

FLÁVIO LUIZ YARSELL

***ANTECIPAÇÃO DA PROVA  
SEM O REQUISITO  
DA URGÊNCIA  
E DIREITO AUTÔNOMO  
À PROVA***

LIBRARY OF  
LAW  
FACULTY OF  
LAW

 **MALHEIROS  
EDITORES**

## Capítulo II – ANTECIPAÇÃO DA PROVA E ÔNUS

6. ônus como perspectiva “negativa” da prova – 7. ônus da prova, interesse das partes e interesse público – 8. segue: interesse público e antecipação da prova – 9. ônus da prova “subjetivo” e “objetivo”: exame crítico – 10. segue: ônus objetivo e irrelevância na iniciativa da prova (crítica) – 11. ônus da prova subjetivo: avaliação de riscos e de chances pelas partes – 12. ônus de produzir prova antecipadamente para evitar o processo e o julgamento estatal: os mecanismos de instrução preliminar dos sistemas de “common law” – 13. segue: antecipação da prova e ônus relacionados à sucumbência (no processo declaratório) – 14. ônus de pré-constituir prova para obtenção de êxito em juízo (“prova melhor”) – 15. inversão do ônus da prova pela lei ou pelo juiz – 16. segue: momento da inversão e ótica das partes – 17. segue: relação entre o ônus da prova e a pré-constituição ou antecipação da prova – 18. ônus da prova, ônus do tempo e antecipação da prova – 19. conclusão do capítulo.

### 6. ônus como perspectiva negativa da prova

No contexto das posições que emergem da relação jurídica processual, a prova pode ser vista sob diferentes prismas, sendo o primeiro e mais tradicionalmente enfatizado pela doutrina – e mesmo pelos textos legais<sup>1</sup> – o de constituir um *ônus* dos sujeitos parciais. Quem alega em

1. A ponto de servir de argumento para a negação da prova como *direito* das partes. Na doutrina francesa, para ilustrar, Isabelle Després lembra que os detratores do “direito à prova” se valem do argumento de que no Código de Processo Civil francês a prova é posta sob o ângulo de uma “obrigação”, mais que de um direito, fazendo-se alusão ao art. 9º do referido estatuto; que, a rigor, cuida mais precisamente do ônus de provar, imposto a cada uma das partes. Ademais, esse encargo não viria propriamente acompanhado de um direito do jurisdicionado, mas, sob o ângulo do juiz, de um poder. A “detrção” é repudiada pela autora (cf. *Les mesures d’instruction “in futurum”*, pp. 131-132). Apenas para a ressalva quanto à inadequação do conceito de “obrigação” processual, v., por todos, Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, 5ª ed., t. I, p. 464.

juízo determinado fato e dele pretende extrair conseqüências favoráveis – diz a regra clássica – tem o encargo de demonstrar a respectiva veracidade; e, em princípio, alegar e não provar é o mesmo que não alegar. Nessa ótica, a prova é vista menos como um direito ou poder da parte, mas como um *encargo*, cuja não-observância eventualmente conduz ao insucesso do interessado; ou, ainda, como um espécie de “desafio”, a indicar um obstáculo que precisa ser superado como condição para o reconhecimento de certa qualidade ou aptidão.<sup>2</sup>

A qualificação “negativa” da prova como ônus é, com efeito, insuficiente para explicar sua dimensão “positiva” no contexto das garantias constitucionais, enfeixadas pela garantia-síntese que é o devido processo legal. Mais que isso, aquela qualificação também é inadequada, só por si, para justificar um direito ou poder – que aqui se pretende sustentar que existe –, de produção antecipada da prova em juízo mesmo fora das hipóteses estritas de urgência. Portanto, tem razão a doutrina quando sugere, não de hoje, a necessidade de superação de tal limitada postura metodológica.<sup>3</sup>

Contudo, não é inútil nem indesejável examinar a prova sob o aludido prisma, porque reconhecer que ela é um ônus – portanto, um “peso” ou “carga” – é, antes de tudo, fundamental para dimensioná-la. Assim, se a prova pode e deve ser vista como *direito* ou *poder* integrante das garantias constitucionais que compõem o devido processo legal e se, mais que isso, a prova produzida antecipadamente, mesmo fora das hipóteses de urgência, pode convir às partes e também ao Estado, então, é importante pensar no encargo que isso representa para os interessados – quiçá a ponto de se aproximar de um autêntico *dever* –, justamente para que o ônus seja adequado e proporcional ao direito.

2. Cf. Antônio Magalhães Gomes Filho, “Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)”, in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, pp. 305-306.

3. Cf. Michele Taruffo, “Il diritto alla prova nel processo civile”, *Rivista di diritto processuale*, janeiro-março/1984, pp. 74-75; e, entre nós, Antônio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, p. 83. Essa insuficiência é reconhecida de um modo geral pela doutrina nacional que se ocupa do *direito à prova*: José Roberto dos Santos Bedaque, “Garantia da amplitude de produção probatória”, in José Rogério Cruz e Tucci (coord.), *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 168; João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, p. 162; Eduardo Cambi, “O direito à prova no processo civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná* 34/145.

