo Michele Taruffo, o aspecto mais importante do procedimento das ordálias consistia na exposição das demandas e defesas das partes ao tribunal, que determinava qual era o objeto da controvérsia e decidia quais provas deveriam ser praticadas e qual parte deveria fazê-la, numa decisão chamada pelos historiadores alemães de *Beweusurteil*, que punha fim a tarefa do tribunal e era definitiva.

⁴² Neste sentido Hernando Devis Echandia no estudo *Compendio de pruebas judiciales*, defende que é nas ciências e atividades reconstrutivas, tais como a História, Arqueologia e Lingüística, que a noção de prova adquire um sentido preciso e especial, que é em substância o mesmo que tem no Direito. Por sua vez Francesco Carnelutti ao introduzir sua obra intitulada *A Prova Civil* reconhece que o conceito de prova é instrumento indispensável para qualquer um que faça mas também História, não apenas Direito (Cf. GREGO, Leonardo. *O Conceito de Prova*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, N° 4 e Ano V, N° 5 - 2003-2004, p. 225).

⁴³ Neste sentido leciona Clara Calheiros no artigo Justiça, verdade e história. *Revista Scientia Iuridica*. Tomo LXII, n. 332, 2013, p. 255-267.

⁴⁴ Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdad*. *Ob. Cit.*, 2010.

⁴⁵ Clara Calheiros distingue as *ordálias* do *duelo judicial*, indicando que este era procedimento dos povos germânicos da Idade Média e consistia “num meio de demonstração de que se era o detentor da verdade, assente num combate sancionado judicialmente”. (Cf. CALHEIROS, Maria Clara. *Justiça... Ob. Cit.*, 2013, p. 257).

As ordálias tinham a função de produzir aceitação da decisão pelas partes envolvidas no processo, pois partia-se do pressuposto de que a decisão do processo provinha da vontade de Deus, tanto que foram denominadas “juízos de Deus”, pois tinha seu fundamento na convicção de que Deus, devidamente invocado⁴⁶ para assistir às partes, determinaria diretamente o resultado da prova, fazendo evidente a inocência ou a culpa do sujeito que se submetia a elas. O procedimento das ordálias estava especificamente regulado, de maneira que a observância pontual do regulamento assegurava a validade da prova e também, por conseguinte, a justiça e a aceitação do resultado. Consoante o entendimento de Michele Taruffo, embora cientificamente irracionais, as ordálias podem ser consideradas culturalmente racionais, pois eram coerentes com a cultura do contexto social circundante, tanto por isso, perduraram por séculos como sistema probatório em toda a Europa⁴⁷.

Com a ascensão da racionalidade, porém, a prática das ordálias foi gradativamente perdendo forças. Os primeiros registros de adoção de meios mais modernos de prova provêm dos anos 717 e 734, inseridos pela cultura elevada do povo longobardo, situados no norte da Itália. O rei Liutprando introduziu significativas limitações à utilização das ordálias, inseriu em seus códigos a preferência aos juramentos, à utilização de documentos e de testemunhas como forma de “descobrir a verdade”⁴⁸. Embora a cultura longobarda tenha inserido importantes modificações no sistema probatório no século VIII, somente em novembro de 1215 houve a proibição indireta geral do uso das ordálias. Diz-se indireta pois o Papa Inocencio III proibiu os sacerdotes de participarem das ordálias judiciais⁴⁹. Sem o “referendo divino” as ordálias não teriam o mesmo caráter de “justiça de Deus” e perdem o poder de convencimento das partes⁵⁰.

Clara Clareiros⁵¹ indica que tal proibição culminou na substituição das ordálias pelo sistema de prova legal.

Além da importante iniciativa do Papa Inocencio III, o ano de 1215 também foi marcado por um importante evento para a história do Direito. Neste ano foi concedida a *magna charta libertatum* pelo rei Juan da Inglaterra. A Magna Carta representou o começo formal de um sistema processual que

⁴⁶ Diz-se que Deus era invocado a assistir às partes pois os instrumentos das ordálias deveriam ser consagrados por um sacerdote, havendo, portanto, a participação ativa da Igreja.

⁴⁷ Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdad. Ob. Cit.*, 2010, p. 17.

⁴⁸ Com as alterações propostas pelo ordenamento longobardo o juiz passou a ter a função fundamental no processo (Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdad. Ob. Cit.*, 2010, p. 18-24).

⁴⁹ Conforme já descrito no texto, para que a ordália se revestisse de procedimento legalmente válido e da característica cultural de representar um “juízo de Deus”, de maneira a provocar aceitação nas partes do resultado, era imprescindível que os instrumentos das ordálias fossem consagrados por um sacerdote.

⁵⁰ A atitude do Papa Inocencio III importou em decidir que a Igreja não poderia mais ver-se envolvida em controvérsias judiciais, sobretudo porque se considerava teologicamente incorreto desafiar Deus a intervir em assuntos mundanos para determinar a vitória do inocente e a derrota do culpado. Mesmo assim, a ordália continuou sendo aplicada durante muito tempo em alguns pontos da Europa (Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdad. Ob. Cit.*, 2010, p. 30).

⁵¹ Cf. CALHEIROS, Maria Clara. Justiça, verdade e história. *Revista Scientia Iuridica*. Tomo LXII, n. 332, 2013, pp. 255-267, p. 258.

duraria muitos séculos, no qual as “partes” deveriam cumprir um papel central de sua qualidade de juizes dos fatos.

Conforme contexto histórico narrado por Michele Taruffo, nos séculos XI, XII e XIII, o comércio desabrochou, a economia avançou, a circulação de coisas e pessoas aumentou, o nível geral de vida melhorou significativamente na sociedade europeia, e isso refletiu no cotidiano das pessoas, que sentiram a necessidade de relatar de forma escrita suas transações de maneira a ter um legado, bem como proporcionar provas. A profissão de notário ganhou importância, e a maior parte dos atos da vida civil e econômica passaram a ser expressados em documentos e, por isso, podiam ser provados com facilidade em juízo. As testemunhas também passaram a ser uso comum em juízo, com atenção especial a sua credibilidade e qualidade. Foi a prática cotidiana das relações civis e econômicas que determinou no mundo e no âmbito do processo, em favor do uso das provas “racionalis”⁵².

Assevera-se que o fim das ordálias, e o processo civil em geral, tiveram desdobramentos distintos nos ordenamentos *common law* e *civil law*, porém, pela extensão da temática e devido aos objetivos do trabalho, as diferenças entre os dois sistemas não serão abordadas. Neste sentido, destaca-se que tanto Portugal quanto o Brasil adotam sistemas processuais com características predominantemente de *civil law*.

Na Europa continental (*civil law*), os documentos escritos continuaram a ser utilizados, a prova testemunhal estava sujeita ao juramento individual e somente poderiam afirmar aquilo que possuía conhecimento pessoal e direto. Neste contexto, Michele Taruffo adverte para o fato de que o aspecto mais importante da nova concepção racional das provas é o claro reconhecimento do descobrimento da verdade dos fatos do caso com o fim a que estava dirigida a aquisição de provas. A nova concepção representou a vitória do racionalismo sobre o misticismo e também um passo fundamental da história do direito continental da prova⁵³.

Da análise do cenário apresentado, bem como do cenário atual dos ordenamentos judiciais em estudo, pode-se afirmar que as provas continuaram a se desenvolver no decorrer dos séculos, no mesmo andar em que se desenvolveram as relações comerciais, interpessoais, assim como a solução judicial das controvérsias ganhou contornos de inafastável.

É certo que a abordagem da evolução dos meios probatórios não teve condão exaustivo, todavia priorizou-se a indicação dos meios aliados à realidade fática social da época, isto tudo para

⁵² Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdad. Ob. Cit.*, 2010.

⁵³ Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdad. Ob. Cit.*, 2010.

compreender que o sistema probatório, assim como o processo como um todo, só existe por necessidade da sociedade, e, por isso, se adequa aos seus anseios preponderantes.

Mesmo no contexto histórico das provas, se reveste de relevância a abordagem recorrente neste trabalho, a questão da finalidade no processo. Isto porque, modernamente se pode dizer que o processo judicial constitui o meio de descoberta da verdade, logo, pode-se afirmar que a verdade é uma das finalidades do processo judicial, com bem indica Clara Calheiros⁵⁴. Ocorre que, em outros tempos não era dessa forma, de maneira que a finalidade do processo, em determinados casos, era a de por fim a conflitos, e a Verdade (absoluta), diferente da verdade hodierna, representava a revelação divina.

Ultrapassado o contexto histórico, abordar-se-á a concepção moderna da prova processual, indicando possíveis conceitos e objeto.

2.2 A prova processual propriamente dita: conceito e objeto

Muito se falou nas páginas anteriores acerca de verdade, de processo, de verdade no processo, tudo com a finalidade didática de compreender a existência, a estrutura e outras nuances específicas das “provas” no processo civil.

Conceituar *prova* não é tarefa das mais fáceis, ao contrário do que parece. Isto porque o termo adquire diferentes valores semânticos a depender do contexto em que é empregado.

Ainda no Século XVIII, o filósofo e jurista Jeremy Bentham se aprofundou no estudo das evidências processuais e propôs um modelo jurídico-processual probatório. Neste contexto, Bentham⁵⁵ defendia que, em termos gerais, a prova é o necessário para um suposto fato ser verdade, e consequentemente, ser considerado como razão da existência ou não existência de outro fato⁵⁶.

Do estudo processual probatório, verifica-se que entre os juristas não há unanimidade na conceituação do termo “prova”, de maneira que se considera como um termo polissêmico ou plurissignificante⁵⁷. Porém, mais uma vez é preciso adotar parâmetros conceituais capazes de sustentar as ideias propostas, de maneira que se aceitam algumas conceituações de prova para diferentes contextos.

⁵⁴ Cf. CALHEIROS, Maria Clara. *Justiça... Ob. Cit.*, 2013, p. 260

⁵⁵ Cf. BENTHAM, Jeremy. *Judicial evidence*. London: Published by Messrs, 1825, p. 8. Disponível em: <<https://play.google.com/books/reader?printsec=frontcover&output=reader&id=tMsDAAAAQAAJ&pg=GBS.PA8>> Acesso em: 15 mar. 2015

⁵⁶ “What is proof? In the most extended signification which can be given to this word, it means a fact supposed to be true, and then considered as a reason for believing in the existence or non-existence of some other fact.” (BENTHAM, 1825, p. 8).

⁵⁷ Ao referenciar a plurissignificância do termo prova, Michele Taruffo argumenta que os conceitos não são mutuamente excludentes, nem são conjuntamente exaustivos, e, tampouco há garantia alguma de que cubram todo o campo dos significados processuais de prova (Cf. TARUFFO, Michele. *La Prueba de los hechos*. *Ob. Cit.*, 2009, p. 441).

Michele Taruffo distingue três grandes categorias conceituais, dentre as quais a última é de maior relevância em termos de fenômeno probatório. A primeira distinção deve ser feita entre prova como *demonstração* e prova como *experimento*: a primeira se refere à prova como elemento que estabelece a verdade dos fatos relevantes para a decisão - considerada uma das principais acepções do termo -, enquanto a segunda considera como prova instrumento ou procedimento para verificar a fundamentação ou a aceitabilidade dessa informação. A *segunda* distinção a ser feita é a relação da prova e o *fato a que ela se refere* e *as funções da prova* no âmbito dessa relação. Esta distinção pode ser feita sob diferentes pontos de vista: contexto da descoberta do processo, contexto da justificação, prova como elemento de eleição, porém não há necessidade didática de maior aprofundamento neste tocante. A *terceira*, e mais importante para este trabalho, diferenciação polissêmica do termo prova, parte da concepção de prova como fenômeno probatório e, neste sentido, o termo pode assumir significado de *atividade* probatória, *meio* de prova ou *resultado* da atividade probatória⁵⁸.

O primeiro sentido se refere à *prova como meio* que serve ou pode servir para confirmar ou afastar uma afirmação relativa a um fato da causa⁵⁹. É deste âmbito que se fala de relevância e admissibilidade das provas ou de tipicidade ou atipicidade das mesmas.

Num segundo sentido, prova designa o *resultado* que provém da aquisição da prova no processo e sua valoração pelo juiz⁶⁰. Assim, a prova serve como sinônimo de demonstração alcançada, haja vista que pressupõe que o juiz considerou verdadeira a proposição fática proposta. Neste tocante, e somente neste, segundo Michele Taruffo⁶¹, pode-se referir à prova como exemplo de carga da prova⁶², de valoração da prova, de resultado da prova, de fato provado.

Por último, num terceiro sentido, conforme leciona Michele Taruffo⁶³, a *prova* indica a vinculação entre prova no primeiro e no segundo sentido: a relação da prova como meio e resultado, isto é, entre meios de prova e confirmação da afirmação sobre os fatos⁶⁴. O primeiro vínculo que proporciona tal relação é de caráter lógico, de maneira que *provar* ou *oferecer a prova* se referem ao procedimento lógico através do qual se fundamenta a “prova conclusiva” (*proof*) na “prova premissa” (*evidence*) ou se

⁵⁸ Cf. TARUFFO, Michele. *La Prueba de los hechos*. Traducción Jordi Ferrer Beltrán y Daniel Mendonça. 3ª edición. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 441-451.

⁵⁹ “En un primer sentido, <prueba> identifica lo que sirve o puede servir para confirmar o falsear una aserción relativa a un hecho de la causa. Más precisamente, se habla en este sentido de <medios de prueba> (mezzi di prova, Beweismittel) para subrayar que es prueba todo lo que sirve para probar, es decir, todo elemento que pueda ser empleado para el conocimiento del hecho”. (Cf. TARUFFO, Michele. *La Prueba de los hechos*. Ob. Cit., 2009, p. 448)

⁶⁰ “En un segundo sentido, <prueba> designa el resultado que deriva de la adquisición de los medios de prueba en el proceso y de su valoración por parte del juez. Se da la prueba, en este sentido, cuando se establece que la aserción sobre el hecho resulta verificada o confirmada sobre la base de los elementos cognoscitivos disponibles” (Cf. TARUFFO, Michele. *La Prueba de los hechos*. Op. cit., 2009, p. 449).

⁶¹ Cf. TARUFFO, Michele. *La Prueba de los hechos*. Ob. Cit., 2009, p. 449.

⁶² Considerando que a carga da prova é o ônus que tem as partes de demonstrar o fato alegado, a “demonstração é alcançada” apenas quando o ônus é cumprido.

⁶³ Cf. TARUFFO, Michele *La Prueba de los hechos*. Ob. Cit., 2009, p. 450.

⁶⁴ “En un tercer sentido, finalmente, <prueba> indica la vinculación que se instaura entre la prueba en el primero y en segundo de los sentidos recién presentados; es decir – esencialmente –, entre medio de prueba y confirmación de la aserción sobre el hecho.” (Cf. TARUFFO, Michele. *La Prueba de los hechos*. Ob. Cit., 2009, p. 450).

deriva dela⁶⁵. O segundo vínculo é operativo, na medida que as provas são adquiridas para fundamentar a decisão de mérito. Deste ponto de vista, provar designa as *atividades* das partes (inclusive o juiz) para introduzir no processo os elementos de prova destinados a constituir o fundamento da decisão sobre o fato.

No mesmo sentido os juristas brasileiros Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁶⁶, defendem que o termo prova pode ser utilizado para designar o *ato de provar*, correspondente à atividade probatória (“é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação”), também pode ser utilizado para designar o *meio de prova*, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela está (“nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.”), e, também, o termo prova pode ser utilizado para designar o *resultado* dos atos ou dos meios de prova que se foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial, isto significa dizer, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na peça exordial.

O doutrinador português José Lebre de Freitas⁶⁷, por sua vez, destaca que o termo prova, também no direito processual civil português, tem acepções diferentes, de acordo com a perspectiva com que for utilizado. Neste modelo, a prova pode ser entendida pelas perspectivas de *meio* ou *resultado*. Como *meio*, ela se reveste das características de *fonte de prova* ou *fator probatório*. Enquanto *fonte de prova* é estática, e se resume nas pessoas e coisas, que contém em si os traços probatórios. O *fator probatório*, por sua vez, traduz-se na dinamicidade, isto é, trata-se da “revelação ou manifestação dos factos que dele resultam”, - é necessária a apreciação da prova, da sua validade, e do seu contexto. Ou, ainda, a “descodificação ou análise” do conteúdo⁶⁸. Neste sentido, pode-se afirmar que, quando se indica que uma das partes tem “provas” do ocorrido, ou que o documento pode conter as “provas” da fraude, estar-se-á referindo a concepção da prova como meio.

⁶⁵ Michele Taruffo, ao fazer referência à distinção entre meios de prova e prova como resultado, ressalta que é preciso fazer uma ressalva quanto à confusão linguística relacionada ao termo prova. Isto não ocorre nos países na *common law* que diferencial a *evidence* (elemento ou meio de prova) e *proof* (prova como resultado), sendo a diferença entre os dados, informações, circunstâncias, documentos, enunciados, conhecimentos que podem ser usados como premissas da decisão relacionadas com os fatos litigiosos, por um lado, e as conclusões alcançadas ou os resultados gerados através das inferências extraídas dos meios de prova relevantes, por outro lado, que dão como resultado enunciados sobre a existência dos fatos litigiosos e a verdade desses enunciados. Porém nem sempre isso é claro quando da utilização dos termos *prova*, *preuve*, *prueba* e *Beweis* como significação de *evidence* e *proof*, a distinção teórica existe e as vezes se expressa na linguagem jurídica: os equivalentes de “*evidence*” com frequência são denominados *mezzo di prova*, *moyen de preuve* ou *mesure d’instruction*, *médio* ou *fuente de prueba* e *Beweimittel* (meio de prova), e em tal caso *prova*, *preuve*, *prueba* e *Beweis* se reservam de maneira mais adequada como sinônimo de “*proof*”. É necessário interpretar conforme o contexto. (Cf. TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción Laura Manriquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editora Marcial Pons, 2008. p. 33-35)

⁶⁶ Cf. DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela*. Volume II. 8ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 44.

⁶⁷ Cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 213.

⁶⁸ Maiores informações sobre fontes e formas de prova ver: FREITAS, José Lebre de. *A ação declarativa comum: à luz do código de processo civil de 2013*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pgs. 202-207.

Ainda segundo as lições de José Lebre de Freitas, como *resultado*, a prova é entendida como o alcance da verdade dos fatos alegados; logo, se se afirmar que uma das partes conseguiu “provar” as alegações se tem uma *prova* na concepção de *resultado*⁶⁹.

O Código Civil de Portugal adota a concepção finalística de prova como resultado no artigo 341, que ao dispor acerca da função das provas, prescreve “As provas têm por função a *demonstração da realidade dos factos*” (grifou-se).

O Código de Processo Civil do Brasil, por sua vez, ao determinar a admissibilidade jurídica das provas, prescreve que a prova tem a função de “provar a verdade dos fatos”, e, neste tocante, também se aproxima da função finalística da prova como resultado, nos seguintes termos “Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para *provar a verdade dos fatos*, em que se funda a ação ou a defesa”.

Feitas algumas considerações sobre a plurisignificância do termo, mesmo assim faz-se necessária a adoção de um conceito, não universal, mas de concatenação lógica dos argumentos apresentados⁷⁰. Neste sentido, considera-se *a prova como um instrumento de atividade jurídico-processual que resulta da prática de meios probatórios a fim de se alcançar um resultado consubstanciado na aceitação pelo Estado de serem verdadeiros os fatos alegados pelas partes*.

Considerada desta maneira, a prova tem o condão primordial de demonstrar a verdade das alegações feitas pelas partes para o então convencimento do Estado na pessoa do juiz.

Entendido, mesmo que de forma sintética, as concepções do termo, passa-se a avaliar o objeto da prova.

Como já referenciado no capítulo anterior: o objeto da prova são os fatos!

Porém somente aqueles que sejam específicos e necessários ao objetivo do processo, isto é, que terão relevância para o “bem jurídico” que se pretende resguardar jurisdicionalmente, que possuam conexão com os fatos narrados e a relação destes com o pedido. Isso importa em afirmar que deve ser objeto de prova aquilo que for necessário para produzir o convencimento do magistrado quanto à veracidade da matéria alegada pela parte que tenha relevância jurídica para o deslinde da ação.

Segundo Michele Taruffo⁷¹, os fatos são selecionados e definidos, e devem ser provados de acordo com a sua relevância lógica e jurídica no caso. Um fato é juridicamente relevante e deve ser objeto de prova, quando corresponde ao pressuposto de fato definido por uma norma jurídica que se

⁶⁹ Cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil. Ob. Cit.*, 2013.

⁷⁰ Marinoni e Mitidiero conceituam prova como o “meio retórico, regulado pela legislação, destinado a convencer o Estado da validade de proposições controversas no processo, dentro de parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais” (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado. 3ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 334)

⁷¹ Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdade Ob. Cit.*, 2010, p. 55.

considera possivelmente aplicável ao caso. Por outro lado, um fato é logicamente relevante quando, não sendo objeto principal de prova, pode ser usado como premissa para inferências cujas conclusões se referem à verdade ou à falsidade de um enunciado relativo a um fato principal. Neste sentido, pode ser objeto de prova se for relevante para a inferência da verdade do fato principal.

O Artigo 596, 1 do Código de Processo Civil português⁷² determina que o juiz, no despacho saneador, delimitará os temas de prova⁷³. Neste sentido, José Lebre de Freitas⁷⁴ defende que a base instrutória são os fatos controvertidos e aqueles que, apesar de não impugnados, não podiam ser objeto de admissão, enquanto o Código de Processo Civil brasileiro, no referenciado Artigo 332, delimita o objetivo da prova como demonstrar a “verdade dos fatos”⁷⁵, tais fatos seriam aqueles que restam controvertidos entre as partes.

Neste ponto, importante fazer referência que, via de regra, são os *hechos principais* objeto de prova. Ocorre que, há oportunidades em que fatos secundários se tornam relevantes, e podem constituir “premissa de inferência probatória relativas aos fatos principais”⁷⁶, neste caso, também os fatos secundários são objeto de prova^{77,78}.

Conforme prevê o Artigo 412 do Código de Processo Civil de Portugal, há fatos que não precisam ser provados, como os de conhecimento geral (notórios), assim como os que o Tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções. Neste sentido, o Código de Processo Civil Brasileiro (Artigo 334), prevê que dispensam a prova os fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos no processo como incontroversos e em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Neste ponto, surgem questões relevantes para o estudo da prova, como, por exemplo, o que são fatos notórios, ou ainda, as presunções legais. Cada um destes assuntos renderia por si mais de uma dissertação, porém não há tempo nem imprescindibilidade temática neste labor para maiores aprofundamentos.

⁷² CPC PT - Artigo 596.º (art.º 511.º CPC 1961) Identificação do objeto do litígio e enunciação dos temas da prova: 1 - Proferido despacho saneador, quando a ação houver de prosseguir, o juiz profere despacho destinado a identificar o objeto do litígio e a enunciar os temas da prova.

⁷³ Para José Lebre de Freitas “A prova tem por objeto os factos pertinentes para o objeto do processo; do seu objeto são excluídos os conceitos de direito” (Cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil. Ob. Cit.*, 2013, p. 205).

⁷⁴ Cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil. Ob. Cit.*, 2013, p. 206.

⁷⁵ A exceção à regra, mencionada anteriormente, parte do pressuposto de que, muito embora caiba ao juiz conhecer o Direito, este é vasto e é impossível ao juiz conhecê-lo por completo, por isso prescreve o Artigo 337 do CPC Brasil: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

⁷⁶ “Por un lado, se debe observar que la decisión no versa sólo sobre los llamados hechos principales, es decir, los hechos que son calificados jurídicamente, sino también sobre los llamados hechos secundarios (o simples), que son lógicamente relevantes en la medida que constituyen las premisas de inferencias probatorias relativas a los hechos principales” (Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdade Ob. Cit.*, 2010, p. 223).

⁷⁷ A análise e a inferência dos fatos a serem provados partem de um pressuposto geral do processo que tem início com as narrações processuais mencionadas anteriormente. Isso porque, são as narrações que delimitarão, ou comunicarão, ao juízo a ocorrência dos fatos e a consequente relevância de fatos secundários. Daí a importância de uma “boa narração” na determinação das provas necessárias e suficientes para convencimento do juízo.

⁷⁸ Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdade Ob. Cit.*, 2010.

Os apontamentos demonstram que os sistemas brasileiros e portugueses muito se assemelham no tocante à concepção terminológica, finalidade da instrução probatória no processo. Para maiores esclarecimentos sobre essa temática tão rica, necessário se faz a abordagem dos princípios constitucionais e processuais que circundam as noções de prova.

2.3 Princípios vinculados à prova processual

Este título não tem por objetivo esgotar o assunto dos princípios relacionados à prova no processo civil, longe disso, o que se procura é apenas elencar e indicar poucas similitudes entre os sistemas processuais civis de Portugal e Brasil.

Primeiramente se esclarece que os princípios representam bases estruturantes de todo e qualquer ordenamento jurídico. Conforme indica Luiz Guilherme Marinoni⁷⁹, os princípios são “constitutivos da ordem jurídica”⁸⁰.

Dentre os princípios concernentes à prova, pode-se indicar o devido processo legal, a legalidade, o contraditório, a igualdade das partes, a imparcialidade, a fundamentação das decisões, o inquisitório, o dispositivo e tantos outros.

Como este trabalho tem por objetivo o estudo comparado de dois ordenamentos jurídicos, é preciso apontar alguns princípios individuais, porém, considerando a similitude dos ordenamentos, enfatizar os princípios comuns sem esquecer das nuances particulares.

Foi referenciado anteriormente, não como princípio, mas como característica geral inerente ao processo, o *devido processo legal*, originário do inglês *due process of law*. Segundo o jurista Nelson Nery Jr., o devido processo legal representa “o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais são espécie”, de maneira que este princípio abrange princípios como o contraditório, ampla defesa, direito de ação, imparcialidade⁸¹.

Segundo Michele Taruffo⁸² uma das concepções que se dá ao devido processo, é que, além de assegurar a efetividade das garantias, deve garantir a obtenção de decisões justas, isto porque o processo só é devido quando dirigido sistematicamente a conseguir que se determine a verdade sobre os fatos relevantes para a decisão.

⁷⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 47.

⁸⁰ Luiz Guilherme Marinoni indica a teoria de Alexy, que distingue princípios e regras, na medida que conceitua princípio como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, constituem, portanto, os princípios “mandados – ou mandamentos – de otimização”. (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. Cit.*, 2014, p. 48)

⁸¹ Cf. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª edição. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 32.

⁸² Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdade Ob. Cit.*, 2010.

O devido processo legal é princípio presente com especial relevância nos dois ordenamentos estudados – brasileiro e português –, e determina a obediência a um processo ordenado e justo, inclusive no que concerne às provas, a fim de proporcionar equilíbrio e paridade entre as partes.

Rui Moreira⁸³, ao considerar alguns princípios estruturantes do Processo Civil Português, atenta ao *princípio da legalidade* nas suas dimensões processuais. Primeiro, quanto às formas processuais, o autor leciona que as ferramentas processuais eram rígidas –referindo-se ao Código de Processo Civil Português. Quanto ao conteúdo do julgamento, assevera que a decisão deveria ser fundamentada na aplicação da lei aos fatos, característica relacionada ao princípio do dispositivo.

O princípio da legalidade também tem especial relevância no Direito brasileiro, tanto que foi considerado princípio fundamental pela Constituição Federal brasileira⁸⁴. No que se refere às provas, o princípio da legalidade impõe a obediência do jurista aos ditames do ordenamento legal, que, contudo, deve ser visto no panorama total, considerando também os princípios inerentes à prova.

Sobre o *princípio contraditório*, José Lebre de Freitas⁸⁵, ao ponderar sua evolução, leciona que em Portugal este princípio deixou de ser centralizado na *defesa* e passou a ser *influência* na decisão. Afirma que o princípio do contraditório garante a participação efetiva das partes no desenvolvimento do processo “mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação como objetivo da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão”.

Rui Moreira, por sua vez, pondera que o *princípio do contraditório* deriva do princípio da igualdade de partes, e que aquele prevê que “nenhuma decisão deve ser proferida sobre um pedido ou um argumento de uma das partes sem se facultar à outra a oportunidade de se pronunciar sobre esse pedido ou sobre esse argumento”.

No plano na prova, como bem aponta José Lebre de Freitas⁸⁶, o princípio do contraditório assegura a todas as partes envolvidas, em igualdade, a faculdade de proposição de “todos os meios probatórios potencialmente relevantes para o apuramento da realidade dos factos (principais ou instrumentais) da causa”⁸⁷.

⁸³ MOREIRA, Rui. *Os Princípios Estruturantes do Processo Civil Português e o Projecto de uma Nova Reforma do Processo Civil*. Tribunal de Relação do Porto, 2013, p. 1-2.

⁸⁴ CRFB 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: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

⁸⁵ Cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*. Ob. Cit., 2013, p. 108.

⁸⁶ Cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*. Ob. Cit., 2013, p. 111.

⁸⁷ No CPC PT há a determinação específica de não ser admitidas nem produzidas provas sem audiência contraditória: “Artigo 415.º 1 - Salvo disposição em contrário, não são admitidas nem produzidas provas sem audiência contraditória da parte a quem hajam de ser opostas.”

Pode-se dizer que o princípio do contraditório ganha contornos semelhantes nos ordenamentos brasileiro e português, na medida que inicialmente favorece a defesa das partes, mas além disso, possibilita que ambas - equitativamente e com a mesma qualidade de “armas” - possam influenciar na decisão justa.

Ainda no tocante princípio do contraditório e sua relação com as provas no processo, Fredie Didier Jr.⁸⁸ assevera que o direito à prova é “resultado da necessidade de se garantir ao cidadão a adequada participação no processo”, cujo qual no Brasil é um direito fundamental⁸⁹.

Outro princípio de elementar importância no tocante ao contexto probatório é o da *aquisição processual* também denominado de comunhão ou comunidade da prova. Por este princípio considera-se que ao ser inserida no processo, a prova adere a este e passa a ser pública. Isto significa dizer que as partes não têm controle sobre a “retirada” de provas do processo, salvo exceções, como é o caso das provas ilícitas⁹⁰. A prova pertence ao processo e não às partes. Neste sentido, deve haver homogeneidade na valoração das provas, de maneira que a “verdade” sobre elas terá efeitos na esfera de todas as partes do processo. O princípio da aquisição ultrapassa a fase de produção e tem reflexo na fase da valoração da prova.

Fredie Didier Jr.⁹¹ ressalta o fato que o princípio da aquisição processual ou comunhão da prova também é chamado de *princípio de ônus objetivo*, porém, não deve ser confundido com *ônus objetivo da prova*, embora com este se relacione. A relação reside na suficiência ou não de provas. Enquanto a comunhão de provas determina que, havendo provas suficientes, o processo deve ser julgado independente de a decisão ser favorável ou não a quem produziu a prova; o ônus objetivo da prova implica na aplicação de uma regra de julgamento desfavorável à parte carregada em produzir o convencimento do juiz no caso de insuficiência de provas. Destaca-se que o ônus objetivo é matéria de elementar importância para este trabalho, e será adiante melhor aprofundado.

Logo, a comunhão das provas determina que todas as provas deverão ser utilizadas para a decisão, a fim de permitir a solução judicial mais próxima da realidade material. Tal princípio está consubstanciado no artigo 413⁹² do Código de Processo Civil de Portugal⁹³.

⁸⁸ Cf. DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Ob. Cit.*, 2014, p. 18.

⁸⁹ Direito fundamental pois é desdobramento da garantia do devido processo legal, e direito constitucional implícito previsto em dois tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, quais sejam: Convenção Humana de Direitos Humanos e Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos.

⁹⁰ Cf. DIDIER JR, Fredie. *Ob. Cit.*, 2014, p. 26-27.

⁹¹ Cf. DIDIER JR, Fredie. *Ob. Cit.*, 2014, p. 31.

⁹² CPC PT – Artigo 413.º (art.º 515.º CPC 1961) Provas atendíveis - O tribunal *deve tomar em consideração todas as provas produzidas*, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las, sem prejuízo das disposições que declarem irrelevante a alegação de um facto, quando não seja feita por certo interessado. (grifou-se)

⁹³ O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal no julgamento do Processo 4464/08.6TBVNG.P1.S1 de relatoria do Sr. Ministro Fernandes do Vale aplicou o referido princípio da aquisição processual no caso de alteração de pedido ou causa de pedir asseverando que “Ou seja, no acórdão recorrido, foi apreciada e decidida a suscitada questão, que se entendeu ter cobertura legal na genérica previsão constante do citado art. 265º, nº3, com o inerente poder-dever,

No Brasil, a matéria pode ser verificada nos ditames dos artigos 131 e 332 do CPC BR, o primeiro ao determinar que o “juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes” e o segundo quando dispõe que “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”⁹⁴.

Ultrapassados alguns princípios relevantes que influenciam os sistemas processuais civis brasileiro e português no tocante às provas, faz-se necessário uma abordagem especial de dois princípios específicos. Embora sua relevância seja expressiva, não se propõe aqui uma abordagem aprofundada do tema, mas sim, a mensuração de relevantes questões que indicarão as conclusões a serem tomadas a frente. Trata-se da adoção do princípio inquisitório (inquisitivo) e dispositivo pelos ordenamentos sob análise.

2.3.1 Princípio inquisitivo e princípio dispositivo

Os princípios inquisitivo (ou inquisitório) e dispositivo, além de princípios norteadores de sistemas processuais, são considerados *modelos de organização de processo*⁹⁵, e neste sentido, por questão de correção terminológica, defende-se que os modelos tradicionais de processo são *adversarial* e *inquisitorial*, que têm como características a preponderância de um dos princípios indicados (inquisitivo ou dispositivo)⁹⁶.

Para melhor compreender a aplicação dos princípios em questão nos modelos tradicionais de processo, faz-se necessário esclarecer que o que determina o modelo de processo é sua organização. Isto é, o processo, como relação jurídica, é um conjunto organizado de procedimentos onde cada parte assume uma *categoria* e dialoga com o processo de acordo com as regras aplicáveis à categoria a que pertence. De maneira que, se a parte tem *status* de autor, deverá agir consoante algumas disposições legais específicas a si, porém, se a parte for réu, também será preciso obedecer a prescrições legais específicas.⁹⁷

aí, atribuído ao julgador e a que não pode ser considerado estranho o dimanado do princípio da aquisição processual, segundo o qual “todas as provas produzidas em juízo devem poder servir à decisão do mérito da causa, independentemente da via por que foram trazidas ao processo”.

⁹⁴ O Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região julgou o processo RO 9665120115010057 RJ, de relatoria do Desembargador Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha considerou acerca da aquisição da prova “os documentos trazidos aos autos por uma das partes não se restringem tão somente a comprovação dos fatos alegados por esta parte. Pelo princípio da aquisição processual da prova, ou da comunhão da prova, não pertence a prova carreada aos autos à parte que a produziu. A prova é adquirida pelo processo, independentemente de quem a produziu”.

⁹⁵ Os modelos de processo dispositivo e inquisitivo são modelos de processo da civilização ocidental influenciada pelo iluminismo (Cf. DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Ob. Cit.*, 2014, p. 85).

⁹⁶ Embora parte da doutrina atribua o modelo adversarial às características predominantes na *common law*, por não ser objeto deste trabalho não abordaremos a diferenças da *common law* e da *civil law* neste ponto em específico.

⁹⁷ Cf. DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Ob. Cit.*, 2014.

O modelo de *processo adversarial* compreende o processo no qual prevalece a competição entre as partes. Neste caso, o processo representa uma batalha entre dois (ou mais) adversários que são relativamente “livres” para dirigir o processo conforme seus objetivos, e o Estado, representado pelo juiz, assume papel *passivo* cuja função se adstringe essencialmente a “sentenciar”, a fim de colocar fim à batalha entre os litigantes⁹⁸. Ao contrário deste, no modelo de processo *inquisitorial* o Estado, através do órgão jurisdicional, assume o controle e o protagonismo dos atos que compõe o processo. O Tribunal assume papel ativo, resolvendo controvérsias em várias fases do processo, buscando officiosamente informações para formação concreta do seu conhecimento⁹⁹.

Considerando as características principais dos modelos de processo, pode-se afirmar que no *princípio dispositivo* o juiz deve manter a distância necessária do processo, de maneira que caberá às partes a “direção” do processo, inclusive a respectiva escolha e produção de provas. Por isso, diz-se que tal princípio busca a “verdade formal”, no qual o juiz deverá considerar a “verdade” diante as informações levadas pelas partes ao processo, sem qualquer interferência ou convicção externa - e não a “verdade real”, aquela que teria ocorrido de fato¹⁰⁰.

O *princípio inquisitório*, por sua vez, dá maior liberdade ao juiz, e o permite inquirir questões não trazidas pelas partes parciais ao processo, bem como permite ao Tribunal produzir provas sem a devida provocação das partes em nome da formação do seu convencimento. Conforme ensina Humberto Theodoro Junior¹⁰¹, o Tribunal passa a se importar com a “verdade real/material”, isto é, com a correspondência da narração com a ocorrência real dos fatos¹⁰². Relativo a isso, a prova se aproxima da finalidade do processo e do conceito de verdade inserido anteriormente, no sentido de que somente será verdade aquilo que puder de provado.

Outrossim, conforme indica Eduardo Yoshikawa¹⁰³, o juiz passaria a ter o *poder-dever* na instauração e desenvolvimento do processo, mesmo que sem a colaboração das demais partes.

Embora haja críticas, o princípio do inquisitivo ultrapassa o antigo conceito de juiz árbitro, e consiste, quando da persecução da verdade, na incumbência de iniciativa do juiz na instrução do

⁹⁸ O princípio dispositivo é baseado na antiga máxima *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium* (o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes).

⁹⁹ Cf. DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Ob. Cit.*, 2014.

¹⁰⁰ A busca pela verdade real, considerada pela doutrina como a correspondência da narração dos fatos com a realidade, tem sido cada vez mais crescente no processo civil e isso tem reflexos importantes na órbita probatória, conforme palavras de Humberto Theodoro Junior “Nesses últimos anos, muito se evoluiu na teoria da prova, particularmente no que tange à nova visão dos poderes do juiz na iniciativa probatória diante da crescente valorização do princípio da verdade real [...] o aprimoramento da tutela jurisdicional, inspirada nos ideais do devido processo legal e do pleno acesso à justiça no seu mais puro e efetivo alcance, somente será atingido se bem compreendidas as evoluções da teoria da prova.” (Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. *Academia Mineira de Letras Jurídicas*. Publicado em 15/09/2009, p. 03)

¹⁰¹ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. *Academia Mineira de Letras Jurídicas*. Publicado em 15/09/2009, p. 14.

¹⁰² Humberto Theodoro Junior, neste sentido, aduz que “nesse processo moderno o interesse em jogo é tanto das partes como do juiz, e da sociedade em cujo nome atua” (Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo justo. Ob. Cit.*, 2009, p. 8).

¹⁰³ Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações a respeito da iniciativa instrutória do juiz no processo civil brasileira. *Revista Julgar On line*. n. 6. Setembro-Dezembro. 2008, p. 111.

processo, e, consoante os ensinamentos de José Lebre de Freitas¹⁰⁴, também consiste no dever das partes em colaborar, “respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados”.

Deste modo, a doutrina defende que o *princípio dispositivo* prepondera no modelo de *processo adversarial*, e o *princípio inquisitório*, por sua vez, prepondera no modelo *inquisitivo*¹⁰⁵.

No tocante à importância destes princípios com relação à temática estudada – provas no processo civil - Michele Taruffo¹⁰⁶ destaca que se pode afirmar que o núcleo do processo civil é a aquisição de provas, isto porquê, descrever um processo inicial (de primeira instância) equivale a explorar como se oferecem, solicitam, admitem e assumem as provas¹⁰⁷. Neste sentido, de aquisição das provas, o doutrinador italiano considera haver dois modelos básicos: um centrado nas partes e outro no tribunal¹⁰⁸.

Ao que parece, a divisão feita por Michele Taruffo vai ao encontro da opinião da moderna doutrina processual, que admite que os princípios dispositivo e inquisitivo não são exclusivos, mas que os mesmos são subsistentes, porém o que acaba por determinar os modelos processuais é a “preponderância” de um ou outro na legislação processual de cada ordenamento¹⁰⁹.

Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa¹¹⁰ indica que embora os princípios dispositivo e inquisitivo sejam contraditórios, nada impede que possam ser “misturados”.

Acerca da preponderância de um ou outro princípio, é importante avaliar a realidade histórica e social do ordenamento jurídico no qual está inserido. Assim considerando, em breve retrospectiva, é possível indicar que até a metade do século passado, as preocupações referentes ao processo eram bem diferentes das atuais. Imperava a concepção de que o juiz era mero aplicador da lei, e por isso deveria ser neutro, imparcial, distante do drama das partes. A realidade social e, por conseguinte, a do Poder Judiciário mudou drasticamente. No processo civil, destaca-se a atuação do italiano Mauro Cappelletti, que propôs uma correção de métodos e objetivos do processo e introduziu princípios como a instrumentalidade e efetividade, hoje indissociáveis do sistema. A ascensão do acesso à justiça, agora

¹⁰⁴ Cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*. Ob. Cit., 2013, p. 176.