Nesse particular, há, como não poderia deixar de haver, uma estreita ligação – uma recíproca influência<sup>4</sup> – entre as diferentes posições que emergem da relação jurídica processual (disciplina concreta da garantia de participação, que se traduz no contraditório), de tal maneira que não é possível nem desejável examiná-las de forma desvinculada. Assim, estudar a prova – inclusive aquela produzida de forma antecipada – como *ônus* é, ao mesmo tempo, preparar seu exame sob outros ângulos em relação aos sujeitos parciais (*dever e direito*) e mesmo com referência ao *poder* exercido pelo Estado, na pessoa do juiz.

Além disso, e não obstante tudo quanto já se disse em doutrina a respeito do tema, trata-se de assunto que ainda enseja dúvidas e paradoxos, cujos exame e reflexão apresentam utilidade metodológica para o tema de que se ocupa este trabalho. Basta pensar, como ilustração do que virá nos tópicos seguintes deste capítulo, na usual sistematização feita em doutrina e que distingue um aspecto *subjetivo* e outro dito *objetivo* do *ônus* da prova, a gerar certa dubiedade na determinação de quem seja, afinal de contas, o destinatário das normas que disciplinam a respectiva distribuição. Aliás, aquela mesma dicotomia não deixa de pôr em xeque a própria qualificação da posição jurídica referente à prova como um autêntico *ônus*.

Mais ainda: o exame do tema sob o enfoque proposto sugere a lembrança de que a prova representa também um *ônus* para as pessoas em relação às quais ela é requerida ou mesmo perante terceiros (até mesmo o Estado), cujas esferas jurídica e até mesmo econômica podem ser de alguma forma atingidas. Certo que, sob esse ângulo, não se trata propriamente de *ônus* processual (quicá, nem mesmo jurídico), mas de uma posição que mais se aproxima da *sujeição* correspondente ao exercício de um poder (o que apenas reforça a recíproca interação entre as diferentes posições da relação processual, antes aventada). De qualquer modo, ainda que com essa ressalva, não se descarta seja necessário confrontar os encargos gerados pela prova para todos os envolvidos, inclusive para aferir a proporcionalidade e a razoabilidade das medidas de instrução em uma dada situação concreta.

Todos esses aspectos, e outros igualmente versados neste capítulo, parecem ser relevantes e merecem ser aqui examinados na medida em que, de alguma forma, guardam relação com o tema da antecipação da prova, objeto principal deste trabalho. Sobre isso, convém registrar que,

4. Assim, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 150.

embora alguns dos aspectos a seguir tratados possam eventualmente se apresentar desconectados entre si, seu exame é feito com a deliberada intenção de ligá-los ao tema da antecipação da prova, notadamente quando desvinculada das situações de urgência.

### 7. *ônus da prova, interesse das partes e interesse público*

Conforme já se acenou, a sistematização do estudo do *ônus* da prova tradicionalmente gira em torno de duas perspectivas:<sup>5</sup> uma subjetiva, que dá ênfase ao encargo que se atribui às partes como uma espécie de condição – conjugada, certamente, a outros fatores – para que logrem êxito no processo; e outra objetiva, que parte da premissa de que, sendo vedado ao Estado deixar de julgar a pretexto da ausência da prova, o juiz deve se valer das normas que distribuem o correspondente *ônus* como uma regra de julgamento.<sup>6</sup>

A importância do tema, conforme já sugerido, parece residir na determinação de quais sejam os destinatários das normas referentes ao *ônus* da prova e, mais que isso, nos desdobramentos daí decorrentes, especialmente aqueles que se mostrem relacionados de alguma forma com o tema da antecipação da prova.

Assim, sob o ângulo das partes, interessadas no resultado favorável, parece mesmo ser inegável a existência de um encargo que lhes é atribuído; ainda que se possa – como se verá – controverter a propósito do momento em que essa atribuição pode ou deve ser feita, e de quem possa fazê-la (se a lei, em abstrato, ou se o juiz, no caso concreto). Trata-se de um típico *ônus*, tal como concebido pela doutrina, na medida em que a posição jurídica é voltada para um interesse próprio: tendo a parte a liberdade de produzir prova, ao deixar de fazê-lo não pratica ato ilícito (a ensejar uma sanção em sentido estrito),<sup>7</sup> mas apenas se sujeita, somente ela, a eventuais conseqüências desfavoráveis em virtude de sua inércia.<sup>8</sup>

5. O *ônus* subjetivo é também referido em doutrina como *formal*, enquanto o objetivo é qualificado como *material*. Para exame desse aspecto, v. Rui Manuel de Freitas Rangel, *O ônus da prova no processo civil*, p. 121.

6. Por todos, v. José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de direito processual*, Segunda Série, pp. 73 e ss.

7. Na doutrina recente, de forma abrangente, v. Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, *O ônus da prova no direito processual civil brasileiro*, pp. 20 e ss.

8. A eventualidade das conseqüências favoráveis decorrentes da observância do *ônus* e, por outro lado, a mesma situação a respeito dos efeitos desfavoráveis da inércia não parecem ser suficientes para descaracterizá-lo como tal. V., a propósito,

Embora tudo isso seja rigorosamente correto, não se pode deixar de observar um paradoxo que aí se encerra: se é verdade, conforme reiteradamente se apregoa, que o destinatário da prova no processo é o juiz (dado que aquela é meio para formar o convencimento deste); que, sendo assim, a descoberta da verdade (embora não seja propriamente um escopo do processo e da jurisdição) atende ao interesse público, na medida em que é instrumento para edição de decisões justas e, em alguma medida, também contribuiu para a segurança jurídica;<sup>9</sup> e que, por conta disso, o Estado – na pessoa do juiz – está, inclusive, legitimado a exercer um autêntico poder de instrução,<sup>10</sup> não parece exato afirmar que o desatendimento do ônus de provar, atribuído às partes, acarrete conseqüências desfavoráveis *exclusivamente* para o sujeito a quem se atribuiu o encargo.

Na verdade, interessa ao Estado que as partes produzam prova,<sup>11</sup> na medida em que ela é instrumento para a consecução de um resultado que, como visto, é desejado por aquele primeiro. A edição de decisões justas integra a idéia de um processo efetivo, e, havendo controvérsia

Eduardo Cambi, *A prova civil*, pp. 315-316. Aliás, não parece ser uma especificidade do ônus da prova a circunstância de que seu cumprimento não assegura, por si só, uma conseqüência favorável. Isso, em grande medida, acontece também em relação ao ônus de contestar e ao de recorrer. Certo que o exercício daquele impede a confissão ficta quanto à matéria de fato e que a observância do outro impede a preclusão. Contudo, no primeiro caso não há garantia de improcedência da demanda; nem, no segundo, de provimento do recurso. Sobre a “relatividade” do ônus da prova, v. Cândido Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, n. 803, p. 84.

9. V., *infra*, Capítulo V, nn. 50-55.

10. Que, contudo, não chega a se entender como um autêntico *dever*. Pensar em um *dever* do juiz de produzir prova geraria para a parte a possibilidade de exigir o respectivo cumprimento; o que efetivamente seria paradoxal, dado que a exigência de atuação estatal seria proveniente de quem se manteve inerte. Em sentido aparentemente diverso, entendendo que se trata de autêntico dever, v. José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, pp. 147 e ss., embora a assertiva de que se trata de *poder-dever* está à base da negação de que o juiz tenha, nessa matéria, poderes discricionários. Sobre isso, v., *infra*, n. 21. De forma expressiva, salientando tratar-se de *dever*, v. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, vol. I, p. 16. Ao tratar do tema, Vicente Miranda, embora deixando clara a distinção entre as posições jurídicas do juiz e das partes, fala em poder como “ato privativo do juiz” – o que parece sugerir a impossibilidade de a parte invocar a omissão do magistrado como configuradora de eventual *error in procedendo* (cf. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*, pp. 99-100). V., ainda, Sérgio Alves Gomes, *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, pp. 41-42.

11. De acordo, em termos (na medida em que enfatiza mais a possibilidade de a parte influir no convencimento do juiz para obter uma decisão a si favorável), v. Eduardo Cambi, *A prova civil*, p. 317.

sobre fatos, a prova desempenha papel fundamental nessa busca. Por outras palavras, quando o Estado, para afastar o *non liquet*, é forçado a proferir julgamento sem ter efetivo conhecimento dos fatos, há, ao menos em termos lógicos, uma perda para o interesse público que, repita-se, se satisfaz – embora não exclusivamente – com decisões *justas*, entendidas como aquelas afeiçoadas, em concreto e tanto quanto possível, à vontade do direito abstratamente concebido.<sup>12</sup> Assim, ainda que a falta da prova não impeça o julgamento e, mais que isso, ainda que o julgamento fundado em um quadro probatório deficiente por eventual inércia das partes não impeça a eliminação da controvérsia (escopo social da jurisdição), é inegável o prejuízo para o escopo jurídico;<sup>13</sup> que, de volta ao início, é o que justifica o exercício do poder de instrução pelo juiz.

O apontado paradoxo não parece decorrer exatamente das peculiaridades da prova e do papel que desempenha no sistema. A rigor, quando o autor não se desincumbe adequadamente, por exemplo, do ônus de alegação ao aforar a demanda e o juiz extingue o processo (ou a fase) de conhecimento sem julgamento do mérito, não deixa de haver um prejuízo para o interesse público, na medida em que a controvérsia subsiste, com seus efeitos nocivos – potenciais ou concretos – para o convívio social. Nesse caso, nem o escopo jurídico nem o social da jurisdição terão sido atingidos.

Também quando o réu não se desincumbe do ônus de contestar, e o juiz, quanto à matéria de fato, julga segundo a presunção legal decorrente da confissão ficta, não deixa de haver um prejuízo para o interesse público, na medida em que, embora até atendido o escopo social (pela superação – no caso, mais rápida – da controvérsia), persiste o risco de que a decisão, porque calcada em premissas de fato desligadas da realidade, seja ela própria divorciada dos desígnios do direito material.<sup>14</sup>

12. O julgamento por força das regras de distribuição do ônus da prova decorre não apenas da circunstância, mais evidente, de que o Estado não pode deixar de julgar, mas também de uma necessária salvaguarda contra o arbítrio (cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 146).