¹⁰⁵ Cf. DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Ob. Cit., 2014, p. 86.

¹⁰⁶ Cf. TARUFFO, Michele. *La prueba*. Ob. Cit., 2008, p. 109.

¹⁰⁷ “En cierto sentido, el núcleo del proceso civil es la asunción de las pruebas. En realidad, describir un proceso de primera instancia equivale, en buena medida, a dar cuenta de cómo se ofrecen, solicitan, admiten y asumen las pruebas” (Cf. TARUFFO, Michele. *La prueba*. Ob. Cit., 2008, p. 109). Para Michele Taruffo, a aquisição das provas se vê influenciada por toda estrutura, a organização e o funcionamento dos processos civis. Por outro lado, a estrutura de tais processos está em boa parte determinada pelos princípios, disposições em mecanismos processuais especificamente relacionados com a aquisição das provas. Aquisição das provas pode ser discutida como uma espécie de sub processo e ser inserido no contexto mais exemplo do processo civil (Cf. TARUFFO, Michele. *La prueba*. Ob. Cit., p. 109-110)

¹⁰⁸ Para o autor, a forma tradicional de estabelecer distinção dos modelos de aquisição de provas baseada no princípio dispositivo e princípio inquisitivo é vaga e multifacetada (Cf. TARUFFO, Michele. *La prueba*. Ob. Cit., 2008, p. 110).

¹⁰⁹ Neste sentido, Fredie Didier Jr. indica que os princípios dispositivo e inquisitivo podem se manifestar em vários temas (instauração do processo, produção de provas, recursos) porém “nada impede que o legislador, em relação a um tema, encampe o “princípio dispositivo” e, em relação ao outro, o “princípio inquisitivo”” (DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Ob. Cit., 2014, p. 87).

¹¹⁰ Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Considerações a respeito da iniciativa instrutória do juiz no processo civil brasileira*. Ob. Cit., 2008.

visto sob ótica de justa prestação jurisdicional, cumulada com a ideia de processo justo – ultrapassando o conceito de devido processo legal –, não permite que o juiz seja neutro ou insensível “não pode fazer a real e efetiva justiça quem não se interessa pelo resultado da demanda e deixa o destino do direito subjetivo do litigante à sorte e ao azar do jogo da técnica formal e da maior agilidade ou esperteza dos contendores, ou de um deles”¹¹¹.

Desta maneira o império exclusivo do princípio dispositivo não faz mais sentido nos ordenamentos modernos.

No Brasil, embora os ditames do Artigo 128 do CPC¹¹² indique a preponderância do princípio dispositivo no julgamento da demanda, o Artigo 130 do CPC¹¹³ permite que o juiz, dentro das questões postas a ele, possa converter o feito em diligência e determinar a produção de provas necessárias à sua livre convicção, isto é, no caso da aquisição das provas, prepondera o princípio inquisitivo.

Embora haja críticas, no sentido de que tal artigo legal poderia influenciar na imparcialidade do juízo, defende-se que esse “poder” concedido ao juiz tem relação com o interesse público com a efetividade da justiça, bem como, que tal atuação ativa do juiz não tem o condão de promover a desigualdade entre as partes, mas sim, e em contrário, de se alcançar o equilíbrio entre as partes.

Neste sentido, Humberto Theodoro Junior esclarece que “a postura conservadora que praticamente anula a iniciativa do juiz no domínio da prova parte de uma visão equivocada que não distingue meio de prova e prova propriamente dita. Vê na decisão de ordenar a produção de um elemento de prova o compromisso do juiz com o resultado de tal diligência, como se ele tivesse que ser antevisto como necessariamente benéfico a uma parte predeterminada”¹¹⁴; por isso é importante ressaltar que o aspecto instrumental da prova não se confunde e não se vincula com o convencimento do juiz.

O processo civil português caminha, assim como o brasileiro, para a miscigenação dos princípios dispositivo e inquisitivo sem extremismos.

Rui Moreira aponta os princípios dispositivo e inquisitivo como exemplos de princípios norteadores do processo civil português. Quanto ao princípio dispositivo, é identificado em três vetores: o primeiro deles pela determinação do Artigo 3º do CPC PT de que “as partes determinam o início do processo”, o segundo vetor reside no fato de que “as partes têm a disponibilidade do objecto do processo”, e o terceiro vetor estaria consubstanciado na determinação de que “as partes têm a disponibi-

¹¹¹ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo justo. Ob. Cit.*, 2009, p. 4-5.

¹¹² CPC BR - Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe *defeso conhecer de questões, não suscitadas*, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

¹¹³ CPC BR - Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias

¹¹⁴ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo justo. Ob. Cit.*, 2009, p. 10.

lidade do termo do processo, podendo prevenir a decisão por compromisso arbitral, desistência, confissão ou transacção”¹¹⁵.

A inserção de proclames próprios do princípio inquisitivo, segundo Rui Moreira, surge como “correções” ao princípio dispositivo. O principal dispositivo legal neste sentido é o Artigo 6º do Código de Processo Civil de Portugal¹¹⁶ cuja determinação é no sentido de que cumpre ao juiz o papel de gestor do processo, incumbindo-lhe a determinação oficiosa de diligências necessárias com objetivo da “justa composição do litígio em prazo razoável”^{117, 118}. Pela determinação do artigo mencionado, aduz-se que o processo civil português admite a atividade probatória oficiosa do juiz.

O Art. 411 do Código de Processo Civil de Portugal¹¹⁹, por sua vez, prevê expressamente a adoção do princípio inquisitório na realização de diligências (entende-se que inclusivamente probatórias). Outro dispositivo legal que remete a esta interpretação é a constante no Art. 367, I do CPC PT que dispõe sobre a oficiosidade probatória do juiz no procedimento comum cautelar¹²⁰.

Desta maneira, verifica-se que o princípio inquisitivo, não com suas características extremistas de juiz protagonista, mas com nuances complementares e integrativas do princípio dispositivo, ganha espaço nos ordenamentos processuais estudados, de forma que se cogita afirmar que tem como objetivo o aprimoramento jurisdicional em busca da justiça.

Além dos modelos tradicionais de processo adversarial e inquisitorial, Fredie Didier Jr. defende um terceiro modelo de processo, que mistura característica dos dois modelos anteriores, o *processo cooperativo*, o qual objetiva uma condução cooperativa do processo sem destaque para algum sujeito em específico. Para o autor, este modelo é o mais adequado para uma democracia, pois coaduna com a persecução de princípios fundamentais e tem como função transformar o processo numa “comunidade de trabalho” e a “responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados”¹²¹.

¹¹⁵ Cf. MOREIRA, Rui. Ob. Cit., 2013, p. 3.

¹¹⁶ CPC PT - Artigo 6.º Dever de gestão processual - 1 - Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável. 2 - O juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanção, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanção dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo

¹¹⁷ Antunes Varela, J. Miguel Bezerra, Sampaio e Nora destacam para o fato de que, em relação aos fatos fundamentais alegados, o juiz goza de oficiosidade na realização de diligências, porém, o ónus da afirmação obedece aos ditames do princípio dispositivo. Os mesmos autores destacam que o antigo artigo 265, 3 do CPC (atual Art. 411) retrata apenas uma das faces dos poderes instrutórios do juiz. Tais poderes podem ser verificados também nos diferentes meios de prova. Outra face seria o “poder de disciplina” dado ao juiz, previsto no antigo art. 266 do CPC (atual Art. 6º) e no Art. 156 do CPC de 1961 (atual Art. 152) que prevê o dever do juiz em administrar a justiça. (Cf. VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de processo civil*. 2ª edição. Coimbra: Editora Coimbra. 2004, p. 474-476).

¹¹⁸ Cf. MOREIRA, Rui. Ob. Cit., 2013.

¹¹⁹ CPC PT - Artigo 411.º - Princípio do inquisitório - Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer.

¹²⁰ CPC PT - Artigo 367.º Audiência final 1 - Findo o prazo da oposição, quando o requerido haja sido ouvido, procede-se, quando necessário, à produção das provas requeridas ou oficiosamente determinadas pelo juiz.

¹²¹ Cf. DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Volume I. 16ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 89-94.

A admissão do princípio inquisitivo vai além de permitir a participação do juiz no processo como agente ativo. Porém, neste ponto é preciso discutir os reflexos da oficiosidade jurisdicional probatória nas decisões judiciais.

2.3.2 A oficiosidade do juiz na produção da prova no processo civil

A oficiosidade do juiz é consequência da adoção do princípio inquisitivo nos processos civis modernos. Atenta-se para o fato de que tal adoção não pressupõe um processo adstrito ao modelo inquisitorial onde o juiz é protagonista e as partes coadjuvantes. Pelo contrário, a ideia que se defende, desde já, como oficiosidade probatória do juiz é complementar à das partes, com exceções.

Michele Taruffo¹²² defende o fato de que as partes têm a *faculdade* e o *direito* de apresentar todo o meio de prova relevante e admissível a seu alcance, e isto simboliza um dos princípios básicos do processo civil. Diante disto, pode-se considerar que os sistemas modernos de provas estão centrados nas partes (dentro da classificação do autor de que a aquisição das provas é centrada nas partes ou no Tribunal).

Ocorre que, nem sempre as partes têm interesse na justiça da decisão - este interesse é sobretudo do Estado, representando toda a comunidade – ou têm consciência dos seus direitos, dentre outros motivos que as fazem manter conduta processual probatória que não tenha por objetivo a revelação da realidade dos fatos. Também por isso a ideia tradicional de monopólio probatório das partes perdeu sua força.

Michele Taruffo¹²³, ao abordar o contexto histórico da produção probatória, indica algumas das “razões históricas e teóricas mais importantes” pelas quais o monopólio probatório exclusivo das partes perdeu força. Um deles é o surgimento de concepções do processo civil como mecanismo público para proteção de direitos e do papel do juiz como a “longa mão do Estado” que procura tal proteção; outra razão seria a tendência em favor da busca da verdade no processo civil e a falta de confiança na iniciativa das partes. O autor acrescenta outro motivo, a crescente necessidade de direção e controle por parte do tribunal sobre o procedimento e existência de suplementar as iniciativas probatórias das partes quando não são suficientes para provar os fatos em disputa. Por fim, indica-se que estes fatores, combinados a outros relacionados à justiça das decisões¹²⁴, influenciaram alterações na con-

¹²² Cf. TARUFFO, Michele. *La prueba. Ob. Cit.*, 2008.

¹²³ Cf. TARUFFO, Michele. *La prueba. Ob. Cit.*, 2008, p. 112.

¹²⁴ Michele Taruffo atenta para o fato de que o papel ativo do Tribunal na compilação de provas tem uma base racional no propósito de *estabelecer a verdade dos fatos* em disputa, um propósito que por si mesmo não tem caráter autoritário algum, ao fundar-se na exigência de possibilitar aos tribunais tomar *decisões justas* (TARUFFO, Michele. *La prueba. Ob. Cit.*, 2008).

cepção de produção da prova e provocaram uma tendência generalizada em favor de que o Tribunal tenha um papel ativo na busca de provas adicionais às oferecidas pelas partes.

Como apontando no título anterior, os sistemas processuais brasileiro e português caminham no sentido de ampliar os poderes de oficiosidade do juiz na produção de provas e isto tem relação também com a atividade cognitiva do juiz adotada modernamente, que se distancia do modelo de *livre convicção* e se aproxima da *persuasão racional*.

A atividade cognitiva do juiz com base da persuasão racional, determina a fundamentação das decisões no livre convencimento motivado do magistrado. De acordo com a concepção de Márcio Vieira¹²⁵, tal convencimento precisa ser dotado de fundamentação racional (sendo vedado motivações pessoais), e ter por base a “produção intelectual calcada em todos os elementos e circunstâncias da prova coligida nos autos, sempre se atentando em relação a sua credibilidade”¹²⁶.

Verifica-se que o juiz tem interesse na produção de provas, haja vista que é obrigado constitucionalmente a fundamentar sua decisão, e, para tanto, necessita de subsídios materiais (provas) que alicercem substancialmente sua deliberação. Caso as partes não levem ao processo prova importante sobre a realidade dos fatos, e isto estiver ao alcance do juiz, poderá (ou deverá) fazê-lo. Logo, o poder instrutório do juiz deriva, também, da sua atividade cognitiva.

O que se verifica é que, mesmo que o juiz possa determinar a produção de provas oficiosamente, deverá fazê-lo de forma fundamentada, também assim deverá proceder na admissão ou não de provas em juízo¹²⁷, considerando a finalidade perseguida pelo processo.

Humberto Theodoro Junior¹²⁸ alerta para o fato de que, além do dever de fundamentar as decisões, a evolução do sistema processual na consecução da justa pacificação dos litígios assumiu, para o juiz, a natureza de um encargo fundamental e, por isso mesmo, de ordem pública. Defende-se que este comportamento também justifica a oficiosidade do Tribunal.

A questão que surge no que é pertinente à oficiosidade probatória do juiz, e que se pretende indicar aqui, diz respeito aos seus limites, isto é, se a oficiosidade deve operar sem restrições, como um poder-dever, ou se deve ter caráter meramente complementar.

¹²⁵ Cf. VIEIRA, Márcio. *Os resquícios de prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência no livre convencimento do magistrado*. v. 17, n° 23, Revista da ESMESC, 2010, p. 380.

¹²⁶ A legislação brasileira e portuguesa determinam a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais (artigos 93, IX da CRFB e 131 e 458 do CPC BR e artigo 205, I CRP).

¹²⁷ No tocante à admissão de provas, uma ferramenta epistemológica importante é a utilização da *relevância*, isto é, é necessário que se possa utilizar *todas* as informações úteis, todas as provas disponíveis, para alcançar a verdade de um enunciado. Ocorre que a adoção deste método na grande maioria dos ordenamentos é limitada, especialmente no tocante ao resguardo de garantias a direitos fundamentais e à economia processual. Jeremy Bentham, ao criticar o sistema de *law of evidence* inglês - que limitava o uso de provas relevantes - afirmava que “a prova é o básico da justiça: excluir provas é excluir justiça” (Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdade*. Ob. Cit., 2010).

¹²⁸ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo justo*. Ob. Cit., 2009.

Desde já é possível afirmar que há divergência na doutrina acerca desta questão. Acredita-se que tal temática poderia ser respondida pela recorrente questão da finalidade do processo. Neste sentido, caso o processo tenha mera finalidade de pôr fim ao litígio, a atividade oficiosa instrutória é irrelevante, porém, se o processo tem por finalidade decisões justas, o poder instrutório do juiz deveria ser proporcional a este fim.

Humberto Theodoro Junior¹²⁹ atenta para o fato de que a “eliminação dos litígios, de maneira legal e justa, é do interesse tanto dos litigantes como de toda a comunidade. O juiz, operando pela sociedade como um todo, tem até mesmo interesse público maior na boa atuação jurisdicional e na justiça e efetividade do provimento com que se compõe o litígio”.

No Brasil, o que se verifica é a predominância do conceito de que o juiz não pode atuar em substituição às partes¹³⁰.

No mesmo sentido, José Lebre de Freitas¹³¹, em análise ao sistema processual português, defende que embora o Tribunal tenha poderes de iniciativa de prova, os poderes lhe são vedados no campo da alegação. Complementa, que a “doutrina hesita no enquadramento da iniciativa da prova no campo do princípio dispositivo e, quando o faz, realça o carácter relativo da afirmação”¹³².

Humberto Theodoro Junior¹³³, ao afirmar que a atividade probatória do juiz não se relaciona com as partes, mas com a verdade, ressalta que a atividade probatória do juiz tem carácter integrativo e suplementar, de maneira que, quando as partes exercitam seus poderes para produzir todas as provas disponíveis e munem o processo dos elementos suficientes para a comprovação dos fatos relevantes da causa, não há nenhuma necessidade de que o magistrado utilize seus poderes instrutórios. Porém, o juiz *deve* usar dos poderes de iniciativa toda vez que algum meio de prova a seu alcance possa ser empregado para o melhor conhecimento dos fatos fundamentais do conflito, mesmo que os litigantes não o requeiram.

Nuno de Lemos Jorge¹³⁴ defende que o poder instrutório do juiz é um poder-dever, e que vários são os elementos que apontam para a interpretação consoante esta possibilidade¹³⁵. Porém, em-

¹²⁹ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo justo*. Ob. Cit., 2009, p. 8.

¹³⁰ Neste sentido é a decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro no julgamento do Recurso Especial n. 894.443/SC: “3- O processo civil moderno tende a investir o juiz do poder-dever de tomar iniciativa probatória, consubstanciando-se, pois, em um equilíbrio entre o modelo dispositivo e o inquisitivo. Contudo, a atividade probatória exercida pelo magistrado deve se opera em conjunto com os litigantes e não em substituição a eles”.

¹³¹ Cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*. Ob. Cit., 2013, p. 155.

¹³² Elizabeth Fernandez destaca que com a reforma do CPC PT de 2013 o tribunal mudará seu comportamento no tocante às provas, agora deverá partir das provas para chegar à realidade dos fatos (e não o contrário como fora antes) (Cf. FERNANDEZ, Elizabeth. *Um novo Código de Processo Civil? Em busca das diferenças*. Porto: Editora Vida Económica, 2014, p. 48). Maria Clara Calheiros indica que “parece existir um esforço no sentido de reforçar o carácter do processo judicial como meio para a descoberta da verdade dos factos sub iudice” (Cf. CALHEIROS, Maria Clara. *Justiça...* Ob. Cit., 2013, p. 256).

¹³³ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo justo*. Ob. Cit., 2009, p. 15.

¹³⁴ Cf. DE LEMOS JORGE, Nuno. Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas. *Revista Julgar*. n. 03, 2007, pp. 61-84.

¹³⁵ Os elementos citados por Nuno de Lemos Jorge dizem respeito ao direito processual civil português e são “a letra da lei; algumas ligações sistemáticas; e o particular modelo inquisitório subjacente à reforma do CPC de 1995/1996”. (Cf. DE LEMOS JORGE, Nuno. Ob. Cit. 2007, p. 63).

bora possa assim ser entendido, este poder-dever não é ilimitado. Algumas das limitações dizem respeito às garantias processuais como o contraditório, inadmissibilidade da prova ilícita, o dever de imparcialidade do juízo, entre outros. Neste sentido, para que o poder instrutório do Tribunal se concretize é necessário, essencialmente, contraditório e fundamentação.

Muito ainda será preciso discutir acerca da finalidade do processo e o desprendimento de conceitos ultrapassados para que se alcance uma prática racionalmente e socialmente justa neste tocante. Os princípios da cooperação, da decisão justa, e da persuasão racional identificam um caminho a ser seguido. Porém, vê-se que os conceitos mais modernos de justiça da decisão exigem um comportamento mais dinâmico e participativo do magistrado.

A abordagem dos princípios dispositivo e inquisitivo, especialmente com a possibilidade de oficiosidade da atividade probatória jurisdicional, tem relevância elementar para este trabalho. Isto porque a adoção de um dos princípios no que se refere à atividade probatória, e os limites da atividade jurisdicional na determinação oficiosa de provas, refletirá diretamente na área na qual a regra de julgamento é chamada a operar (o que será abordado em capítulo oportuno).

A partir dos conceitos abordados, faz-se necessário retomar a eminente necessidade social, que vem sendo traduzida em legislação processual, de alcançar a realização da verdade e da justiça nas decisões judiciais. Verificou-se o conceito multifacetado de prova processual, sua importância e introdução no processo pelas partes, bem como, indicou-se a importância e a atividade jurisdicional probatória, tudo com a finalidade de alcançar os objetivos do processo. Outro problema processual surge: o não alcance da verdade e a necessidade de proferir uma decisão em tempo razoável (*non liquet*).

Tão importante quanto proferir uma decisão acerca da verdade dos fatos é proferi-la mesmo que a verdade não seja alcançada (o que não é incomum), pois as partes, impedidas de exercerem seus direitos pela autotutela, que procuram o juízo para resolverem seus conflitos, não podem de lá sair sem, no mínimo, uma *decisão aceitável* – não necessariamente justa. Neste toar, verifica-se a existência de uma “fábula processual” acerca do ônus da prova.

Neste ponto do estudo, acredita-se que há subsídio suficiente para iniciar a compreensão do que é ônus da prova, suas implicações e sua utilização como regra de julgamento das demandas, assuntos que serão abordados no decorrer do próximo capítulo.

Capítulo III - Do Ônus da Prova

Após a compreensão do termo “prova” e sua significância para o deslinde dos processos judiciais, é preciso entender a determinação legal de incumbência da sua produção no processo judicial, especialmente no processo civil.

De forma abstrata, fala-se, nos mais diferentes sistemas processuais civis modernos, em “distribuição do ônus da prova”.

Acima, se apresentou sinteticamente o que se entende por prova. A “distribuição” aqui referida, diz respeito à incumbência de produção da prova no processo judicial civil: cabe ao autor, ao réu ou ao juiz, ou, ainda, a terceiro?

Desde já, cabe salientar que esta divisão tem elementar importância na decisão, não apenas quando se alcança a verdade, mas, especialmente, quando o juiz não chega a uma conclusão sobre o mérito da causa.

A questão sobre o ônus da prova há muito tempo vem sendo objeto de pesquisas. Pesquisas estas que a cada dia se aprofundam e se expandem, porém, com poucas conclusões unânimes¹³⁶.

Como visto no Capítulo II, no referente ao contexto histórico das provas processuais, as provas em direito são tão antigas quanto a própria história do Direito.

Os conflitos entre pessoas e povos, por sua vez, são tão antigos quanto a história da humanidade. Com a proibição da autotutela¹³⁷ e a conseqüente judicialização dos conflitos, o Estado precisou criar mecanismos para atribuir a uma das partes a “razão” e finalizar o conflito jurídico-processual. Ocorre que, com a evolução do sistema social, verificou-se que não basta que um conflito seja extinto por um juiz, é preciso que a decisão judicial “convença” as partes de que é a melhor, que gere aceitação e, conseqüentemente, não promova outros conflitos.

¹³⁶ O doutrinador brasileiro responsável pelo Projeto Básico do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, Alfredo Buzaid, cita em uma das publicações pioneiras sobre o ônus da prova no Brasil, datada de 1962, alguns estudos internacionais importantes sobre o ônus da prova na época, e destacou: a) na Alemanha, BETHMAN-HOLLWEG, Über die Beweislast, em Versuche über einzelne Theil des Civilprozesses, 1827, V, p.319 e segs.; HERMANN FITTING, Die Grundlegender Beweislast, em Zeitschrift für Deutschen Civilprozess, vol.13,1889,p.1e segs.; FRANZLEONHARD, Die Beweislast, Berlim, 1926; AUGUST VON KNIERIEM, Behauptungspflicht und Beweislast, Berlim, 1896; LEO ROSENBERG, Die Beweislast, 3.a ed., Munique e Berlim, 1953; FRIEDRICH SISVEKING, Bedeutung und Gültigkeit des Satzes Negantis Nulla Probatio, Lipsia,1889; b) na Itália, LUIGI GIANTURCO, Brevi Note sulla Teoria dell'Onere della Prova, (apêndice à tradução italiana de Glück, Commentario a lie Pandette, liv. 22, tit. III, p.366 e segs.); GIACOMO PRIMO AUGENTI, L'Onere della Prova, 1932, Foro Italiano, Roma; GIAN ANTÔNIO MICHELI, L'Onere della Prova, Cedam, Pádua, 1942 (Trad. esp. de Santiago Sentis Melendo, La Carga della Prueba, BuenosAires,1961, Ed. Jur. Europa-América); e c) no Brasil, S.SOARES DE FARIA, Principais Teorias relativas ao Ônus Probandi, São Paulo, 1936, ed. Revista dos Tribunais. (Cf. BUZOID, Alfredo. Do ônus da prova. Revista dos Tribunais, 1962, pp. 113-140, p. 114. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66398/69008>>. Acesso em 15 maio 2015.)

¹³⁷ A *autotutela* pode ser compreendida como “a forma mais antiga de solução de conflitos, constituindo-se fundamentalmente pelo sacrifício integral do interesse de uma das partes envolvida no conflito em razão do exercício da força pela parte vencedora. [...] é a única forma de solução alternativa de conflitos que pode ser amplamente revista pelo Poder Judiciário, de modo que o derrotado sempre poderá judicialmente reverter eventuais prejuízos advindos da solução do conflito pelo exercício da força de seu adversário”. (Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 7ª Edição. Editora Método. Brasil, 2015, p. 4-5).

Inicialmente, é necessário ter no processo elementos convincentes, que, via de regra, possibilitem revelar a verdade dos fatos e permitam ao juiz proferir uma decisão aproximada da realidade. Para tanto, o juiz precisa ter subsídios materiais fáticos. De uma análise superficial do sistema processual, quando as partes levam ao judiciário um conflito, devem levar, além da história, elementos materiais de sua existência; tais elementos são as provas. **A lei processual, portanto, incumbe às partes, inicialmente, o trabalho de instrumentalizarem o processo com as provas das suas alegações**, distribuindo-lhes competências, sob pena de verem indeferidas de pronto seu pleito caso não demonstrem que suas alegações têm base fática.

Verifica-se que esta distribuição de incumbências entre as partes de fornecimento de “dados” ou “provas”, é antiga. Em épocas remotas, anteriores ao século VIII, as ordálias já obedeciam indiretamente a uma “distribuição”, pois ao proferir a *Beweusurteil* o juiz determinada qual ordália seria praticada e qual parte deveria praticá-la¹³⁸.

Antes de analisar os pormenores da incumbência, porém, é necessário delimitar o porquê se refere que tal tarefa probatória é um “ônus” e não um “direito”, ou “dever” (obrigação).

3.1 A prova é ônus, obrigação ou dever?

Os termos *direito*, *dever*, *obrigação*, e, até mesmo, *ônus* comportam diversificadas acepções, próprias da polissemia caracterizadora do vernáculo português, e, em especial, da ambiguidade e imprecisão da linguagem jurídica¹³⁹. Não se tem aqui o propósito de esgotar as possibilidades de definição, porém, para melhor compreensão dos termos, faz-se necessário alguns apontamentos mínimos.

Por *dever*, entende-se que seja uma conduta que possa ser exigida coercitivamente. Neste sentido, André Franco Montoro¹⁴⁰ ensina que “o dever jurídico se caracteriza por sua exigibilidade. Ao dever jurídico do sujeito passivo correspondem sempre à exigibilidade ou poder de exigir do sujeito ativo. Dever jurídico é aquele que pode ser exigido por outrem (sujeito ativo) ”.

Os conceitos de *dever* e *obrigação* estão atrelados, tanto que Silvio Rodrigues¹⁴¹ acaba por afirmar que dever e obrigação são sinônimos, tratando-os como o “vínculo de direito pelo qual alguém

¹³⁸ Cf. TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdade: el juez y la construcción de los hechos*. Traducción Daniela A. Scagliotti. Madrid: Editora Marcial Pons, 2010, p. 16.

¹³⁹ A linguagem jurídica é construída basicamente da adaptação de palavras e expressões da linguagem natural. O jurista, via de regra, não goza da vantagem de criar palavras. A linguagem jurídica é naturalmente marcada pela ambiguidade e imprecisão, o que lhe confere uma “textura aberta”. No caso da imprecisão, ocorre quando não há limites precisos do campo de significação a que corresponde as palavras. A ambiguidade, por sua vez, ocorre quando uma mesma palavra ou expressão assume contextos ou significados múltiplos e distintos. (Cf. GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. v. 77, pp. 177-183. 1982, p. 177)

¹⁴⁰ Cf. MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 458.

¹⁴¹ Cf. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume 2. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3.

(sujeito passivo) se propõe a dar, fazer ou não fazer qualquer coisa (objeto), em favor de outrem (sujeito ativo)”.

Eros Roberto Grau indica que, além da sinonímia com dever jurídico, o termo *obrigação* também indica *sujeição*, que significa, no lado passivo, a “necessidade de obedecer”, enquanto, no lado ativo, indica “poder”. Referido autor complementa indicando que a obrigação é usada para designar o elemento passivo de qualquer relação jurídica, e, neste sentido, não pode ser confundida com a classe de relações jurídicas denominadas de direito obrigacional¹⁴².

Direito, por sua vez, atrelado às concepções terminológicas acima indicadas, pode ser compreendido como capacidade intrínseca que o indivíduo tem de ação ou omissão. Nesta dimensão, pode-se afirmar que é garantia do indivíduo perante o Estado e perante os outros indivíduos.

Por sua vez, o termo *ônus* remonta sua derivação latina (*onus* ou *oneris*), e significa um encargo, fardo ou peso.

Atribui-se a primeira teorização acerca do ônus ao doutrinador Brunetti¹⁴³, que partiu do pressuposto de que nem todas as normas tem caráter imperativo. O autor indicava que a categoria das *normas finais* disciplina de modo não imperativo a conduta humana¹⁴⁴.

O *ônus*, por assim dizer, é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Goldschmidt concebe ônus como encargo do qual a parte se desincumbe, ou não, para figurar em situação de vantagem ou desvantagem perante o direito. O Autor se refere ao ônus como sendo um “imperativo do próprio interesse”¹⁴⁵.

O ônus não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância, por isso que Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira afirmam que “ônus é encargo atribuído à parte e jamais uma obrigação”¹⁴⁶.

Fernando Capez, ao tentar desmistificar o entendimento de parte da doutrina que tinha a prova como “obrigação”, defendeu que a prova é ônus, “a posição jurídica cujo exercício conduz seu titular a uma condição mais favorável”. Neste sentido, embora faça referência ao processo penal, verifica-se que a afirmação do autor é válida também no processo civil ao passo que enfatiza que “a princi-

¹⁴² Cf. GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S.l.], v. 77, p. 177-183, jan. 1982, p. 179.

¹⁴³ Inicialmente Brunetti fez a abordagem na obra *Il delitto civile*, logo após a da obra *Norme e regole finali nel diritto*, em 1913 (Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ob. Cit.*, 1982, p. 179).

¹⁴⁴ Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ob. Cit.*, p. 179-180.

¹⁴⁵ Cf. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal civil*. 1936, p. 7-9. Apud TARUFFO, Michele. *La Prueba de los hechos*. *Ob. Cit.* 2009.

¹⁴⁶ Cf. DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela*. Volume II. 8ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 73.

pal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na *obrigação* a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no *ônus* o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não cumprimento não significa atuação contrária ao direito. Neste último caso, contudo, embora não tendo afrontado o ordenamento legal, a parte arcará com o prejuízo decorrente de sua inação de obter a vantagem que adviria de sua atuação”¹⁴⁷ Por força disso, pode-se dizer que a prova é antes uma “‘obrigação’ da parte para consigo mesma”¹⁴⁸.

Diante do exposto, da diferença entre direito, obrigação, dever e ônus, bem como, do conceito e finalidade da prova processual, pode-se considerar a prova basicamente sob dois aspectos.

Como *direito*, a prova está interligada ao fenômeno do *due process of law*, e está inserida na garantia do contraditório e dos direitos de ação e defesa, devendo por assim ser considerada um direito subjetivo público que tem as partes parciais (autor e réu) de levar à apreciação do Poder Judiciário suas alegações e demonstrá-las (prová-las). É indubitável, pois, que a prova é um direito!

Como *ônus*, por sua vez, a prova se reveste de faculdade, porém com implicações legais indiretas, uma vez que a sua inobservância pode colocar a parte em desvantagem.

Ao passo que uma obrigação poderia levar o titular a ser “imposto”, coercitivamente, a prestar o bem jurídico, o ônus apenas o coloca numa posição de “inquietude”, à medida que no ônus a sua inobservância pode acarretar prejuízos próprios.

Desta maneira, diz-se “ônus da prova” pois a inobservância da incumbência legal de produção da prova no processo poderá, conforme os regimentos processuais em vigor no Brasil e em Portugal, colocar a parte que deveria provar em desvantagem na decisão, isto porque, no caso de dúvida ou insuficiência probatória, o juiz resolverá a lide contra o “onerado”.

A partir das convicções formadas pelos enunciados apresentados acerca da significação da palavra ônus, especialmente em processo civil, adere-se à construção de Eduardo Yoshikawa, o qual afirma que o ônus “cria uma situação jurídica em que a pessoa a que se reconhece a faculdade de agir em benefício de um interesse, ao ser obrigada a agir provavelmente o fará, para evitar o prejuízo (certo ou meramente potencial) resultante da omissão”¹⁴⁹.

Diante do exposto, compreende-se que a expressão “ônus da prova” cerne deste labor, tem relação direta com a atividade das partes, bem como, terá relação direta com a decisão final a ser proferida pelo juiz, tenha a verdade sido demonstrada ou não.

¹⁴⁷ Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 13.ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 464.

¹⁴⁸ Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 37, n° 205, p. 115-159, mar. 2012, p. 116.

¹⁴⁹ Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova Ob. Cit.*, 2012, p. 116.

3.2 Ônus da prova e ônus da alegação

Antes de prosseguir no assunto de ônus da prova, faz-se necessária uma importante referência. Em Portugal o sistema processual civil é marcado por duas espécies de ônus. Além do ônus da prova, há o ônus da alegação. Embora não seja o cerne deste trabalho, é imprescindível referenciar o ônus da alegação português, pois tem estreita relação com o ônus da prova, e, como este estudo tem o objetivo de comparar os ordenamentos processuais civis brasileiro e português, distinções tão importantes como essa são necessárias.

O ônus de alegação, ou *ónus* - com propriedade linguística portuguesa -, diz respeito ao “encargo” cometido às partes de, nas suas manifestações processuais, especialmente na petição inicial e na contestação, delimitarem, por meio de narrações processuais, a situação da vida real que desejam ver apreciada e definida juridicamente. Desta forma, via de regra, no direito português os temas de prova são determinados pelas alegações feitas pelas partes.

O Art. 5º do CPC PT dispõe acerca do ônus de alegação das partes e determina que “1 - Às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas”.

Admitir que a prova seja determinada sem observância do ônus da alegação importa em ferir o princípio do contraditório, de acordo com o entendimento de José Lebre de Freitas¹⁵⁰.

Feitas tais considerações resta, por oportuno, indicar que ônus da prova e ônus da alegação são complementares mas não se confundem. A este visa determinar quem tem o encargo de alegar os fatos, àquele, incumbe uma das partes da tarefa de provar os fatos alegados. Neste sentido, Jorge Walter Peyrano indica que que ônus da prova e ônus da alegação não tem equivalência absoluta, porém têm íntima relação, o que sustenta teorias de ônus objetivo¹⁵¹.

No Brasil, porém, não se fala explicitamente sobre ônus da alegação. As narrações delimitam, no caso de direitos disponíveis, a decisão judicial a ser proferida. O pedido e, especialmente, a causa de pedir, determinam o campo de atuação jurisdicional, não podendo o Juiz alterar a causa de pedir da ação proposta, referindo-se aos fatos que não constem da peça inaugural da demanda, que é a petição inicial, mesmo que durante a demanda surjam provas de situação mais favorável.

Ultrapassada esta diferenciação, bem como enaltecido que a produção de provas é um ônus, é preciso atentar-se às regras processuais que permeiam sua incumbência.

¹⁵⁰ Cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceitos e princípios gerais*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 110.

¹⁵¹ Cf. PEYRANO, Jorge Walter. La carga de la prueba *in* Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal, p. 962. Disponível em: <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>>. Acesso em 12 jun. 2015.

3.3 Ônus subjetivo e ônus objetivo da prova

As regras mais significativas quanto ao ônus da prova são dirigidas às partes do processo¹⁵²: as parciais (ônus subjetivo) e a imparcial (ônus objetivo)¹⁵³; tal divisão provém de uma distinção inicial entre institutos e perspectivas.

Cabe ressaltar, porém, que nem sempre foi assim. Somente em 1883, pela obra de Julius Glaser, houve a distinção entre ônus subjetivo (denominado formal), e ônus objetivo (ou material). Tal distinção foi aprimorada por Léo Rosemberg¹⁵⁴, em 1900.

Até então a doutrina jurídica processual reconhecia tão somente o aspecto *subjetivo* da prova (teoria das consequências da prova frustrada), conforme indica o processualista Alfredo Buzaid “a indagação consistia em averiguar a qual das partes competia o encargo de produzir a prova, a fim de não correr o risco de perder a demanda, considerando a natureza do processo de tipo dispositivo que, confiando-lhes a realização da atividade instrutória, lhes atribuiu responsabilidade correspondente”¹⁵⁵.

Para melhor compreensão dos institutos, o estudo será feito separadamente.

3.3.1 Ônus subjetivo

O *ônus subjetivo*, também chamado de ônus da produção de prova¹⁵⁶, leva em consideração a orientação das partes nos seus encargos probatórios. Nessa perspectiva, a prova é dirigida às partes parciais (autor e réu), e se relaciona às determinações legais de quem tem o encargo probatório de demonstrar as alegações de fato, a responsabilidade de cada um no convencimento da justiça, bem como orientam a estratégia no exercício da atividade. Por tudo isso, o ônus subjetivo é considerado uma “regra de conduta” das partes, conforme o entendimento de Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira¹⁵⁷.

Léo Rosemberg¹⁵⁸ atenta para o fato de que no ônus subjetivo a pergunta que se faz é “*quem deve provar*”, ou *quem* está obrigado a provar. Para tanto, considera-se a necessidade jurídica

¹⁵² Pedro Ferreira Múrias orienta para a confusão feita entre uma perspectiva objetiva e uma perspectiva subjetiva do ônus da prova, aquela respeitante às versões discutidas, esta concernente às partes em litígio. O autor indica a confusão da doutrina em descrever “o sentido do ônus da produção da prova, o define como situação das partes resultante da distribuição do ônus da prova objetivo” (Cf. MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Coimbra: Editora Lex, 2000, p. 19.)

¹⁵³ Pode-se referenciar também às funções dos ônus, nesse sentido utiliza-se a nomenclatura de função subjetiva e ônus material.

¹⁵⁴ Abordagem sobre o ônus objetivo e subjetivo da prova In ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956.

¹⁵⁵ Cf. BUZAID, Alfredo. *Ob. Cit.*, 1962, p.18.

¹⁵⁶ Neste sentido Pedro Ferreira Múrias indica a sinonimidade dos termos In “*Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Coimbra: Editora Lex, 2000, p. 19.

¹⁵⁷ Cf. DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Ob. Cit.*, 2013, p. 73.

¹⁵⁸ Cf. ROSENBERG, Leo *Ob. Cit.*. 1956, p. 17.

das partes em fornecer a prova de suas afirmações, isto é, é nos atos da parte que se origina esta necessidade¹⁵⁹. Neste sentido, o autor indica uma definição difundida de carga de prova, segundo a qual, carga da prova - ou ônus da prova - *consiste na necessidade prática de provar uma relação ou um fato real para evitar uma decisão desfavorável*¹⁶⁰.

Desta maneira, o ônus subjetivo prevê um resultado probatório, de maneira que atribui para cada parte a obrigação, ou, com melhor rigor gramatical, o ônus de provar no processo a matéria que a si a lei determina que cabe provar.

Além da determinação legal, há o interesse subjetivo da parte em promover a prova. Isto porque, quando o litigante procura o Tribunal para intentar uma demanda, ou para defender-se dela, na maioria das vezes terá o desejo de sair vitorioso da batalha judicial que entrava, e, por isso, além de uma boa narração processual, deverá mostrá-la verdadeira. A persuasão, a produção do convencimento do juiz da verdade da narração, como já visto em outro capítulo, será alcançada mediante a comprovação probatória da narração, e, para tanto, a parte deverá utilizar-se das provas, devendo, além de proporcioná-las imediatamente, agir de maneira que possa proporcioná-las ao longo do processo ou indicar a impossibilidade de fazê-lo.

Entretanto, como bem assevera Pedro Múrias a certeza do magistrado para a decisão do caso pode surgir por meio de provas trazidas pela parte contrária ou ainda produzidos oficiosamente¹⁶¹, neste tocante, remete-se a leitura do princípio da comunhão das provas e princípio dispositivo abordados anteriormente.

Ônus subjetivo, portanto, trata-se de uma imposição legal aliada ao interesse de êxito das partes na demanda, de, por meio de provas, proporcionar o convencimento do Tribunal.

Considerando a determinação legal do ônus da prova, torna-se pertinente indicar que no Brasil, a determinação de incumbência probatória encontra-se estampada no artigo 333 do Código de Processo Civil, que determina que, em regra: “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.”

No mesmo sentido, o Código Civil Português determina no artigo 342 “Ônus da prova -1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado. 2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a

¹⁵⁹ *Sólo se pregunta: quién debe probar, o quién está obligado a probar, y únicamente se piensa en la “necesidad jurídica” de las partes de suministrar la prueba de sus afirmaciones, esto es, en los actos de parte que se originan en esa afirmaciones”* (ROSENBERG, Leo. *Ob. Cit.*, 1956, p. 17)

¹⁶⁰ Cf. ROSENBERG, Leo. *Ob. Cit.*, 1956, p. 17-18.