13. Aparentemente de acordo Paulo César Pinheiro Carneiro, ao observar o seguinte: “É notório que, quanto melhor e, portanto, mais produtiva for a prova coligida no processo, possivelmente maior será a segurança do juiz para julgar e, certamente, com maior justiça” (cf. *Acesso à justiça*, p. 73).

14. Uma razoável demonstração disso está na circunstância de que, quando o direito material tem natureza indisponível, a inércia da parte não autoriza a presunção de veracidade dos fatos, e, portanto, a prova respectiva se faz imprescindível como forma de preservar os interesses situados naquele plano do ordenamento. É

Ainda, quando a parte vencida não se desincumbe do ônus de recorrer, não deixa de existir, quando menos potencialmente, algum prejuízo ao interesse público (com a mesma ressalva feita no caso do ônus de contestar), na medida em que se torne preclusa decisão injusta e que, no futuro, enseje, inclusive, nova atuação estatal, quer mediante ação rescisória,<sup>15</sup> quer, mesmo, pela desconsideração da coisa julgada que se formou.<sup>16</sup>

Em todos esses casos, assim como analogamente se dá em relação ao ônus da prova, o que se nota é que o elemento *interesse público* que existe no processo e na jurisdição, notadamente em seu escopo jurídico (de atuação da vontade do direito objetivo em concreto), torna, mesmo, imperfeita a idéia de ônus como uma posição jurídica cuja não-observância redunde sempre e exclusivamente em prejuízo para o próprio titular.<sup>17</sup> O processo, instrumento a serviço do Estado que é, busca resultados que antes interessam àquele; e, nessa medida, a falta de adequada “colaboração” dos litigantes não deixa de trazer, em alguma medida, prejuízo a um interesse que, sob essa ótica, não é apenas das partes. Portanto, a própria idéia de *ônus*, tal como concebida, não deixa de apresentar, de forma genérica — e não apenas no que diz com a prova —, uma certa imperfeição, que avulta quando se pensa na decisão justa como um resultado desejado pelo Estado.<sup>18</sup> Daí se falar, em doutrina, que o poder de instrução do juiz — exercido com vistas ao interesse público de

o que no Direito Brasileiro resulta, por exemplo, das regras dos arts. 320, II, 351, e 302, I, do CPC.

15. A hipótese do erro de fato, referida pelo art. 485, IX, do CPC brasileiro, bem ilustra o que está dito no texto.

16. Embora o interesse público de que se trata no texto não se confunda com o interesse da Fazenda Pública, em alguma medida a previsão legal de *reexame necessário* — sabidamente sujeita a crítica expressiva — é fundada na mesma idéia supra-indicada. Sobre a relação entre o reexame necessário e a preservação do patrimônio público, v. José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de direito processual*, Nona série, pp. 207-209.

17. E, em certa medida, sugere que a prova possa e até mesmo deva ser também encarada sob o prisma de *dever* — ético ou, mesmo, jurídico. Sobre isso, v., *infra*, Capítulo IV.

18. Esse aspecto foi percebido por Rui Manuel de Freitas Rangel, que, embora reconhecendo “o interesse público que se materializa com o fim do processo”, afirma que, em matéria de ônus da prova, “o que está em causa é a tutela de um interesse próprio”. Assim, concluiu: “Se fosse determinante o vínculo jurídico que decorre do interesse público não havia a faculdade do sujeito em causa poder adotar ou não determinado comportamento” (cf. *O ônus da prova no processo civil*, pp. 90-91).

descoberta da verdade — “mitiga” o ônus da prova<sup>19</sup> ou, por outro lado, “abala” sua concepção subjetiva.<sup>20</sup>

### 8. segue: interesse público e antecipação da prova

Mas, de volta apenas ao tema da prova, o prejuízo decorrente da falta dessa última não se faz sentir apenas na qualidade da decisão estatal final (sentença), porque antes disso referida ausência já é, de alguma forma, e quando menos potencialmente, danosa para o interesse público.

Com efeito, atentando-se sempre para o objeto do presente estudo, vê-se que a relação entre prova antecipada ou pré-constituída, de um lado, e escopo social da jurisdição, de outro, mostra, em reforço do que foi dito, que a falta da primeira não deixa, também por esse ângulo, de ser prejudicial ao Estado em alguma medida. Com efeito, partindo-se da premissa — a ser adiante melhor desenvolvida<sup>21</sup> — de que a prova não desempenha apenas o tradicional papel de formar o convencimento do juiz, mas que atua de forma relevante na formação do convencimento dos interessados relativamente a suas chances de êxito em futuro processo (quer para demandar, quer para resistir a dada pretensão), a ausência de elementos probatórios preliminares, se não impede, dificulta essa avaliação das partes; avaliação que, se houvesse, poderia, inclusive, levar a soluções de autocomposição,<sup>22</sup> com mais rápida e eficaz eliminação da controvérsia e conseqüente pacificação social. Assim, se a antecipação ou pré-constituição da prova, dentro de certas condições, harmoniza-se com o interesse público, sua falta — aí, certamente, decorrente da inér-

19. Cf. Eduardo Cambi, *A prova civil*, p. 326. A idéia de que o poder de instrução mitiga o ônus da prova reforça a idéia de que esse último não pode ser entendido apenas em seu sentido objetivo, como regra de julgamento. Em termos lógicos, o exercício daquele poder está situado no momento da produção da prova, e não no de valoração.

20. *In arg.* Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, *O ônus da prova no direito processual civil brasileiro*, p. 143. José Carlos Barbosa Moreira fala que, por força do poder de instrução oficial, o estímulo à atividade probatória das partes não fica eliminado, “embora se possa fazer sentir, em certa medida, com menor vigor”. Daí afirmar uma “atenuação” do aspecto subjetivo do ônus da prova (cf. *Temas de direito processual civil*, Segunda Série, pp. 78-79).

21. Exemplificativamente, v., *infra*, nn. 11, 12 e 14; Capítulo III, n. 24; Capítulo IV, nn. 33, 36 e 37; Capítulo V, nn. 54-55.

22. Pensa-se não apenas na transação, mas igualmente na renúncia e na submissão.

cia dos interessados – não deixa de configurar prejuízo ao interesse da coletividade.<sup>23</sup>

Por outro lado, mesmo quando se pensa na prova estritamente como instrumento destinado a formar o convencimento do julgador (e não das partes), não há como negar que, quanto mais e melhores elementos de instrução preliminares (fruto de alguma forma de pré-constituição, em juízo ou fora dele), maiores as chances de se editar uma decisão que atenda quer ao escopo social, quer ao escopo jurídico. E, em senso contrário, a falta de tais elementos (quer porque inviável sua obtenção, quer porque o interessado não se desincumbiu – quiçá ainda – de seu ônus) não deixa de acarretar algum prejuízo para o interesse público.

É pensar, por um lado, em elementos de instrução preliminares que, pré-constituídos de alguma forma, possam indicar que o autor está, mesmo em exame sumário da relação de direito material, fadado ao insucesso. É seguramente o que ocorre nos casos de carência de ação, que, em última análise, significam um exame da relação de direito material à luz de elementos de instrução disponíveis desde logo;<sup>24-25</sup> ou, quando menos, é o que se passa nas hipóteses em que, justamente porque a prova é pré-constituída, autoriza-se o julgamento antecipado do mérito.<sup>26</sup>

23. V., *infra*, Capítulo V, n. 55, considerações acerca da antecipação da prova e do escopo social da jurisdição e do processo.

24. Certo que a aferição da carência de ação, em tese, pode resultar simplesmente da asserção feita pelo autor na inicial, independentemente de elementos de prova pré-constituídos que pudesse trazer (embora se pudesse contestar essa qualificação, ao argumento de que hipóteses como essa melhor se enquadrariam na de inépcia da inicial, na medida em que dos fatos narrados não decorreria logicamente a conclusão). Mas a experiência comum mostra que no mais das vezes a constatação *prima facie* da inviabilidade da demanda resulta não apenas do que o autor afirmou, mas também de elementos que instruíram a inicial. Não é de esperar, na normalidade das coisas, que o autor desde logo afirme ser titular de crédito resultante de jogo, mas sim que o juiz apure, por elementos que o próprio demandante ou, depois, o réu tragam, que a dívida tem tal origem. De forma análoga, não é de se esperar que o autor de ação indenizatória venha a juízo dizendo que não é proprietário do bem danificado e que também não suportou os gastos com a reparação, sendo mais razoável supor que tal constatação advenha de elementos de prova que venham para os autos.

25. Isso para não falar nas hipóteses em que, admitindo-se a produção antecipada da prova, em processo judicial, a cognição exercida para essa finalidade permita, eventualmente, fazer incursão pela relação de direito material e, desde logo, constatar que a prova não se justifica não porque não haja urgência, mas porque, ainda que provado o fato que se quer demonstrar de forma antecipada, não existiria o direito. V., *infra*, Capítulo VI, nn. 71-72.

26. Não se pode perder de vista a relevância de tal providência, entre nós estatuída pelo art. 330 do CPC, como expediente predisposto a acelerar a prestação

É pensar, por outro lado, em elementos de prova de alguma forma pré-constituídos (em juízo ou fora dele) e que permitam ao juiz antecipar a tutela e, assim, restabelecer o equilíbrio entre as partes, pela redistribuição do ônus do tempo decorrente do processo, a partir da plausibilidade das alegações das partes e sua probabilidade de êxito. Embora o pleito de antecipação seja, indubitavelmente, um ônus a cargo da parte interessada,<sup>27</sup> não há como negar que a antecipação da tutela atende ao interesse público.<sup>28</sup>

Nas situações acima figuradas, portanto, parece irrefutável que, embora a prova se apresente como ônus para o interessado, há evidente interesse do Estado em conhecer os fatos relevantes tão rapidamente quanto possível, quer para pôr termo a um processo inviável (e, nessa medida, indesejável para o Estado), quer para resolver a controvérsia mais rapidamente, ainda que o faça – como no caso da antecipação de tutela – de forma provisória.