¹⁶¹ Cf. MURIAS, Pedro Ferreira. *Ob. Cit.*, 2000, p. 21.

invocação é feita. 3. Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito”.

Embora surja a imprescindibilidade de abordagem da classificação legal dos fatos, isto será feito no capítulo dedicado ao estudo da teoria das normas, de Léo Rosemberg.

Por vezes, porém, mesmo com a observância do ônus subjetivo, não se alcança a verdade no processo, isto é, os fatos alegados não são comprovados de maneira a convencer o juízo, porém, mesmo assim o julgador precisa proferir uma decisão que proporcione aceitação. Neste momento surge a relevância do ônus objetivo, a ser abordado nas próximas linhas.

3.3.2 Ônus objetivo

O *ônus objetivo* é dirigido ao julgador do processo. Também chamado de ônus material ou, ainda, de carga de certeza¹⁶². Conforme assevera Pedro Múrias¹⁶³ este instituto foi descoberto no final do século XIX e impõe ao aplicador do Direito “uma certa decisão de mérito perante um *non liquet* de facto, estendendo ao caso ou a *facti species* que inclui a verificação desse pressuposto, ou a que inclui a sua não verificação”.

Léo Rosemberg¹⁶⁴ defende que “a carga da certeza” dispensa toda a atividade das partes empreendida com o fim de fazer constar os fatos discutidos, e, por isso, tem lugar em todo o procedimento no qual se trata de aplicar normas jurídicas abstratas a uma situação de fato concreta, seja no procedimento em que domine o princípio inquisitivo ou o princípio dispositivo ou, ainda, uma estrutura intermediária entre os dois.

A vedação no *non liquet* prevista na maioria dos ordenamentos processuais civis, inclusive dos países sob análise, não se confunde com a regulamentação processual penal do *in dubio pro reu*. Nesta, havendo dúvidas, o juiz decidirá a favor da inocência do réu. No caso da proibição de não julgamento (*non liquet*), o juiz, não ficando suficientemente convencido da veracidade dos fatos alegados, utilizará regras pré-fixadas (abstratas) para decidir a lide de maneira definitiva.

No Brasil, a proibição do *não julgamento* está consubstanciada no art. 126 do CPC BR que dispõe: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. O CPC PT, por sua vez, determina “1- A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie,

¹⁶² Rosemberg nomeia o ônus objetivo de “la carga de la certeza”. (Cf. ROSENBERG, Leo. *Ob. Cit.*, 1956, p. 21.)

¹⁶³ Cf. MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Ob. Cit.*, 2000, p. 20.

¹⁶⁴ Cf. ROSENBERG, Leo. *Ob. Cit.*, 1956, p. 21.

com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar”. (Art. 2º, 1 CPC PT).

Assim, o ônus objetivo da prova, parte do pressuposto de que, nem sempre, mesmo após a fase instrutória, o magistrado fica suficientemente convencido do acontecimento do fato alegado. Neste caso, por vezes não é *conveniente* que o juiz se utilize dos seus poderes instrutórios, bem como, a ele é vedado não julgar (*non liquet*), e, além disso, o Tribunal deve garantir que a decisão seja proferida em *tempo razoável*, por tudo isso, o juiz deverá utilizar-se de critérios alternativos para a decisão, encontrando guarida no instituto do ônus objetivo.

Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira¹⁶⁵ asseveram que mesmo não havendo a convicção, ao Tribunal é vedado se abster de julgar (*non liquet*), de forma que, neste tocante, utilizará o ônus da prova como *regra de julgamento*, e, neste sentido, a decisão do juiz determinará qual das partes suportará as consequências da ausência do elemento probatório suficiente (ônus objetivo).

Considerando a vedação do não julgamento e a regra do ônus da prova, Pedro Múrias¹⁶⁶ conceitua ônus objetivo como “o instituto que determina segundo qual das versões disputadas deve decidir-se quando é incerta a verificação de algum facto pertinente”.

A partir do conceito de ônus da prova sob a ótica objetiva, Eduardo Yoshikawa¹⁶⁷ defende como fundamentos do ônus da prova a necessidade de certeza para o julgamento do mérito da causa, e a proibição do *non liquet*. Embora interligados, estes conceitos não devem ser confundidos entre si. O primeiro tem estreita ligação com a persuasão racional, mencionada no capítulo anterior, bem como a imperiosa necessidade de fundamentar as decisões. A proibição do *non liquet*, por sua vez, diz respeito à proibição expressa de o juiz, na falta de convencimento ou de normas que regulamentem a situação, se abster de julgar.

Há uma importância social embutida no contexto do ônus objetivo da prova. Trata-se da necessidade e justiça das decisões, além da imperiosa necessidade de administração do poder judiciário. Ora, as questões levadas ao judiciário precisam de uma decisão, e a regra de julgamento provinda do ônus objetivo da prova, ainda que possa não parecer a mais correta, é uma solução minimamente coerente, isto porque, não “resolve” o *non liquet*, mas põe termo às discórdias jurídicas de uma manei-

¹⁶⁵Cf. DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Ob. Cit.*, 2013, p. 73.

¹⁶⁶ Cf. MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Ob. Cit.*, 2000, p. 21.

¹⁶⁷ Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova Ob. Cit.*, 2012, p. 118.

ra aceitável. Neste sentido o jurista português Rui Manoel de Freitas Rangel¹⁶⁸ destaca a importância deste instituto:

Face ao dever de administrar a justiça a que está vinculado o juiz – escopo típico da função jurisdicional: prover à necessidade de certeza jurídica e pôr termo aos litígios – mesmo num caso de *non liquet* tem que determinar com o mesmo rigor e fundamentação o conteúdo da decisão, segundo as regras do ônus da prova objectivo.

É certo que estas regras não solucionam as situações de *non liquet*, isto é, não resolvem a dúvida do tribunal, que permanece. Estas regras ajudam a suportar a decisão do tribunal, não obstante a existência da dúvida insanável sobre a realidade do facto. Trata-se de regras de decisão. A verdadeira função do ônus objectivo ou material da prova é fornecer um critério de decisão. O critério de decisão configura-se no facto de, perante uma dúvida irreduzível sobre a realidade do facto que é pressuposto da aplicação de uma norma jurídica, o juiz decide como se o contrário se encontrasse provado.

Ainda referente ao ônus objetivo da prova, isto é, o ônus da prova como regra de julgamento, vê-se que se trata de uma solução que parte da determinação da lei processual de quem deve produzir a prova (ônus subjetivo). Isto é, a lei processual civil determinará quem deve produzir a prova; caso essa parte não o faça satisfatoriamente, e o processo não seja instrumentalizado de outra maneira, o juiz poderá julgar a lide sob a fundamentação de que *quem tinha o ônus de provar não provou, por isso o processo se resolverá contra si*, isso representa a **regra de julgamento** consubstanciada no ônus da prova, a que se referiu anteriormente.

Cabe uma reflexão quanto à justiça social deste método. A criação de um mecanismo de oneração das partes com a produção das provas para que, quando não alcançado, pudesse ser utilizado como “solução para controvérsias não solucionadas” (*non liquet*), soa como um empreendedorismo processual arдил, como se o processo judicial representasse um jogo de futebol, que, quando não solucionado pelos jogadores, precisaria da “desistência indireta” desses para acabar, e poderia penalizar aquela equipe que tem os melhores jogadores, mas não concluiu nenhuma jogada – o juiz, neste caso, como mero expectador, porém, com poderes decisórios e valorativos das jogadas que fizeram as partes.

É necessário fazer alguns questionamentos que parecem pertinentes, especialmente no que diz respeito ao princípio da comunhão das provas, estudado anteriormente. Não parece coerente falar em ônus da prova se foi afirmado que a prova pertence ao processo e não às partes. O juiz, ao analisar o “todo” probatório, deverá indicar se a instrução foi “suficiente” ou “insuficiente”. Neste sentido Pedro Murias¹⁶⁹ defende que o ônus de prova somente vigorou plenamente antes da sobreposição do princípio da aquisição processual, e que, em Portugal, o ônus da prova subjetivo ganha caráter de

¹⁶⁸ Cf. RANGEL, Rui Manoel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 133.

¹⁶⁹ Cf. MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Ob. Cit.*, 2000.

secundário. Defende-se, pelo abordado no título dos princípios, que Brasil e Portugal caminham no mesmo sentido ao adotar o princípio da comunhão das provas.

Também neste sentido, Léo Rosemberg¹⁷⁰ afirma que somente se pode falar da carga subjetiva das partes num procedimento construído sobre a máxima dispositiva, o que permite concluir que, havendo características inquisitivas, o aspecto subjetivo da prova (instrução probatória) perde a importância. Porém, o autor conclui que não existe uma carga objetiva sem relação subjetiva, isto é, sem uma pessoa encarregada de provar, é simplesmente absurdo imaginar uma “carga” sem um “carregador”¹⁷¹.

Importante frisar, porém, que embora o ônus objetivo ganhe contornos mais expressivos nas decisões judiciais, não se pode minimizar a importância do ônus subjetivo na justiça da decisão. Isto porque, a atividade instrutória das partes ao prestar ao julgador as provas necessárias para o convencimento acerca da ocorrência dos fatos, tem sua relevância inegável. É preciso atentar-se a algumas perguntas indicadas no início - “quem pode” e “quem deve” provar – para que mesmo numa situação de *non liquet* a decisão seja a mais justa possível¹⁷².

Outro parêntese deve aqui ser reiterado. A *possibilidade* ou *dever* de utilização dos poderes instrutórios do juiz no caso de insuficiências de instrução probatória pelas partes. Afinal, ao afirmar que o juiz tem a *possibilidade* de utilizar seus poderes instrutórios, porém optar por não fazê-lo, deverá, o juiz, no mínimo justificar sua opção. Ao contrário, se houver o “dever” do magistrado em instrumentalizar o processo, entende-se que não poderá se utilizar do ônus da prova como regra de julgamento sem antes esgotar suas possibilidades instrumentais. Pedro Múrias¹⁷³ indica que o entendimento comum é o de que o ônus da prova é exclusivo de processos que vigore a disponibilidade das partes, e, complementa afirmando que o ônus subjetivo perde intensidade quando o juiz tem poderes instrutórios. Não há neste ponto uma resposta pronta e acabada, há tão apenas um ponto de reflexão para ser aprofundado em outro labor.

Ainda no tocante ao ônus da prova, apenas por caráter didático, indica-se que, muito embora a atividade probatória seja de raízes eminentemente processuais, o ônus da prova pertence à Teoria Geral do Direito, o que lhe dá *status* de direito comum, isto é, Direito Civil no caso em análise. Porém, sua relação à vedação no *non liquet* se manifesta no processo, e, por isso, aqui podemos inseri-la, obedecendo seus vértices civis, em um tema processual civil.

¹⁷⁰ Cf. ROSENBERG, Leo. *Ob. Cit.*, 1956, p. 22.

¹⁷¹ *Se trata ciertamente de un error de concepto, causado por la denominación “carga objetiva de la prueba”, cuando se objeta que no existe una carga objetiva sin relación subjetiva, esto es, sin una persona encargada de la prueba, y que, es simplemente absurdo imaginarse una “carga” sin un “portador” de ésta.*(ROSENBERG, Leo. *Ob. Cit.*, 1956, p. 22).

¹⁷² A questão da possibilidade probatória será abordada em título específico

¹⁷³ Cf. MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Ob. Cit.*, 2000, p. 21.

A partir do indicado até aqui, que representa apenas uma pequena parte da matéria, é possível verificar a importância da temática do ônus objetivo da prova. Tal importância se deve especialmente ao fato do aspecto social que o instituto jurídico adquiriu, ao obrigar decisões judiciais impedindo que o processo perdure eternamente. Neste sentido, Pedro Murias afirma que o ônus da prova é “um dos caminhos mais percorridos na procura de uma solução justa”¹⁷⁴.

Especialmente pela possibilidade de influenciar definitivamente na decisão de uma demanda judicial, o ônus da prova é merecedor de atenção. O modelo legislativo adotado por determinado ordenamento jurídico-processual na distribuição do ônus da prova e sua utilização como regra de julgamento pode determinar a justiça ou não de grande parte das decisões.

Basicamente existem dois modelos de distribuição do ônus da prova, um estático e outro dinâmico.

A primeira modalidade, chamada de *distribuição estática do ônus da prova*, muito – e há muito tempo – é aplicada, especialmente nos sistemas que primam pela verdade formal e ao processo como instrumento de solução pontual de conflitos (*garantia de non liquet*) é um herdado da “teoria das normas” do jurista alemão Léo Rosemberg. Tem como característica principal a rigidez quanto à disposição de quem tem o dever de provar, comportando poucas exceções.

A *distribuição dinâmica do ônus da prova*, por sua vez, mostra-se como uma alternativa aos ordenamentos que buscam a justiça efetiva das decisões e tem alcançado simpatizantes. Tem ligação mais estreita com a busca da verdade real e a utilização do processo como instrumento de pacificação social (decisões justas), porém, ao que parece, exige um apuramento dos sistemas judiciais em análise.

Serão essas duas teorias, analisadas com maior pormenor, porém não de maneira exaustiva, nos próximos tópicos.

¹⁷⁴ MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Ob. Cit.*, 2000, p. 17.

Capítulo IV – Das Teorias de Distribuição do Ônus da Prova

4.1 Breve histórico sobre as teorias de distribuição do ônus da prova

Das reflexões feitas no título anterior, acerca da necessidade da decisão judicial, da limitação do *non liquet*, da importância individual do ônus objetivo e subjetivo inicia-se os estudos das teorias da distribuição do ônus das partes.

Verificou-se que, pela impossibilidade de *non liquet*, criou-se um mecanismo jurídico processual capaz de, embora não solucionar, pôr fim aos conflitos judiciais. Essa necessidade tem, também, vértice social, haja vista que com a proibição da auto tutela, e a conseqüente judicialização dos conflitos, é, no mínimo, *imprescindível* que o Poder Público na sua esfera judicial forneça uma decisão àqueles que são obrigados a procurá-lo.

As normas, sejam elas de cunho material ou formal, servem como orientação da atividade dos indivíduos nas suas atividades, o mesmo ocorre com as normas relativas às regras do ônus da prova. Como bem assevera Márcia Pereira Azário¹⁷⁵: “as regras sobre ônus funcionam como “regras de conduta”, pois indiretamente assinalam às partes quais são os fatos que a cada uma interessa provar para que sejam consideradas como verdadeiras as afirmações aduzidas”.

Muito além de assegurar uma decisão judicial, as regras sobre o ônus da prova fazem com que também sejam observados outros princípios judiciais como o acesso à justiça, a inafastabilidade do poder judiciário, a cooperação e a igualdade das partes, a pacificação social, a celeridade processual, entre outros.

Diante disto, faz-se necessário estudar as mais importantes teorias de distribuição do ônus da prova. Segundo Alfredo Buzaid¹⁷⁶, estas teorias agrupam-se em duas classes, “as teorias de inspiração civilística e as teorias processualísticas”. Referente às primeiras, elaboradas ao longo do século XIX por autores como por Weber, Bethmann-Hollweg, Fitting e outros, podem ser consideradas superadas pela ciência contemporânea. As teorias modernas, por sua vez, são de autores como Chiovenda, Carnelutti, Betti, Rosenberg e Micheli, influenciadas diametralmente pelas teorias antigas, e, em especial, pelo Código Napoleônico francês. A inferência aduzida pelos doutrinadores do artigo 1.315 do Código Napoleônico, deu azo ao provérbio latino *onus probandi incubit ei qui dicit* (o ônus da prova

¹⁷⁵ Cf. AZÁRIO, Márcia Pereira. *Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro*. 2006. Tese (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre São Paulo, São Paulo. 2006, p. 43.

¹⁷⁶ Cf. BUZOID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista dos Tribunais*, 1962, pp. 113-140, p. 133. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66398/69008>>. Acesso em 15 maio 2015.

incumbe àquele que diz/afirma), que, como bem assevera Gian Antonio Micheli¹⁷⁷, relaciona a carga da prova à afirmação das partes, fazendo com que se considere que, no direito, aquele que faz a alegação do fato tem a carga de provar tal alegação e, caso não o faça, suportará as consequências desfavoráveis de tal conduta.

Ainda no tocante às teorias modernas, alguns apontamentos são necessários antes que seja abordada especificamente àquela que se julga a teoria de maior influência – a teoria das normas de Léo Rosemberg.

Giuseppe Chiovenda, um dos autores responsáveis pelas teorias modernas de distribuição do ônus da prova, indica a dificuldade de uma teoria completa acerca do ônus da prova, e defende que, independentemente de qual seja o parâmetro de repartição do ônus adotado, não existe como justificá-lo em termos plenamente satisfatórios, de “forma racional, absoluta e geral”¹⁷⁸.

Após algumas ponderações acerca da dificuldade de encarregar as partes da produção das provas, Giuseppe Chiovenda¹⁷⁹ conclui que “o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede que estes produzam seu efeito natural”. Neste sentido, a prova seria questão de “interesse” das partes e se o autor não prova o fato constitutivo, não há preocupação no réu de produção de provas, esta surgiria somente quando houvesse prova pré-produzida pelo autor no processo (interesse de defesa).

Francesco Carnelutti¹⁸⁰ parte da consideração particular de insuficiência do conceito de Chiovenda e subdivide o conceito em “interesse na afirmação” e “interesse na prova”. O primeiro como unilateral (individual de cada parte) e o segundo como bilateral, pois havendo a afirmação (efetivado o interesse da afirmação individual) cada parte teria o interesse em fornecer a prova sobre a afirmação feita (mesmo que pela outra parte), de maneira que o ônus da prova, na visão de Carnelutti, tem como base o interesse da afirmação¹⁸¹ e o fim precípua do processo - que para ele é a justa composição da lide.

Do contexto das teorias de Chiovenda e Carnelutti é possível verificar uma linha evolutiva nas teorias do ônus da prova. Embora existam outras teorias relevantes, não se tem aqui a intensão

¹⁷⁷ *Es evidente, sin embargo, que de este modo el antiguo proverbio ha perdido su valor esencialmente procesal, sin adquirir, de otro lado, un significado más preciso, puesto que entonces no es ya suficiente referirse al interés en la afirmación sino que es necesario, por otra parte, recurrir a un criterio auxiliar, que puede ser el de las negativas, de las presunciones, de la distribución de los hechos de la hipótesis, etc.; es necesario atenerse, en otros términos, al contenido de la afirmación.* (cf. MICHELI, Gian Antonio. La carga de la prueba. Buenos Aires: Europa-America, 1961, p. 313-314)

¹⁷⁸ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. v. Campinas: Editora Bookseller, 2000, p. 447.

¹⁷⁹ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Ob. Cit.*, 2000 p. 382

¹⁸⁰ Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 2. Vol. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 131-132.

¹⁸¹ Neste sentido: “tem o ônus de provar quem tem o interesse em afirmar; portanto, quem propõe a ação tem o ônus de provar os fatos constitutivos; e quem propõe a exceção tem o ônus de provar os fatos extintivos e as condições impeditivas ou modificativas”. (Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Ob. Cit.*, 2000, p. 133)

exaustiva, pelo contrário, indicou-se o fundamento de algumas teorias modernas necessárias à compreensão do objetivo deste labor, e, no próximo tópico, também será abordada uma teoria moderna relevante de distribuição de ônus probatório, a de maior influência contemporânea nos ordenamentos civis e processuais civis da *civil law*, a chamada teoria das normas de Léo Rosemberg.

4.1.1 A Teoria das Normas, de Léo Rosemberg

A teoria das normas é o maior legado doutrinário deixado pelo processualista alemão Léo Rosemberg. Em 1900 o autor, como resultado de sua tese de doutoramento, publicou a obra intitulada *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung*, que tinha o intuito básico de abordar o ônus da prova no código civil e processual civil alemão. Porém, foi somente em 1923, na segunda edição do labor que contou com significativas alterações, que a “teoria das normas”, consequência de seus estudos, ganhou a notabilidade merecida.

Alfredo Buzaid assevera o ponto de partida de Rosemberg foi a afirmação de que a atividade judicial opera em dois planos. O primeiro plano diz respeito à *questão de direito*, isto é, o do exame da norma como vontade da lei. O segundo plano, por sua vez, diz respeito à *questão de fato*, isto é, dos fatos que transformaram em concreta a vontade da lei. Léo Rosemberg, consoante às explicações de Buzaid, observa o problema do ônus da prova reside na premissa menor, na questão de fato. Neste sentido, o que entra em cogitação “é a verdade dos fatos da causa a ser decidida”¹⁸².

Na obra intitulada *La Carga de La Prueba*, traduzida do idioma Alemão para o Espanhol, Rosemberg inicia expondo o “problema” da carga ou ônus da prova, e pergunta o que deve fazer o juiz quando, diante da impossibilidade do *non liquet*, a exposição as partes não chegue a produzir-lhe a convicção da certeza?¹⁸³.

Léo Rosemberg, tem a atividade do juiz no processo, quanto à aplicação do direito, como triplíce. O magistrado deve conhecer e distinguir o direito objetivo a fim de saber se a sentença proferida tem fundamento nas normas do ordenamento jurídico e nos seus pressupostos (1). Ademais, deve correlacionar com as normas de direito objetivo o setor da realidade, o conjunto de direitos concretos. Deve comparar as afirmações de direito apresentadas no processo com os pressupostos, dos quais o ordenamento jurídico dependa da realização a consequência jurídica reclamada, e deve verificar se coincidem, e até que ponto coincidem (afirmações e pressupostos) (2). Finalmente, deve

¹⁸² Cf. BUZOID, Alfredo. *Ob. Cit.*, 1962, p.131-132

¹⁸³ [¿]Cómo debe fallar, y a base de qué principios? ¿Sobre cuál de las partes recaen las consecuencias desventajosas de la duda que cabe con respecto a la verdad de una afirmación de hecho? Las reglas sobre la carga de la prueba dan la contestación a esas preguntas. (Cf. ROSEMBERG, Leo. *Ob. Cit.*, 1956, p. 2).

examinar a verdade das afirmações e tratar de formar uma ideia clara das realidades do caso (3). Somente quando o juiz chega ao resultado de que as circunstâncias de fato afirmadas correspondem com aqueles pressupostos e, por isso, são verídicas, pode aceder à solicitação de proteção jurídica formulada por uma das partes. Ao contrário, deve-se rechaçar à solicitação, não somente quando o direito objetivo a desconhece na forma em que foi apresentada; bem como quando a situação de fato apresentada carece de características, que o ordenamento jurídico supõe para que se realize o efeito desejado - mas que também, e sobretudo, deve rechaçar a solicitação quando não conseguir se convencer da verdade das afirmações da parte que invocou aquelas características como existentes¹⁸⁴.

Neste sentido, acerca da utilização da carga da prova como regra de julgamento, Rosenberg afirma que a essência e o valor das normas sobre a carga da prova consistem na instrução dada ao juiz acerca do conteúdo da sentença que deverá pronunciar nos casos em que *no se puede/consegue comprobar a verdade de una afirmación de derecho*. Neste caso, a decisão deve se dar contra a parte sobre a qual recai a carga da prova a respeito da afirmação de direito não aclarada¹⁸⁵. O autor afirma exaustivamente que o juiz deve decidir *siempre* contra a esta parte, quando não foi possível provar a circunstância discutida.¹⁸⁶

O juiz somente pode aplicar um preceito jurídico, quando conseguir se convencer da existência das circunstâncias que constituem os pressupostos do preceito. Assim, a norma jurídica deixa de ser aplicada, não apenas quando o juiz está *convencido da não existência* destes pressupostos, mas também, quando lhe *restam dúvidas acerca da sua existência*. A não existência e a dúvida sobre a existência são duas coisas diferentes, mas que no que diz respeito ao ônus da prova devem ter o mesmo reflexo jurídico.

Relativo à isso, é importante referenciar o valor do ônus da prova na sentença em caso de incerteza. Rosenberg indica que o ônus da prova é a *espinha dorsal do processo* civil¹⁸⁷, e isso se deve ao fato de que as regras do ônus da prova representam a **metade da perda do processo**, haja vista que, embora as partes tenham que observar tais regras, sobretudo o juiz o fará, para decidir o estado do processo.

¹⁸⁴ Cf. ROSEMBERG, Léo. *Ob. Cit.*, 1956, p. 5-6.

¹⁸⁵ Partindo do pressuposto de que o juiz só pode aplicar um preceito jurídico quando se tenha convencido da existência das circunstâncias que constituem os pressupostos do preceito, não podendo aplicá-lo se está convencido da inexistência ou se está em dúvida de sua existência, afirma o jurista que "*aquella parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la prueba con respecto a que las características del precepto se dan en el acontecimiento real, o - dicho más brevemente - soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos del precepto jurídico aplicable*" (Cf. ROSEMBERG, Léo. *Ob. Cit.*, 1956, p. 11).

¹⁸⁶ *[L]a esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante. La decisión debe dictarse en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba con respecto a la afirmación de hecho no aclarada [...] El juez debe decidir siempre en contra de esta parte, cuando la circunstancia discutida no ha podido comprobarse.* (Cf. ROSEMBERG, Léo. *La carga de la prueba. Ob. Cit.*, 1956, p. 3-4).

¹⁸⁷ No mesmo sentido lecionam Jorge Walter Peyrano (*La carga de la prueba*, p. 957) e Hernado Devis Echandia (*la teoria general de la prueba judicial*, p. 450)

A *apreciação livre da prova* e o *ônus da prova* dominam dois terrenos que estão situados muito perto um do outro, mas estão separados por limites fixos. A *apreciação livre da prova* ensina o juiz a obter livremente a convicção da verdade ou falsidade das afirmações apresentadas e discutidas no processo, do conjunto dos debates, a base de seus conhecimentos de vida e dos homens. O *ônus da prova* o ensina a encontrar a solução quando a *livre apreciação da prova* não tenha dado nenhum resultado. O domínio do *ônus da prova*, portanto, começa onde termina o domínio da *livre apreciação da prova*; se o juiz atravessou este último sem poder encontrar a solução, a carga da prova lhe dará o que a *livre apreciação da prova* lhe negou¹⁸⁸.

Desta maneira, o jurista alemão indica que o juiz, com base no que foi discutido e provado no processo, assim como com base em seus conhecimentos de vida e dos homens, irá apreciar livremente a prova, visando obter a convicção da verdade ou falsidade das narrações processuais sustentadas e discutidas. Se, porém, esgotados os meios de prova, o juiz não conseguir chegar a sentença resolutória, decidirá conforme as normas do *ônus da prova*, resolvendo o processo contra a parte cuja prova não produzida aproveitaria, servindo esta técnica como *ultimum refugium*.

Consoante o entendimento de Léo Rosenberg, as normas relativas à carga da prova não só põem o juiz em condições de evitar o *non liquet* na questão de direito quando duvidosa a questão de fato, mas também prescrevem, em tal caso, de maneira clara e categórica, o conteúdo de sua decisão, ao imputar a uma parte a incerteza de uma circunstância de fato e ao fazer que essa incerteza resulte em proveito da outra. Neste sentido, é impossível, segundo o autor, uma distribuição “livre” da carga da prova, uma vez que o direito não pode deixar ao arbítrio do juiz a decisão sobre o que pertence ao fundamento da demanda e o que pertence às exceções. Assim, a regulação da carga da prova, para Rosenberg, deve ser feita mediante normas jurídicas rígidas¹⁸⁹.

A partir dos pensamentos colhidos, Léo Rosenberg define o princípio do *ônus da prova* com a afirmação de que *a parte cuja petição processual não pode ter êxito sem a aplicação de um determinado preceito jurídico, suporta a carga da prova no que diz respeito às características do preceito, de como se dão no acontecimento real, ou suporta a carga da prova a respeito dos pressupostos do preceito jurídico aplicável*.¹⁹⁰

Tal *ônus* é suportado pela parte porque a não demonstração da verdade dos fatos conforme narrada no processo, impede o juiz de aplicar a norma de maneira favorável, e, neste caso, a

¹⁸⁸ Cf. ROSEMBERG, Léo. *Ob. Cit.*, 1956, p.56-57.

¹⁸⁹ Cf. ROSEMBERG, Léo. *Ob. Cit.*, 1956, p. 58.

¹⁹⁰ [...] *aquella parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la prueba con respecto a que las características del precepto se dan en el acontecimiento real, o soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos del precepto jurídico aplicable*. (Cf. ROSEMBERG, Léo. *La carga de la prueba*. *Ob. Cit.*, 1956, p. 11).

sentença será necessariamente contra a parte, não porque ela suporta a carga da prova, mas, ao contrário, a carga da prova incumbe à parte porque, em caso de incerteza sobre uma das características definidoras do preceito legal deve decidir-se em prejuízo dessa parte¹⁹¹.

Dessa maneira, a partir dos ensinamentos de Léo Rosemberg acerca do ônus da prova, tem-se, em linhas tênues, que o ônus da prova tem estreita relação com o ônus da alegação. De maneira que, vale, assim, no ônus da afirmação, o mesmo que vale no ônus da prova, isto é, o demandante e demandado devem apresentar aquelas afirmações (concretas) que contenham ou demonstrem os pressupostos (abstratos) do preceito jurídico que beneficia a parte respectiva. Desta forma, pode-se afirmar que a carga da afirmação é um conceito que corresponde inteiramente à carga da prova¹⁹².

Para Rosemberg, em um procedimento baseado na máxima dispositiva (conceito já abordado neste trabalho) – que era a realidade do processo civil alemão na época em que redigiu o trabalho –, as partes não precisam apenas provar os fatos necessários para a decisão, mas precisam também, introduzi-los no processo mediante sua afirmação e convertê-los, deste modo, em fundamentos da sentença. Neste sentido é o conceito de carga da afirmação (também chamada de carga da alegação).

Considerando tais informações, somente é possível aceitar uma regra única de distribuição da carga da prova, que na legislação processual alemã citada pelo jurista se resume em “*a parte cuja petição processual não pode ter êxito sem que se aplique um determinado preceito jurídico, suporta a carga da afirmação e da prova de que as características definidoras desse preceito estão realizadas nos fatos*”¹⁹³.

Rosemberg esclarece que até mesmo os autores que pensam diferente de si não discordam desse ponto de vista, de que cada parte deve afirmar e provar os pressupostos da norma que lhe é favorável. O problema do ônus da prova, portanto, residiria em saber quais são as normas que devem ser consideradas favoráveis ao demandante e quais as que são proveitosas ao demandado, uma vez que no processo como um todo, em algum momento um ou outro estarão interessados em provocar a certeza.

Uma das características das normas jurídicas é sua generalidade, isto é, as normas jurídicas são criadas para serem gerais e, por conseguinte, contemplarem a resolução do máximo de

¹⁹¹ Cf. ROSEMBERG, Léo. Ob. Cit., 1956, p. 11.

¹⁹² *La carga de la afirmación es, por lo tanto, un concepto que corresponde enteramente a la carga de la prueba.* (Cf. ROSEMBERG, Léo. Ob. Cit., 1956, p. 40).

¹⁹³ *La parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin que se aplique un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la afirmación y de la prueba de que las características definidoras de ese precepto están realizadas en los hechos.* (Cf. ROSEMBERG, Léo. Ob. Cit., 1956, p. 91).

relações possíveis. Não é possível ter uma regra específica para cada relação e situação excepcional. Ocorre que as relações jurídicas comportam exceções que não se enquadram na lei geral e abstrata, o que leva os ordenamentos jurídicos a conterem disposições especiais - que são normas contrárias à primeira norma, modificando, ou, muitas vezes, eliminando os efeitos da primeira. Por conseguinte, novos elementos que sobrevêm podem provocar novas disposições de exceção, com novas consequências jurídicas ou, ainda, podem justificar o retorno à lei geral, e assim por diante. Em conclusão, o ordenamento jurídico se compõe de uma gama de regras gerais que regulamentam os casos normais, cujos efeitos são limitados por um grande número de exceções, que se ramificam de modo cada vez mais sutil.

A partir de tal problemática, Léo Rosemberg desenvolveu uma classificação normativa, denominada “teoria das normas”, que distingue várias classes de normas capazes de oporem-se a outra norma. Parte-se de uma norma fundamental (que constitui a base da petição inicial da demanda) também denominada **norma constitutiva de direito**.

Porém, é possível que a norma fundamental seja excluída por outras normas, chamadas de **normas em contrário**, sendo estas subdivididas, de acordo com a forma como se relacionam com a norma fundamental, em normas *impeditivas de direito*, *destrutivas de direito*, e *exclusivas de direito ou inibitórias*.

As *normas impeditivas de direito* impedem desde o princípio o surgimento do efeito da norma constitutiva de direito, de sorte que esta não chega a revelar sua eficácia, não produzindo consequências jurídicas¹⁹⁴. As normas *destrutivas de direito*, por sua vez, destroem o direito já nascido com a norma constitutiva de direito, pressupõe que se oponham ao direito nascido apenas mais tarde, neste sentido usa-se o exemplo do adimplemento do contrato de mútuo pela devolução da coisa ou o pagamento. Por fim, as *normas exclusivas de direito ou inibitórias*, que outorgam ao demandado um direito formativo cujo exercício exclui as normas constitutivas, nesta classificação encontram-se, especialmente as normas de exceção, como por exemplo, a anulação da declaração de vontade por violência.¹⁹⁵

Após a abordagem meramente indicativa da teorização das normas, cabe indicar a sua influência decisiva no critério de distribuição do ônus da prova adotado por Léo Rosemberg.

A *teoria da prova da carga* forma parte da *teoria da aplicação do direito*, e das regras relativas à distribuição desta carga se deduzem do modo da aplicação do direito e se explicam por ele.

¹⁹⁴ Neste toar, Léo Rosemberg cita o exemplo do direito alemão em que a norma que prevê que a declaração de vontade exarada por menor de idade não tem validade se não convalidada por seu responsável, o que o isentaria da devolução dos valores do contrato. (Cf. ROSEMBER, Léo. *Ob. Cit.*, 1956)

¹⁹⁵ Cf. ROSEMBER, Léo. *Ob. Cit.*, 1956, p. 92-93.

A declaração do juiz de que um direito existe e a conseguinte condenação do demandado, pode e deve fazer somente a base da norma constitutiva de direito, enquanto não se comprovem também os pressupostos de uma norma impeditiva ou destrutiva, ou exclusiva de direito, justificando a aplicação desta norma como resultado de que se declare a não existência do direito e, por conseguinte, se rechace a demanda.¹⁹⁶

Rosenberg defende ser infrutífero reduzir a uma fórmula universal a distribuição do ônus da prova entre o demandante e o demandado, sendo que isso reforça sua convicção de que a melhor solução consiste em cada parte suportar essa carga a respeito da existência dos pressupostos daquele preceito jurídico cujo efeito faz valer no processo¹⁹⁷.

Neste sentido, a primeira e única condição de uma distribuição acertada da carga da certeza e da prova é, portanto, a análise e a decomposição dos preceitos jurídicos e de suas características. De modo que, a tarefa que deve cumprir-se a respeito da distribuição da carga da prova é a mesma do que a no caso de proferir a sentença – a qual serve aquela distribuição, devendo-se, primeiro, examinar quais são os pressupostos dos preceitos jurídicos aplicáveis à afirmação que faz o demandante. Depois, se o demandado alegou no processo todos os pressupostos, se o demandado fundamentou sua petição de rejeição a demanda somente denegando os alegados da demanda, ou se afirmou fatos independentes que motivam a aplicação de outros preceitos. E, finalmente, se restaram provadas as afirmações discutidas no caso. O modo de alegar das partes, sobretudo no sentido de saber se o demandante apresentou, desde o princípio, todo o material litigioso e o demandado, frente a isto, se contentou com a simples denegação, não tem importância para esta aplicação objetiva do direito.

Neste sentido, o autor ainda defende que o papel das partes no processo não tem importância para a distribuição do ônus da prova, de maneira que 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. Assim, quem quer fazer valer um crédito, tem o ônus da prova – seja na qualidade de autor, a fim de cobrá-lo; seja na de réu, a fim de compensá-lo.

Pelo exposto, verifica-se que o jurista alemão defende que o ônus da prova constitui o princípio que a partir da perspectiva de que cabe a cada parte responder pelo ônus da prova das

¹⁹⁶ Cf. ROSEMBERG, Léo. *Ob. Cit.*, 1956, p. 103.

¹⁹⁷ *[c]ada parte soporta esa carga respecto de la existencia de los presupuestos de aquel precepto jurídico cuyo efecto hace valer en el proceso. Sólo mediante la interpretación del derecho material es posible acertar el alcance de los hechos que deben constar (ser probados).* (Cf. ROSEMBERG, Léo. *Ob. Cit.*, 1956, p. 107).

circunstâncias que alega, de maneira que o demandante, como aquele que provoca o Juízo, deverá provar a norma fundamental (constitutiva) de seu direito que justifica concluir acerca da verdade dos fatos alegados, deixando à contraprova (prova do contrário) da outra parte a alegação das circunstâncias especiais de exceção. E, não ocorrendo o convencimento do magistrado da verdade dos fatos (não) provados pelas partes, este utilizará como regra de julgamento (solução para *non liquet*) o fato de “quem deveria provar não provou e o processo se resolverá contra este”.

O fato de se atribuir o ônus da prova a quem alegou o direito (demandante e demandado), implica no conceito de *distribuição estática do ônus da prova*, que será adiante abordado.

Entende-se que a teoria explorada nos últimos parágrafos tem extrema importância para o estudo dos ordenamentos processuais civis brasileiro e português, que são influenciados até hoje por suas concepções, de maneira que mesmo que não tenham aprofundado a maioria dos conceitos da teoria das normas, privilegiou-se os mais relevantes para o deslinde do labor.

Da leitura da obra quase centenária de Rosemberg, verifica-se que naquela época o autor já indicava a existência de muitas controvérsias acerca do ônus da prova. Embora defenda durante todo o labor a sua perspectiva, Léo Rosemberg admite que seria impossível, na época, uma conclusão unânime sobre o ônus da prova, isso porque há vários grandes problemas que circundam a matéria. O autor também indica que a distribuição da carga das provas em cada caso particular depende da estrutura da relação jurídica material a ser decidida, de maneira que as controvérsias sobre o assunto conduzem também a desacordos sobre a distribuição da carga da prova. O autor atribui à segurança jurídica a ideia de que a distribuição do ônus da prova deve ser imutável ou fixo

Entende-se, porém, que a realidade fática mudou, tanto na perspectiva social, quanto, e conseqüentemente, na jurídica. As respostas dadas a partir da teoria das normas e da distribuição da carga da prova tornam-se cada vez mais insuficientes diante do cenário de demandas judiciais cada vez mais “específicas”, bem como, da intensidade do fluxo, da diversidade e da volatilidade das informações proporcionado pelo aprimoramento das tecnologias.

Na época da publicação da obra “revolucionária” de Rosemberg, mais próxima dos abusos ocorridos nos séculos imperiais – que consistiam basicamente na desconfiança do juiz -, presava-se muito pela segurança jurídica. Hoje, porém, com o aprimoramento das instituições e considerando exceções, observa-se que as decisões judiciais se aproximam cada vez mais dos ideais de justiça, e, por conseguinte, há ocasiões em que se faz necessário afastar a “segurança” das regras estáticas a fim de concretizar os objetivos do processo e impedir injustiças.

Depois das considerações encampadas por Rosemberg, vários teóricos procuraram se opor às suas inconsistências, alguns limitando-se a criticá-lo, outros propondo modelos diferentes, conforme será brevemente indicado no próximo título.

4.1.2 A insuficiência da teoria das normas: teoria de Gian Antonio Micheli, teoria de Hernando Devis Echandía, e críticas de Pedro Múrias

Gian Antonio Micheli, processualista italiano autor da obra *L'onere della prova* desarticula muitas das ideias apresentadas por Léo Rosenberg, dentre elas a divisão de ônus objetivo e subjetivo da prova. Para o autor o fenômeno do ônus da prova pode ser compreendido somente sob o perfil da regra de julgamento, considerando que o juiz atribui concretamente a eficácia da prova, independentemente de quem a tenha produzido, e que o aspecto subjetivo do fenômeno fica reduzido ao estudo dos poderes reconhecidos as partes no processo¹⁹⁸.

Micheli defende que o juiz deve julgar o mérito da causa sempre, em todos os processos. Isto considerando os meios pelos quais o direito objetivo se realiza pelo processo. O sistema das regras probatórias de um lado apresenta as regras do juízo, do outro lado representa instrumentos notáveis para o alcance de uma decisão de mérito, isto é, para a determinação do conteúdo da decisão, sob a base de um critério normativo, consequentemente demonstrando certeza jurídica.