Finalmente, convém lembrar que o sistema prevê formas de sumarização da tutela, mediante técnicas de cognição adequadas (como ocorre no mandado de segurança ou na ação monitória,<sup>29</sup> por exemplo),

jurisdicional, prestigiando o escopo social do processo. Se essa técnica, em tempos de antecipação da tutela, parece algo pouco relevante, é preciso considerar que ao tempo do advento do Código de 1973 a alteração soava como um avanço digno de nota, a ponto de se ter que justificar a constitucionalidade do instituto (cf. Ada Pellegrini Grinover, “O julgamento antecipado da lide: enfoque constitucional”, *RePro* 5/11). Ademais, o instituto pode ganhar renovada importância diante de eventual alteração da regra consagrada pelo art. 520 do CPC, passando o recurso de apelação a ser desprovido, em princípio, de efeito suspensivo.

27. Distinguindo-se, nesse aspecto, do provimento tipicamente cautelar, na medida em que este, ao menos em tese, destina-se exclusivamente a garantir a utilidade e eficácia de outro provimento – e, nessa medida, está claramente a serviço do próprio Estado; o que justifica sua concessão inclusive de ofício pelo juiz. Contudo, há quem admita também a concessão da tutela antecipada de ofício. Assim: George Marmelstein Lima, “Antecipação da tutela de ofício?”, *Revista da Ajuris* 86/139 e ss.; e Benedito Pereira Filho, “Tutela antecipada: cessão de ofício?”, *Revista da Ajuris* 95/38 e ss.

28. V., ainda, *infra*, n. 18, ao se tratar do ônus da prova e do ônus do tempo no processo.

29. Certo que o título executivo extrajudicial não é, tecnicamente falando, *prova* da obrigação e, da mesma forma, não pode ser considerado como um *documento* (cf. Liebman, *Processo de execução*, 5ª ed., pp. 20-22, e Cândido Dinamarco, *Execução civil*, pp. 485-487). Contudo, é inegável que o título envolve, ainda que em sentido muito largo, uma forma de documentação de dada obrigação, a proporcionar “rapidez e segurança”, conforme já destacara Carnelutti ao qualificar o título como “prova legal” (cf. *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, pp. 821-823, especial-

justamente em função da existência de prova pré-constituída.<sup>30</sup> Nesses casos, a relevância da prova para o interesse público – distanciando-a em alguma medida do conceito de um simples ônus da parte interessada – evidencia-se pela circunstância de que, se pré-constituída, ela determina a via processual, isto é, o modo pelo qual há que se exercer o poder estatal. Além disso, em tais casos a celeridade que se pode imprimir ao processo é certamente um fator desejado pelo sistema, quer pela economia, quer pela eficiência.<sup>31</sup> Mais uma vez a senso contrário, a falta de tais elementos de cognição (novamente porque inviável sua obtenção preliminar, ou simplesmente porque o interessado não se desincumbe do respectivo ônus), ainda que vista sob a ótica de um encargo do interessado, não deixa de ser danosa para o interesse público.

Em suma, embora a prova possa ser qualificada como um ônus dos interessados, seu caráter instrumental em relação aos escopos da jurisdição (não apenas o jurídico, mas também ele) mostra que a falta dela – inclusive aquela que possa de alguma forma ser pré-constituída ou produzida antecipadamente – não se resolve exclusivamente em prejuízo do interesse da própria parte.

### 9. ônus da prova subjetivo e objetivo: exame crítico

As considerações expendidas nos tópicos precedentes, para além da relevância que têm sob o ângulo da teoria geral do processo e para a

mente letra “e”) e, depois, como “prova integral” (cf. “Titolo esecutivo”, *Rivista di diritto processuale civile* 5). Ademais, é recorrente em parte expressiva da doutrina a ligação entre título e probabilidade de existência do direito material (cf. Luigi Montesano, *Condanna civile*, § 53; Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 450). Isso parece justificar que se empregue em relação ao título executivo raciocínio muito próximo daquele que se emprega no texto em relação à prova pré-constituída: ambos elementos relevantes na avaliação dos riscos e das chances das partes em juízo.

30. Em estudo que levantou dados sobre a conciliação e a mediação em São Paulo, Fernando César Nimer Moreira da Silva observou, ilustrando o que está no texto, que “a dívida condominial é facilmente comprovável, e há maior certeza sobre a probabilidade da parte vencer ou perder um eventual litígio no Judiciário, reduzindo as incertezas quanto a uma decisão”. Segundo o autor, “Na amostra de casos analisada, as partes demandantes têm chegado a um acordo, geralmente com o parcelamento do débito em favor do condômino inadimplente” (cf. “Conciliação e mediação em São Paulo, Brasil: evidências empíricas”, p. 26).

31. Ainda que se corra o risco, como ocorre no mandado de segurança, de, ao final, ser impossível julgar o mérito, justamente porque não há prova pré-constituída e por ser necessário remeter o autor para procedimento que admita dilação probatória com outras e maiores dimensões.

determinação mais precisa do papel que a prova – inclusive a antecipada ou pré-constituída – desempenha no sistema, prestam-se também a preparar o exame de questão relevante, e que consiste em saber se, afinal de contas, as regras pelas quais são atribuídos os ônus de provar são dirigidas apenas ao juiz, ou também às partes.

O tema, não obstante sua amplitude, guarda relação importante com o objeto do presente estudo. Conforme se busca demonstrar na seqüência, a ênfase para o aspecto objetivo do ônus da prova – conquanto tecnicamente correta – tende a fazer com que o tema gravite apenas em torno da figura do juiz; ao passo que o devido realce para o aspecto subjetivo do aludido encargo estabelece vínculo importante entre a prova e os sujeitos parciais. E, nesse contexto, tem relevância a antecipação da prova mesmo fora das hipóteses de urgência.

Com tais esclarecimentos, é possível dizer que, sem embargo do aspecto subjetivo, que, como dito, deve ser destacado, não há como negar um aspecto objetivo às regras de distribuição do ônus da prova.

Conforme ressaltou e continua a enfatizar a doutrina,<sup>32</sup> sob o ângulo do juiz – ou do processo<sup>33</sup> – não importa quem tenha produzido a prova,<sup>34</sup> falando-se, então, nos princípios de aquisição ou de comunhão dos elementos probatórios.<sup>35</sup> Não é admissível, nesse contexto, que o juiz deixe de julgar ao argumento da ausência de prova; e, assim, forçosamente terá ele que carrear a uma das partes as conseqüências gravosas da ineficiência daquela.<sup>36</sup> Mais que isso, sob o ângulo objetivo, a regra encerra uma garantia contra o arbítrio, ao traçar um parâmetro racional para o julgamento diante do estado de ignorância acerca dos fatos;<sup>37</sup> e,

32. Contudo, v. ressalva e crítica constantes do tópico seguinte.

33. Assim, Eduardo Cambi, *A prova civil*, p. 319.

34. Sob o ângulo do julgamento e, dentro dele, da valoração da prova, é corrente a idéia de que a eficácia probatória não aumenta nem diminui em função de ter sido produzida por quem se incumbia do ônus probatório ou por seu adversário (cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de direito processual civil*, Primeira Série, p. 61, e Eduardo Cambi, *A prova civil*, p. 320).

35. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, pp. 83-84. De forma análoga, Rui Portanova, *Princípios do processo civil*, p. 217.

36. Cf. Gian Antonio Micheli, *L'onere della prova*, pp. 177 e ss.; Giovane Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, pp. 57 e ss.

37. Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 146. V. também Eduardo Cambi, *A prova civil*, pp. 331-332. Embora a doutrina reconheça – com razão – que as regras sobre ônus da prova, vistas sob o ângulo objetivo, não são exatamente incompatíveis com a adoção do princípio inquisitório na

vista nessa perspectiva, a disciplina do ônus da prova parece inclusive escapar ao âmbito do chamado *principio dispositivo*.<sup>38</sup>

Tais considerações sugerem que o aspecto objetivo prevaleceria sobre o meramente subjetivo,<sup>39</sup> se é que não o excluiria completamente. Dessa forma, justificar-se-iam as idéias de que, primeiro, as regras de distribuição do ônus da prova não disciplinam sua produção<sup>40</sup> e, segundo, de que delas somente se cogita no momento do julgamento. Como esse último cabe ao juiz, é a este que tais regras, em última análise e sob esse enfoque, dirigem-se-iam.

Nessa perspectiva, não sendo uma regra que orienta a produção da prova (aspecto que mais facilmente revelaria o aspecto subjetivo do ônus, na medida em que o ligaria às partes), a distribuição do ônus de provar só teria conotação subjetiva no próprio ato de julgamento, quando, então, o juiz atribui a um dos sujeitos parciais as conseqüências desfavoráveis decorrentes da ausência da prova, sendo esse, eventualmente, o caso. Por assim dizer, a regra de distribuição do ônus da prova se “subjetivaria”, de forma concreta, apenas no próprio ato de julgamento.

Esse último aspecto – convém ressaltar, desde logo – gera alguma perplexidade, porque no âmbito doutrinário, mesmo quando se enfatiza o caráter objetivo do ônus da prova (como regra de julgamento), não raro se faz distinção entre a apreciação da prova, de um lado, e a aplicação da regra do ônus de provar, de outro; ou seja, entre os atos de valoração e de julgamento propriamente dito.<sup>41</sup>

Embora a distinção se afigure logicamente correta,<sup>42</sup> parece ser questionável a utilidade metodológica do desligamento. Dizer, nesse particular, que o domínio do ônus da prova começa onde termina o da

atividade da instrução (cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de direito processual civil*, Segunda Série, p. 79).

38. Assim, na doutrina recente, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, *O ônus da prova no direito processual civil brasileiro*, pp. 153-155.

39. Faz idêntica cogitação Rui Manuel de Freitas Rangel, *O ônus da prova no processo civil*, p. 127.

40. Assim José Carlos Barbosa Moreira, ao ressaltar que as regras sobre ônus da prova “não dizem respeito, na verdade, nem aos meios de prova – o que parece bastante óbvio –, nem mesmo à atividade de instrução” (cf. *Temas de direito processual civil*, Primeira Série, p. 61).