Neste sentido, Gian Antonio Micheli critica as regras derivadas da experiência e alega que, ao contrário do historiador, o juiz, ao julgar, proferindo sentença, não realiza um ato de inteligência, mas sim um ato de vontade, no exercício do *imperium* que a lei confere ao Ihe atribuir a função jurisdicional. De modo que até mesmo este exercício de *imperium*, precisa de normas que assegurem o julgamento do mérito, quando não se prefira deixar a discricionariedade do juiz formulação concreta da decisão em virtude de critérios como as máximas da experiência, livremente valoráveis¹⁹⁹.

Segundo indica Márcia Pereira Azário, para o autor italiano, a análise da distribuição do ônus da prova deve considerar inicialmente a importância do direito substancial; bem como, as pretensões deduzidas pelas partes na sua demanda em juízo; considerará, também, a situação do processo concreto; e, por fim, a posição assumida pelas partes no processo²⁰⁰.

Tal posição indica que a análise dependerá de cada caso em concreto. Portanto, para Micheli, a carga probatória seria distribuída *a partir do efeito jurídico pretendido pelas partes*, ou seja,

¹⁹⁸ Cf. MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Europa-America, 1961, p. 8.

¹⁹⁹ Cf. MICHELI, Gian Antonio. *Ob. Cit.*, 1961, p. 7-12.

²⁰⁰ Cf. AZÁRIO, Márcia Pereira. *Ob. Cit.*, 2006, p. 69.

consoante a posição da parte em relação ao efeito jurídico pretendido, cujo vínculo se estabelece sob a ótica tanto do direito material quanto do direito processual, considerando-se o perfil individual, adotado por cada uma das partes no processo²⁰¹.

Márcia Pereira Azário indica o exemplo utilizado por Micheli para sustentar sua tese no caso da distribuição do ônus da prova do inadimplemento de uma obrigação contratual, assim “a parte que não deu causa ao descumprimento da obrigação poderá ir a juízo pleitear ou a resolução do contrato, ou o cumprimento da obrigação. Se optar pela resolução do contrato, o inadimplemento da outra parte é fato constitutivo do direito do autor, cabendo a este a prova da ocorrência do inadimplemento, uma vez que é deste fato – inadimplemento – que se deduz o efeito jurídico pretendido – resolução – com base na norma legal que o prevê. Todavia, se optar por demandar pelo cumprimento da obrigação, embora alegue o nascimento da obrigação e seu descumprimento por parte do réu, incumbe a este réu a prova do adimplemento da obrigação, fato extintivo do direito do autor. Micheli chega a esse resultado considerando que o objeto específico da demanda (que é o cumprimento da obrigação) não torna necessária a demonstração do descumprimento da obrigação, bem como utiliza-se da norma do art. 1218 do Código Civil italiano, que interpreta no sentido de que a prova do fato liberatório da obrigação constitui ônus do réu”²⁰².

Desta forma, vê-se que embora a teoria de Micheli tenha pontos comuns com a de Rosenberg, converge em vários outros pontos, podendo ser mutável a depender do efeito jurídico pretendido.

Outra teoria importante acerca do ônus da prova é a do jurista boliviano Hernando Devis Echandía, que, em suma, analisou as teorias de Rosenberg e Micheli para afirmar que entre elas há mais pontos de concordância do que de discordância²⁰³.

O Autor define ônus da prova como uma noção processual que contém a regra de juízo, por meio da qual se indica ao juiz como deve decidir quando não encontra no processo provas que lhe deem certeza sobre os fatos que devem fundamentar sua decisão, e indiretamente estabelece a qual das partes interessa a prova de tais fatos, para evitar as consequências desfavoráveis²⁰⁴.

²⁰¹ Cf. MONTEIRO NETO, João Pereira. A carga probatória não é movediça: apontamentos críticos sobre a dinamização da "carga probandi". *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2760, 21 jan. 2011.

²⁰² Cf. AZÁRIO, Márcia Pereira. *Ob. Cit.*, 2006, p. 70-71.

²⁰³ *Aunque Micheli hable del efecto jurídico pedido y Rosenberg se refiera a los presupuestos de hecho de la norma cuyo efecto jurídico se persigue, lo cual, en el fondo equivale a lo mismo. Efectivamente, distribuir la carga de la prueba, de acuerdo con la relación entre parte y efecto jurídico pedido, tal como quiere Micheli, significa necesariamente imponer la carga respecto de cada hecho a quien pretenda deducir de él dicho efecto jurídico y al mismo resultado se llega si se tiene en cuenta, como lo hace Rosenberg, cuál de las partes reclama la aplicación a su favor de la norma que considera ese hecho como supuesto para que produzcan los efectos jurídicos que consagra* (Cf. DEVIS ECHANDÍA, Compendio, v. 2, p. 151)

²⁰⁴ Cf. ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires: Edições Jurídicas Zavalia, 1970, p. 424.

A partir das inconsistências de Rosenberg e Micheli, Echandía pondera algumas nuances próprias acerca da carga da prova²⁰⁵.

Inicialmente, com relação ao *conteúdo da regra*, o autor boliviano afirma que o problema do ônus da prova não se trata de fixar quem deve produzir a prova e sim *quem assume o risco de sua ausência*. Assim, é melhor dizer que à parte onerada corresponde o interesse de que tal fato resulte provado ou de evitar que resulte sem prova. Acerca do *critério correto para a determinação da distribuição do ônus da prova*, Echandía afirma que para servir como regra geral, tal critério deve contemplar a *posição processual das partes*, o *fato isolado* objeto da prova, e o *efeito jurídico perseguido* em relação à norma jurídica que o consagra e deve aplicar-se. Neste sentido, o fundamental é a posição substancial da parte no processo, em relação ao efeito jurídico que do fato deve deduzir-se, de acordo com a norma jurídica por aplicar que o contempla como seu pressuposto.

Por fim, o autor colombiano enuncia a regra geral para distribuição do ônus da prova dizendo que “a cada parte corresponde o ônus de provar os fatos que servem de pressuposto à norma que consagra o efeito jurídico perseguido a por ela, qualquer que seja sua posição processual”²⁰⁶

Como visto, Hernando Devis Echandía critica as visões anteriores, porém utiliza-se delas para compor a sua conclusão acerca do modelo probatório.

Ainda sobre as inconsistências da teoria das normas, o jurista português Pedro Ferreira Múrias dedica, em sua obra, um título acerca da aceitação crítica da teoria das normas²⁰⁷, e afirma que referida teoria alemã continua com sua representatividade porém sofre modificações.

O autor português defende a inexistência de diferença entre fatos constitutivos e impeditivos, indicando que não há lógica para intitular este último no campo do direito material como queria Rosenberg. Outro equívoco, conforme entendimento de Múrias, é a utilização da categoria do “fato contrário” por Rosenberg. Para o Autor, no caso de *non liquet*, quando não se quer recorrer, não necessariamente se precisa indicar “expressamente” que aceita, bastando qualquer ação ou omissão que nisto implique, inclusive o silêncio²⁰⁸.

Múrias critica o princípio fundamental da teoria das normas do jurista alemão, que considera que o juiz somente pode aplicar a norma quando ficar convencido de que estão preenchidos

²⁰⁵ [a]) Es un instrumento de decisión o regla de juicio para el juez con base en la cual él puede fallar de fondo sin inhibirse, non liquet, cuando los hechos no estén plenamente demostrados, b) Indirectamente también sirve como un instrumento orientador o “regla de conducta” para las partes que no las obliga a probar determinados hechos sino que les indica qué hechos tendrían que probar para asegurarse una decisión favorable a sus intereses y evitar que una eventual falta de esa prueba les resulte desfavorable, dejándolas eso sí, en libertad de no hacerlo; según Echandía, la carga de la prueba también sirve de “norma de distribución del riesgo por la falta de prueba entre las partes”, como más delante se explicará a profundidad. (Cf. GARZÓN, Carlos Andrés Pérez. Aspectos generales sobre la carga de la prueba en el derecho probatorio colombiano. Revista Justicia y Derecho. Vol. I, Enero-junio de 2013, p. 48.)

²⁰⁶ Cf. AZÁRIO, Márcia Pereira. *Ob. Cit.*, 2006, p. 73-74.

²⁰⁷ Cf. MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Coimbra: Editora Lex, 2000, p. 50-60.

²⁰⁸ Cf. MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Op. Cit.*, 2000, p. 52-53.

faticamente todos os seus pressupostos legais, caso contrário, como consequência da falta de provas, o ônus da prova é atribuído a quem aproveitaria a aplicação do pressuposto legal ao caso.

Acerca da norma contrária, ou da relevância da negação dos elementos, Pedro Múrias aponta, sem caráter resolutivo, a partir dos ensinamentos de Leipold, a confusão de Rosenberg envolta dos conceitos de “não aplicar”. Uma vez que, *não aplicar* pode significar tanto a *aplicação da norma contrária* e (decisão contrária à aplicação da norma) quanto e *não aplicação de norma alguma*, de modo que, inclusive a aplicação da regra do ônus da prova para a resolução de um caso representa a aplicação de uma norma jurídica, afinal, “toda a resolução jurídica de um caso concreto, seja em que sentido for, é <<aplicação>> de normas, ou não será jurídica”²⁰⁹.

Pedro Murias faz uma reflexão acerca da coerência da aplicação do ônus da prova, e defende que o ônus da prova fornece a solução apenas quando as “normas candidatas a regular o caso em apreço são duas, de sentido inverso e com previsões também inversas quanto ao objeto da incerteza”.

Rosenberg também é criticado por Múrias quanto à fundamentação de sua teoria. Para o jurista português, a teoria alemã não responde porque não se pode aplicar a norma quando todos os elementos *facti species* não estão preenchidos, e indica o juízo da “maior probabilidade” como exemplo de possibilidade de julgamento sem preenchimento dos elementos, complementa indicando as “presunções legais” como outra possibilidade²¹⁰.

Neste ponto, há de concordar com Pedro Murias quanto à limitação da decisão de mérito desde que preenchidos, no caso concreto, todos os elementos normativos em espécie. Isto porque, a previsão normativa não é exaustiva, de maneira que não há como vincular todos os elementos *facti species* para resolver os casos quando estes sequer existem.

Por isso também existem os institutos suplementares nos casos de lacunas e obscuridade, isto é, a utilização da analogia e dos princípios gerais do direito na fundamentação da decisão dão possibilidades ao julgador.

Ainda no que se refere à incerteza, indica-se que mesmo considerados “provados” os fatos narrados, o processo judicial não é ferramenta de alcance da “verdade absoluta”, longe disto, é um procedimento de muitas variáveis manipuláveis e, por conseguinte, suscetível a erros, de forma que, a “certeza”, por vezes, pode representar um índice menor de incerteza, mas não a certeza propriamente dita.

²⁰⁹ Cf. MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Op. Cit.*, 2000, p. 57.

²¹⁰ Cf. MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Op. Cit.*, 2000, p. 58-59.

Múrias também narra várias questões para quais a teoria das normas é insuficiente e, até mesmo, injusta. Um dos casos é o de lacuna ostensiva, dado como exemplo as distinções entre constitutivas, impeditivas excludentes, extintivas ou impeditivas de segundo grau²¹¹. Veja-se, que a lei não definiu estes institutos, e pela regra positivista de Rosenberg, há de se adequar o caso concreto aos pressupostos legais, embora deve-se ser o contrário.

Neste sentido, Múrias indica que cada vez mais é necessário recorrer à analogia, ou à *reasoning from case to case* (argumentar de caso a caso) da cultura *common law*, para a solução de conflitos especiais. O problema é a solução substantiva específica no caso de analogia da lei, de maneira que ao afastar os textos substantivos a teoria das normas torna-se também insuficiente nos exemplos de lacunas, sejam elas latentes ou ocultas. O Autor português também indica o problema da aplicação da equidade na teoria das normas, e continua indicando várias outras inconsistências que nos limitamos aqui a indicar, mas que demonstra as várias inconsistências contemporâneas da aplicação da teoria alemã.

As últimas linhas foram dedicadas a compreender que, embora a teoria das normas tenha se disseminado nos ordenamentos *civil law*, inclusive brasileiro e português, ao introduzir o ônus da prova rígido como solução para o *non liquet*, esta regra, na sua aceção clássica se afasta cada vez mais da realização de princípios modernos, como a justa composição do litígios, na medida que suas inconsistências deixam uma série de respostas a serem respondidas e que, por vezes, a sua aplicação pode representar a concretização de injustiças.

As teorias mais modernas, com vastas críticas à teoria das normas, por sua vez, indicam sua inconsistência, mas estão longe de propor um modelo universal a ser seguido.

4.2 Distribuição estática do ônus da prova

Conforme abordado anteriormente, somente os fatos são objeto de prova. Indicou-se, também, que não são todos os fatos que são objeto de prova, o sendo apenas aqueles que são lógica e juridicamente relevantes ao caso.

A teoria da distribuição estática do ônus da prova parte da teoria das normas, anteriormente estudada, e prevê que, em regra, compete a cada parte o ônus de fornecer elementos da prova das alegações de fato que fizer. Isto é, àquele que alegar a pretensão/exceção caberá apresentar meios legais de convencer o juízo da veracidade dos fatos alegados, alcançando a verdade por meio das provas.

²¹¹ Cf. MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Op. Cit.*, 2000, p. 92-93.

As legislações brasileira e portuguesa, conforme já indicado, ao estabelecerem o ônus estático da prova como modelo probatório, consideraram basicamente três fatores: a posição das partes no processo (auto/réu) (1), a natureza dos fatos que funda a causa de pedir (2) e o interesse de provar o fato (3).

O Código Civil português e o Código de Processo Civil brasileiro, determinam quais fatos cabem a cada parte provar, e, em consonância de determinações, preveem que cabe ao autor comprovar os fatos *constitutivos* do seu direito, e ao réu provar àqueles que são *extintivos, modificativos ou impeditivos* do direito do autor.

Cabe desde já esclarecer que os ordenamentos em análise, ao determinar ao autor a incumbência de provar os fatos constitutivos e ao réu os impeditivos, modificativos e extintivos *não indicaram qual o critério para a qualificação da natureza do fato dentro dessas categorias*, sendo insuficiente para resolução da questão.

No tocante à natureza dos fatos que funda a pretensão/exceção, indica-se que anteriormente se abordou a teoria das normas de Léo Rosemberg, o qual diferenciou as categorias de fatos a serem provados pelas partes em dois grandes grupos chamados de *normas constitutivas de direito e normas contrárias.*, esta subdividida em outras espécies.

Modernamente entende-se por **fato constitutivo** o fato gerador do direito afirmado pelo autor da demanda em juízo, refletindo sua *pretensão*. Trata-se de fato que dá origem a determinada situação jurídica, da qual o autor indica ser titular²¹². No dizer de Chiovenda, fatos constitutivos são os “que dão vida a uma vontade concreta da lei e à expectativa de um bem por parte de alguém”²¹³.

Assim considerado, quando o autor provoca o Poder Judiciário, instaurando a demanda e afirmando que de acordo com o fato ocorrido nasceu uma relação jurídica que criou direitos por ligar o acontecimento (fato) a uma pretensão (direito), deverá, conforme a teoria estática, comprovar a correspondência do fato narrado com a realidade, isto é, a verdade do fato. Ao ser instalada a demanda, portanto, consoante com a teoria sob análise, deverá o autor instruir o processo com provas ou indicar que o fará.

O réu, instado a se manifestar, poderá defender-se das alegações do autor - reputando-as mentirosas -, poderá aceitá-las, ou poderá, ainda, trazer ao processo fatos novos, que, por sua sorte, alteram o direito invocado pelo autor. Tais *fatos novos* constituem a *exceção* do réu e são aptos a “mo-

²¹² Cf. DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela*. Volume II. 8ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 77.

²¹³ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. V. Campinas: Bookseller, 2000, p. 22.

dificar o direito do autor, extingui-lo ou impedir que ele nasça”²¹⁴, e por serem fatos alegados pelo réu a seu proveito, deverão por este ser provados mediante *contraprova*. Os fatos novos podem ser de natureza extintiva, impeditiva ou modificativa.

O **fato extintivo** é o que faz cessar a relação jurídica original, como a compensação numa ação de cobrança²¹⁵, trata-se do fato que faz extinguir o alegado constitutivo, de forma a exterminar a alegação do autor. Por exemplo, o autor alega uma dívida (fato constitutivo) e o réu apresenta o comprovante de pagamento da dívida alegada (fato extintivo).

Fato impeditivo, por sua vez, é o fato que impede que o fato constitutivo produza seus efeitos. São todas aquelas circunstâncias que impedem que decorra de um fato o efeito que lhe é normal, ou próprio, e que constitui sua razão de ser. Fredie Didier alerta para o fato de que o fato impeditivo será conatural ou antecedente à relação, mas nunca será posterior²¹⁶. Cita-se como exemplo o contrato firmado por pessoa incapaz: neste caso o réu deverá comprovar a incapacidade absoluta quando da assinatura do contrato, o que implica na sua nulidade.

Por fim, **fato modificativo** consiste no fato que altera o fato constitutivo, mas admite sua existência. Para Daniel Assumpção Neves o fato modificativo “é aquele que altera apenas parcialmente o fato constitutivo, podendo ser tal alteração subjetiva, ou seja, referente aos sujeitos da relação jurídica (como ocorre, por exemplo, na cessão de crédito) ou objetiva, ou seja, referente ao conteúdo ou objetiva, ou seja, referente ao conteúdo da relação jurídica (como ocorre, por exemplo, na compensação parcial)”²¹⁷.

Assim, a estrutura adotada pelos ordenamentos brasileiro e português no que diz respeito à produção de provas no direito civil é a distribuição estática do ônus da prova, na qual cada parte deverá provar o que alegou, tanto como pretensão quanto exceção.

4.2.1 O problema das provas difíceis e impossíveis

Como visto, várias foram as críticas feitas à teoria das normas e aos padrões estáticos de distribuição do ônus da prova, isto se deve especialmente ao fato de que, ao estabelecer parâmetros fixos de distribuição do ônus probatório, deixa-se de atender às questões excepcionais que cada vez mais abundam fatidicamente nos Tribunais.

²¹⁴ Cf. DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Ob. Cit.*, 2013, p. 77.

²¹⁵ Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 7ª Edição. Editora Método. Brasil, 2015, p. 493.

²¹⁶ Cf. DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Ob. Cit.*, 2013, p. 78.

²¹⁷ Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ob. Cit.*, 2015, p. 493.

Defende-se, conforme foi avessado, que os ordenamentos jurídicos não podem comportar a previsão legislativa de todo e qualquer conflito. Ocorre, porém, que nenhum conflito pode ficar sem solução. Por conseguinte, aplicar regras gerais rígidas aos conflitos excepcionais significaria tão apenas por fim à lide, sem promover justiça e paz social – objetivos do processo.

Neste ponto do trabalho se faz necessário abordar duas situações em que fica evidente a insuficiência da teoria das normas e, por assim dizer, a distribuição estática da prova entre os litigantes, trata-se do caso das provas difíceis e impossíveis, também chamadas de *provas diabólicas*.

Para Alexandre Freitas Câmara a prova diabólica é “a expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração. Também a jurisprudência emprega a expressão, normalmente, para fazer referência à prova de algo que não ocorreu (equiparando, assim, a prova diabólica e a prova negativa)”²¹⁸.

Acerca da origem da expressão *prova diabólica*, verifica-se que provém do direito romano e que, naquele contexto indicava que, no caso específico de uma demanda judicial para aquisição de propriedade, o demandante tinha o dever de provar que não adquiriu a propriedade através de um modo originário de aquisição.

Márcia Pereira Azário destaca que “consistia a prova na demonstração não só de que o demandante era proprietário da coisa, como também quem a havia transmitido a ele e de quem este adquiriu e assim sucessivamente até chegar ao proprietário que a adquiriu originariamente”²¹⁹.

Antonio Cançado Trindade, por sua vez, esclarece que naquele tipo de demanda a prova era extremamente difícil, daí o nome “prova diabólica” que se deve ao grau de dificuldade exigida pela lei da parte litigante²²⁰.

Etimologicamente, complementa o jurista castelhano Carlos Pérez Vaquero, considera-se que a expressão procede de um antigo aforismo segundo o qual se afirmava que “*ainda que não haja provas que demonstrem a existência do diabo, tampouco se pode provar que o diabo não exista*”²²¹, daí o nome *prova diabólica*.

²¹⁸ Cf. 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, v. 31, 2005, p. 9-18, p. 12.

²¹⁹ Cf. AZÁRIO, Márcia Pereira. *Ob. Cit.*, 2006, p. 88.

²²⁰ Antônio A. Cançado Trindade emitiu un interesante voto particular en el que hizo referencia al origen de esta probatio diabólica: (...)fue así designada en el derecho romano, precisamente en materia de prueba de posesión (para obtener la propiedad), y debió el nombre de probatio diabólica al grado de gran dificultad exigida de la parte litigante en cuestión (Cf. Oswaldo Ruiz Chiriboga, La valoración de la prueba de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Anuario mexicano de derecho internacional, vol.10 México ene. 2010. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-46542010000100004&script=sci_arttext#notas. Acesso em 02 set. 2015.

²²¹ Cf. VAQUERO, Carlos Pérez. La prueba diabólica de los hechos negativos. Publicado em 5 de abril de 2013. Disponível em: <<http://archivodeinalbis.blogspot.com.br/2013/04/la-prueba-diabolica-de-los-hechos.html>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

Embora a pertinência do assunto exija um aprofundamento jurídico-científico geral da doutrina, nos cabe aqui fazer algumas indicações a fim de sustentar a insuficiência da distribuição estática do ônus da prova.

Importante ressaltar novamente, antes de continuar na compreensão da prova diabólica e suas implicações práticas processuais, que as regras acerca do ônus da prova apenas ganham relevância quando da insuficiência probatória, isto é, quando o juiz não alcança o convencimento sobre a ocorrência do fato alegado pelas provas constantes do processo. Neste caso, tendo em vista a determinação expressa do *non liquet*, o juiz recorre à lei para por fim ao processo. Em sua maioria, os ordenamentos civis e processuais civis preveem algumas alternativas para decisões judiciais quando ausente a certeza acerca da ocorrência do fato. É o caso, por exemplo, das presunções legais, das possibilidades legisladas para aplicação no caso de dúvida, e, também, do aqui estudado ônus objetivo da prova, que determina que a decisão do juiz será contrária à parte a quem aproveitaria a demanda²²².

A pergunta que surge, e é cada vez mais recorrente, diz respeito à justiça dessas decisões.

Para simplificar a compreensão das provas difíceis e demonstrar como uma decisão pode ser injusta no caso da aplicação do ônus objetivo, indica-se um exemplo: a proibição legislada de um tipo específico de prova para o reconhecimento do direito.

É o caso da determinação do art. 227 do Código de Processo Civil do Brasil que limita a prova exclusivamente testemunhal à negócios jurídicos de valor até dez salários mínimos, logo, se foi firmado um negócio no valor hodierno de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), o equivalente à € 2.000,00 (dois mil euros), e por algum motivo a questão for levada ao judiciário, seja por exemplo, para cobrar a dívida, não se poderá provar o negócio somente por provas testemunhais, por mais oculares que sejam.

Outro exemplo relevante são as provas dos *atos negativos*²²³, neste contexto a matéria é farta. Não se pretende entrar no mérito dos fatos negativos absolutos e relativos, resta indicar que fato negativo diz respeito ao fato em que há uma afirmação que deveria ter ocorrido e não ocorreu fatidicamente, e, em consequência disto, surgiu uma consequência jurídica. Um exemplo típico é o inadimplemento de obrigação financeira, neste caso a consequência jurídica experimentada pelo devedor diz respeito não à sua ação, mas à sua inércia.

²²² Neste sentido doutrina Elizabeth Fernandez *In A prova difícil ou impossível*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora. Jul-2013, pp. 811-834, p. 815

²²³ Negativa dos fatos não se confunde com fatos negativos, aquele diz respeito a atividade probatória do réu que apenas nega a ocorrência dos fatos alegados pelo autor.

Na obra coletiva de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, os autores advertem que, inicialmente parece impossível a prova de um fato que não aconteceu, porém nem sempre é assim. Devem ser diferenciados os “fatos negativos definidos” dos “fatos negativos indefinidos”, neste sentido “se o locatário não desocupa o imóvel quando notificado, basta que se prove que ainda se encontra ocupando-o; se o empreiteiro não executou a obra contratada, pode-se provar que o material foi entregue mas a construção não se realizou. São todos fatos negativos definidos. O fato negativo indefinido, que não comporta prova, é aquele que demonstra uma universalidade de inoccorrência. Não se pode provar que alguém jamais viajou para Roma, ou que nunca possuiu um anel. A indefinição é que não se prova, e não o fato negativo”²²⁴.

Léo Rosemberg destaca em sua obra as discussões acerca dos fatos negativos²²⁵ e conclui que “*así pues, és unicamente importante el hecho de si la ley ha hecho de un suceso negativo el presupuesto de un efecto jurídico. Si lo ha hecho, la parte que hace valer este efecto en su favor, también debe probar el hecho negativo*”²²⁶.

Em um estudo acerca da *prova difícil ou impossível*, Elizabeth Fernandez indica que abundam exemplos deste tipo de provas no ordenamento português. A autora enumera exemplificativamente alguns dos fatos que estão nesta categoria, como aqueles que traduzem a intenção do agente, os fatos que as normas indicam forma negativa como constitutivos do direito que dizem respeito a fatos futuros, os fatos antigos, ou ainda, aqueles que se referem a situações de privacidade máxima²²⁷.

Pelo exposto sinteticamente nas linhas acima, verifica-se que não há como afirmar que um negócio jurídico não ocorreu porque a única prova de sua pactuação são testemunhas, independentemente do valor. Da mesma maneira, não há como conceber que determinada pessoa não estava num determinado lugar somente por não haver provas de onde ela estava.

Embora o assunto não tenha sido abordado de forma exaustiva, o que se pretendeu foi demonstrar que a distribuição do ônus da prova estático entre as partes processuais atualmente legislada no Brasil e em Portugal, é cada vez mais insuficiente para um modelo de processo justo que se almeja.

O próximo título pretende indicar uma das soluções buscadas para resolver a insuficiência da distribuição estática da carga das provas.

²²⁴ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 1, p.436.

²²⁵ *Prueba de hechos negativos* In Léo Rosemberg, *La carga de la prueba* Ob. Cit., 1956, pp. 295-300

²²⁶ Cf. ROSEMBERG, Léo. Ob. Cit., 1956, p. 297.

²²⁷ Cf. FERNANDEZ, Elizabeth. *A prova difícil ou impossível*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora. Jul-2013, p. 811-812

4.2.2 A inversão do ônus da prova

A inversão do ônus da prova parte do pressuposto de uma distribuição legal do ônus da prova. Isto porque não há como “inverter” algo que não exista previamente fixado. No caso do ônus da prova, parte-se da premissa da distribuição estática do mesmo, isto é, da previsão legal constante, tanto em Portugal quanto no Brasil, de que cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seus direitos e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Ocorre que, como visto, há circunstâncias em que tal distribuição rígida é insuficiente para o alcance da justiça das decisões e, por conseguinte, das finalidades do processo; de maneira que a doutrina impulsionou a jurisprudência e ambas estimularam, em determinados ordenamentos, algumas alterações legislativas a fim de minimizar o impacto da distribuição estática em determinados casos.

Inverter o ônus da prova, portanto, significa retirar a carga da prova de determinada parte e transferir à outra inicialmente desincumbida, especialmente quando se pressupõe que a parte a que se passa a incumbir o ônus de prova esteja mais habilitada a executar tal ato do que outra parte.

No Brasil, por exemplo, especialmente após a edição do Código de Defesa do Consumidor, em 11/9/1990, passou-se a aplicar o instituto da “inversão do ônus da prova”, isto porque a lei previu expressamente a possibilidade de sua utilização.

Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria De Oliveira defendem que a inversão do ônus da prova pode ser *ope legis*²²⁸ ou *ope judicis*. No primeiro caso, a própria lei determina uma exceção à regra da distribuição estática e prescreve as situações em que se “deve” aplicar a distribuição do ônus da prova de forma diferente da preceituada na normatização geral.²²⁹

No caso da inversão na modalidade *ope judicis* não há uma possibilidade legal de troca, mas uma possibilidade legal do juiz, no caso concreto e na presença de determinados requisitos, avalie a necessidade e a possibilidade de alterar o ônus da prova de uma das partes para outra. É o que pode ser observado no art. 6.º do Código de Defesa do Consumidor do Brasil, que, ao consolidar o consumidor como parte hipossuficiente na relação de consumo, e, ainda, ao avaliar a

²²⁸ Didier Jr, Braga e Oliveira destacam que “a inversão *ope legis* do ônus da prova é um caso de presunção legal relativa. A parte que alega o fato está dispensada de prova-la. Cabe a outra parte o ônus da prova de que o fato não ocorreu” (Ob, cit, 2013 p. 80). Pode-se citar como exemplo de inversão *ope legis* o que consta no art. 38 do CDC Brasil, que prevê, no caso da propaganda enganosa, que o ônus da prova da publicação publicitária cabe a quem a patrocina. Neste sentido: CDC BR - Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

²²⁹ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Ob. Cit.*, 2013, p. 80-81

verossimilhança²³⁰ do caso, atribui ao magistrado a possibilidade de incumbir ao réu (fornecedor) o ônus de provar que as alegações do autor/consumidor não são verídicas²³¹.

Para Sandra Aparecida Sá dos Santos, a inversão estabelecida no art. 6º do CDC Brasil “está de acordo com o moderno processo civil, que é um instrumento para alcançar o direito material, para que haja um pronunciamento jurisdicional o mais próximo da realidade social que nos cerca”²³².

Além da previsão expressa do texto consumerista brasileiro, indica-se que o texto Código de Processo Civil do Brasil prevê, no parágrafo único do art. 333, a *nulidade da inversão pactuada* entre as partes quando tal inversão atingir a esfera dos direitos indisponíveis ou onere excessivamente a parte²³³. Isto é, para o CPC BR a inversão do ônus da prova, a priori, não é expressamente permitida, porém se permite que as partes pactuem previamente o ônus da prova, e, quando isto ocorrer de forma arbitrária, o juiz poderá aplicar-lhe a nulidade. Embora não seja legislado, porém, a jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros vem admitindo a inversão do ônus da prova nos casos que envolvam o direito civil.

Verifica-se, portanto, que no Brasil existem três espécies de inversão do ônus da prova: convencional, legal e judicial.

A inversão do ônus da prova convencional ocorre por acordo de vontades entre as partes, conforme indicado no art. 333, parágrafo único do CPC BR. A inversão legal se dá nos casos de presunção, nos termos do artigo 334, IV do Código de Processo Civil. Podemos citar como exemplo de presunção o caso do 2º-A da Lei nº 8.560/92, que estabelece que “*a recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório*”. A inversão judicial, por sua vez, ocorre nos casos do citado Código de Defesa do Consumidor e nas demais inversões feitas pelo Tribunal.

No direito brasileiro é comum a jurisprudência aplicar a inversão do ônus probatório em causas de direito trabalhista (laboral)²³⁴. A possibilidade jurisprudencial deriva, também, da considerável situação de hipossuficiência do empregado na relação laboral, aplicando-se analogicamente o artigo 6º do CDC BR.

²³⁰ Indica-se que não se pretende aqui abordar os conceitos de verossimilhança e hipossuficiência exigidos pela lei.

²³¹ CDC BR - Art. 6.º 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.

²³² Cf. SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 70.

²³³ CPC BR - Art. 333. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

²³⁴ O Tribunal Superior do Trabalho do Brasil, a partir de Orientações Jurisprudenciais e Jurisprudência Fixada, editou súmula com conteúdo de inversão de prova: Súmula n.º 338 do TST – Jornada de trabalho. Registro. Ônus da prova [...] III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo - se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

No direito português, por sua vez, a inversão do ônus da prova é expressamente prevista nos casos de direito civil, conforme o art. 344.º do Código Civil Português, mas limita-se aos casos de presunção legal, dispensa ou liberação do ônus da prova, ou convenção válida, quando a lei expressamente determinar, e, ainda, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado²³⁵. É possível verificar casos de inversão do ônus da prova na jurisprudência portuguesa de maneira especial no que diz respeito ao dever de cooperação para o alcance da verdade²³⁶.

Assim, comparando a legislação brasileira à portuguesa, verifica-se que esta está um passo à frente ao legislar expressamente a possibilidade de inversão do ônus probatório em matéria civil. Embora àquela, aplique jurisprudencialmente a inversão com mais frequência e flexibilidade do que os Tribunais portugueses. No Brasil, o Novo Código de Processo Civil instituirá uma importante transformação no instituto probatório – a qual será abordada em título oportuno.

Cabe muitas reflexões acerca da possibilidade de inversão do ônus probatório, a primeira delas diz respeito à responsabilidade e sensibilidade do juiz no que diz respeito à qualificação de vulnerabilidade ou hipossuficiente de uma das partes a fim de lhe desincumbir da tarefa probatória.

Outra reflexão necessária diz respeito ao momento processual adequado para que ocorra a imposição da inversão, que será estudado em outro título, porém cabe desde já, indicar que existem três teorias acerca do momento processual adequado da inversão do *ônus probandi*: no despacho inicial, no despacho saneador ou na sentença²³⁷. Nesta questão Luiz Eduardo Boaventura Pacífico explica que “a garantia do devido processo legal deve ser, sem dúvida, assegurada a qualquer custo”²³⁸, isto porque, defende-se, assim como autor, que o momento processual adequado da inversão deve garantir o respeito aos princípios básicos do contraditório e ampla defesa.

O Superior Tribunal de Justiça do Brasil, dividido em turmas, tinha entendimentos divergentes, acerca do “momento adequado e oportuno para a inversão do ônus da prova”, porém,

²³⁵ CC PT - Artigo 344.º (Inversão do ônus da prova) 1. As regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ônus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine. 2. Há também inversão do ônus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações.

²³⁶ A aplicação jurisprudencial da inversão do ônus da prova pode ser observada no julgamento do Recurso n.º 2655/05, constante dos sumários de Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça: I – A inversão do ônus da prova nos termos previstos no artigo 344.º do Código Civil, para que remete o n.º 2 do artigo 519.º do Código de Processo Civil, pressupõe que tenha havido uma recusa de cooperação processual por uma das partes que tenha tornado culposamente impossível a prova ao onerado. II – Não é esse o caso, quando não há uma indicação precisa de que a parte dispusesse dos meios de prova que lhe foram solicitados e se verifica, por outro lado, que os elementos instrutórios relevantes poderiam encontrar-se na posse de uma entidade administrativa, a quem poderiam ter sido requisitados. (Portugal, STJ PT, Recurso n.º 2655/05 – 4.ª Secção, Relator Desembargador Fernandes Cadilha, data 12/1/2006).

²³⁷ Cf. SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *Ob. Cit.*, 2002, p. 81.

²³⁸ Cf. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova no direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 160

recente precedente da Segunda Seção, que pacificou a jurisprudência das Turmas de Direito Privado acerca do tema:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. **INVERSÃO 'OPE JUDICIS'** (ART. 6º, VIII, DO CDC). **MOMENTO DA INVERSÃO**. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO.

A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC).

Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e 6º, VIII, do CDC.

A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).

Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil. **A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.** (grifo nosso) (STJ Brasil, Recurso Especial n. 1000937, decisão monocrática do relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, de 02/08/2012)

Para compreender de forma mais ampla a necessidade de aplicação da inversão do ônus da prova, ou de institutos mais modernos, no direito processual civil, e não apenas no consumerista, indica-se um dos exemplos em que tal necessidade se mostra frequente: o erro médico.

Trata-se de dano cujo nexó de causalidade, na maioria das vezes, é de difícil demonstração. Deve-se considerar, antes de mais nada, que a relação entre médico e paciente exige muita confiança, o que, muitas vezes, dispensa medidas de cautela por parte do paciente.

Num exemplo fictício, o paciente recebeu o diagnóstico de cancro no intestino a partir de um exame de imagem. O médico dá o diagnóstico e indica a imediata submissão à cirurgia. Neste caso o paciente deixa com o médico todos os exames que antecederam o erro, e que o diagnóstico médico, como ocorre na maioria das vezes, não se deu por escrito. Durante a cirurgia para remoção do possível cancro, o médico verifica, porém, que não se trata de cancro. Além do desgaste psicológico do diagnóstico o paciente foi submetido a uma cirurgia desnecessária.

Neste caso suposto, um paciente poderia ser submetido a uma cirurgia e, em função do diagnóstico equivocado somado a um erro de execução, ficar com sequelas. Como comprovar juridicamente o nexo da conduta com o dano?

Conforme indicado, o médico detém todos os documentos do paciente, é o único detentor de fato do diagnóstico, que muitas vezes só está em suas memórias, e é o detentor do prontuário do paciente. Digamos, ainda, que uma perícia técnica não seja capaz de precisar o nexo entre uma conduta médica e o dano experimentado. Logo, o paciente não tem prova documental alguma, tem uma prova pericial inconclusiva, mas sofreu sério dano em função de um erro médico que não pode comprovar, mas que, os dados que estão de posse do médico poderiam esclarecer.

Consuelo Taques Ferreira Salamacha indica que, devido as suas características peculiares, a culpa médica é de difícil comprovação. Alguns fatores apontados pela autora para tal dificuldade são a “natureza confidencial das relações médico-paciente; silêncio daqueles que assistem o ato médico ou que dele participam; aspectos demasiados técnico da maioria das culpas médicas danosas”²³⁹.

Esclarece-se, referente a este exemplo, que o direito brasileiro, embora considere o serviço médico matéria consumerista não aplica a regra de inversão. O CDC BR traz uma regra específica que indica que a responsabilidade dos profissionais liberais é subjetiva, logo incumbe ao autor da demanda proposta comprovar a culpa²⁴⁰.

A partir da teoria das normas, a interpretação inicial da legislação brasileira é que ao paciente/autor caberia demonstrar os fatos que constituem o seu direito, e isto não se limita a comprovar a existência da sequela. A sua alegação partirá do pressuposto de que carrega uma sequela pela culpa do médico, mas *não tem prova dessa culpa*. Logo, o paciente não fará a prova constitutiva do seu direito, o que dispensa o médico de fazer contraprova. Pode-se afirmar que no direito português o médico teria o *dever de cooperação* em trazer ao processo tais provas documentais, o que na legislação e na teoria é correto, porém, na realidade fática, as partes utilizam a favor de si todas as artimanhas possíveis, especialmente quando estas protegem seu patrimônio e a honradez de um nome.

Diante dessa narração processual, e considerando o estudo já realizado, podemos afirmar que o juiz, sem elementos conclusivos acerca da ocorrência dos fatos narrados pelo autor, impulsionado pela proibição do *non liquet* e considerando a determinação legal constante no

²³⁹ Cf. SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. *Erro médico: inversão do ônus da prova*. Curitiba: editora Juruá, 2005, p. 101.

²⁴⁰ CDC BR - Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

ordenamento no que diz respeito ao ônus objetivo da prova, decidirá contra o paciente, pois a ele a prova aproveitaria. Neste caso não é preciso fazer um estudo aprofundado do significado da palavra *justiça* para considerar que é, no mínimo, *não razoável* tal decisão.

O exemplo dado é um caso típico da necessidade imperiosa de, após verificada a verossimilhança do fato –pelos elementos trazidos pelo autor –, e, também, verificada a hipossuficiência do paciente, aliada à facilidade de provas do médico (prontuário, exame, indicações técnicas) inverter-se o ônus da prova e, se for o caso, utilizá-lo como regra de julgamento na decisão de mérito, resolvendo o caso contra o médico.

Embora a inversão, como apontado, não esteja expressa na legislação processual civil brasileira, a jurisprudência vem aplicando a inversão do ônus da prova como forma de dinamização do instituto. É o que se verifica no julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, ao dirimir questão envolvendo o pagamento do seguro obrigatório de acidentes automobilísticos:

PROCESSO CIVIL. RECURSO DE AGRAVO CONTRA DECISÃO TERMINATIVA EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. DPVAT. PERÍCIA JUDICIAL. HONORÁRIOS. TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. NEGOU-SE PROVIMENTO AO RECURSO DE AGRAVO À UNANIMIDADE. 2. *In casu*, a hipossuficiência da Agravada restou devidamente caracterizada, sendo notório que as partes têm condições técnicas e econômicas distintas, bem como que não há a possibilidade jurídica de receberem tratamento isonômico para produzirem a prova pretendida, sendo, pois, imperiosa a inversão do ônus da prova ao caso em tela. (Brasil, TJPE, Agravo n. 3190132, 1ª Câmara de Direito Civil, relator Josué Antônio Fonseca de Sena, de 21/11/2013)

Em Portugal, ao contrário, percebe-se que embora legislada, a inversão do ônus da prova encontra dificuldades de aplicação. Em ambos países se verifica que parte dos julgadores não aceitam a aplicação do instituto.

Verifica-se, portanto que embora a inversão do ônus da prova venha sendo aplicada, ainda há resistência em quebrar os padrões rígidos costumeiros iniciados pela teoria das normas. A inversão do ônus da prova passou a ser um remédio, paliativo e pontualmente legislado, utilizado de acordo com os requisitos da lei e a partir da (pouca) discricionariedade do magistrado, a fim de proporcionar um equilíbrio entre as partes, além de avaliar as possibilidades de instrução probatória. Porém, utilizada como regra de julgamento, a inversão do ônus da prova tem o condão de justificar resultados mais razoáveis, équos, próximos à ideia de justiça.

Embora represente um “anestésico”, a inversão do ônus probatório precisa ter sua aplicação alargada para que se possa falar em possível solução do sistema probatório. A sua aplicação,

mesmo em casos pontuais, tem surtido efeitos positivos nos ordenamentos estudados, porém não se mostra suficiente.

Outra possibilidade de distribuir o *onus probandi* de maneira flexível, de forma dinâmica, será analisada nas próximas linhas. O que se pretende analisar é que os sistemas (brasileiro e português) não se sustentarão no atual modelo processual de distribuição probatória adotado por ambos, uma vez que é incompatível com os valores protegidos e almejados por aqueles Estados.

4.3 A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

A justiça é um dos valores supremos de uma sociedade fraterna e do Estado Democrático do Brasil (Preâmbulo, Constituição da República Federativa do Brasil)²⁴¹, bem como a Constituição da República Portuguesa assegura a tutela jurisdicional efetiva (art. 20.º)²⁴² e tais previsões parecem incompatíveis com a distribuição estática do ônus da prova pelos motivos elencados nas últimas páginas.

Tais críticas são feitas a partir da necessidade latente dos ordenamentos sob análise se adequarem às necessidades sociais e intelectuais contemporâneas. A abordagem no ônus da prova, por todo decorrer do trabalho, ao mencionar várias das teorias existentes, indicando a preponderância do ônus estático nos ordenamentos processuais português e brasileiro, bem como suas impropriedades, seguiu para o presente capítulo, que aponta uma “possibilidade” para onde devem rumar as legislações processuais civis contemporâneas.

Resta fazer um apanhado genérico dos pontos estudados até o momento para entender que tanto no Brasil, como em Portugal, vigora um sistema de distribuição de provas que considera basicamente *a posição da parte no processo* (autor ou réu) e os *atos alegados* (constitutivos, modificativos, extintivos, impeditivos), que, como bordado anteriormente, vinculam-se às teorias “modernas” de carga da prova.

Ao se referir à teoria adotada pelo direito brasileiro e a evolução das teorias em geral, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico indica que “estas teorias representam importante papel na evolução das

²⁴¹ CRFB – Preâmbulo – Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a **justiça** como **valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

²⁴² CRP - Artigo 20.º **Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva** - 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

teorias relativas ao *ônus probandi*, mas não são idôneas para servir de critério geral, deixando sem solução inúmeros casos”, e afirma que a atual teoria é “*de per se* insuficiente”²⁴³.

Mesmo considerando a posição das partes, a natureza dos fatos alegados, o proveito das alegações e da prova não realizada (critérios existentes nas teorias estudadas), verifica-se que tais critérios são insuficientes para compreender a cada vez mais complexa gama de conflitos judiciais existentes, como, por exemplo, o contemporâneo direito digital ou o costumeiro e recorrente erro médico.

Em resposta a ineficácia relativa da distribuição estática do ônus da prova, algumas teorias foram criadas como alternativa probatória e, destaca-se aqui, a teoria da *distribuição dinâmica do ônus da prova*.

Tal teoria considera as *circunstâncias do caso concreto* para efeito de repartição do ônus da prova, na qual prepondera uma visão solidária da carga das provas, à medida que deverá provar no processo aquele que tiver melhor condições de fazê-lo no caso real²⁴⁴.

Os principais mentores de dita teoria são os argentinos Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello, sendo o primeiro o real idealizador da doutrina como se conhece, e o segundo, o indicador de um princípio elementar da doutrina: a solidariedade. Além deste princípio, outros como a veracidade, boa-fé e lealdade são suas bases estruturantes.

Augusto Mario Morello, ao propor uma modificação nos critérios atuais de distribuição do ônus da prova, indica a necessidade de alteração do padrão atual *individualista* - que considera o interesse das partes -, para um padrão *solidarista* do ônus da prova - em que vigora o interesse coletivo. Alusivo a este ponto, remete-se à parte inicial do trabalho e às finalidades do processo, e acrescenta-se que a *verdade* no processo não diz respeito a um interesse individual, mas sim, um interesse de toda a coletividade.

Para o autor argentino, o atual modelo afiliado às ideias de Rosenberg e Micheli relaciona-se a uma visão *liberal* do direito processual ao se centrar - de modo principal, se não único -, ao interesse das partes interligado ao princípio dispositivo e, por conseguinte, numa visão privatista dos conflitos judiciais²⁴⁵.

²⁴³ Cf. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Op. Cit, 2000, p. 129-130.

²⁴⁴ Cf. SOUZA, Wilson Alves de. Ônus da Prova – Considerações sobre Doutrina das Cargas Probatórias Dinâmicas. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da Faculdade de Direito da Ufba*, 1999, Salvador, v. VI, pp. 235-260.

²⁴⁵ Cf. MORELLO, Augusto Antonio. *La prueba: tendencias modernas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991, p. 57.

O modelo proposto pelo autor, a partir do princípio da solidariedade, “obriga” a parte que tem melhor condições de fornecer a prova de fazê-lo²⁴⁶. O princípio, como indica o autor, tem relação com o princípio da colaboração e ambos com a boa-fé²⁴⁷ e esta é a base da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Considerando que o processo civil é uma instituição do Estado e que este “encarna la organización social, el derecho procesal refleja las ideas éticas, ideológicas y políticas, que caracterizan una sociedad”²⁴⁸, e por essa importância do direito processual - refletor dos anseios éticos, ideológicos e políticos da sociedade - que as ideias de solidariedade, cooperação e boa-fé devem prevalecer à alteração proposta na distribuição do ônus da prova.

Diante do quadro insuficiente da distribuição estática, Morello indica que o juiz deverá, de acordo com as particularidades de cada caso e considerando a conduta das partes, observar *qual delas fere o dever de cooperação*, e, desta maneira, julgará contra o infrator ao representar um módulo de utilização razoavelmente adequado para chegar à conclusão acerca das afirmações controversas²⁴⁹.

Verifica-se, portanto, que Augusto Antonio Morello não propõe a modificação total do padrão probatório, mas sim, uma sanção àqueles que não colaboram com o processo. Isto é, não basta supor que determinada parte tenha a prova, é preciso constatar que ela tinha condições de fornecer a prova e não o fez, para então *penaliza-la* com uma regra de julgamento contrária aos seus interesses.

A ideia sustentada por Morello é a de que, sendo a finalidade da jurisdição prestar um bom serviço de justiça, o comportamento contrário a essa lógica - e contrário à cooperação diligente com a Administração da Justiça - não pode ser aceito, e sua infração leva aos riscos pertinentes em prejuízo de quem faz “ouvidos surdos” a tais exigências²⁵⁰.

Embora este doutrinador argentino defenda a necessidade de avaliar cada caso concreto, propõe a flexibilização do ônus da prova como uma “pena” ao “não-colaborador” processual.

²⁴⁶ Nos referimos, obviamente, al principio de solidaridad que “obliga” —dicho esto en su sabor propio dentro del cuadrante del proceso, es decir como carga técnica de un más acentuado rigor— a aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba. (Cf. MORELLO, Augusto Antonio. *Ob. Cit.*, 1991, p. 58).

²⁴⁷ Cf. MORELLO, Augusto Antonio. *Ob. Cit.*, 1991, p. 58-59.

²⁴⁸ Cf. MORELLO, Augusto Antoni. *Ob. Cit.*, 1991, p. 62.

²⁴⁹ Ante ese cuadro el juez, de acuerdo a las particularidades del caso y a la conducta obrada por las partes, reparará en la quiebra del deber de cooperación, haciéndolo jugar contra el infractor al representar un módulo de utilización razonablemente adecuado para arribar a la acreditación de las afirmaciones controvertidas. (Cf. MORELLO, Augusto Antonio. *Ob. Cit.*, 1991, p. 60).

²⁵⁰ La idea que sustentamos es la de que siendo la finalidad de la jurisdicción prestar el buen servicio de justicia (para lo cual no debe malograrse la búsqueda de la verdad esencial o verdad jurídica objetiva), el comportamiento contrario a esa lógica y diligente cooperación o colaboración hacia el Órgano, no parece ausplicable y su quebrantamiento, por el contrario, lleva los riesgos pertinentes, en perjuicio de quien hace oídos sordos a tales exigencias. No es bastante ya refugiarse en la defensa del propio interés con olvido del valor superior de una solidaridad que, en una concepción humanista, emerge inescapable para el logro cabal de la finalidad esencial de hacer justicia. (Cf. MORELLO, Augusto Antonio. *Op. Cit.*, 1991, p. 63-64)

Jorge Walter Peyrano, por sua vez, é apontado pela maior parte da doutrina como criador da teoria batizada por si como “Cargas Probatorias Dinámicas”.

A primeira vez que o doutrinador argentino referenciou a criação da teoria das cargas probatórias dinâmicas foi no ano de 1981 no artigo denominado “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas” depois publicado na parte geral no compêndio Cargas Probatorias Dinámicas.

O filósofo francês Gilles Deleuze, autor de obras que abordam a “diferença e repetição” o doutrinador jurista Carbonnier, o qual defendia a consagração de um Direito processual “flexível” e “dúctil”, bem como Ferrajoli, que indicava a necessidade de “respeitar as diferenças e a conveniências e não permanecer indiferente frente ao distinto”, serviram como bases estruturantes para Peyrano explorar a teoria das cargas dinâmicas²⁵¹.

Para Peyrano²⁵², o processo tradicional apresenta a distribuição do ônus da prova de maneira muito rígida, pois neste a atribuição probatória é feita aos atores de acordo com a posição processual que ocupam. Porém, no processo moderno se elaborou uma abordagem mais dinâmica acerca do ônus da prova, atendendo às circunstâncias de cada caso, sem cair em abstrações desconectadas da realidade²⁵³.

Consoante o entendimento do processualista argentino²⁵⁴, até bem pouco tempo as regras acerca da carga da prova seguiam sendo estáticas, porém a *práxis* mais moderna alertou a doutrina que ditas bases estáticas por vezes são insuficientes ou muito inadequadas, assim, verificou-se que tais regras sequer eram suficientes, tampouco contavam com a *flexibilidade* desejada²⁵⁵. Referido Autor exemplifica sua teoria indicando a regra que prevê que, na falta de prova, supõe-se que os fatos ocorreram como se sucede normalmente, neste exemplo, caso alguém alegue o contrário, deverá prová-lo. Outro exemplo é o erro médico, no qual o paciente era onerado processualmente com a comprovação dos fatos, porém, a carga dinâmica permite que tal situação seja invertida.²⁵⁶

²⁵¹ Cf. PEYRANO. Jorge Walter. La carga de la prueba *in* Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal, p. 970.

²⁵² Cf. PEYRANO, Jorge Walter. Doctrina de las cargas probatorias dinámicas. REVISTA LA LEY. 29 jan. 1991. Disponível em: http://www.infojus.gov.ar/doctrina/daca920073-peyrano-doctrina_las_cargas_probatorias.htm%3Bjsessionid=I382d30n115q3fnywj33gy8u?0-1.ILinkListener-herramientas~panel-version~pdf~tool-version~pdf~link&bsrc=c Acesso em: 23 jul 2015.

²⁵³ *En el proceso moderno, se ha elaborado un enfoque más dinámico respecto de las cargas probatorias (cargas probatorias dinámicas), lo que posibilita que las mismas se desplacen de actor a demandado, o viceversa, según correspondiere, y atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, sin caer en abstracciones desconectadas de la realidad.* (Cf. PEYRANO, Jorge Walter. *Ob. Cit.*, 1999, p. 1)

²⁵⁴ Cf. PEYRANO. Jorge Walter. La carga de la prueba *In Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal*, 2004, p. 968. Disponível em: <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>>. Acesso em 12 jun. 2015.

²⁵⁵ *Resulta ser que la vida y hasta el propio sentido común permitieron descubrir coyunturas en las cuales el referido apriorismo en materia de esfuerzos probatorios, funcionaba mal.* (Cf. Peyrano, Jorge W. *Ob. Cit.*, 2004, p. 968), O Autor exemplifica as dificuldades da praxis forense citando casos como a separação de fato, vocação hereditária.

²⁵⁶ *Un ejemplo de carga probatoria dinámica es la regla según la cual, a falta de prueba, se supone que los hechos ocurrieron como suceden normal y regularmente. Quien sostenga lo contrario, deberá probarlo. En materia profesional, el principio era que la víctima - paciente corría con la carga probatoria, siendo para ella, a veces imposible reunir las pruebas: el nuevo enfoque posibilita la inversión de la carga probatoria. En el juicio de simulación, es el actor quien tiene a su cargo la prueba. La tendencia actual sostiene un principio de colaboración a cargo del demandado para que pruebe su inocencia. Cuando se viola el derecho a la intimidad, se presume que tal conculcación es arbitraria: debiendo el demandado probar lo contrario, y presentar las razones que lo legitiman para violar dicho derecho.* (Cf. PEYRANO, Jorge Walter. *Ob. Cit.*, 1999, p. 1)

Acerca desta teoria, o autor sul-americano dita “más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla”²⁵⁷.

Do estudo da obra de Peyrano no decorrer das últimas décadas, vê-se que o doutrinador indica a “possibilidade” da produção de provas como o fator determinante de sua teoria.

Pertinente a esta última situação, Márcia Azário leciona que Peyrano indica a necessidade de ser especialmente cuidadoso e estrito na hora de valorar a prova alegada pela parte que se encontra em melhores condições para produzi-la porque, normalmente, esta também está em condições de desvirtuá-la ou desnaturalizá-la em seu próprio benefício²⁵⁸.

Para melhor compreensão da teoria das “Cargas Probatorias Dinámicas” cita-se a definição dada por Jorge Walter Peyrano como conclusão aos debates propostos na V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, de 1992:

La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos²⁵⁹.

Contata-se, portanto, que Peyrano defende uma modificação comportamental para implementar um “novo processo” baseado nas máximas da colaboração e da solidariedade tal como Morello, porém, defende que o fundamento de sua teoria deve ser utilizado em todo os casos, e, mais que isso, tal regramento deve ser “intuído” pelas partes, a fim de não se tornar uma surpresa durante a marcha processual.

João Pereira Monteiro Neto indica que a teoria das cargas probatórias dinâmicas criada por Peyrano “não pretende negar os supostos básicos de orientação das regras de distribuição do ônus da carga probatória” ao contrário do que possa parecer inicialmente “mas, conjugando-o com a denominada “justiça do caso concreto” e com os deveres de conduta das partes, pretende imputar elasticidade ao mecanismo de distribuição do *onus probandi*”²⁶⁰.

²⁵⁷ Cf. PEYRANO, Jorge W. Cargas probatorias dinámicas. Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 60

²⁵⁸ Cf. AZÁRIO, Márcia Pereira. *Ob. Cit.* 2006, p. 125.

²⁵⁹ Cf. PEYRANO, Jorge W. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*. In: *Cargas probatorias dinámicas*. Coord. Jorge W. Peyrano. 1. ed. 1. reimp. - Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 19-20.

²⁶⁰ Cf. MONTEIRO NETO, João Pereira. A carga probatória não é movediça: apontamentos críticos sobre a dinamização da “carga probandi”. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2760, 21 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18322>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

Ainda, Peyrano sustenta sua teoria sob o argumento de que:

[]a adquisición de la doctrina de las 'Cargas Probatorias Dinámicas' para la teoría de la Ciencia Del Derecho Procesal produjo un 'giro epistemológico' fundamental en el modo de observar el fenómeno probatorio, al que se lo ve desde el mirador de la 'finalidad del proceso y del valor justicia' y no desde el ángulo del mero 'cumplimiento de formas procesales abstractas'. Este nuevo punto de mira (axiológico-ontológico) también permitió que se incorporara la *conducta procesal de las partes* como argumento, fuente o medio de prueba. Y si es cierto que la teoría del conocimiento científico se desarrolla en una espiral ascendente "concreto-abstrcto-concreto", la magnitud de las proyecciones de este giro epistemológico sólo podrá ser mensurada por el concreto histórico ²⁶¹.

É preciso mensurar que, como toda regra acerca do ônus probatório, esta também tem como finalidade secundária impedir o *non liquet*, isto é, é, também, uma regra de julgamento que permite ao juiz penalizar uma das partes pela não comprovação dos fatos, porém, neste caso, não necessariamente dos fatos alegados por si.

Ao ser utilizada como regra de julgamento, penaliza o infrator do dever de cooperação na medida em que impõem a perda da demanda não àquele que alegou, mas aquele que, embora tivesse condições de produzir prova, não o faz.

Deve-se considerar que, em que pese as ideias de Peyrano e Morello ultrapassem a característica individualista e tradicionalmente dispositiva do processo, o aperfeiçoamento das regras dinâmicas do ônus da prova, tal como proposto pelos autores, requerem uma modificação comportamental dos atores processuais, especialmente considerando os modelos brasileiro e português, essencialmente individualistas. É necessária uma reformulação geral dos conceitos processuais para que teorias como a da dinamização do ônus da prova funcionem com a efetividade que se propõe.

Interessante observar que as teorias antigas de distribuição do ônus da prova já se utilizavam deste princípio dinâmico distributivo. Neste sentido, Soares de Faria, em publicação datada de 1936 defendia que a distribuição do ônus da prova "deve ser imposta, caso por caso, à parte que puder satisfazê-la com menores inconvenientes, vale dizer, despesas menores, menor perda de tempo e menor incômodo"²⁶². Jeremy Bentham, na transição do século XVIII para o século XIX, já defendia:

Entre las partes contrarias ¿a cuál se debe imponer la obligación de proporcionar la prueba? Esta cuestión presenta infinitas dificultades en el sistema procesal técnico. En un régimen de justicia franca y simple, en un procedimiento natural, es muy fácil de contestar. La carga de

²⁶¹ Cf. PEYRANO, Jorge W. Cargas..., *Ob. Cit.*, 2004, p. 33.

²⁶² Cf. SOARES DE FARIA, Sebastião. Principais teorias relativas ao *onus probandi*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936, p. 38 *In* BUZUID, Alfredo. Do ônus da prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, pp. 113-140. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66398/69008>>. Acesso em 15 maio 2015. .

la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos. (...) Se dirá, es a la parte que inicia el juicio, que formula la alegación, a la que corresponde probar la veracidad de la misma, tal es el aforismo que se presenta por sí mismo y que, en apariencia, es muy plausible. Pero, por muy plausible que sea, la experiencia ha demostrado que cuanto más se la ha querido seguir, más se ha apartado del fin que se proponía y mayores han sido las dilaciones, los vejámenes y los gastos. En una palabra, dicho aforismo más ha servido para crear dificultades que para resolverlas.²⁶³

Outrossim, a dinamização do ônus da prova, por décadas escanteada, é uma “nova tendência” de regras probatórias no processo civil moderno, e tem o condão de flexibilizar a distribuição estática, e, em consequência, atribuir mais poder (e responsabilidade) ao juiz²⁶⁴.

No Brasil, como argumentação de flexibilizar a distribuição estática, alguns tribunais indicam a utilização da dinamização do ônus da prova. É o caso do julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E CAUTELARES DE SUSPENSÃO DA COBRANÇA. PROVA DA NÃO REALIZAÇÃO DAS LIGAÇÕES. FATO NEGATIVO. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.

- Inexistindo nos autos qualquer comprovação ou mesmo indício de as ligações realizadas para o exterior, que geraram excessivo aumento na fatura de telefone, deve o juiz declarar a inexistência do débito, sem comprometimento ao disposto no art. 333, I, do CPC, posto que, pela natureza da prova, de caráter negativo para o autor, somente ao réu poderia ser exigida a demonstração da alegada prestação do serviço. **Aplicável aqui a incidência da distribuição dinâmica do ônus da prova, a partir da qual incumbe ao detentor dos meios materiais de sua produção, realizar a contraprova do direito suscitado pelo autor.** (grifo nosso) (Brasil TJMG, Apelação Cível n. 10097110023682001, 13ª Câmara Cível, relatora Cláudia Maia, de 19/09/2014)

Ao defender a teoria como “mais acertada”, Didier Jr, Braga e Oliveira afirmam que, neste caso, “prova quem pode”²⁶⁵. E apontam as características do sistema, a partir da ideia de Antonio Janyr Dall’agnol Junior²⁶⁶: *i)* o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; *ii)* sua distribuição não pode ser estática ou inflexível, mas, sim, dinâmica; *iii)* pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); *iv)* não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito -, mas, sim, quem tem mais possibilidades de fazer prova.

Trata-se de uma regra *ope iudicis*, na qual o magistrado tem o dever de aplicar a discricionariedade ao caso concreto. Ressalta-se, porém, que a discricionariedade do magistrado deve

²⁶³ Cf. BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Valetta Ediciones, 2002, p. 289.

²⁶⁴ Cf. MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do Projeto de novo CPC, *Revista de Processo*, Ano 37, v. 208, Jun. 2012

²⁶⁵ Cf. DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Ob. Cit.*, 2013. p. 102.

²⁶⁶ Cf. DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório, p. 98. Apud FREDIE DIDIER JR, ob. Cit. 2013, p. 103.

observar e obedecer aos limites legais. Como bem observa Marcelo Pacheco Machado, a discricionariedade não pode ser aplicada sem motivos pelo juiz, sob pena de ferir os princípios do formalismo e da isonomia. Na verdade, uma vez legislada, a distribuição dinâmica do ônus da prova, *o juiz a aplicará a todos os casos*, a partir da avaliação da existência equitativa dos requisitos legais, e necessariamente fundamentará suas decisões²⁶⁷.

Uma questão a ser observada quanto à distribuição dinâmica é a alegação, por parte de alguns críticos, de possível *imprevisibilidade* e *insegurança jurídica*, afinal, ao contrário do que ocorre na distribuição estática – onde se sabe previamente quem deve provar –, na distribuição dinâmica as partes somente saberiam a quem incumbe o ônus da prova após a manifestação expressa do magistrado. Neste tocante, Marcelo Pacheco Machado alerta para o fato de que

[a]o se instituir o ônus flexível da prova ou mesmo se prever a possibilidade de alteração do quadro inicial dos ônus, na verdade, exige-se a participação de todos os sujeitos processuais, que, sob o risco de poderem ser afetados por regra de julgamento, passam a ter de contribuir, com todos os recursos possíveis, para a produção das provas necessárias ao conhecimento da relação conflituosa trazida a julgamento²⁶⁸

Tal argumentação reforça a interpretação proposta de que a teoria das cargas dinâmicas exige mudança comportamental das partes.

De forma que, o que se pretende é que a flexibilização do ônus não desincumba, mas, sim, deixe claro que as partes, mais do que nunca, possuem o ônus de provar todas as alegações que estão ao seu alcance; porém, na análise do caso concreto, o juiz poderá incumbir qualquer das partes do ônus de fazer prova de algo que não ficou suficientemente esclarecido, se verificar que uma delas tem maior possibilidade de fazê-la. Ao verificar que uma das partes não observou o dever de cooperação, o magistrado pode, a partir da regra de julgamento conecta à distribuição do ônus prova, aplicar sentença desfavorável.

Peyrano defende que a teoria deve vigorar como *intuitiva* pelas partes, logo, ao propor a demanda, e ao ser demandado, ambas as partes devem, desde o início, considerar que têm o dever de cooperação, solidariedade e boa-fé para com o processo, desprendendo-se portanto do contexto individualista da finalidade da prova.

Retomando a finalidade da prova e do processo, percebe-se que é insustentável a sua concepção tradicionalmente individual, pois a descoberta da verdade é um desejo social.

²⁶⁷ MACHADO, Marcelo Pacheco. *Ob. Cit.*, 2012.

²⁶⁸ MACHADO, Marcelo Pacheco. *Ob. Cit.*, 2012.

Como já referenciado, a justiça é a base constitucional dos ordenamentos brasileiro e português. A concepção constitucionalista dos ordenamentos deve, portanto, nortear todas as questões processuais, inclusive probatórias. Neste sentido adverte Gregório Assagra de Almeida²⁶⁹:

Modernamente a concepção constitucionalista do processo é fundamental e deve instigar o espírito dos profissionais do direito, no sentido de se estudar o direito processual sempre atentando para o texto constitucional. Somente com uma interpretação legítima dos valores constitucionais fundamentais é que o direito processual irá trilhar o seu verdadeiro caminho, como instrumento constitucional fundamental para a efetivação dos direitos e realização de Justiça.

Na conclusão de Alan de Matos Jorge, institutos jurídicos, inclusive a distribuição do ônus probatório, vêm sendo analisados à luz constitucional, isto porque, no caso da prova, verifica-se que há uma “íntima relação com a obtenção de uma prestação jurisdicional efetivamente justa”²⁷⁰.

A partir destas ponderações, observa-se que a cultura individualista do processo foi inserida no cenário brasileiro e português especialmente pelo contexto da proibição da autotutela, e a consequente monopolização dos conflitos pelo Estado.

A doutrina moderna, por sua vez, encabeçada por Mauro Cappelletti, mostra que a concepção individualista do processo está superada, e não atende às mais recentes necessidades da sociedade. Atualmente, como bem assevera Gisele Leite, “o processo civil contemporâneo repensa a Justiça, e a jurisdição ao cumprir a tarefa a que se impõe, leva em conta não só os operadores do sistema judiciário, mas, especialmente os consumidores da justiça, o cidadão”²⁷¹. Desta maneira, torna-se insustentável pensar no processo voltado essencialmente para cada um dos litigantes, para seus interesses pessoais, especialmente quando estes são contrários à ideia global e social de Justiça.

Vê-se, portanto, que cada vez mais o processo se volta para sua função social, que vai muito além de satisfazer os desejos dos litigantes - mesmo num processo em que se discuta direitos eminentemente disponíveis – para concretizar a justiça e a paz social.

Por tudo isso também, vê-se a insuficiência do critério estático de distribuição probatória.

Neste momento, oportuno indicar os estudos anteriores do ônus subjetivo da prova, nos quais referenciou-se a “regra de conduta” das partes, isto é, que a regra acerca da produção das provas serve como orientação da conduta das partes no tocante à produção probatória. Isso é elucidado no Art. 333 do CPC Brasil e no Art. 342 do CC Portugal que determinam, por regras estáticas, a conduta probatória processual de acordo com a posição da parte e o direito alegado.

²⁶⁹ Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 22.

²⁷⁰ Cf. JORGE, Alan de Matos. Reflexões constitucionais sobre a distribuição do encargo probatório. pp. 21-68 *In* BARROS, Renata Furtado de (organizadora). *Desafios do direito na pós-modernidade*. Raleigh, Carolina do Norte, Estados Unidos da América: Lulu Publishing, 2012, p. 67-68.

²⁷¹ LEITE, Gisele. Tendências do processo civil contemporâneo. *Revista Jus Vigilantibus* n° 0671/2009, Ano III - ISSN 1983-4640

Na teoria das cargas dinâmicas da prova o pensamento acerca da “regra de conduta” sofrerá algumas alterações conforme os novos objetivos do processo. Logo, se o que se quer é um processo justo, onde o conceito da produção probatória não é individualista, considerando a visão solidária e de possibilidade de produção, a “regra de conduta” passará a ser a de que todas as partes deverão apresentar todas as provas disponíveis e alcançáveis, mesmo que não lhe favoreça, imperando os princípios da cooperação e da comunhão das provas no processo. A insuficiência probatória decorrente da conduta das partes resultará na aplicação da “regra de julgamento”²⁷².

Neste sentido, Alan de Matos Jorge²⁷³ defende que ônus da prova como “regra de conduta” deve ser *sempre observado e seguido* atentamente pelas partes, em conjunto com os princípios da boa-fé e da mútua cooperação no sentido da obtenção de uma prestação jurisdicional que seja efetivamente justa.

Outro ponto a ser observado, além da mudança de comportamento pelas partes litigantes, é a necessidade de aperfeiçoamento do aparelho jurisdicional. De maneira a desenvolver no magistrado senso crítico suficiente, bem como a fundamentação adequada para todas as decisões, inclusive, e, especialmente, as que envolvam o ônus objetivo da prova.

Neste sentido vale indicar que tanto o sistema brasileiro como o português, salvo quando presente questão liminar, passam da fase de proposição e defesa da demanda para o saneamento do processo e para a produção de provas e, em seguida, à sentença de mérito, de maneira que, questiona-se qual seria o momento oportuno para aplicar a regra de julgamento do ônus objetivo.

De certo, o momento ideal para aplicar a regra de julgamento é a sentença! Porém outra questão se faz latente, quando o ônus da prova é dinâmico, isto é, não é pré-definido, as partes não teriam o direito de saber que seriam prejudicadas pelo não fornecimento da prova em momento anterior à sentença meritória?

Neste tocante, considerando os novos objetivos do processo, bem como conspirando que a visão individualista do processo está ultrapassada e que devem vigorar indistintamente, em todas as fases do processo os princípios da lealdade, colaboração, solidariedade e boa-fé, defende-se que a partir do momento em que a legislação prevê a dinamização do encargo probatório não há necessidade de uma decisão adicional a fim de distribuir a carga da prova, isto porque as partes estão conscientes

²⁷² Ademais, a exacerbação do ônus da prova, como regra de julgamento, contribui com a burocracia das decisões, estimulando o comodismo, próprio da visão conservadora do imobilismo judicial, que, por estar sustentado na inércia e na apatia do julgador, dá ampla margem às injustiças, pois as partes ficam sujeitas à sua própria sorte, como se o processo fosse um mero jogo, no qual restaria ao Estado o papel de legitimação da barbárie, ratificando o poder do litigante mais astuto ou mais esperto. Consequentemente, o ônus da prova, como regra de julgamento, deve ser utilizado apenas excepcionalmente, quando frustradas as tentativas de trazerem-se aos autos elementos suficientes de convencimento. (Cf. CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 419-420.)

²⁷³ Cf. JORGE, Alan de Matos. Rob. Cit. 2012, p. 64.

em todos os momentos de seus deveres legais e “em hipótese alguma a aplicação da teoria poderá causar surpresa às partes”²⁷⁴, o ônus da prova deverá ser intuído.

Ao contrário, nos ordenamentos em que vigorar a possibilidade de “inversão” do ônus da prova, necessariamente deverá ser proporcionado o exercício da ampla defesa. Isto porque, no caso da inversão há uma previsão legal em que a distribuição da prova é feita de “determinada maneira” e o juiz, por critérios legais, modifica a previsão legal inicial. Neste caso, é necessário proporcionar à parte a oportunidade de cientificação e defesa quanto aos argumentos que provocaram a mudança do sentido inicial da lei.

Oportuno fazer mais uma observação relevante neste tocante, acerca da confusão entre os termos teoria dinâmica e inversão do ônus da prova. Parte da doutrina confunde os dois termos, afirmando ser a inversão do ônus da prova uma forma de teoria dinâmica. Pelos argumentos até então expostos, entende-se que não é assim. Isto porque, o vocábulo “inversão” pressupõe um estado anterior “estático”, pré-existente, legalmente legislado. Conforme ensina o dicionário de Português²⁷⁵, *inverter* significa “trocar a ordem de”, o que reforça interpretação de que a inversão só ocorre se preexistir uma ordem que proporcione sua alteração.

A dinamização do ônus da prova, por sua vez, e de encontro aos argumentos já explanados, indica que o ônus cabe a todos, e que uma parte do todo pode ser prejudicada pelo seu não cumprimento.

Marcelo Pacheco Machado alerta para as distinções entre inversão do ônus da prova e distribuição dinâmica, e afirma que a distribuição do ônus dinâmico da prova, se adotado, deve ser uma *regra geral*, aplicável em todas as hipóteses, extinguindo a distribuição estática²⁷⁶. Neste sentido, entende-se que prospera a interpretação do autor, haja vista que se mantido o ônus estático, sua alteração indica inversão (ou redistribuição) e não dinamização propriamente dita.

Embora o sistema das cargas dinâmicas probatórias nos pareça o mais condizente com os objetivos do Processo Civil moderno, várias são as críticas feitas a este modelo, seja pela incompreensão das suas medidas, seja pela falta de confiança no juízo, ou ainda, seja por considerar que os sistemas atuais já possibilitam a sua prática, sem a necessidade de uma alteração legislativa.

Em considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica da prova, Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa faz duras críticas ao sistema, e afirma que sua adoção implicaria “na dispensa da

²⁷⁴ Cf. AZÁRIO, Márcia Pereira. *Ob. Cit.*, 2006, p. 139.

²⁷⁵ *Inverter*. In: DICIONÁRIO Michaelis. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=inverter>. Acesso em: 14 ago. 2015.

²⁷⁶ Cf. MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do Projeto de novo CPC. *Revista de Processo*. Ano 37, v. 208, p. 196-226, Jun. 2012. P.

prova do fato alegado pela parte, para fins de acolhimento da sua pretensão” e por isso conceder-se-ia um benefício para eliminar a dificuldade de produção de provas. O que o autor pretende demonstrar é que a alteração do sistema não é necessária no ordenamento brasileiro, visto que poder-se-ia atingir a justiça aplicando as regras já existentes.²⁷⁷

Considera-se que tais argumentos não parecem condizentes com a proposta da teoria de Peyrano, isto porque, a teoria não dispensa a prova do fato alegado, mas pelo contrário, exige a prova do fato daquele que pode fazê-la, dando equilíbrio à relação processual.

Outro crítico da teoria é o argentino Maximiliano García Grande cujo estudo deu azo à obra *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad*, na qual o autor enumera pelo menos 5 grandes críticas à teoria das cargas probatórias dinâmicas:

- I. La sentencia en casos de falta de prueba eficaz debe estar fundada en las presunciones legales y no en la distribución del *onus probandi*.
- II. La inversión del *onus probandi* genera contradicción insuperable entre las presunciones del derecho de fondo y la carga probatoria del derecho formal (que debe ser un reflejo de aquellas), porque las normas de forma estarían coaccionando a demostrar la incapacidad que las normas de fondo presume.
- III. Sobre la 'justicia del caso concreto', como fundamento de la teoría, resulta utópico sostener que el juez debe aplicar la justicia de cada caso en concreto, cuando todos sabemos que por el colapso judicial reinante es imposible, en la práctica, que el juez conozca o pueda interiorizarse de cada litigio.
- IV. Sobre la "mejor posición de probar", como elemento de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, aunque muchas veces no se sepa quien se encuentra en mejores condiciones de aportar el material probatorio, debe estudiarse hasta donde, existiendo el principio constitucional por el cual nadie puede ser coaccionado a declarar en su contra, puede coexistir un instituto que obliga a las partes a probar su inocencia.
- V. En varios casos donde se aplica la teoría de las cargas probatorias dinámicas pueden aplicarse institutos ya creados por la legislación o la doctrina, como pueden ser el abuso del proceso y el valor probatorio de la conducta de las partes.²⁷⁸

Percebe-se que as críticas de Maximiliano provêm, especialmente, da desconfiança na figura do juiz. Argumento insustentável no processo civil moderno.

Ao mesmo tempo, o doutrinador defende princípios individualistas do processo, como o fato de que ninguém é obrigado a provar direito contrário aos seus interesses. Neste sentido, pelos argumentos já expostos, defende-se, mais uma vez, que os argumentos do autor estão ultrapassados.

Contudo, referente à última crítica do autor, compreende-se que, se não houvesse tanta resistência por parte de alguns magistrados, especialmente os que se encontram em tribunais

²⁷⁷ Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 37, n° 205, p. 115-159, mar. 2012, p. 137.

²⁷⁸ Cf. GRANDE, Maximiliano García. *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad*. 1. ed. Rosario: Juris, 2005, p. 99-100.

superiores, que por sua habitual idade avançada, estão impregnados de conceitos já considerados ultrapassados pela doutrina moderna, impedem o avanço de normatizações existentes.

Embora pareça atraente vislumbrar uma teoria que tem como propósito minimizar as injustiças decorrentes de falhas do procedimento processual, é verdade que nem todas as questões deste modelo de distribuição de ônus da prova estão exaustivamente esclarecidas. Ao passo que também não se justifica a manutenção de um sistema (estático) de distribuição que, inegavelmente, não é o melhor.

A adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova é um importante passo legislativo em direção à construção de Estados de Direito mais justos. É certo que o período de transição e adaptação neste sistema exigirá um aprimoramento de todo o sistema jurisdicional, especialmente no que concerne à mudança de comportamento das partes; neste caso, ao que indicam os estudos científicos, as mudanças são necessárias e surtiriam efeitos positivos nos ordenamentos alcançados a curto prazo após a edição/alteração legislativa.

Entende-se, por todo o exposto, que a teoria dinâmica do ônus da prova comemora a finalidade do processo indicada no primeiro capítulo: especialmente a justa composição da lide quando não é possível o alcance da verdade.

Ainda que já tenha sido feita, de forma dispersa, a análise da distribuição do ônus da prova nos sistemas português e brasileiro, o próximo tópico dedicar-se-á, de forma pontual, à análise destes sistemas.

Capítulo V - A Distribuição do Ônus da Prova Luso-Brasileira

Todo labor desenvolvido até o momento teve como intento analisar e propor melhorias nos sistemas processuais sob análise: português e brasileiro.

O estudo comparado de dois sistemas não é, nem de longe, tarefa fácil. Os conhecimentos arraigados da autora acabam por ora privilegiando o estudo de um ou outro ordenamento, porém o escopo é o da comparação e evolução de ambos os sistemas que tanto tem em similitudes.

Neste ponto, já há conceitos suficientes acerca da temática ônus da prova, assim como, considera-se que as principais teorias acerca da sua distribuição foram minimamente apontadas, de forma que, faz-se necessária uma análise pontual dos sistemas civis e processuais civis de Portugal e Brasil no tocante à prova.

A distribuição do ônus da prova aqui referida é a “repartição dos riscos/encargos” entre os litigantes feita pelos ordenamentos civil ou processual, inicialmente como *regra de conduta* (ônus subjetivo) e, em última guarida, como *critério de julgamento* (ônus objetivo). No tocante a este, indica-se que na grande maioria das vezes não é invocado, considerando que a maior parte dos processos são instruídos com provas suficientes para julgamento.

Durante o trabalho, por diversas vezes, foram feitas inserções acerca das posições legais, doutrinárias e jurisprudências adotadas pelos sistemas civis e processuais civis brasileiro e português no tocante à temática probatória. Serve o último capítulo para que se possa indicar pontualmente as posições adotadas e, de maneira didática, auxiliar na busca da informação específica, bem como, sustentar as conclusões finalísticas do trabalho.

Este título pretende condensar os estudos realizados indicando, especialmente, a aplicação dos tribunais no tocante ao estudo até aqui efetuado. Afinal, em que pese as pesquisas científicas sejam, em regra, reconhecidas na academia, é na prática que se vê o verdadeiro esforço científico recompensado.

Retomamos, portanto, o que alhures e dispersamente já foi indicado, com a inserção de algumas justificativas pontuais e significativas.

A indicação inicial que cabe fazer é que os ordenamentos dos países lusófonos Portugal e Brasil adotam como regra a **distribuição estática do ônus da prova**, aplicando-a como regra de

juízo em caso de *non liquet*. Porém, apresentam distinções peculiares em aspectos pontuais, que se pretende indicar nas próximas linhas.

5.1 Modelo de distribuição probatória Português

No ficheiro denominado “Sentença Cível”, corresponde ao texto-base da intervenção nas “Jornadas de Processo Civil” organizadas pelo Centro de Estudos Jurídicos em 23 e 24 de janeiro de 2014, elaborado pelo Juiz-Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, António Santos Abrantes Geraldes, aborda-se a questão das provas produzidas perante o juízo como um dos principais segmentos da sentença judicial portuguesa²⁷⁹. Não poderia ser diferente, afinal, é pelas provas que as partes demonstram a verossimilhança da sua alegação, bem como a “verdade” de suas afirmações e, por conseguinte, a viabilidade fática do seu pleito.

O Conselheiro do STJ Português evita abordar o confronto entre verdade material e processual, limitando-se a indicar a necessidade de critério de razoabilidade pelo juiz “no que concerne à afirmação da prova ou da falta de prova dos factos controvertidos”. Para António Geraldes, “além dos aspectos ligados à distribuição do ónus da prova, os dados revelados pela experiência judiciária no que concerne ao exercício desse ónus, sem ignorar sequer a postura concretamente adoptada pela parte contrária sobre a qual também recaem exigências decorrentes do dever de cooperação relativamente à descoberta da verdade e outras associadas ao ónus de contraprova” também devem ser considerados no momento da decisão²⁸⁰.

Assim, é possível mesurar que no Direito Português a *questão probatória* tem especial relevância no deslinde das decisões. Cabendo apontar neste momento do trabalho o que a legislação e a jurisprudência portuguesa preveem a seu respeito.

As inserções a seguir não têm cunho exaustivo, pelo contrário, servem para indicar o modelo vigente e algumas de suas possíveis inconsistências de forma que se possa justificar a necessária mudança dos padrões probatórios em Portugal.

O Art. 342 do Código Civil de Portugal²⁸¹ estabelece o critério estático do ónus da prova, considerando a posição da parte e a espécie do fato alegado. Assim, cabe àquele que invocar o direito

²⁷⁹ Um dos segmentos principais da sentença deve reportar o resultado da convicção formada pelo juiz relativamente à matéria abarcada pelos “temas de prova”, em resultado da apreciação dos meios de prova que foram produzidos na audiência final ou da análise do processado. (Cf. GERALDES, António Santos Abrantes. “Sentença Cível”. Jornadas de Processo Civil. CEJ. 23-24 de Janeiro de 2014, p. 8. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/Processo-Civil/asentencavelabrantessgeraldes.pdf>)

²⁸⁰ Cf. GERALDES, António Santos Abrantes. *Ob. Cit.*, 2014, p. 8.

²⁸¹ CC PT - Artigo 342.º Ónus da prova 1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado. 2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita. 3. Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito.

(alegar o fato), dito *autor*, provar os fatos *constitutivos*, bem como, ao *réu* (àquele contra a invocação é feita), provar os fatos *impeditivos, modificativos ou extintivos* alegados do direito invocado.

No tocante à posição da parte na lide, José Lebre de Freitas²⁸² esclarece que em princípio, aquele que tem o *ônus de alegar* tem também o *ônus de provar* os fatos que do primeiro são objetos, isto considerando os ditames do art. 342 n. 1 e 2 e 343 n. 1²⁸³ do Código Civil Português.

Neste sentido, Rui Rangel defende que em Portugal “o ônus da prova e da afirmação, quanto a cada facto, incumbe à parte cuja pretensão processual só pode alcançar vencimento mediante a aplicação de uma norma que lhe é pressuposto. Decorre daqui que cada parte terá aquele ônus relativamente a todos os pressupostos que lhe são favoráveis. Existindo na lei uma regra e uma excepção ou várias, a parte que sustenta a sua pretensão na norma-regra só tem de provar os factos que constituem a hipótese dessa norma e não já a existência dos que constituem a hipótese da norma-excepção”. O referido autor concluiu seu raciocínio indicando “É, sem dúvida, sempre sobre a parte que se encontra onerada com a prova dos factos que recaem as consequências da falta ou insuficiência da prova”²⁸⁴.

Tal posição estática indicada pelos juristas e invocada pelo artigo 342 do CC PT, é evidenciada pelos julgamentos mais recentes do Supremo Tribunal de Justiça Português, que na fundamentação de acórdão envolvendo o ônus da prova, utilizou-se da argumentação exposta:

Segundo o critério ou teoria da norma, criado por Rosenberg, e ao qual aderiram Antunes Varela e Manuel de Andrade[34], cada uma das partes está onerada com a prova de todos os factos que constituem pressuposto da norma que lhe é favorável, uma vez que o *juiz só pode aplicar a norma a favor da parte que a invoca, se ficar convencido da verificação de todos os elementos que constituem a respectiva previsão*. Há que atender, em primeiro lugar à **norma de direito material** que se quer aplicar e à **posição das partes em juízo** em relação a essa norma, **posição caracterizada pelo efeito jurídico que cada uma delas pretende obter**. «Caso não fiquem provados os factos que integram a previsão geral e abstracta da norma e que, como tal, constituem a sua base de aplicação, esta não poderá ser aplicada, com a consequência de o pleito ser decidido contra a parte que nela baseia a sua pretensão» (grifo nosso) (Portugal, STJ PT, Processo n. 9897/99.4TVLSB.L1.S1, 1ª Secção, Relator Maria Clara Sottomayor, de 21/01/2014)

Desta maneira verifica-se que o ônus subjetivo na prova no sistema português determina a “regra de conduta” das partes, segundo a qual observar-se-á basicamente as regras das teorias “modernas” de ônus da prova, com especial influência da teoria das normas, de Léo Rosenberg.

²⁸² Cf. FREITAS, José Lebre de. *A ação declarativa comum: à luz do código de processo civil de 2013*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 207.

²⁸³ CC PT - Artigo 343.º - (Ônus da prova em casos especiais) 1. Nas acções de simples apreciação ou declaração negativa, compete ao réu a prova dos factos constitutivos do direito que se arroga.

²⁸⁴ Cf. RANGEL, Rui. *O Ônus da Prova no Processo Civil*, 2.ª edição revista e ampliada, Coimbra, 2002, p. 150.

Por sua vez, o atual artigo 414 do Código Processual Civil de Portugal²⁸⁵, prevê a “regra de julgamento” a ser seguida no caso de *non liquet*, e determina que na dúvida sobre a realidade de um fato, *o ônus da prova se resolve contra a parte a quem o fato aproveitaria*.

O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em recente julgado de 09/07/2015, decidiu “*As regras do ônus da prova (artigo 342.º C.Civil) têm relevância quando o julgador tem dúvida ou ignorância sobre um facto. Nesse caso, tem que decidir contra quem teria o ônus de provar tal facto.*” (Portugal, STJ PT, Processo 1728/12.8TBBRR-A.L1.S1, 6ª Secção, Relatora Ana Paula Boularot, de 09/07/2015).

Para Elizabeth Fernandez, tais normas são a constatação de uma realidade incontornável, que mesmo considerando a aquisição processual, legislada no art. 413, as partes podem não alcançar o intento probatório, e, conseqüentemente, o julgador deverá decidir apesar de não ter formado qualquer convicção acerca dos fatos narrados naquele processo. Desta maneira, a regra do art. 414 serve como auxílio de decisão^{286 287}.

A regra de julgamento é enaltecida também pelo disposto no n.º 3 do art. 342.º do Código Civil português, que prevê que “em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito”²⁸⁸.

Neste tocante, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal decidiu, em caso envolvendo a cobrança de verba honorárias em que nem autora nem ré lograram êxito em comprovar determinados fatos alegados contrapostos entre si (dúvida), que se deve analisar se o fato alegado pelas partes em contraposição - e não comprovado por elas - se consubstancia em fato constitutivo do direito da autora ou fato extintivo da pretensão do réu, para então resolver contra si²⁸⁹.

José Lebre de Freitas defende que, o ônus da prova comporta regras como a da aquisição processual (art. 413) que prevê que os “factos que lhe são desfavoráveis, os quais, uma vez provados,

²⁸⁵ CPC PT - Artigo 414.º (art.º 516.º CPC 1961) Princípio a observar em casos de dúvida - A dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ônus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita.

²⁸⁶ Cf. FERNANDEZ, Elizabeth. A prova difícil ou impossível... *Ob. Cit.*, 2013, p. 815.

²⁸⁷ Sobre a matéria argumentou a Relatora ONDINA CARMO ALVES em julgamento: “O regime jurídico da repartição do ônus da prova encontra-se consagrado nos artigos 341º e seguintes do Código Civil e 414º do nCPC. No direito português o ônus da prova é, tal como defende RITA LYNCE DE FARIA, A Inversão do Ônus da Prova no Direito Civil Português, 2001, 12. “(...) não um ônus subjectivo, mas um verdadeiro ônus objectivo, traduzindo-se, portanto, para a parte a quem compete, na necessidade de sofrer as consequências da falta de prova do facto visado, caso os autos não contenham a prova bastante desse facto. (...) O ônus da prova encontra-se, deste modo, directamente associado a um risco processual: o risco de, sendo insuficiente a prova produzida, a parte ver desatendida a sua pretensão. Perguntar quem suporta o ônus da prova corresponde, assim, em saber quem suporta o risco processual. É, de resto, o que resulta do art. 516.º do Código de Processo Civil, único artigo respeitante ao ônus da prova que, inexplicavelmente, permanece neste código”. Não deixa o n.º 1 do artigo 342.º do Código Civil qualquer margem para dúvidas quanto à sua interpretação e aplicação: àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado. (Portugal, TRL, Processo 185/14.9TBRGR.L1-2, Relatora ONDINA CARMO ALVES, em 23/04/2015)

²⁸⁸ Cf. FREITAS, José Lebre de. *A ação declarativa comum*. *Ob. Cit.*, 2013, p. 211.

²⁸⁹ *Coloca-se a questão de saber se os factos não provados (modalidade de pagamento acordado, valor dos montantes mensais pagos e discriminação dos serviços abrangidos pela prestação mensal) são factos constitutivos do direito da autora ou factos extintivos, cujo ônus de alegação e de prova cabe à ré. Ora, conduzindo a prova destes factos à extinção, total ou parcial, do direito da autora, deve entender-se que constituem factos extintivos do direito do credor, cuja demonstração cabe ao devedor, pois é este o sujeito que deles beneficia.* (Portugal, STJ PT, Processo 9897/99.4TVLSB.L1.S1, 1ª Secção, Relator Maria Clara Sottomayor, de 21/01/2014)

ficam adquiridos no processo”²⁹⁰, e, ainda, que o juiz pode, oficiosamente, tomar iniciativas de prova (art. 411).

Acerca do poder instrutório do juiz, notadamente no tocante à produção de provas, já decidiu o Tribunal de Relação do Porto:

I - A inquirição por iniciativa do tribunal prevista no n.º 1 do artigo 645.º do Código de Processo Civil é um poder-dever que se impõe ao juiz sempre que, com base em elementos objectivos colhidos nos autos (nomeadamente outras provas), haja razões para presumir que determinada pessoa tem conhecimento de factos importantes para a boa decisão da causa; II - O que interessa é que se verifique o referido circunstancialismo, sendo indiferente que tal tenha sido decidido face a requerimento de uma das partes e que esta tenha ou não requerido atempadamente produção de prova; III - Não é impeditivo da utilização de tal poder-dever o facto de a testemunha ter sido arrolada e de, posteriormente, ter sido prescindida pela parte que a indicou.” (Portugal, Tribunal de Relação do Porto. Processo n. 16295/11.7YIPRT-A.P1, relator José Manuel Araújo Barros, de 02/05/2013).

No que diz respeito à aquisição processual já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal:

[F]inalmente e como já se deixou acentuado, o aproveitamento (para as respostas a dar aos aditados arts. da base instrutória) da prova já produzida tem cobertura legal na genérica previsão constante do citado art. 265.º, n.º3, com o inerente poder-dever, aí, atribuído ao julgador e a que não pode ser considerado estranho o dimanado do princípio da aquisição processual, segundo o qual “todas as provas produzidas em juízo devem poder servir à decisão do mérito da causa, independentemente da via por que foram trazidas ao processo”. (Portugal, STJ PT, 4464/08.6TBVNG.P1.S1, 6.ª SECÇÃO, Relator FERNANDES DO VALE, de 13/05/2014)

Ainda, no tocante à possibilidade de oficiosidade probatória do juiz, vale indicar, tal como abordado em tópico oportuno, que o ordenamento português não concebe a oficiosidade do magistrado como “infinita”. Para tanto, indica-se que Portugal adere à miscigenação dos conceitos dispositivos e inquisitório, sendo que, se depreende do texto legal que, no que se refere ao *ônus da alegação* sobrepõe o princípio dispositivo, e, no tocante ao *ônus da prova* vigora o princípio inquisitório, conforme texto processual do art. 411 do CPC Portugal²⁹¹.

Sobre o princípio dispositivo, o Tribunal de Relação de Lisboa pondera:

É certo que os temas da prova enunciados pelo julgador derivam necessariamente da alegação das partes, nos termos do artigo 5.º do nCPC, seleccionados em função do objecto do litígio que haja sido definido.

²⁹⁰ Cf. FREITAS, José Lebre de. *A ação declarativa comum*. Ob. Cit., 2013, p. 211,

²⁹¹ Tais alegações provêm da análise dos seguintes artigos do CPC Portugal: art. 5.º (ônus da alegação das partes e poderes de cognição do tribunal), art. 417.º (dever de cooperação para a descoberta da verdade), art. 433.º (sanções aplicáveis ao notificado), art. 436.º (requisição de documentos), art. 443.º (documentos indevidamente recebidos ou tardiamente apresentados), art. 490.º (inspeção) e art. 526.º (inquirição por iniciativa do tribunal).

De resto, o princípio do dispositivo, não obstante a ele o nCPC não fazer qualquer expressa referência, continua a ser uma regra basilar, traduzindo-se na liberdade das partes, de decisão quanto à propositura da acção, e quanto aos limites do seu objecto, quer quanto à causa de pedir e pedidos, quer quanto às excepções.

Corolários deste princípio encontram-se no artigo 3.º, n.º 1 do nCPC, onde se estatui: “O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.” e ainda no artigo 5.º, n.º 1 que estabelece: “Às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as excepções invocadas.”

Às partes continua, assim, a caber a alegação dos factos essenciais ou principais - causa de pedir e excepções – cabendo, quer ao juiz, quer às partes, fazer com que sejam adquiridos para o processo os factos instrumentais. (Portugal, TRL, Processo 185/14.9TBGR.L1-2, Relatora ONDINA CARMO ALVES, em 23/04/2015)

Essas previsões legislativas, indicadas por Lebre de Freitas, devem ser enaltecidas, assim como o princípio da colaboração, que determina que as partes têm o dever de colaboração para a descoberta da verdade (art. 417.º do CPC). Sobre o princípio da cooperação para a descoberta da verdade, que é também um dos motivos de inversão do ônus da prova, indica-se o entendimento do entendimento do Tribunal de Relação do Porto:

I - A recusa do réu em realizar exame hematológico para apuramento / exclusão da paternidade da menor é ilegítima e frontalmente violadora do dever de cooperação para a descoberta da verdade que sobre o mesmo recaía, não podendo tal conduta deixar de se considerar culposa, cfr. art.º417.º n.º2 do C.P.Civil.

II - Estão preenchidos os pressupostos da inversão do ônus probatório, já que a recusa do réu, em intencional violação do princípio da cooperação para a descoberta da verdade, vai ao ponto de tornar impossível a produção de prova por parte daquele que tem de provar.

III – É à ocasião da decisão da matéria de facto e face aos depoimentos testemunhais prestados que se deve valorar a conduta de recusante, no sentido da corroboração e reforço dos depoimentos das testemunhas apresentadas pelo autor.

IV - O autor logrou fazer uma prova positiva de que o réu manteve apenas relações sexuais com a sua mãe durante período legal da concepção. Tais factos são, obviamente, factos pessoais do réu, pelo que este não podia deixar de saber que eram verdadeiros, e ao negá-los pela forma como o fez, de forma intencional e pré-determinada em relação ao fim que prosseguia-a improcedência da acção, por forma a impedir que fosse declarada a sua paternidade biológica relativamente à menor, tem como consequência a sua condenação como litigante de má-fé. (grifo nosso) (Portugal, TRP, Processo 3210/13.7TBVNG.P1, Relatora ANABELA DIAS DA SILVA, de 24/02/2015).

Ainda sobre o julgado do Tribunal da Relação do Porto, a relatora Anabela Dias da Silva indicou que “*O dever de cooperação para a descoberta da verdade, a que se refere o citado preceito legal, tem dois limites os quais resultam expressamente da lei: o respeito pelos direitos fundamentais, imposto pela C.R.Portuguesa e referido nas als. a) e b) do seu n.º 3; e o respeito pelo direito ou dever de sigilo, a que se refere a al. c) do n.º 3 do mesmo preceito*”, porém a jurisprudência portuguesa tem

se posicionado que a obediência à proteção de valores relativos à verdade biológica sobrepõe o direito bom nome e da reserva da vida privada.

Outro ponto relevante do sistema português, é o de que a “verdade”, neste ordenamento constitui, consoante entendimento de parte da doutrina, um objetivo do processo. Tal como se depreende do exposto no art. 7º (princípio da cooperação)²⁹² e art. 417º (dever de cooperação para descoberta da verdade)²⁹³ ambos do Código de Processo Civil de Portugal, bem como do art. 341 do Código Civil, que determina a função das provas no processo. Isto tem, ou deveria ter, grande impacto na atividade do juiz e das partes no processo.

A importância da prova é verificada de diversas maneiras no ordenamento Português. Na jurisprudência ganha relevância, por exemplo, a repetição das provas para a revelação da verdade. Neste sentido “*Se, em qualquer momento, se verificar que foi omitida qualquer parte da prova ou que esta se encontre imperceptível, proceder-se-á à sua repetição sempre que for essencial ao apuramento da verdade.*” (Cfr. Ac. STJ, de 16/12/2010, proc. 170/06.4TCGMR.G1; Ac. RP, de 23/02/2010, proc. 4595/05.4TBSTS.P1; Ac. RP, de 23/11/2009, proc. 640/08.0TTMTS.P1).”

Sobre a cooperação no processo já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal:

Como decorre do art. 7º do CPC, maxime dos seus nº/s 1 e 4, o princípio da cooperação impõe-se a todos os intervenientes processuais, mormente às próprias partes e independentemente da conveniência ou inconveniência processual momentânea, devendo ser observado pelo Tribunal em conjugação com o princípio da auto-responsabilidade das partes (Portugal, STJ PT, Processo n. 67/1999.L1.S1, 1ª Secção, relator Sebastião Póvoas, de 26/02/2013)

Acerca dos princípios do direito português, bem como da oficiosidade do juiz, já decidiu o STJ PT:

No contexto da sua competência, mormente, no uso do poder dispositivo, de direcção, inquisitório e de cooperação, o Juiz do processo pode solicitar ao administrador da insolvência que forneça elementos para caracterizar os créditos reclamados. Nessa actuação não está qualquer decisão-supresa, ou de favorecimento, mas antes a afloração daqueles princípios que valem também no processo de insolvência e seus apensos.” (Portugal, STJ PT,

²⁹² CPC PT - Artigo 7.º - Princípio da cooperação: 1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. 2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º. 4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

²⁹³ CPC PT - Artigo 417.º Dever de cooperação para a descoberta da verdade - 1 - Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados. 2 - Aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil. 3 - A recusa é, porém, legítima se a obediência importar: a) Violação da integridade física ou moral das pessoas; b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no n.º 4. 4 - Deduzida escusa com fundamento na alínea c) do número anterior, é aplicável, com as adaptações impostas pela natureza dos interesses em causa, o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado.

processo n. 897/06.OTBOBR-B.C1.S1, 6ª SECÇÃO, Relator Fonseca Ramos, de 06/07/2011).

É importante referenciar a alteração legislativa do Processo Civil Português ocorrida em 2013. Muito se esperou do Novo Código de Processo Civil, inclusive com previsões inovadoras permissionárias de poderes inquisitórios e de gestão processual, bem como investigativos pela busca da verdade material, conforme esclarece o Parecer da Ordem do Advogados de Portugal:

[a]s soluções que propõe filiam-se ainda numa ideia de dirigismo autoritário do processo, agora já não através de normas da lei processual que regulamentavam tal dirigismo, como o preconizava o velho mestre, mas sim através de decisões casuísticas e "ad hoc", proferidas no uso de poderes discricionários e irrecorríveis que são conferidos ao juiz em matéria de adequação formal e de direcção e gestão processuais – cfr. n.º 3 do art. 7º e n.º 2 do art. 8º, e bem assim pela outorga **de poderes inquisitórios, para investigar livremente factos instrumentais** ou que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado – cfr. n.º 2 do art. 5º, em nome de **uma suposta procura da verdade material**, retirando o juiz da posição de imparcialidade e de *terzietà* relativamente aos interesses de natureza privada que as partes discutem entre si, para o colocar na posição **de entidade dirigista e inquisitória** que sabe sempre o que será melhor para a resolução dos litígios que são submetidos à sua apreciação e decisão, pelos respectivos concidadãos. (grifo nosso)

O que se observa, porém, é que mesmo com alterações *a priori* permissionárias no seu texto, ainda há aplicação prática comedida por parte dos Tribunais, especialmente no tocante às provas, o que pode ser verificado nas jurisprudências indicadas neste título.

Também é possível observar que, em que pese o ordenamento português comporte regras interpretativas, conforme a estrita obediência aos arts. 342.º, 343.º e 348.º, n.º 1, 1.ª parte, do Código Civil, está vedado ao magistrado usar da discricionariedade e alterar o ônus probatório de acordo com a causalidade (necessidade) do processo²⁹⁴. Neste tocante, indica-se a decisão do Tribunal de Relação de Lisboa ao anular decisão de Tribunal Coletivo por considerar que houve “erro notório na apreciação da prova”:

2. Analisado o acórdão recorrido, nomeadamente os fundamentos da motivação da decisão de facto que fundamentaram a condenação do arguido, constata-se que a prova não foi apreciada pelo Tribunal Colectivo de forma racional e globalmente nem foi devidamente conjugada com as regras da lógica e da experiência comum mas sim de forma discricionária, subjectiva e de forma isolada e fragmentada. (Portugal, TRL, Processo 3443/11.OTDLSB.L1-9, Relator FERNANDO ESTRELA, em 25/06/2015)

No tocante à Gestão Processual, um dos deveres basilares do juiz do Novo CPC PT depreende-se da letra da lei:

²⁹⁴ Cf. FERNANDEZ, Elizabeth. A prova difícil ou impossível. *Ob. Cit.*, 2013, p. 825.

Artigo 6.º (art.º 266.º CPC 1961)

Dever de gestão processual

1 - Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, **promovendo oficiosamente as diligências necessárias** ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.

2 - **O juiz providencia oficiosamente** pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanação, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo. (grifo nosso)

Considera-se que referido dever cria uma possibilidade moderna e funcional de implementação da justiça, ou de “garantia da justa composição da lide” ao passo que se aproxima dos ditames da inquisitorialidade e se afasta dos primórdios dispositivos, embora com estes não se confunda.

Defende-se que o dispositivo indicado não permite ao magistrado “fazer o que quiser” no processo, ao contrário, apenas flexibiliza a atividade jurisdicional em prol da simplificação, agilização, justa composição e regularização do trâmite processual, e não se vê absolutamente nada de errado nisso.

Muito embora se respeite opiniões divergentes, como a da Ordem dos Advogados que defende que “sob o pretexto da invocação do juiz das liberdades, o legislador tem colocado este último na posição de juiz inquisitorial, ao atribuir-lhe a missão de investigar livremente, *leia-se arbitrária e discricionariamente*, a chamada verdade material, como se a função do juiz fosse a de investigar e não de julgar com serenidade e imparcialidade os feitos e factos que lhe são submetidos a julgamento, deixando a pairar a ideia de que o paradigma de “juiz das liberdades” que o legislador cultivava é o de juiz da Inquisição”(grifo nosso)²⁹⁵, entende-se que tal entendimento está impregnado de histórico preconceito da figura do juiz, o que não se pode mais admitir no atual estágio evolutivo da Sociedade e do Estado como um todo.

O dever de gestão processual, portanto, amplia os poderes do juiz na administração do processo e somente pode ser usado para os primórdios processuais. Ao passo que, se compreendido que a verdade ou justa composição da lide são finalidades do processo, uma decisão que flexibilize o ónus da prova a fim de alcançar a verdade e a justiça também encontraria amparo do artigo 6º do CPC PT.

²⁹⁵ Cf. MARINHO E PINTO, António. *Novo CPC - Parecer da Ordem dos Advogados*. 19/10/2012. Disponível em: <http://www.inverbis.pt/2012/forumcpc/novocpc-parecer-0a>> Acesso em 05 set. 2015.

O dever de cooperação para descoberta da verdade e de gestão processual e os princípios da cooperação e da aquisição processual, ao que parece, vão ao encontro do que se defende como a finalidade do processo - a busca pela verdade, a pacificação social, a justa composição da lide – e permitem o acesso às provas necessárias, ou argumentos decisivos (regra de julgamento), sem que para isso seja necessário o julgamento contra a parte detentora do *onus probandi* rígido, expresso nos ns. 1 e 2 do art. 342.º do Código Civil Português, isto é, tais princípios permitem uma flexibilização do ônus da prova no direito português sem ser necessária a alteração legislativa, bastando uma alteração de “perspectivas” acerca da finalidade do processo pelos julgadores.

Porém, não é o que se vê na prática. Neste sentido, Elizabeth Fernandez esclarece que, em Portugal, o ônus estático é predominante, e, mesmo diante de algumas tentativas, vê-se como claramente rechaçada qualquer inserção de flexibilização probatória sem legislação autorizativa²⁹⁶.

Embora a ideia da flexibilização seja “rechaçada”, verifica-se que o CPC Portugal prevê expressamente alterações no ônus da prova, porém apenas em “casos especiais” de acordo com o expresso no art. 343 CPC PT²⁹⁷, isto é, restrito a uma possibilidade mínima de aplicação.

O artigo 344 do mesmo ordenamento, por sua vez, prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova, e determina que “as regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja *presunção legal*²⁹⁸, *dispensa ou liberação* do ônus da prova, ou *convenção* válida²⁹⁹ nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine.”, ou ainda, “quando a *parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova* ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações.”³⁰⁰

²⁹⁶ Cf. FERNANDEZ, Elizabeth. A prova difícil ou impossível, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, Julho 2013, p. 831.

²⁹⁷ CC PT - Artigo 343.º (Ônus da prova em casos especiais) 1. Nas acções de simples apreciação ou declaração negativa, compete ao réu a prova dos factos constitutivos do direito que se arroga. 2. Nas acções que devam ser propostas dentro de certo prazo a contar da data em que o autor teve conhecimento de determinado facto, cabe ao réu a prova de o prazo ter já decorrido, salvo se outra for a solução especialmente consignada na lei. 3. Se o direito invocado pelo autor estiver sujeito a condição suspensiva ou a termo inicial, cabe-lhe a prova de que a condição se verificou ou o termo se venceu; se o direito estiver sujeito a condição resolutiva ou a termo final, cabe ao réu provar a verificação da condição ou o vencimento do prazo.

²⁹⁸ O art. 350, n. 2 do Código Civil Português prevê que quando uma parte se beneficie de presunção legal, compete à parte contrária a prova dos fatos que possam ilidir essa presunção.

²⁹⁹ Neste tocante o ordenamento português prevê a possibilidade de as partes convencionares, como clausula contratual, o ônus probatório. Algumas restrições, porém, devem ser observadas: 1. É nula a convenção que inverta o ônus da prova, quando se trate de direito indisponível ou a inversão torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito. 2. É nula, nas mesmas condições, a convenção que exclua algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais; mas, se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em quaisquer circunstâncias (art. 345 CPC PT).

³⁰⁰ José Lebre de Freitas, indica como exemplos de situações que conduzem à inversão do ônus da prova no direito português o condutor do automóvel que destrói, após a colisão, os indícios da sua culpa no acidente de viação; quando uma das partes impede a testemunha oferecida pela outra de se deslocar ao tribunal; quando a parte notificada para apresentar um documento não o apresenta (art. 529º do CPC PT) ou declara que não o possui, tendo-o já possuído e não provando que ele desapareceu ou foi destruído sem culpa sua (art. 530º-2), quando o réu em acção de investigação de paternidade se recusa a permitir o exame do seu sangue. Em suma, duma maneira geral, quando a parte recusa colaborar para a descoberta da verdade (Cf. FREITAS, José Lebre de. *A acção declarativa comum Ob. Cit.*, 2013, p. 185)

Neste sentido o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em situação envolvendo erro médico, ponderou a diferenciação entre a inversão expressamente legislada e a teoria dinâmica “proibida” pelo sistema português:

11. A conclusão a que se chegou quanto ao ónus da prova da culpa, no caso concreto, não significa, nem o desrespeito das regras legais de repartição do ónus da prova, nem a adopção de um método semelhante ao que é defendido pelos defensores de uma *repartição dinâmica do ónus da prova*, que o direito português não consente. A lei portuguesa reserva a si própria essa repartição e apenas permite que o juiz a modifique nos termos apertados do nº 2 do artigo 344º do Código Civil (“*quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado*”) (Portugal, STJPT, Processo 2104/05.4TBPVZ.P.S1, 7ª Secção, Relatora MARIA DOS PRAZERES BELEZA, em 01/10/2015)

Faz-se importante indicar que em casos como os indicados no título pertinente às provas diabólicas há a necessidade clara de alteração nos padrões probatórios, devido à insuficiência do disposto no artigo 342 do CC PT. Assim como a flexibilização do ónus probatório se faz latente a partir dos conceitos introduzidos por Peyrano e Morello de solidariedade e possibilidade probatória.

Um dos argumentos fundamentais para a permissibilidade da flexibilização do ónus probatório no ordenamento Português é a garantia da tutela judicial efetiva, prevista no artigo 20 da Constituição da República de Portugal, como direito fundamental e norteador de outros direitos, especialmente os de cunho processual, como o acesso à justiça, contraditório, ampla defesa, direito à prova.

Outro argumento de especial relevância é a igualdade substancial das partes perante a jurisdição, prevista no artigo 4º do CPC PT³⁰¹, que retoma a ideia de Peyrano de possibilidade de produzir as provas.

Portanto, verifica-se que há a eminente necessidade de alteração nos padrões probatórios portugueses, especialmente quanto à rigidez do ónus da prova. Verifica-se que embora o ordenamento português – tanto constitucional como infraconstitucional – possibilite indiretamente tal flexibilização, há apego ao modelo tradicional expresso no art. 342 do CC PT, especialmente pelos julgadores.

É cediço que o sistema jurídico português como um todo é eminentemente clássico, e, por isso, é compreensível relutância na introspecção de novos institutos em substituição aos velhos e contumazes. Como bem asseverou Elizabeth Fernandez, há uma certa “resistência” dos tribunais portugueses na derrogação do ónus dinâmico “mesmo quando isso se mostre necessário para a obtenção de uma solução justa”³⁰². Tal resistência também encontra amparo em argumentos como os

³⁰¹ CPC PT – Art. 4º - Igualdade das partes - O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais.

³⁰² Cf. FERNANDEZ, Elizabeth. *A prova difícil ou impossível. Ob. Cit.* 2013, p. 831.

de Rui Rangel, que defende que o poder de distribuir o ônus da prova segundo a discricionariedade do juiz não soluciona o problema da ausência de um princípio geral que forneça a solução do problema, bem como permitiria aos litigantes “acusassem o juiz de falta de imparcialidade e de isenção na distribuição do ônus da prova de acordo com os factos carreados para o processo”.

Acerca dessa acusação mencionada por Rangel, admite-se que na Europa continental ainda há (muita) desconfiança na figura do juiz, tudo como herança dos primórdios da Revolução Francesa³⁰³. Até mesmo a Ordem dos Advogados de Portugal, no já referido parecer sobre o Novo Código de Processo Civil, manifestou-se contrária aos poderes dados ao magistrado:

Na verdade, o Projecto do Novo Código do Processo Civil mais não é do que uma "vulgata" do pensamento que encara o juiz, como uma espécie de entidade iluminada e infalível que sabe sempre tudo o que mais convém e é o melhor e o mais adequado para a resolução das disputas e dos litígios que lhe sejam submetidos, pelos seus concidadãos.³⁰⁴

Porém entende-se que, mais de dois séculos depois da Revolução Francesa, o aprimoramento dos institutos e das instituições não mais admitem que se deixe de confiar os devidos poderes ao julgador, dentre os quais os de adequação e gestão processual e, sobretudo àqueles indispensáveis para a concretização daquilo que vem se sustentando como a finalidade do processo: o alcance da verdade e a concretização da justiça mediante a justa composição da lide. Se não fosse assim, seria necessário retomar às intervenções de Montesquieu acerca do juiz como mera “*la bouche de la loi*”³⁰⁵ (a boca da lei).

Os argumentos da necessária implementação da dinamização do ônus probatórios, inclusive em Portugal, já foram inseridos em título anterior, de maneira que não se faz necessário aqui repeti-los.

Verifica-se que mesmo após a implementação de novos ditames com a reforma do CPC PT em 2013, ainda não houve nenhum avanço jurisprudencial significativo neste sentido em Portugal, são poucos os modernos doutrinadores que ousam “contrariar” o tradicional sistema estático em prol da justa composição da lide, muito embora “a justa composição da lide” seja por muitos enaltecida, inclusive pelos clássicos autores jurídicos.

Por todo exposto, verifica-se que o ordenamento português dispõe de ferramentas que, à primeira vista, seriam capazes de flexibilizar e, conseqüentemente, otimizar o *ônus probandi* em prol do alcance da verdade e, conseqüentemente, proporcionar decisões mais justas, porém, há certa

³⁰³ No período da Revolução Francesa os juizes eram “pessoas políticas” que, selecionados pelo monarca, apenas aplicavam a lei, por isso se afirma que os Códigos Napoleônicos deveriam ser escritos para qualquer cidadão médio/culto entender.

³⁰⁴ Cf. MARINHO E PINTO, António. *Ob. Cit.*, 2012.

³⁰⁵ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espirito das Leis*. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 91.

resistência, especialmente jurisprudencial, em aplicar tais institutos. Assim, se torna imperativa a legislação expressa acerca da possibilidade de dinamização do ônus da prova a fim de possibilitar a implementação do disposto no Art. 20 do texto constitucional português.

Neste sentido, retomamos o capítulo anterior para indicar a diferença entre teoria dinâmica e inversão do ônus da prova e o momento oportuno de seu implemento. Caso Portugal abstraísse as ideias aqui defendidas de dinamização e alterasse a legislação para tanto, não haveria necessidade de pronunciamento extra do magistrado acerca da distribuição do ônus probatório, porém, perdurando a previsão inicial estática, como é o caso do artigo 342 do Código Civil Português e desejando sua flexibilização a partir das previsões legais já existentes, haveria a necessidade de pronunciamento expresso, anterior à sentença, acerca da redistribuição do encargo probatório.

Assim considerando, e, ainda, sob a análise do sistema processual civil vigente, entende-se que o momento mais oportuno para tal pronunciamento interlocutório de redistribuição seria a audiência preliminar, prevista no artigo 591 do CPC PT³⁰⁶, quando esta existir, a fim de possibilitar a atuação da parte onerada até a audiência final.

Porém, há casos em que audiência prévia não acontece, descritos no artigo 592 do CPC PT³⁰⁷, ou, ainda, casos em que ela é dispensada (artigo 593 CPC PT), nestas oportunidades de inexistência da audiência prévia, entende-se que o momento oportuno de inversão do ônus da prova seria no despacho saneador (artigo 595 CPC PT). Assim, as partes seriam cientificadas oportunamente acerca da incumbência probatória (art. 596 CPC PT), bem como ser-lhes-ia possibilitado o exercício do contraditório e a insurgência do despacho saneador no despacho subsequente (artigo 596, n. 2 CPC PT).

Verifica-se, portanto, que o ordenamento atual permite a flexibilização mínima que, contudo, não é implementada.

³⁰⁶ CPC PT - Artigo 591.º Audiência prévia 1 - Concluídas as diligências resultantes do preceituado no n.º 2 do artigo anterior, se a elas houver lugar, é convocada audiência prévia, a realizar num dos 30 dias subsequentes, destinada a algum ou alguns dos fins seguintes: a) Realizar tentativa de conciliação, nos termos do artigo 594.º; b) Facultar às partes a discussão de facto e de direito, nos casos em que ao juiz cumpra apreciar exceções dilatórias ou quando tencione conhecer imediatamente, no todo ou em parte, do mérito da causa; c) Discutir as posições das partes, com vista à delimitação dos termos do litígio, e suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto que ainda subsistam ou se tornem patentes na sequência do debate; d) Proferir despacho saneador, nos termos do n.º 1 do artigo 595.º; e) Determinar, após debate, a adequação formal, a simplificação ou a agilização processual, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 6.º e no artigo 547.º; f) Proferir, após debate, o despacho previsto no n.º 1 do artigo 596.º e decidir as reclamações deduzidas pelas partes; g) Programar, após audição dos mandatários, os atos a realizar na audiência final, estabelecer o número de sessões e a sua provável duração e designar as respetivas datas.

³⁰⁷ CPC PT - Artigo 592.º Não realização da audiência prévia 1 - A audiência prévia não se realiza: a) Nas ações não contestadas que tenham prosseguido em obediência ao disposto nas alíneas b) a d) do artigo 568.º; b) Quando, havendo o processo de findar no despacho saneador pela procedência de exceção dilatória, esta já tenha sido debatida nos articulados. 2 - Nos casos previstos na alínea a) do número anterior, aplica-se o disposto no n.º 2 do artigo seguinte.

Por todo o exposto, entende-se justificável e necessária uma alteração do padrão probatório processual português, a fim de que se permita a concretização da tutela jurisdicional efetiva prevista constitucionalmente, bem como, se proporcione aos cidadãos a justa composição da lide.

5.2 Modelo de distribuição probatória Brasileiro

No Brasil, a temática probatória civil está legislada, especialmente no Código de Processo Civil, e não no Código Civil como em Portugal. Trata-se de um ordenamento datado do ano de 1973³⁰⁸, anterior a atual Constituição Federal, datada de 1988.

Na época da aprovação do CPC vigente no Brasil, a maior alteração ocorrida no tocante à matéria probatória foi a permissão de utilização de todos os meios legais de prova, e, também, os moralmente legítimos ainda que não especificados no CPC (art. 336 CPC BR).

A promulgação da Constituição Federal, em 1988, exigiu um processo mais moderno, dinâmico e paralelo aos avanços culturais, sociais e tecnológicos do Estado brasileiro e aos fins por este pretendidos³⁰⁹. O aprimoramento da prestação jurisdicional passou a representar um desejo evidente da comunidade jurídica, e da Sociedade em geral, e o sistema processual passou a sofrer profundas e significativas mudanças. Porém, no tocante à distribuição do ônus da prova, a regra ditada pelo CPC manteve-se intacta.

Consoante os ditames do artigo 333 do Código de Processo Civil do Brasil “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”.

Tem-se, portanto, tal como no ordenamento português, uma distribuição fixa dos encargos probatórios. Os parâmetros do CPC BR consideram, assim como em Portugal, basicamente a posição das partes no processo e a natureza dos fatos alegados³¹⁰.

Trata-se da *distribuição comum* do ônus probatório, uma das mais utilizadas nos países da Europa Continental, a qual influenciou o modelo brasileiro. Este modelo é inspirado no princípio

³⁰⁸ Na exposição de motivos do Código de 1973, Alfredo Buzaid, seu idealizador expõe: “Impunha-se refazer o Código em suas linhas fundamentais, dando-lhe novo plano de acordo com as conquistas modernas e as experiências dos povos cultos. Nossa preocupação foi a de realizar um trabalho unitário, assim no plano dos princípios, como no de suas aplicações práticas.”(Cf. BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do Código de Processo Civil, In PACHECO, 1999, p. 260)

³⁰⁹ A CRFB/1988 zelou pelo direito processual, sobretudo ao estabelecer normas com fim de garantir “tutela constitucional do processo” e ao corroborar os instrumentos da “jurisdição constitucional das liberdades (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 27)

³¹⁰ Neste sentido, Eduardo Cambi ensina: “O critério de distribuição da prova, adotado no art. 333 do CPC, leva em consideração a ‘posição das partes no processo’ e a ‘natureza dos fatos’ que fundam as suas pretensões e exceções, atribuindo ao autor a prova dos ‘fatos constitutivos’, e ao réu, a dos ‘impeditivos, extintivos e modificativos’” (Cf. CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 322)

dispositivo, perante o qual o processo representa um conflito entre os litigantes e o juiz um mero árbitro de suas “jogadas”. Neste modelo, às partes são direcionadas normas “objetivas” de ônus da prova.

Assim, o encargo de produção da prova cabe àquele que tem o interesse de demonstrar sua pretensão em juízo. Inicialmente, portanto, cabe ao autor – aquele que inaugura o procedimento judicial – indicar as provas do fato que constitui sua pretensão³¹¹. Caso o autor não demonstre a verossimilhança de sua alegação por meio das provas, o fato se resolverá contra si, dispensando o réu de fazer contraprova.

No Brasil, além de regra de conduta (ônus subjetivo) o ônus objetivo da prova é muito utilizado pelos tribunais como regra de julgamento, como podemos abstrair do julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que se discutia acerca do ato de improbidade administrativa de Prefeito Municipal:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTIGO 11 DA LEI Nº 8.429/92. [...]. **ÔNUS DA PROVA. O ônus de provar os fatos imputados ao réu na ação de improbidade é do autor. Procedimento em contrário viola o disposto no artigo 333, I, do CPC.** AGIR ÍMPROBO. NÃO COMPROVAÇÃO. Aquisição das cestas básicas em virtude de dificuldades inerentes à grave estiagem na região (situação de emergência), amparada em projeto de ação emergencial de auxílio, devidamente autorizado por lei municipal, realizada com dispensa de licitação junto ao estabelecimento que incontestavelmente apresentou o menor preço. Conduta que atende ao interesse da Administração. Sendo o motivo determinante da aquisição o fato de o estabelecimento apresentar o melhor preço e não o fato de o estabelecimento pertencer a pessoas que integram o núcleo familiar do Prefeito, essa circunstância, por si só, não configura ofensa aos princípios da administração pública previstos no art. 11 da Lei nº 8.429/92, porquanto ausente a prática de atos voltados à satisfação de interesse pessoal de determinados administrados, bem como dos próprios administradores. (Brasil, TJRS, Apelação Cível n. 70064772643, Vigésima Segunda Câmara Cível, Relatora Denise Oliveira Cezar, julgado em 04/09/2015)

Alan de Matos Jorge esclarece que, pela letra da lei processual civil brasileira não há como “transferir o ônus probatório ao réu”, considerando que o maior interessado na demanda, aquele que a instaurou, é o autor, e que este detém, em tese, “os elementos probatórios capazes de demonstrar tal desiderato”³¹².

Destarte, princípios como o da *aquisição processual*, também admitido no direito brasileiro, acabam por permitir que o descumprimento do ônus da prova não implique, necessariamente, em julgamento contra si.

³¹¹ CPC BR - Art. 282. A petição inicial indicará: I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida; II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido, com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - **as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados**; VII - o requerimento para a citação do réu.

³¹² Cf. JORGE, Alan de Matos. Reflexões constitucionais sobre a distribuição do encargo probatório. pp. 21-68 /n BARROS, Renata Furtado de (organizadora). *Desafios do direito na pós-modernidade*. Raleigh, Carolina do Norte, Estados Unidos da América: Lulu Publishing, 2012, p. 48.

Neste sentido, Robson Renault Godinho indica que “o descumprimento do ônus da prova não implica julgamento desfavorável - assim como seu cumprimento não significa necessariamente o acolhimento da pretensão -, já que a prova suficiente pode ser trazida para o processo, pela outra parte, pelo próprio juiz ou pelo Ministério Público”³¹³.

O Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região proferiu acórdão relevante sobre o princípio da aquisição processual, e indicou o posicionamento brasileiro contemporâneo sobre o tema, *in verbis*:

PRINCÍPIO DA AQUISIÇÃO PROCESSUAL DA PROVA. DESCONSTITUIÇÃO PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS REGISTROS DOS CARTÕES DE PONTO. NÃO CARACTERIZADA.

O processo contemporâneo é informado pelo princípio da aquisição processual, segundo o qual pouco (ou nada) importará ao juiz quem tenha trazido aos autos do processo a prova.

Sendo lícita (não tendo sido obtida por meio ilícito) e legítima (vinda aos autos no momento oportuno, isto é, sem que se tenha operado a preclusão, ou ordenada pelo juiz a qualquer tempo), a prova ao ser produzida passa a integrar os autos do processo automaticamente, ao mesmo tempo em que perde o vínculo com quem a produziu, por isso não pode ser desentranhada nem questionada sobre sua autoria ou ônus. Tem-se, com efeito, que na apreciação da prova o juiz abstrai-se de sua origem e valora seu conteúdo nos moldes gizados pelo art. 131 do CPC .

Em termos práticos, significa dizer que:

- a)- havendo prova válida, o juiz profere julgamento na forma do art. 131 do CPC, sem levar em conta sua autoria e ônus de produzi-la;
- b)- as regras de ônus da prova só são aplicadas nos casos em que inexistente prova válida e convincente, ou quando a prova existente for dividida; e
- c)- em última análise, a parte que produzir prova favorável ao adversário e, portanto, contra si mesma, terá sua prova valorada pelo juiz que, com base nela, decidirá em prol da parte contrári[a.] (grifo nosso) (Brasil, TRT23, Recurso Ordinário 95201109623000, 1ª Turma, Relator Desembargador EDSON BUENO, em 26/09/2011)

Eduardo Cambi, por sua vez, adverte que embora o ônus da prova não defina o pleito “sua não-observância ‘aumenta o risco’ de uma decisão desfavorável” de maneira que, em geral, é “mais provável” que quem produz a prova tem mais chances de influenciar no convencimento do juiz³¹⁴.

Acerca da importância dos princípios dispositivo e inquisitivo e sua correlação com o ônus da prova, é importante advertir que o âmbito de aplicação do ônus da prova pode aumentar ou diminuir conforme a “interação” das partes no processo e a atividade do juiz. Assim, o juiz pode agir como árbitro, apenas recebendo e avaliando as provas, ou o juiz, pode ter a liberdade/dever de intervir na fase instrutória, utilizando-se de seus poderes/faculdades para instruir o processo. Tal atividade do juiz não irá “excluir” o ônus da prova, mas tão apenas ampliar ou reduzir sua área de atuação.

³¹³ Cf. GODINHO, Robson Reunault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. *In* Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais. 2. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2007, p. 301.

³¹⁴ Cf. CAMBI, Eduardo. *Ob. Cit.*, 2006, p. 316

Neste sentido, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico adverte que, tanto nos processos dominados pelo princípio dispositivo quanto nos processos de caráter inquisitório, a regra de julgamento fundada no ônus da prova encontra aplicação³¹⁵.

Acerca do princípio dispositivo e inquisitivo, foram realizadas reflexões em título específico sobre as inconsistências do princípio dispositivo com os modernos conceito e objetivos do processo civil, de maneira que, mais uma vez, defende-se que o juiz deve abranger seus poderes oficiosos na busca pela verdade.

No Brasil, embora os ditames do artigo 128 do CPC BR indiquem a preponderância do princípio dispositivo no julgamento da demanda, o artigo 130 do mesmo ordenamento³¹⁶ permite que o juiz, dentro das questões postas a ele, possa converter o feito em diligência e determinar, inclusive de ofício, a produção de provas necessárias à sua livre convicção. Diante disso, é possível concluir que, no que diz respeito à aquisição das provas, prepondera o princípio inquisitivo.

O princípio inquisitivo reveste-se de poder conferido ao juiz em relação às provas e pode ser justificado, também, na fase da avaliação destas. Consoante o artigo 131 do CPC BR³¹⁷, aplica-se no Brasil o livre convencimento motivado, sendo que o magistrado livremente aprecia as provas que foram trazidas à lide (pelas partes ou de ofício) de acordo com o convencimento que cada uma delas lhe causou, contudo, deverá fundamentar os motivos do seu convencimento.

Galeno Lacerda³¹⁸ faz relevante observação sobre a justificação constitucional brasileira da liberdade do juiz:

O fato do juiz, no Brasil, julgar os atos dos outros Poderes, aliado ao rigor na seleção, confere-lhe reconhecida independência no exercício de suas funções. Sua autoridade é prestigiada no meio social. A Constituição proíbe juízos ou Tribunais de exceção, assegura o Princípio do Juiz Natural e impede se exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, garantidos o processo legal, o contraditório e a ampla defesa, inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. Esses princípios se inscrevem no capítulo de tutela dos direitos individuais e coletivos (Constituição Federal, art. 5º, XXXV, XXXVII, LIII, LIV, LV e LVI). Cercado de respeito e autoridade, o Juiz tem liberdade de pronunciar o Direito segundo as circunstâncias do caso.

Consoante com os ditames do CPC BR, nos tribunais brasileiros, com poucas exceções, a aplicação do princípio inquisitivo na aquisição processual é amplamente utilizada, e o juiz tem participação oficiosa na instrução probatória.

³¹⁵ Cf. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 154.

³¹⁶ CPC BR - Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias

³¹⁷ CPC BR - 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.

³¹⁸ Cf. LACERDA, Galeno. *O juiz e a justiça no Brasil. O judiciário e a constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 128-129.

Corroborando os argumentos até aqui expostos, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

RESPONSABILIDADE CIVIL - EXTRAVIO DE BAGAGEM - AGRAVO RETIDO - **PRODUÇÃO DE PROVAS PELO JUIZ - PRINCÍPIO INQUISITIVO** - DANO MATERIAL - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. DANO MORAL - OFENSA MORAL CARACTERIZADA - QUANTUM INDENIZATÓRIO - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO.

1 -É lícito ao juiz da causa valer-se do princípio inquisitivo (CPC, art.130), determinando, depois da oitiva de testemunhas, diligência no sentido de corroborar as informações prestadas naquele ato, prosseguindo na instrução do processo, a fim de pesquisar a verdade real e bem instruir a causa. *É incontroverso que, além do interesse da parte, que se encontra em jogo na lide, há o interesse estatal, em que o litígio seja composto de forma justa e segundo as regras do direito.* (grifo nosso) (Brasil, TJMG, Apelação Cível nº 2.0000.00.490367-5/000 25.01.2006, Décima Primeira Câmara Cível, Relator Desembargador Maurício Barros, em 10/03/2006)

Ainda no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o Desembargador Eduardo Mariné da Cunha ressaltou que o princípio inquisitivo e a oficiosidade do juiz vão ao encontro dos ditames do processo civil moderno: a busca da verdade real. Neste sentido:

AÇÃO DE COBRANÇA DO SEGURO DPVAT - RITO SUMÁRIO - INSTRUÇÃO PROCESSUAL - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS SOLICITANDO INFORMAÇÕES A TERCEIROS - DECURSO DO PRAZO - DEMORA NÃO IMPUTÁVEL À RÉ - PRINCÍPIO DA VERDADE REAL - RECURSO IMPROVIDO.

[N]ão se pode perder de vista que o Processo Civil contemporâneo vem afirmando, cada vez com maior ênfase, o princípio da verdade real, pelo que o julgador não pode se contentar com a mera verdade formal, cumprindo-lhe deferir e determinar a produção de quaisquer provas que possam contribuir para o esclarecimento dos fatos narrados na exordial. (grifo nosso) (Brasil, TJMG, Apelação Cível n. 1.0431.07.033694-3/001(1), Relator Desembargador Eduardo Mariné da Cunha, de 07/04/2009).

Porém, em que pese as decisões transcritas, demonstrando um avanço social do processo civil brasileiro aplicado pelos Tribunais, cabe aqui indicar que nem todos os juízes e Tribunais são aptos a tais posicionamentos, muitos, ainda, encontram-se arraigados na ideia do Estado-árbitro, e o Juiz Montesquiano - como a boca da lei do processo individualista. Neste sentido, cita-se exemplificativamente a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL. COISA MÓVEL. COMPRA E VENDA. VÍCIO REDIBITÓRIO. PROVA. ÔNUS PROBANTE. SISTEMA LEGAL. PREDOMÍNIO DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO. PEDIDO IMPROCEDENTE.

No processo moderno predomina o princípio dispositivo que entrega às partes a diligência e o interesse em produzir as provas dos fatos alegados, assumindo o risco de perder a causa se não prová-los. Não comprovada a participação das embargantes na negociação de compra e venda de bem móvel, é descabe a indenização pleiteada. Embargos infringentes desprovidos. (grifo nosso) (Brasil, TJSP, 27ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Gilberto Leme, de 09/02/2012)

Verifica-se que a jurisprudência brasileira, portanto, não é unânime, mas caminha, a passos firmes em direção as concepções mais contemporâneas do processo, haja vista que hoje, a maioria dos tribunais aplica as regras de instrução probatória oficiosa. A admissão e utilização dos princípios da *cooperação processual e instrumentalidade das formas*³¹⁹, também reforçam a ideia social do processo.

Quanto ao *princípio da cooperação*, esclarece-se que no Brasil tal princípio não é tão amplamente debatido e praticado como em Portugal³²⁰, em que pese outros princípios (como o inquisitivo) pareçam impor atividades no mesmo toar.

O princípio da cooperação, consoante a interpretação de Daniel Amorim Assupção Neves, serve como orientação da atividade do juiz, e consiste no dever de cooperação entre as partes para o deslinde da demanda, de modo a se alcançar, de forma ágil e eficaz, a justiça do caso concreto. O objetivo do princípio é exigir do juiz uma participação mais efetiva, entrosando-se com as partes de forma que o resultado do processo seja o resultado dessa atuação conjunta de todos os sujeitos processuais³²¹. Vê-se, portanto, que o princípio da colaboração vai ao encontro das concepções sociais e não-individualistas do processo.

Alguns julgados brasileiros, no escopo de implementar os princípios e ideais mais contemporâneos do processo, admitem a aplicação do princípio cooperação processual, aliado, inclusive à instrumentalidade das formas³²². Não há no atual ordenamento brasileiro disposição legal expressa sobre o princípio da cooperação, porém, como será visto em título posterior, o Novo Código de Processo Civil do Brasil mudará este cenário.

³¹⁹ O princípio da instrumentalidade das formas, foi consagrado no Diploma Processual Civil brasileiro, em seu art. 154 que determina que "Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial". Segundo o princípio da instrumentalidade das formas, o processo não pode ser um fim em si mesmo, apresentando-se como dever do julgador adotar os meios que se coadunem com a finalidade política e social do processo, garantindo à efetiva prestação jurisdicional. Verifica-se que tal concepção se afasta da formalista, largamente adotada pelos Tribunais. Embora se admita que a formalidade é necessária à segurança jurídica não é conveniente nem razoável impor a nulidade de um ato porque não obedeceu à estrita forma da lei, se preencheu seus pressupostos

³²⁰ "Muito discutido em países como Portugal e Alemanha, o princípio da cooperação é voltado essencialmente à conduta do juiz no processo, afastando-se da imagem do juiz que funciona tão somente como um distante fiscal da observância das regras legais". (Cf. NEVES, *Ob. Cit.*, 2015, p. 106)

³²¹ Cf. NEVES, Daniel. Amorim Assumpção. *Ob. Cit.*, 2015, p. 106

³²² APELAÇÃO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DO FEITO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM ADENTRAR AO MÉRITO. FALTA DE OPORTUNIDADE DE EMENDA À INICIAL. **PRINCÍPIOS DA COOPERAÇÃO, INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E ECONOMIA PROCESSUAL.** DIREITO SUBJETIVO DA PARTE AUTORA. TEORIA DA CAUSA MADURA. MÉRITO. ÔNUS PROBANDI. PROVA NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. DUPLICATA MERCANTIL VIRTUAL. BOLETO BANCÁRIO LEVADO A PROTESTO. AUSÊNCIA DE PROVA DA RELAÇÃO MERCANTIL. PROTESTO INDEVIDO. DANO IN RE IPSA. PESSOA JURÍDICA. PROTEÇÃO À HONRA OBJETIVA. 1. A petição inicial, para ser apta a dar início a demanda judicial, deve cumprir os requisitos dos arts. 282 e 283 do Código Processual Civil. Caso o magistrado verifique defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito, deve intimar o demandante para, no prazo de 10 (dez) dias, emendar a inicial, nos termos do art. 284 do Código de Processo Civil. 2. O princípio da cooperação consiste no dever de cooperação entre as partes para o deslinde da demanda, de modo a se alcançar, de forma ágil e eficaz, a justiça no caso concreto. 3. Segundo o princípio da instrumentalidade das formas, o processo não pode ser um fim em si mesmo, apresentando-se como dever do julgador adotar os meios que se coadunem com a finalidade política e social do processo, garantindo à efetiva prestação jurisdicional. 4. A extinção do feito, sem adentrar ao mérito, sem a oportunidade de emenda, constitui cerceamento do direito da Autora, em verdadeiro descompasso com os princípios da cooperação, instrumentalidade das formas e economia processual[1] (Brasil, TJDF, Apelação Cível n. 0031963-52.2003.8.07.0001, 3ª Turma Cível, Relator: Desembargador Flavio Rostrola, em 12/11/2014)

De acordo com o estudado até o momento, verifica-se que em que pese o artigo 333 do CPC BR adote a distribuição estática do ônus da prova - a partir dos critérios da matéria alegada e da posição das partes no litígio -, a doutrina e a jurisprudência brasileira mais modernas têm, a partir de princípios como da aquisição processual, da cooperação e do inquisitivo, tentado minimizar os efeitos de uma possível decisão injusta lastrada em disposições legais rígidas.

Além de todos os argumentos expostos, também cabe destacar que as atuais disposições constitucionais do Brasil clamam por alterações na administração processual do *ônus probandi*, considerando que o ônus rígido da prova não mais se harmoniza com os padrões modernos de concepção de justiça, impondo a flexibilização.

Retorna-se um assunto já abordado, para enfatizar que o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil traz os valores que o Estado busca assegurar e, dentre eles, está a “igualdade e a justiça”. Entende-se que a necessidade de uma redistribuição do ônus da prova na legislação brasileira tem por base estes valores.

A distribuição do ônus de provar é questão imposta pelo princípio da isonomia, cuja previsão na Constituição Federal estende seus reflexos no processo e prevê a igualdade entre as partes, não admitindo a atribuição do ônus a apenas uma delas. De maneira que, ao juiz, compete assegurar a igualdade substancial entre as partes, como reflexo da garantia constitucional da isonomia.

Neste sentido, Nelson Nery Junior indica que “compete ao juiz, como diretor do processo, assegurar às partes tratamento isonômico (CF, art. 5o, caput). A igualdade de que fala o texto constitucional é real, substancial, significando que o juiz deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”³²³

A Justiça, conceito amplo, diverso e rico, passou a ter no direito processual o reflexo na expressão “justa composição da lide” indicada por Carnelutti como objetivo do processo³²⁴, que impõe ao julgador não apenas decidir a causa, mas *dar a cada um o que é seu* consoante os ditames do Estado. Portanto, verifica-se que, para que as partes sejam tratadas isonomicamente, e, especialmente, para que recebam o que lhes é devido, a indicação que deverão fazer prova no processo consoante sua posição processual e a natureza dos fatos alegados (art. 333 CPC BR) parece desarmônica ou contraditória com os valores adotados pela Constituição Brasileira.

Outros princípios, além de todos os já elencados até aqui, devem ser considerados para sustentar a redistribuição do ônus da prova no direito brasileiro, especialmente a lealdade e a boa-fé,

³²³ Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 8a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 433. In AZÁRIO, Márcia Pereira. Ob. Cit. 2006, p. 151.

³²⁴ Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. v. 2. São Paulo: Editora Classic Book, 2000, p. 133.

que se relacionam com os deveres das partes perante o processo e estão expressamente legislados no artigo 14 do CPC BR³²⁵.

José Eduardo Carreira Alvim afirma que “lealdade é um paradigma ético, que informa a atividade, no sentido de o litigante agir de frente, sem chicanices, sem providências inesperadas, mesmo que tais providências sejam legítimas”³²⁶. Boa-fé, por sua vez, enquanto conceito ético-social incorporado ao Direito, contém dois sentidos: a boa-fé lealdade, ou boa-fé objetiva; e a boa-fé crença, ou boa-fé subjetiva. Para Artur Allegari, a boa-fé lealdade confunde-se com a percepção de lealdade propriamente dita, porquanto traduz-se pela “(...) honestidade, a lealdade e a probidade com a qual a pessoa condiciona o seu comportamento.” Quanto à boa-fé crença, traduzir-se-ia na “(...) convicção na pessoa de que se comporta conforme o Direito”³²⁷.

Estes princípios reforçam a ideia de solidariedade no processo defendida por Morello, bem como indicam que o processo caminha para solução dos conflitos consoante o caso concreto, fazendo-se possível a absorção dos ensinamentos de Peyrano - de possibilidade de produção probatória - abordados no capítulo anterior, e, por isso, percebe-se que a redistribuição do ônus da prova, ou sua dinamização, cada vez mais encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que por via dos princípios e não necessariamente da letra expressa da lei.

5.2.1 A inversão e a dinamização do ônus da prova no Brasil

Tal é a necessidade de mudar o cenário rígido anteriormente indicado que a legislação passou a se adaptar. A primeira legislação brasileira que inseriu a previsão de flexibilização do ônus probatório foi o Código de Defesa do Consumidor (CDC BR), de 1990, que prescreve a inversão do ônus da prova nos seguintes termos:

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 da experiência; [...].”

Da leitura do dispositivo legal verifica-se que a inserção da inversão do ônus da prova na legislação consumerista surgiu como uma maneira de “facilitação dos direitos” do consumidor. Isto porque, viu-se com o incrível avanço do comércio nos últimos tempos, especialmente após a Segunda

³²⁵ CPC BR - Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] II - proceder com lealdade e boa-fé;

³²⁶ Cf. ALVIM, José Eduardo Carreira. Código de Processo Civil Reformado. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 35. In ALLEGARI, Artur Henrique. Princípio da lealdade e boa-fé no Código de Processo Civil brasileiro. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50670&seo=1>>. Acesso em: 12 set. 2015.

³²⁷ Cf. ALLEGARI, Artur Henrique. Princípio da lealdade e boa-fé no Código de Processo Civil brasileiro. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50670&seo=1>>. Acesso em: 12 set. 2015

Guerra Mundial, a dificuldade de milhares consumidores, face aos “poderosos” fornecedores, em defender seus direitos com a lei civil e processual civil à disposição.

Márcia Azário pontua dois importantes aspectos acerca do CDC BR, o primeiro é que as normas da legislação do consumidor têm enfoque tanto material quanto instrumental, formando um *universo legislativo* das relações jurídicas de consumo –, o qual possui características, linguagem e princípios próprios a exigir tratamento processual diferenciado, de maneira que a inversão do ônus da prova ditado pelo CDC tem natureza ímpar; outro ponto, é a reconhecida vulnerabilidade do consumidor, que representa a principal causa motivadora da utilização do mecanismo de inversão do ônus da prova no CDC: necessidade de restabelecimento da igualdade efetiva (substancial, e não meramente formal) entre as partes litigantes³²⁸. Portanto, a inversão do ônus da prova no CDC BR é imperativo do princípio da isonomia indicado anteriormente.

Fernando Gava Verzoni elenca três principais fundamentos para a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor brasileiro. O primeiro é a complexidade do “objeto” da relação de consumo e a dificuldade na postulação dos direitos do consumidor, seja pela diversidade e mutação das relações ou pela dificuldade de acesso ao Poder Judiciário. Outro fundamento é consagração do direito do consumidor como direito fundamental (art. 5º, XXXII CRFB). Por último, as disposições do próprio CDC BR ao prever a facilitação da defesa do consumidor e a produção da prova.³²⁹

Verifica-se que no CDC BR a possibilidade de inversão do *ônus probandi* não é automática, dá-se pelo juízo de valor do magistrado, mediante uma decisão judicial fundamentada, operando, portanto, a inversão *ope judis* referenciada anteriormente³³⁰. A decisão do magistrado deverá avaliar e fundamentar, consoante os princípios protegidos pela legislação consumerista, dois elementos essenciais: a verossimilhança da alegação e a hipossuficiência do consumidor³³¹.

Sobre a verossimilhança da alegação, verifica-se que não é critério de avaliação objetiva da decisão, pelo contrário, depende de um juízo de valor pessoal do magistrado, entrando nas nuances da

³²⁸ Cf. AZÁRIO, Márcia Pereira. *Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro*. 2006. Tese (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 98

³²⁹ Cf. VERZONI, Fernando Gava. A inversão do ônus da prova no CDC: defesa do consumidor e as garantias processuais do fornecedor. Monografia (Láurea acadêmica) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. In AZÁRIO, Márcia Pereira. *Ob. Cit.* 2006.

³³⁰ Neste sentido: AGRADO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO REVISIONAL. CDC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. A inversão do ônus da prova prevista no inc. VIII do art. 6º do CDC não ocorre de modo automático, mas *ope judicis*. *O dispositivo autoriza o julgador a invertê-lo quando convencido da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência da parte que a postula. - Circunstância dos autos em que se impõe manter a decisão recorrida.* NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (grifo nosso) (Brasil, TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70063625602, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: João Moreno Pomar, Julgado em 23/02/2015).

³³¹ Acerca do tema, Márcia Azário indica que, pelo texto do artigo 6º do CDC Brasil, abstrai-se cinco requisitos para operar a inversão do ônus da prova: “ a) tratar-se de relação jurídica de consumo; b) visar à facilitação da defesa do consumidor em juízo; c) decisão judicial; d) verossimilhança da alegação, e e) hipossuficiência do consumidor. (AZÁRIO, Márcia Pereira. *Ob. Cit.*, 2006, p. 99)

“máxima da experiência”³³², e por isso, não pode ser considerado propriamente como uma forma de inversão do ônus da prova³³³.

O juiz como Ser Humano e racional, não está livre de suas convicções e deve aproveitar as regras da “máxima da experiência” que a profissão exigente lhe impõe para valorar os casos que envolvam a prestação jurisdicional justa e efetiva, isto é, todos os casos.³³⁴

No tocante à hipossuficiência é preciso distingui-la de vulnerabilidade. Diz-se que todo consumidor é vulnerável (art. 4º, I, do CDC), mas nem todo é hipossuficiente (critério a ser avaliado pelo juiz)³³⁵.

A hipossuficiência do consumidor, pode ser considerada especialmente quando o fornecedor detém o *domínio de conhecimento técnico, econômico ou jurídico especializado*, em mutação e aperfeiçoamento constantes, como ocorre no setor das tecnologias. Ou ainda quando o fornecedor impõe regras de aquisição que contenham conhecimentos densos sobre determinadas área, como é o caso do setor bancário. Neste tocante, a inversão do ônus da prova tem o objetivo de facilitar/permitir a tutela jurisdicional do consumidor.

Sobre a hipossuficiência do consumidor, decidiu o Superior Tribunal de Justiça Brasileiro em caso que versou sobre retiradas de dinheiro da conta pessoal do correntista pela internet:

CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAISE DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA DE SAQUES INDEVIDOS DENUMERÁRIO DEPOSITADO EM CONTA POUPANÇA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.ART. 6º, VIII, DO CDC. POSSIBILIDADE. HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICARECONHECIDA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS.ART. 14 DO CDC. 1. Trata-se de debate referente ao ônus de provar a autoria de saque em conta bancária, efetuado mediante cartão magnético, quando o correntista, apesar de deter a guarda do cartão, nega a autoria dos saques. 2. O art. 6º, VIII, do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, estabelece que a inversão do ônus da prova será deferida quando a alegação por ele apresentada seja verossímil ou quando for constatada a sua

³³² Gian Antonio Micheli, crítico das nuances da máxima experiência, defende que a decisão judicial é exercício do *imperium* que a lei confere ao Ihe atribuir a função jurisdicional, que precisa de normas que assegurem o julgamento do mérito, quando não se prefira deixar a discricionariedade do juiz a formulação concreta da decisão em virtude de critérios como as máximas da experiência, livremente valoráveis (Cf. MICHELI, Gian Antonio. *Ob. Cit.*, 1961, p. 7-12.) Defende-se que críticas como estas retiram a legitimidade, por exemplo, das presunções legais, que acabam por passar pelo mesmo juízo de valor, mas pelo legislador.

³³³ Na primeira situação, na verdade, não há uma verdadeira inversão do ônus da prova. O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas da experiência e das regras da vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite aquele também como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova. (Cf. WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 617.)

³³⁴ Léo Rosenberg também criticava as regras da máxima da experiência, afirmando que não se pode confundir valoração da prova como ônus da prova. Para o autor os princípios fundados na experiência forem regras sobre a carga da prova, como são as presunções legais, então incumbira a outra parte toda carga da certeza a respeito da falsidade da afirmação cuja verdade o tribunal admitiu em virtude de sua experiência. Porém, a aplicação de um princípio fundado na experiência somente pode ter como consequência a comprovação da verdade de uma afirmação da parte à base de uma livre apreciação da prova, a outra parte somente precisa fornecer a contraprova, e para ele é suficiente que mostre circunstâncias suscetíveis de fazer dúvida ao juiz a respeito da verdade da afirmação, não obstante aquele princípio fundado na experiência. (ROSENBERG, Leo. *Ob. Cit.*, 1956, p. 167-168)

³³⁵ A vulnerabilidade é um conceito de direito material. Trata-se de presunção absoluta (*jure et de jure*), ou seja, sempre se reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Já a hipossuficiência é um conceito de direito processual. Trata-se de presunção relativa que, *sempre precisará ser comprovada no caso concreto diante do juiz*.

hipossuficiência. 3. *Reconhecida a hipossuficiência técnica do consumidor, em ação que versa sobre a realização de saques não autorizados em contas bancárias, mostra-se imperiosa a inversão do ônus probatório.* 4. *Considerando a possibilidade de violação do sistema eletrônico e tratando-se de sistema próprio das instituições financeiras, a retirada de numerário da conta bancária do cliente, não reconhecida por esse, acarreta o reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, somente passível de ser ilidida nas hipóteses do § 3º do art. 14 do CDC.* 5. Recurso especial não provido (grifo nosso) (Brasil, STJ, RECURSO ESPECIAL n. 1155770 PB, Terceira Turma, Relator Ministra Nancy Andrighi, 09/03/2012)

Como foi abordado, não é em todo processo que envolva relação de consumo que a inversão deverá operar. É necessário, antes de tudo, diferenciar negócios jurídicos de relações de consumo, e compreender que as prerrogativas do CDC Brasil não se aplicam aos negócios jurídicos, onde devem imperar as regras do Código Civil³³⁶.

A aplicação *ope judis* da inversão do ônus da prova pelos Tribunais Brasileiros baseiam-se nos critérios acima indicados: verossimilhança da alegação e hipossuficiência do consumidor, conforme se depreende do julgado:

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMPRESA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ELETRÔNICOS INTERATIVOS. APLICAÇÃO DO CDC. INVERSÃO DO ÔNUS DAPROVA.VEROSSIMILHANÇA. HIPOSSUFICIÊNCIA. REQUISITOS COMPROVADOS. EMBARGOS REJEITADOS. 01 - *Para que seja possível a inversão do ônus da prova consoante disposição contida no artigo 6º, inciso VIII do CDC, como direito básico do consumidor, é necessário que a critério do juiz, seja verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência, servindo para colocar em equilíbrio a posição das partes no conflito.* 02- Uma vez concedida a inversão do ônus da prova, na forma do artigo 6º, inciso VIII do CDC, é responsabilidade da parte ré a produção de elementos de prova capazes de desconstituir os fatos alegados pelo autor, sob pena de aqueles serem presumidos como verdadeiros. (grifo nosso) (Brasil, TJMG, embargos infringentes 100240558206250021, Relator ALBERTO HENRIQUE, em, 05/07/2008)

Roberto Basilone Leite defende que, comprovada a verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor, o juiz tem o *dever* de inverter o ônus da prova. Para o autor “o que cabe ao julgador é unicamente dizer se há ou não verossimilhança na afirmação do autor consumidor, só podendo exigir dele a prova dos fatos constitutivos do direito se entender que suas alegações são inverossímeis. Por outro lado, quando o consumidor for hipossuficiente “segundo as regras ordinárias da experiência”, o ônus da prova inverte-se de plano, por força de expressa determinação legal contida no art. 6º, inciso VIII, do Código, não podendo o Juiz indeferir tal providência”³³⁷.

Cabe indicar que a inversão do ônus da prova inicialmente opera como regra de conduta, possibilitando ao juiz desincumbir o autor da prova dos fatos constitutivos, mas não o contrário. Isto é,

³³⁶ AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. CDC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INAPLICABILIDADE. *A empresa autora utiliza os serviços da ré como forma de facilitar e até incrementar seus negócios, de sorte que não lhe podem ser aplicadas as prerrogativas inerentes aos consumidores.* NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. UNÂNIME. (grifo nosso) (Brasil, TJRS, Agravo Regimental N° 70064709413, Décima Sexta Câmara Cível, Relator Des. Ergio Roque Menine, Julgado em 18/06/2015).

³³⁷ Cf. LEITE, Roberto Basilone. *Introdução ao Direito do Consumidor*. 4ª edição. São Paulo: Editora Ltr, 2005, p. 109.

o fornecedor, caso alegar outros fatos (impeditivos, modificativos, extintivos), não será beneficiado pela inversão do ônus da prova, ainda que verifique a possibilidade de o consumidor fazer prova com maior facilidade, tudo isto porque a característica da norma é eminentemente de proteção ao consumidor. Por isso, entende-se que, a partir do que foi expresso até aqui acerca das diferenças de inversão e distribuição dinâmica do ônus da prova, a regra prevista no CDC BR não pode ser considerada uma regra de “distribuição dinâmica do ônus da prova”, pois não considera plenamente quem tem a melhor condição de produzir a prova em juízo - considera, tão apenas, quando o consumidor não pode fazê-la.

Além de regra de conduta, a inversão do ônus da prova é também regra de julgamento. Havia entendimento divergente dos tribunais brasileiros neste tocante, porém, o Superior Tribunal de Justiça do Brasil pacificou o entendimento neste sentido:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. REGRA DE JULGAMENTO. - *A inversão do ônus da prova, prevista no Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é regra de julgamento.* - Ressalva do entendimento do Relator, no sentido de que tal solução não se compatibiliza com o devido processo legal. (Brasil, STJ, Recurso Especial Nº 949.000 - ES Terceira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Data de Julgamento: 27/03/2008)

No voto proferido, o Ministro Humberto Gomes de Barros ressalta o conflito de interpretação acerca da temática, sobre a qual alguns julgadores e doutrinadores defendiam ser regra de procedimento, e não de julgamento. Porém, mesmo considerando seu posicionamento contrário, o Ministro votou juntamente com o posicionamento dominante no Tribunal, sob os argumentos:

Tal entendimento - a meu sentir o mais correto - não foi acolhido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

"(...) *Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6.º do CDC é regra de julgamento (...)*" (Resp. 422.778/CASTRO FILHO, Relatora para acórdão a Ministra NANCY ANDRIGHI)

No julgamento do precedente acima citado, ressalvei meu entendimento sobre a questão: Conclui, sem dúvidas, que a inversão do encargo probatório é regra de procedimento. É que sua prática envolve requisitos (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor) que devem ser ponderados em cada caso concreto. Tenho convicção que o processo não pode ser armadilha para as partes e causar-lhes surpresas inesperadas. Ora, a inversão do ônus da prova é exceção à regra prevista no Art. 333 do CPC, segundo a qual ao autor incumbe a prova do fato constitutivo do respectivo direito e ao réu cabe a prova referente à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Logo, se o caso se enquadra na previsão do Art. 6º, VIII, do CDC, é preciso que o Juiz declare a inversão clara e previamente ao início da instrução. Do contrário, cria-se insegurança as partes, compelindo-se uma das partes a, eventualmente, produzir prova contra si próprio por ter receio de sofrer prejuízo decorrente duma inversão de ônus no momento da sentença. A meu ver, a tese de que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento não é compatível com o devido processo legal. A adoção dessa tese permite que o processo corra sob clima de insegurança jurídica, colocando ao menos uma das partes em dúvida sobre seus encargos processuais."

*Rendo-me, entretanto, à orientação adotada pela maioria, para preservar a higidez de nossa jurisprudência.*³³⁸ (grifo nosso)

Ainda no tocante à inversão do ônus da prova no direito consumerista brasileiro, vale indicar um dos motivos de maior discussão e discórdia sobre o tema: o momento processual de inversão. Após muita análise e discussão doutrinária e jurisprudencial, em 2012 o Superior Tribunal de Justiça dirimiu a matéria:

Segundo o STJ, trata-se de REGRA DE INSTRUÇÃO, devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos.(Segunda Seção. EREsp 422.778-SP, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti (art. 52, IV, b, do RISTJ), julgados em 29/2/2012).³³⁹

O momento da inversão é matéria de extrema importância, tanto que em parecer apresentado no Senado Federal no dia 26 de novembro de 2014, do Senador Ricardo Ferraço apresentou a proposta ao projeto de reforma do Código de Defesa do Consumidor, prestes a ser deliberado na Comissão Especial de Modernização do Código, em que define o despacho saneador como momento da inversão do ônus da prova nos processos que tramitam sob a égide do Código de Defesa do Consumidor(Artigo 90 D, inciso VI CDC BR)³⁴⁰.

Verifica-se que os principais argumentos utilizados pelos tribunais que pacificaram tal entendimento, bem como, que motivaram a legislação acerca do momento processual adequado para a inversão, dizem respeito à necessidade de contraditório e ampla defesa, princípios constitucionais cuja inobservância eivam os atos judiciais e os sujeitam à nulidade.

A iniciativa do CDC BR na flexibilização do ônus probatório representou um grande passo no ordenamento brasileiro. Os estudos mais modernos acerca da dinamização do *ônus probandi* têm sido amplamente discutidos pela doutrina e jurisprudência contemporânea, que, inclusive, contrariam a disposição expressa do Art. 333 do CPC BR e, afim de implementar a justa solução da lide e da efetividade à tutela jurisdicional, permitem a flexibilização do ônus de acordo com o caso concreto.

³³⁸ Voto proferido pelo Ministro Humberto Gomes de Barros do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, relator do Recurso Especial N° 949.000, julgado em 27/03/2008.

³³⁹ Ainda acerca da temática, a jurisprudência mais atual tem decidido: "O momento processual adequado para a inversão é o despacho saneador que fixa os pontos controvertidos e as provas a serem produzidas, decisão esta que deve ser atacada por meio do recurso de agravo, caso as partes entendam-se, prejudicadas, sob pena de preclusão da matéria. (Brasil, STJ BR, REsp 1505337, decisão monocrática, Ministro Marco Aurélio Bellizze, em 26/08/2015). Oportunamente cita-se também: "A Segunda Seção deste E. Tribunal já se pacificou no sentido de considerar que "a inversão ope iudicis do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador, ocasião em que o juiz 'decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento' (art. 331, §§ 2º e 3º, do CPC)" (REsp 802832/MG, Relator o Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe 21/09/2011) (Brasil, STJ BR, REsp 1178957, decisão monocrática Ministro Raul Araújo, em 07/05/2015).

³⁴⁰ CDC BR - Artigo 90 D - Não obtida a conciliação e apresentada a defesa pelo réu, o juiz designará audiência ordinatória, tomando fundamentadamente as seguintes decisões, assegurado o contraditório: [...] VI esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova e sobre a possibilidade de sua inversão, em favor do sujeito vulnerável, podendo, desde logo, invertê-lo, sem prejuízo do disposto no artigo 6º, VIII, atribuindo-o à parte que, em razão de deter conhecimentos técnicos ou científicos ou informações específicas sobre os fatos da causa, tiver maior facilidade em sua demonstração.

Até mesmo o Superior Tribunal de Justiça do Brasil, já vem aplicando a teoria dinâmica do ônus da prova, na qual o principal ponto para a redistribuição pousa na “possibilidade” de fazer prova.

Neste sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REQUISIÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS FUNCIONAIS DEFERIDA PELO TRIBUNAL MAS NÃO CUMPRIDA PELA ADMINISTRAÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO POR DEFICIÊNCIA DO ACERVO PROBATÓRIO. CERCEAMENTO DE ACESSO À PROVA CARACTERIZADO. TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS. ESTATUTO DO IDOSO. GARANTIAS NÃO ATENDIDAS. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. 1- Preliminares de ilegitimidade passiva, ausência de interesse de agir e decadência afastadas. 2- O impetrante, nascido em 21 de agosto de 1918 e aposentado desde 1969, por tempo de serviço, informou, na exordial, o cargo que ocupava quando de seu jubileamento e o cargo para o qual foi reclassificado, em decorrência de leis posteriores. Disse que as reclassificações o colocaram, na carreira, em patamar inferior ao que desfrutava quando em atividade, de modo que experimenta, por isso "dissabores e prejuízos financeiros". Juntou cópia do comprovante de pagamento de seus proventos, cujo documento faz prova da existência de vínculo com a administração e sua condição de inativo. Requereu a apresentação, pela impetrada, de seus assentamentos funcionais, com fundamento no art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei 12.016/2009, cuja requisição judicial restou deferida pela Desembargadora Relatora. 3- Mesmo diante dessa requisição, a autoridade coatora não trouxe aos autos os assentamentos funcionais do impetrante nem tampouco revelou o motivo pelo qual deixou de fazê-lo, do que resultou a denegação da segurança por deficiência do acervo probatório (falta de prova pré-constituída). 4- Ao denegar o writ, extinguindo o feito sem resolução do mérito porque faltantes os documentos que a própria Corte Estadual determinara fossem trazidos aos autos pela parte impetrada, o acórdão recorrido acabou por cercear o direito de acesso à prova pelo impetrante, beneficiando, indevidamente, à parte impetrada, a quem, como dito, incumbia ter dado primário cumprimento à requisição judicial, mediante a entrega da documentação funcional da parte autora ou, não sendo assim, justificando a impossibilidade de fazê-lo, quedando, entretanto, por não fazer nem uma coisa nem outra. **5- Cumpre perceber que a requisição judicial de documentos, como prescrita no art. 6º, § 1º, da Lei nº 12.010/09, guarda estreita afinidade com a moderna Teoria das cargas probatórias dinâmicas, segundo a qual, nas palavras de Eduardo Cambi, cabe ao magistrado, enquanto gestor do concerto probatório, "verificar, no caso concreto, quem está em melhores condições de produzir a prova e, destarte, distribuir este ônus entre as partes", cuja técnica "encontra respaldo imediato na dimensão objetiva do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva" (in Curso dedireito probatório. Curitiba: Juruá, 2014, p. 227 e 229).** 6- Noutro passo, para além de desatender ao princípio do amplo acesso à prova, o acórdão hostilizado também acabou por desmerecer aos princípios e garantias decorrentes da combinada exegese dos artigos 2º, 3º e 71 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), no que asseguram aos litigantes maiores de 60 (sessenta) anos facilidade na produção de provas e a efetivação concreta desse direito, mediante, sobretudo, o efetivo cumprimento de diligências probatórias judicialmente determinadas. 5- Recurso ordinário conhecido e provido para, cassando-se o acórdão recorrido, fazer retornar os autos ao Tribunal de origem, para os fins indicados no dispositivo da presente decisão colegiada. (grifo nosso) (Brasil, STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 38025 / BA, Primeira Turma, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, DJe 01/10/2014)

Daniel Assumpção Neves aduz que parcela da doutrina nacional defende a não aplicação da distribuição estática prevista no CPC BR, optando pela aplicação do entendimento de que a regra de distribuição do ônus da prova depende do caso concreto. Neste sentido, o autor aponta para a

“*distribuição dinâmica do ônus da prova* para determinar a regra que concede ao juiz a distribuição no caso concreto, dependendo de qual parte tenha maior facilidade na produção da prova”. O autor indica que STJ BR deu início à aplicação dessa forma dinâmica de distribuição do ônus da prova em ações civis por danos ambientais e também na tutela do idoso, porém, “há decisões recentes que adotam a tese de forma mais ampla, ora valendo-se de interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, ora admitindo a flexibilização do sistema rígido de distribuição do ônus probatório diante da insuficiência da regra geral”.

Um exemplo é a decisão do STJ BR que indica que “embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso”³⁴¹.

A justificativa da aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, segundo Fredie Didier Junior, é a aplicação dos princípios constitucionais da igualdade, devido processo legal e acesso à justiça (art. 5.º, caput, XIV e XXXV respectivamente, da Constituição da República Federativa do Brasil), bem como nos princípios processuais da lealdade, boa-fé e veracidade (arts. 14.º, 16.º, 17.º, 18.º e 125.º, III, do CPC BR) e solidariedade com órgão judicial (arts. 339.º, 340.º, 342.º, 345.º, 355.º do CPC BR)³⁴².

O diálogo, cada vez mais frequente, da doutrina e jurisprudência acerca da insuficiência dos ditames do art. 333 do CPC Brasil influenciou a comissão organizadora do Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro aprovado em 16 de março de 2015, à introdução de significativas mudanças no tocante à possibilidade probatória, que serão abordadas no próximo tópico.

5.2.2 As alterações do Novo Código de Processo Civil Brasileiro

O texto do atual ordenamento processual civil brasileiro (em vigor até 15/03/2016) foi sancionado em 1973, e embora tenha comportado diversas reformas, nunca houve discussão tão enaltecida sobre a necessidade de alteração das regras de ônus probatório quando da proposição do Projeto de Lei n.º 8.046 no ano de 2010, que deu origem ao Novo Código de Processo Civil brasileiro.

O Novo Código de Processo Civil brasileiro (NCPC BR) foi debatido e enfim aprovado pelo Poder Legislativo e sancionado pela Presidente da República Federativa do Brasil, Dilma Rousseff, em

³⁴¹ Brasil, STJ BR, Recurso Especial n. 1286704. Relatora Ministra Nancy Andrihgi, em 28/10/2013.

³⁴² Cf. DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Volume I. 16ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2014

16 de março de 2015 pela Lei n. 13.105, com prazo de *vacatio legis* de 1 ano, conforme art. 1.045³⁴³. Isto é, o NCPC BR deverá entrar em vigor em 17 de março de 2016³⁴⁴.

No texto proposto em 2010 ao Senado Federal, aprovado e encaminhado no mesmo ano à Câmara dos Deputados brasileira, os parlamentares propuseram a adoção da forma híbrida de ônus probatório:

Artigo 357.º 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.

Artigo 358.º 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.

A proposta de ordenamento acima demonstrou uma tentativa de “misturar”, quase que indefinidamente, o ônus estático, dinâmico e inversão do ônus da prova. Ressalvou os poderes do juiz antes da distribuição rígida e procurou assegurar o ônus estático como regra subsidiária e privilegiar a “segurança jurídica”, porém dava a possibilidade legal ao juiz de, na busca pela justiça, usar da discricionariedade fundamentadamente e alterar o ônus de provar de uma parte para outra.

Neste sentido, Marcelo Pacheco Machado aponta que há incongruências ao tentar usar os três sistemas, haja vista que a inversão do ônus da prova é uma exceção da regra da distribuição estática, e ao prever a distribuição dinâmica passaria a ser dispensável, pois o sistema dinâmico é a “exceção geral”, o autor, ao analisar o dispositivo, indica as dificuldades de comunicação entre os sistemas, e, mais, afirma que a norma “padece de relevantes impropriedades técnicas” ao não indicar claramente o sistema que pretende adotar e em que momento deve ser aplicada a exceção³⁴⁵.

Considera-se que a principal incongruência da norma é não indicar expressamente qual é a regra. Pois, inicialmente menciona os poderes do juiz e após indica que o juiz pode distribuir o ônus da prova de maneira diferente “considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado”, o legislador indica que o juiz apenas faria isso em exceções.

Defende-se, neste tocante, que as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato devem ser considerados em *todas* as causas, indistintamente.

343 NCPC BR - Art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial.

³⁴⁴ Importante indicar que tramita na Câmara dos Deputados brasileira o projeto de lei n. 2.913/2015 de autoria do deputado Victor Mendes, que pretende adiar a entrada em vigor do NCPC BR. Pretende-se, pelo referido PL, alterar **de um para três anos** o prazo do artigo 1.045 da Lei 13.105/2015, a fim de que o texto sancionado em março deste ano passe a valer, somente em 2018. Na justificativa, o deputado que propôs a reforma afirma que o novo CPC fará mudanças radicais no sistema processual civil brasileiro e que ainda há, mesmo depois de intensas discussões, conceitos sem definições. Para ele, é preciso amadurecer o novo código. Ressalta-se que o projeto não tem data marcada para votação.

³⁴⁵ Cf. MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do Projeto de novo CPC. *Revista de Processo*. Ano 37, v. 208, p. 196-226, Jun. 2012.

Em estudo sobre as impropriedades da proposta legislativa apresentada, Marcelo Pacheco Machado alerta para o fato de que a técnica legislativa precisa considerar as insalubridades do mundo real, as quais o processo será submetido. Para o Autor, e também ao que indica o presente estudo, há incongruências ao tentar usar os três sistemas simultaneamente, haja vista que a inversão do ônus da prova é uma exceção da regra da distribuição estática, e ao se prever a distribuição dinâmica, aquela passaria a ser dispensável, pois o sistema dinâmico é a “exceção geral”³⁴⁶.

A primeira versão do texto apresentado pela Câmara dos Deputados, embora ainda necessitasse de ajustes, demonstrou a imperiosa necessidade de alteração das regras concernentes ao ônus da prova. Porém, caso fossem aprovadas nos termos indicados acima, acredita-se que as partes e o juiz encontrariam dificuldades, principalmente no que diz respeito à definição do modelo principal adotado pelo legislador e os momentos da aplicação da exceção – destacando-se que o texto não é claro o suficiente no tocante à regra e à exceção –, e, ainda, no que diz respeito à comunicação entre os sistemas.

Também em crítica ao texto proposto, João Batista Lopes, alerta para o fato de o dispositivo gerar “risco de insegurança para partes” ao conferir demasiado poder ao juiz, e abrir excessivo espaço ao subjetivismo. O autor também indica que seria adequado que o artigo restringisse as possibilidades de flexibilização às “hipóteses de impossibilidade material ou excessiva onerosidade na produção da prova”, abrangendo as provas difíceis e diabólicas³⁴⁷.

Neste sentido, acredita-se que se houvesse risco de insegurança, esta seria gerada pela instabilidade legislativa e não pela “quantidade de poder” dado ao juiz. Conforme indicado anteriormente, os novos anseios do moderno Estado não comportam o modelo de juiz montesquiano e exigem do julgador aprimoramento moral e social, que será aplicado na necessária discricionariedade que detém na decisão judicial.

Muitas críticas, além das indicadas, foram feitas ao modelo proposto. O legislador, aparentemente ao ouvir os apelos doutrinariamente fundamentados, alterou o texto legislativo, e apresentou em novembro de 2013 a minuta para votação do novo Código de Processo Civil brasileiro com as seguintes alterações substanciais:

Artigo 380.º 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.

³⁴⁶ Cf. MACHADO, Marcelo Pacheco. *Ob. Cit.*, 2012.

³⁴⁷ Cf. LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo código de processo civil, *Revista de Processo*, Ano 37, v. 204, pp. 231-242, Fev. 2012.

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

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

Por fim, dirimindo qualquer impasse, a Lei n. 13.105, que entrará em vigor em todo o território nacional brasileiro em 17 de março de 2016, aprovou a redação final do dispositivo nos seguintes termos:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

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

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

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

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

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

É preciso reverenciar o esforço da comunidade doutrinária brasileira, que incentivou e permitiu o debate que ensejou a mudança legislativa em epígrafe, a qual se considera um grande avanço em comparação ao art. 333 do ordenamento em vigor.

Embora tenha mantido a *forma híbrida* (desta vez: estática como regra e a redistribuição do ônus da prova como exceção), a nova legislação processual civil é mais congruente que a proposta anterior, ainda que possa representar um “avanço incompleto” por não adotar o sistema dinâmico de distribuição probatória como ordem.

De acordo com o novo texto, verifica-se que não há distribuição dinâmica do *onus probandi*, mas sim, uma espécie de flexibilização da distribuição estática, ao legitimar a inversão do ônus da prova de uma forma mais alargada, podemos considerar que o atual ordenamento prevê, portanto, a possibilidade de *redistribuição do ônus da prova*³⁴⁸.

Desta forma, a proposta prevê uma alteração significativa ao sistema anterior, mas não acompanha a doutrina moderna da distribuição dinâmica do ônus da prova, que prevê a possibilidade

³⁴⁸ Conforme apontado por Marcelo Pacheco Machado, a adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova implicaria na obrigação da sua aplicação a todas as hipóteses e por isso na eliminação do ônus estático, o que, como se vê, não ocorre na proposta legislativa brasileira, que continua adotando como regra a teoria estática.

de *avaliação causa a causa* dos critérios relacionados à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório.

Destaca-se que grande parte da doutrina brasileira³⁴⁹ comemora a “*dinamização*” do *ônus da prova* introduzida pelo disposto no art. 373 do novo ordenamento.

Para Rafael Alvim³⁵⁰, o NCPC BR “mantém a atual distribuição do ônus probatório” entre autor (fatos constitutivos de seu direito) e réu (fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor), inserindo, no §1º do artigo 373, “a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz no caso concreto”.³⁵¹

Eduardo Klippel indica que a nova regra prevista no NCPC BR determina que o juiz deverá, primeiro, “investigar quais são as alegações fáticas pertinentes para o julgamento da lide”, posteriormente, verificar “quem é a parte mais apta a comprová-las em juízo, independentemente de quem as tenha deduzido” e, por fim “atribuir à parte mais apta o *onus probandi* do fato, mesmo que para tanto deva ser dinamizada, alterada a regra tradicional de divisão que decorre do direito romano”³⁵².

A alteração da legislação processual teve influência especial da legislação consumerista, bem como da aplicação jurisprudencial dos tribunais superiores que vinham admitido a aplicação dessa teoria em casos concretos, com base numa interpretação sistemática e constitucionalizada da legislação processual em vigor³⁵³.

Neste sentido, Eduardo Arnon Eloy Mendonça da Cruz destaca que a regra introduzida pelo art. 373 do NCPC BR “trata-se de instituto que tem o condão de legitimar a construção jurisprudencial acerca deste tema, ou seja, a carga dinâmica da prova não é exatamente uma novidade, visto que já era reconhecida em diversas decisões judiciais, mas com a inserção no Novo Código a legitimidade deste instituto se torna incontestável”³⁵⁴.

Humberto Theodoro Júnior indica que a dinamização (diga-se redistribuição) teria o condão de “abrandamento” da rigidez da regra do ônus da prova constante no atual ordenamento. Não se trata, pois, de “revogar o sistema do direito positivo, mas de complementá-lo à luz de princípios

³⁴⁹ Neste sentido, depreende-se do estudo realizado pelo Instituto de Direito Contemporâneo. In ALVIM, Rafael. *Ob. Cit.*, 2015.

³⁵⁰ Cf. ALVIM, Rafael. *Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC*. Publicações do Instituto de Direito Contemporâneo, publicado em 26 de janeiro 2015. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/01/26/carga-dinamica-da-prova/>>. Acesso em 27 jul. 2015.

³⁵¹ Apenas esclarece-se, neste ponto, que o conceito de dinamização do ônus da prova aqui adotado engloba, como já referenciado, a minimização dos conceitos previstos nos incisos I e II do dispositivo para alcançar os princípios da *solidariedade* e *possibilidade* em todas as causas, tanto na óptica subjetiva quanto na objetiva do ônus da prova.

³⁵² Cf. KLIPPEL, Rodrigo. *O juiz e o ônus da prova no projeto de novo código de processo civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 349. Disponível em: <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/343%20a%20352.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

³⁵³ Neste sentido, além da jurisprudência colacionada indica-se os julgados do STJ BR: Recurso Especial n. 1.286.704/SP; Recurso Especial n. 1.084.371/RJ; Recurso Especial n. 1.189.679/RS; e Recurso em Mandado de Segurança n. 27.358/RJ.

³⁵⁴ Cf. CRUZ, Eduardo Arnon Eloy Mendonça da. *O ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*. Jus Brasil. Publicado em fevereiro/2015. Disponível em: <<http://lbmadvogados.jusbrasil.com.br/artigos/170052592/o-onus-da-prova-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em 01 ago. 2015.

inspirados no ideal de um processo justo, comprometido sobretudo com a verdade real e com os deveres de boa-fé e lealdade que transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional”³⁵⁵.

Ressalta-se, também, o previsto no §2º do artigo 373, no que concerne à *prova diabólica*. Isto é, o ônus da prova não será redistribuído entre as partes afim de colocar o novo incumbido em situação que lhe seja impraticável a produção probatória. A previsão legal, portanto, veda a redistribuição do ônus probatório nos casos em que a obtenção das provas seja impossível ou excessivamente difícil ao onerado, devendo, neste caso, manter a distribuição dos incisos I e II do art. 373 do NCPC BR, o que se considera criticável.

Pondera-se que alteração do *ônus probandi* no novo ordenamento processual deverá impor alterações no comportamento das partes, especialmente no tocante à celebração dos negócios jurídicos, institutos não abarcados no direito do consumidor que, a partir da entrada em vigor do novo ordenamento, poderão comportar as regras da redistribuição do encargo probatório³⁵⁶.

Há de se indicar outras duas alterações importantes do NCPC BR que têm ligação com a temática probatória. Primeiramente, a inserção do *princípio da colaboração*. É a primeira vez na história do ordenamento processual brasileiro que dito princípio é inserido expressamente, nestes termos:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

O princípio da cooperação tem relação direta com a possibilidade de redistribuição do ônus da prova, que tem como primórdio a “possibilidade” na produção da prova.

Daniel Amorim Assumpção Neves indica que princípio da cooperação é um “dever das partes” e exige “expressa previsão legal para que todos os sujeitos do processo cooperem entre si para que se obtenha a solução do processo com efetividade e em tempo razoável”³⁵⁷.

Ocorre que, apenas a previsão do princípio da cooperação seria insuficiente para alcançar a justa decisão. Isto porque, a cooperação é difícil de operacionalizar em relação a algumas específicas situações processuais, visto que o interesse das partes do processo é vencer, e, portanto, é interesse distinto do que move o juiz, que é a justa composição da lide.

³⁵⁵ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento* – vol. I. 55ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 432.

³⁵⁶ “Diante disso, se torna primordial a manutenção de documentos e quaisquer outros tipos de provas decorrentes de negócios jurídicos celebrados, devendo todas as empresas se organizarem para manter o máximo de documentos capazes de comprovar sua atuação de acordo com a legalidade”. (Cf. CRUZ, Eduardo Arnon Eloy Mendonça da. *Ob. Cit.*, 2015)

³⁵⁷ Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 7ª Edição. Editora Método. Brasil, 2015, p. 107.

Além do princípio da cooperação, indica-se como alteração significativa a inserida pelo art. 7º do NCPC BR, *in verbis*:

Art. 7º É assegurada às partes **paridade de tratamento** em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, **aos ônus**, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

À primeira vista, a mensagem que este artigo transmite parece clara, e, vai ao encontro de tudo o que foi defendido neste labor. O Estado contemporâneo precisa de regras que permitam ao juiz implementar os preceitos das concepções modernas, inclusive as de processo.

Rodrigo Klippel indica que o objetivo do dispositivo é “garantir a concretização do princípio da isonomia material”(ou igualdade material³⁵⁸) no desenvolvimento do processo. A nova regra tem o condão de “universalizar uma prática que, hoje, no ordenamento jurídico vigente, é casuística” e, ao que parece, influenciará grande número de institutos processuais, inclusive no que se refere aos ônus processuais³⁵⁹.

A nova previsão do Art. 7º do NCPC BR tem um grande impacto, também, no que diz respeito ao ônus probatório, uma das espécies de ônus processuais. Isto porque, garantir a paridade de tratamento entre as partes implica em: verificar a situação em que estas estão no processo; deduzir os motivos e as consequências da produção da prova por cada parte, e; constatar e atribuir à parte que tem melhores condições a produção da prova, sem impor a produção impraticável da prova.

Neste sentido, entende-se que a *redistribuição do ônus da prova*, conforme prevista no §1º do art. 373 do NCPC BR, é um exemplo de concretização do princípio da isonomia material, na qual prevê o tratamento paritário entre as partes no processo, pois, conforme assevera Rodrigo Klippel³⁶⁰, “dá ao juiz condições de identificar qual é a parte mais apta a comprovar a veracidade de certas alegações de fato, atribuindo a ela o encargo probatório, sob pena de derrota na causa”. Desta feita, verifica-se que as previsões processuais acerca da colaboração e da paridade entre as partes sustentarão muitas as decisões judiciais que buscam implementar a justa composição da lide, inclusive a redistribuição do ônus da prova. Porém, defende-se que princípios como o da colaboração e da

³⁵⁸ Igualdade material, neste sentido, “não consiste em um tratamento sem distinção de todos em todas as relações. Senão, só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regras iguais e, por isso não devem ser regulados desigualmente. A questão decisiva da igualdade jurídica material é sempre aquela sobre os característicos a serem considerados como essenciais, que fundamentam a igualdade de vários fatos e, com isso, o mandamento do tratamento igual, ou seja, *a proibição de um tratamento desigual ou, convertendo em negativo: sobre os característicos que devem ser considerados como não-essenciais e não devem ser feitos base de uma diferenciação*”. (Cf. SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003., p.42)

³⁵⁹ Cf. KLIPPEL, Rodrigo. *Ob. Cit.*, 2014, p. 342.

³⁶⁰ Cf. KLIPPEL, Rodrigo. *Ob. Cit.*, 2014, p. 349.

paridade das partes sustentariam, de maneira mais equânime, a distribuição dinâmica do ônus da prova.

A opção do legislador pela regra rígida e exceção flexibilizada do ônus da prova, impõe a discussão de algumas nuances próprias do sistema adotado. Sendo assim, outro ponto de grande controvérsia e debate foi sanado pela nova legislação processual civil: o momento da decisão de redistribuição do ônus da prova. Segundo o artigo 357 do NCPB BR³⁶¹ o despacho saneador é o momento de definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373.

Já se defendeu neste labor, que uma decisão de redistribuição do ônus da prova, quando essa destoar da regra rígida, deveria obedecer aos princípios do contraditório e ampla defesa e, por isso, deveria ser proferida em momento oportuno para defesa do “prejudicado”. Com a redação do inciso III do art. 357, o legislador pôs fim a uma longa discussão da doutrina, iniciada no ano de 1990, quando da aprovação do Código de Defesa do Consumidor e implementação da possibilidade de inversão do ônus da prova. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça Brasil, em 2012, conforme indicado em título anterior, já havia sinalizado o momento oportuno da inversão como o despacho saneador. Verifica-se, portanto, que o legislador processual civil, atento aos debates de outras áreas do direito, deixou esta regra determinada, a fim de minimizar discussões sobre o assunto.

Por oportuno, cabe também indicar, mais um assunto relevante ajustado pelo legislador processual no tocante à redistribuição do ônus da prova. Trata-se da possibilidade de recurso da decisão de redistribuição. Conforme infere-se do art. 1.015, inciso XI do Novo CPC Brasil:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;

Embora um dos principais objetivos do NCPB BR fosse a mitigação dos recursos, ao que parece, o sistema aprovado no art. 373 exige, como ideal de um processo justo, que a parte que receber a incumbência probatória (redistribuída, por isso, diferente da regra geral) possa insurgir-se da decisão que redistribuiu o ônus da prova, e, por derradeiro, seja oportunizado desincumbir-se da referida atribuição.

De sorte, em que pese não se prove aqui - em totalidade - o modelo adotado, indica-se que o legislador, ao escolher o modelo também tomou as devidas providências para seu implemento

³⁶¹ NCPB BR - Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de **saneamento** e de organização do processo: [...] III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

com o menor número de dúvidas possíveis. Indica-se que tais dispositivos reverenciam os princípios constitucionais processuais indicado alhures e impedem a nulidade de decisões judiciais.

O principal problema que se verifica no art. 373 do NCPC Brasil é que mais uma vez faz com que o autor “arque” com o ônus do tempo, haja vista que a redistribuição, ao que parece, tem lugar somente após uma primeira fase (estática) em que a prova dos fatos constitutivos “deverá(ia)” ser apresentada pelo autor, e as prova dos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos deve ser apresentada pelo réu. E, ainda, dá a possibilidade de recurso da inversão do ônus da prova (agravo de instrumento – art. 1.015, XI), exigindo a remessa ao Tribunal Superior para a análise da matéria da produção probatória.

Por todo o exposto, constata-se que ainda há restrições legislativas quanto à possibilidade de ampliação dos poderes do juiz. Procura-se evitar a atuação de um “superjuiz”³⁶². Embora a nova redação dê poderes suficientes para a atuação discricionária fundamentada do magistrado, dificulta-se que essa se realize, permitindo somente nas exceções. O que se verifica é que a ampliação dos poderes do juiz, se bem empregados, lhe permitem, cada vez mais “possibilidades legais” de resolução equânime e razoável dos conflitos e, por conseguinte, da concretização dos objetivos do processo, e, dentre eles, o alcance da verdade e a justa composição da lide.

Diante de todo exposto, pode-se afirmar que o NCPC BR traz alterações significativas com relação ao ordenamento em vigor, e, conquanto não seja, para o defendido neste labor, o “ideal”, representa um avanço significativo. A implementação e a utilização deste instituto, porém, ainda é de impossível aferição, considerando que somente entrará em vigor em tempo futuro.

É certo que, como toda alteração procedimental, encontrará dificuldades. Muitas dúvidas surgirão da prática forense, e, para tanto, muitos outros estudos científicos surgirão para o debate, reafirmando a máxima que “nenhuma pesquisa acaba em si mesma”.

³⁶² Cf. MEDINA, José Miguel. É um pássaro? um avião? Não, é o ‘superjuiz’!, *Revista Consultor Jurídico*, 18/11/2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-nov-18/processo-passaro-avião-naosuperjuiz>. Acesso em 13/12/2013, alerta para os perigos e as necessidades da participação do juiz na construção da solução jurídica e algumas das alterações propostas pelo projeto do novo CPC Brasil.

Conclusão

A finalidade precípua deste trabalho é a de satisfazer as exigências formais e materiais previstas no Regulamento Académico da Universidade do Minho, para a obtenção do título de Mestre em Direito Judiciário.

Da análise doutrinária e jurisprudencial, bem como da legislação Civil e Processual Civil portuguesa e brasileira realizada nesta dissertação, verificou-se a necessidade imperiosa de alterações no padrão da distribuição do ônus da prova entre os litigantes processuais civis. A introdução de princípios constitucionais e processuais mais modernos, o estudo da inversão e da teoria dinâmica do ônus da prova, a partir de conceitos de solidariedade e possibilidade, demonstram a insuficiência da teoria estática do ônus da prova para a concretização da justa composição da lide, especialmente no caso de não alcance da verdade.

Buscou-se trazer ao trabalho subsídios capazes de sustentar uma postura mais flexível, e, com isso, alargar os horizontes para uma perspectiva alternativa que se faz necessária ante às novas realidades do direito pós-moderno.

A manutenção da distribuição do ônus da prova a partir dos critérios atuais (rígidos), aplicados no Brasil e em Portugal, em que se considera a parte no litígio e a natureza dos fatos alegados está ultrapassada e, em muitos dos casos, como naqueles em que não se alcança a verdade dos fatos, é insuficiente para a concretização da justa composição da lide (objetivos do processo). O que se defende é que a implementação da teoria dinâmica do ônus da prova permitiria, mediante a sua utilização como regra de julgamento, a justa composição da lide mesmo quando a verdade não é alcançada no procedimento judicial.

A defesa da teoria dinâmica do ônus da prova como a mais acertada e mais equânime no processo e direito civil brasileiro e português partiu da concepção moderna de processo e justiça, especialmente considerando os princípios constitucionais da igualdade das partes e efetividade da jurisdição. Além de abarcar a distribuição causa-a-causa do ônus da prova e o juízo discricionário do julgador, a teoria dinâmica exige uma alteração de comportamentos das partes processuais, que passariam a intuir a *solidariedade* e a *possibilidade* da produção de provas levando o processo para uma finalidade pública e não eminentemente individual como nos primórdios do século passado. Adverte-se que somente nos casos específicos de não alcance da verdade, como último refúgio, o juiz é autorizado a utilizar o ônus da prova como regra de julgamento. A decisão desfavorável, neste caso, portanto, consideraria a observância da solidariedade e possibilidade, concretizando, pois, a justa composição da lide.

Após a análise do ordenamento civil e processual civil de Portugal, foi possível concluir que referido, mesmo considerando as alterações implementadas do Código de Processo Civil de Portugal em 2013, prevê possibilidades, especialmente principiológicas - com ênfase especial neste tocante à gestão processual, aos poderes instrutórios do juiz - , para a flexibilização do ônus da prova a fim de satisfazer a tutela jurisdicional efetiva, levando em consideração a verdade e a justa composição da lide. Entretanto, há resistência por parte dos julgadores, apegados ao tradicionalismo do modelo “clássico” e estático de distribuição probatória.

O ordenamento processual civil brasileiro em vigor até 16/03/2016 tem previsão legal estática, porém, a doutrina moderna e a jurisprudência mais contemporânea utilizam-se, a algum tempo, da inversão do ônus da prova no processo civil a partir da analogia (considerando o Código de Defesa do Consumidor) e dos princípios gerais do direito (com ênfase para a igualdade e justiça). O Novo Código de Processo Civil do Brasil, que entrará em vigor em 2016, reflete a aplicação jurisprudencial flexibilizada do ônus da prova e os anseios modernos de dinamização e, por sua vez, permitirá a redistribuição mais flexível do ônus da prova entre os litigantes no Brasil como consequência da observação discricionária do julgador de casos peculiares.

Pelos argumentos defendidos em todo o labor, da correspondência da teoria dinâmica do ônus da prova com os objetivos modernos do processo e os anseios da Sociedade e do Estado, considera-se que os legisladores brasileiros e portugueses perderam, nas alterações legislativas recentes, uma excelente oportunidade de determinação da teoria dinâmica do ônus da prova como regra no procedimento probatório.

Por oportuno, este estudo se encerra, e indica que os ordenamentos em análise, em muito se assemelham e em muito contrastam, refletindo as diferenças inerentes de localidades com suas particularidades históricas e culturais.

Com o desenvolvimento do estudo proposto, foram elaboradas cinco hipóteses, que restaram confirmadas, tal qual se destaca a seguir:

- a) verificou-se que os modelos de distribuição do ônus da prova podem definir o critério da decisão quando utilizados como regra de julgamento, desta maneira, quando não alcançada a verdade, aplica-se o ônus objetivo como solução para o *non liquet*;
- b) da análise das provas diabólicas, considerando a impossibilidade ou a grande dificuldade de uma parte fornecer a prova do direito alegado e os princípios de Direito, foi possível constatar que o sistema estático de distribuição do ônus da prova não é suficiente para a solução justa de todos os casos;

c) a inversão do ônus da prova, utilizada como exceção no sistema estático de produção probatória, representa uma possibilidade de solução mais justa, em casos específicos, nos ordenamentos que a permitem;

d) verificou-se, também, que a utilização do sistema de distribuição dinâmica do ônus da prova pode ser uma solução legislativa processual para os problemas da distribuição estática, na medida em que considera os critérios de possibilidade e solidariedade;

e) as legislações e as práticas processuais de Portugal e de Brasil, no tocante à distribuição do ônus da prova, podem ser utilizadas como referências um para o outro quando comparadas e/ou cumuladas, isto porque princípios específicos como a gestão processual e a cooperação do direito português, bem como a flexibilização mais alargada do ônus da prova previsto no NCPC Brasil podem ser somado a fim de se alcançar o objetivo finalístico do processo: a justiça das decisões.

Tais constatações tornaram-se possíveis mediante a análise dos pressupostos legais e da bibliografia consultada, inclusive jurisprudencial.

Portanto, verificou-se que as atuais regras de distribuição do ônus da prova no procedimento judicial civil brasileiro e português são insuficientes e, em determinados casos, não estão aptas a promover a justa composição dos litígios, especialmente quando utilizadas como regra de julgamento.

BIBLIOGRAFIA

ALLEGARI, Artur Henrique. Princípio da lealdade e boa-fé no Código de Processo Civil brasileiro. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 17 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50670&seo=1>>. Acesso em: 12 set. 2015

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. ISBN: 978-85-7308-904-2.

ALVIM, Rafael. *Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC*. Publicações do Instituto de Direito Contemporâneo, publicado em 26 de janeiro 2015. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/01/26/carga-dinamica-da-prova/>>. Acesso em 27 jul. 2015.

AZÁRIO, Márcia Pereira. *Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro*. 2006. Tese (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henriquerighi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. ISBN: 8520324444

BARROS, Renata Furtado de (organizadora). *Desafios do direito na pós-modernidade*. Raleigh, Carolina do Norte, Estados Unidos da América: Lulu Publishing, 2012. ISBN 978-1-105-18332-4

BATTISTELLI, Luigi. *A mentira nos tribunais: estudos de psicologia e psicopatologia judiciária*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1963.

BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Valetta Ediciones, 2002. ISBN: 950-743-284-1

BENTHAM, Jeremy. *Judicial evidence*. London: Published by Messrs, 1825. Disponível em: <<https://play.google.com/books/reader?printsec=frontcover&output=reader&id=tMsDAAAAQAAJ&pg=GBS.PA8>> Acesso em: 15 mar. 2015.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista dos Tribunais*, 1962, pp. 113-140. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66398/69008>>. Acesso em 15 maio 2015.

CALHEIROS, Maria Clara. Justiça, verdade e história. *Revista Scientia Iuridica*. Tomo LXII, n. 332, 2013, p. 255-267. ISBN 0870-8185.

CALHEIROS, Maria Clara. O Jurista-narrador. *Tópica, retórica y dialética en la jurisprudencia, Homenaxe a Francisco Puy*. Universidade de Santiago de Compostela, 2011, p. 103-110. ISBN 978-84-9887-821-9.

CALHEIROS, Maria Clara. Prova e verdade no processo judicial: aspectos epistemológicos e metodológicos. *Revista do Ministério Público*. Ano 29, número 114, Abr-jun 2008. p.71-84. ISBN

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, v. 31, 2005, p. 9-18. ISBN: 977-85-7837-731-2.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. ISBN: 85-203-2888-1

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 13.^a ed. revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2006. ISBN: 85-020-5479-1, 978-85-0205-479-0.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. v. 2. São Paulo: Editora Classic Book, 2000. ISBN: 85-8765-708-9.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. V. Campinas: Bookseller, 2000. ISBN: 85-7468-067-2

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz, La valoración de la prueba de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 10, México, 2010. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-46542010000100004&script=sci_arttext#notas. Acesso em 02 set. 2015.

DE LEMOS JORGE, Nuno. Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas. *Revista Julgar*. n. 03, 2007, pp. 61-84.

DICIONÁRIO Michaelis. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=inverter>. Acesso em: 14 ago. 2015.

DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatória, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela*. Volume II. 8ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. ISBN: 978-85-442-0351-4.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Volume I. 16ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. ISBN: 978-85-442-0353-8.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. ISBN: 85-7420-841-8, 978-857-42-0841-1.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. ISBN 85-7420-259-2

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires: Editor Victor P. de Zavalia, 1970.

FERNANDEZ, Elizabeth. *A prova difícil ou impossível*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora. Jul-2013, pp. 811-834. ISBN 978-972-32-2119-0

FERNANDEZ, Elizabeth. *Nemo debet esse testis in propria causa* – sobre a (in) coerência do sistema processual a este propósito. *Revista Julgar*. Número Especial Prova Difícil. Coimbra: Editora Coimbra, 2013. p. 21-38.

FERNANDEZ, Elizabeth. *Um novo Código de Processo Civil? Em busca das diferenças*. Porto: Editora Vida Económica, 2014. ISBN 978-972-788-908-2.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora NAU, 2003. ISBN 85-8593-648-7

FREITAS, José Lebre de. *A ação declarativa comum: à luz do código de processo civil de 2013*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN 978-97-232-2195-4.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceitos e princípios gerais*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2107-7.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN 978-972-32-2201-2.

GARZÓN, Carlos Andrés Pérez. Aspectos generales sobre la carga de la prueba en el derecho probatorio colombiano. *Revista Justicia y Derecho*. Vol. 1. Enero–Junio de 2013, pp. 46-66. ISBN: 2323-0533.

GERALDES, António Santos Abrantes. “Sentença Cível”. Jornadas de Processo Civil. Centro de Estudo Judiciários-CEJ. 23 e 24 de Janeiro de 2014. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/Processo-Civil/asentencacivelabrantesgeraldes.pdf> Acesso em 03 ago. 2015.

GODINHO, Robson Reunault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. *In Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais*. 2ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2007. ISBN 85-7761-021-7, 978-857-76-1021-1.

GRANDE, Maximiliano García. *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad*. Buenos Aires: Editora-Juris, 2005. ISBN: 95-0817-265-7.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 77, jan. 1982, p. 177-183. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>>. Acesso em 01 ago. 2015

GREGO, Leonardo. O Conceito de Prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano IV e V, n.s 4 e 5, 2003-2004, pp. 213-269. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/13.pdf>. Acesso em 07 maio 2015.

HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas (Philosophy of Logics)*. Trad. Cezar Augusto Mortari, Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Editora UNESP, 2002. ISBN 85-7139-399-0

JORGE, Alan de Matos. Reflexões constitucionais sobre a distribuição do encargo probatório. pp. 21-68 *in* BARROS, Renata Furtado de (organizadora). *Desafios do direito na pós-modernidade*. Raleigh, Carolina do Norte, Estados Unidos da América: Lulu Publishing, 2012. ISBN 978-1-105-18332-4

KLIPPEL, Rodrigo. *O juiz e o ônus da prova no projeto de novo código de processo civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 342. Disponível em: <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/343%20a%20352.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

LACERDA, Galeno. O juiz e a justiça no Brasil. *In O judiciário e a constituição*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Editora Saraiva, 1994. ISBN: 85-0201-274-6.

LEITE, Gisele. Tendências do processo civil contemporâneo. *Revista Jus Vigilantibus*. Ano III, n. 0671, 2009. ISSN 1983-4640

LEITE, Roberto Basilone. *Introdução ao Direito do Consumidor*. 4ª edição. São Paulo: Editora LTr, 2002. ISBN: 85-3610-166-0.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do Projeto de novo CPC. *Revista de Processo*. Ano 37, v. 208, Jun. 2012, pp. 196-226. ISSN 0100-1981.

MARINHO E PINTO, António. *Novo CPC - Parecer da Ordem dos Advogados*. 19/10/2012. Disponível em: <http://www.inverbis.pt/2012/forumcpc/novocpc-parecer-oa> Acesso em 05 set. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*. 3ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2011. ISBN: 978-85-2035-186-4.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. ISBN 978-85-203-5143-7.

MEDINA, José Miguel. É um pássaro? um avião? Não, é o 'superjuiz!', *Revista Consultor Jurídico*, publicado em 18 de novembro de 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-nov-18/processo-passaro-aviao-naosuperjuiz> . Acesso em 14 abr. 2015.

MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Trad. del italiano por Santiago Sentis Melendo Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-america, 1961

MONTEIRO NETO, João Pereira. A carga probatória não é movediça: apontamentos críticos sobre a dinamização da "carga probandi". *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2760, 21 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18322>>. Acesso em 11 maio 2015. ISSN 1518-4862.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. In: Os Pensadores. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. ISBN:8520317138.

MOREIRA, Rui. *Os Princípios Estruturantes do Processo Civil Português e o Projecto de uma Nova Reforma do Processo Civil*. Tribunal de Relação do Porto. Disponível em: http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/coloquiocpc_ruimoreira_osprincipiosestruturantesdoprocessocivilportugues.pdf. Acesso em: 18 abr. 2015.

MORELLO, Augusto Antonio. *La prueba: tendencias modernas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991. ISBN: 950-2006-26-7.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Coimbra: Editora Lex, 2000. ISBN 972-9495-93-9.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. ISBN 85-2032-169-0

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2015. ISBN: 978-853-0959-87-6

PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999. ISBN 85-714-7135-5, 978-857-1471-35-1.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, ISBN 85-203-1799-5

PEYRANO, Jorge Walter. Doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista La Ley*. 29 jan. 1991. Disponível em: <http://www.infojus.gob.ar/doctrina/daca920073-peyrano-doctrina-las-cargas-probatorias.htm%3Bjsessionid=1382d30n1i5q3fhywj33gy8u?0-1.1LinkListener-herramientas~panel-version~pdf~tool-version~pdf~link&bsrc=cj>> Acesso em: 23 jul 2015.

PEYRANO, Jorge Walter. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*. In: *Cargas probatorias dinámicas*. Coord. Jorge W. Peyrano. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 19-20.

PEYRANO, Jorge Walter. La carga de la prueba *in Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal*. Disponível em: < <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>>. Acesso em 12 jun. 2015.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ónus da prova no processo civil*. 2ª edição. Revisada e ampliada. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. ISBN 972-40-1673-0.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. ISBN 85-02-01855-8.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. II. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006. ISBN 8502044036.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Erneto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956.

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. *Erro médico: inversão do ônus da prova*. Curitiba: editora Juruá, 2005. ISBN 85-362-1086-9

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. ISBN 85-203-2219-0

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. ISBN: 85-738-7180-6.

SILVA, Nelson Finotti. Verdade Real x Verdade Formal. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 20, n.IV, 2002, p. 17-21. ISBN 0758

SOARES DE FARIA, Sebastião. Principais teorias relativas ao *onus probandi*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936 *In* BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista dos Tribunais*, 1962, pp. 113-140. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66398/69008>>. Acesso em 15 maio 2015.

SOUZA, Wilson Alves de. Ônus da Prova: Considerações sobre Doutrina das Cargas Probatórias Dinâmicas. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da Faculdade de Direito da Ufba*, 1999, Salvador, v. VI, pp. 235-260. *In* Cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro. Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/14295/14295.PDF> Acesso em 12 jun 2015.

TARUFFO, Michele. *La Prueba de los hechos*. Traducción Jordi Ferrer Beltrán y Daniel Mendonça. 3ª edição. Madrid: Editorial Trotta, 2009. ISBN: 978-84-8164-534-7.

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editora Marcial Pons, 2008. ISBN: 978-84-9768-616-7.

TARUFFO, Michele. *Simplymente la verdade: el juez y la construcción de los hechos*. Traducción Daniela A. Scagliotti. Madrid: Editora Marcial Pons, 2010. ISBN 987-84-9768-789-8

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. vol. I. 55ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. ISBN 9788530952914.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. *Academia Mineira de Letras Jurídicas*. Publicado em 15/09/2009. Disponível em: <<http://www.amlj.com.br/artigos/118-o-processo-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutorios-na-busca-da-verdade-real>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

VAQUERO, Carlos Pérez. *La prueba diabólica de los hechos negativos*. Publicado em 5 de abril de 2013. Disponível em: <<http://archivodeinalbis.blogspot.com.br/2013/04/la-prueba-diabolica-de-los-hechos.html>>. Acesso em: 15 jul. 2015

VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de processo civil*. 2ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2004. ISBN: 9723201089

VIEIRA, Márcio. Os resquícios de prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência no livre convencimento do magistrado. v. 17, nº 23, *Revista da ESMESC*, 2010. ISSN 2236-5893 Disponível em <<http://www.revista.esmesc.org.br/index.php/re/article/view/13/17>>. Acesso em 18 mar. 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Vol. 1. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. ISBN 8520326617.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 37, nº 205, mar. 2012, p. 115-159. ISBN 0100-1981.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações a respeito da iniciativa instrutória do juiz no processo civil brasileira. *Revista Julgar On line*. n. 6. Setembro-Dezembro. 2008, pp. 107-132. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/julgaronline/Home/numeros-publicados/julgar-06--setembro-dezembro--2008>>. Acesso em: 14 maio. 2015.