41. Assim, Gian Antonio Micheli, *L'onere della prova*, p. 194.

42. Não há dúvida de que a atividade mental do juiz pela qual conclui não saber o que efetivamente se passou, em razão da falta ou da ineficiência da prova, se distingue da atividade pela qual aplica a regra de distribuição do ônus da prova. Aliás, aquela funciona como premissa lógica desta. Para exame dessa ordem, com

persuasão racional não parece completamente certo quando se constata que a insuficiência da prova – que impõe o recurso à regra de distribuição do respectivo ônus – pode resultar precisamente da liberdade que tem o juiz na formação de seu convencimento:<sup>43</sup> quando o juiz reconhece que não há prova dos fatos controvertidos e relevantes, isso não resulta necessariamente da rigorosa ausência (material) de qualquer elemento de prova.<sup>44</sup>

Pelo contrário, isso pode significar que o juiz valorou negativamente a prova produzida nos autos, e que a teve por inoperante. Para ilustrar, o juiz pode reputar que a prova exclusivamente testemunhal é inadmissível, ou inidônea (v.g., porque suspeita), ou que, afinal de contas, somente reportou fatos estranhos ao litígio; ou, ainda, que as cópias simples de certos documentos não têm, no caso, eficácia probatória; ou que a perícia realizada não pode ser conclusiva; ou que a confissão não produz efeitos, diante da indisponibilidade do direito controvertido; ou que a prova é ilícita – e, portanto, inadmissível.

Ademais, nos casos de inversão do ônus da prova pelo juiz, não se descarta ser imprescindível que, para fazê-lo, precise o magistrado justamente examinar e valorar o contexto probatório.<sup>45-46</sup>

considerações análogas em matéria de prova e de presunções, v. José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de direito processual civil*, Primeira Série, pp. 58-59.

43. Embora em contexto diverso e sem encampar o quanto se sustenta no texto, Barbosa Moreira, ao tratar da autoridade da coisa julgada que tem a sentença que julga improcedente a demanda pela insuficiência da prova, observou, expressamente, que: “A aplicação das normas sobre distribuição do *onus probandi* constitui, em certo sentido, como elemento de motivação, um sucedâneo da prova faltante” (cf. *Temas de direito processual civil*, Segunda Série, p. 81).

44. Mesmo as situações que poderiam conduzir ao *non liquet* constituem uma exceção à regra, conforme lembrou Rui Manuel de Freitas Rangel (cf. *O ônus da prova no processo civil*, p. 130).

45. Se a efetiva inversão do ônus da prova, pelo juiz, apenas se consuma no próprio ato de julgar, isso está associado à idéia, destacada por Cândido Dinamarco, de que “antes ainda não se conhecem os resultados mais conclusivos ou menos conclusivos a que a instrução probatória conduzirá; a própria *verossimilhança* das alegações do consumidor, eventualmente sentida pelo juiz em algum momento inicial do procedimento, poderá ficar prejudicada em face das provas que vierem a ser produzidas e alegações levantadas pelo adversário” (cf. *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, p. 83).

46. Aparentemente de acordo, Humberto Theodoro Jr. observou, a propósito da chamada *inversão do ônus da prova* no contexto das relações de consumo, que “não se pode cogitar da verossimilhança de um fato ou da hipossuficiência da parte para prová-lo sem que haja um suporte probatório mínimo sobre o qual o juiz possa

A pretendida desvinculação, por outro lado, parece partir da visão, que já se apontou ser incompleta, de que a prova – incluindo-se, aí, as regras sobre a distribuição do respectivo ônus – tem como destinatário exclusivo o juiz e de que a valoração daquela só se faz pelo agente estatal. Tal idéia, recorrente na doutrina processual, parte da premissa, para a qual já se acenou em tópico precedente, de que a função da prova é apenas a de convencer o magistrado acerca dos fatos.<sup>47</sup> Daí se explica a tendência de colocar o juiz “no centro do problema probatório”<sup>48</sup>

Isso não parece ser exato, porque, antes ou mesmo durante o processo, a prova produzida, conforme já mencionado, dirige-se também à formação do convencimento das partes a propósito de suas chances de êxito, sendo, assim, determinante de suas condutas.<sup>49</sup> Portanto, quando menos sob o ângulo dos sujeitos parciais, a consideração de seu ônus de provar é indissociável da valoração que possam fazer acerca das provas produzidas, ou daquelas que projetem possam ainda produzir. As partes só podem avaliar se tais ou quais meios de prova foram – ou, melhor ainda, se serão – suficientes para as desincumbir dos respectivos ônus se e na medida em que fizerem um juízo de valor acerca daqueles (ainda que, por seu turno, façam-no projetando a valoração que o juiz,<sup>50</sup> ao julgar, faria ou fará).

#### 10. segue: ônus objetivo e irrelevância na iniciativa da prova (crítica)

Além disso, ainda sob o ângulo do julgamento, que é o ponto central da perspectiva objetiva do ônus da prova, parece conveniente rever a idéia, largamente consolidada, segundo a qual, na apreciação do conjunto probatório e na eventual aplicação da regra de distribuição do citado encargo, não é relevante saber *quem* tenha tido a iniciativa de trazer aos

deliberar para definir o cabimento, ou não, da inversão do ônus da prova” (cf. *Curso de direito processual civil*, vol. I, p. 464).

47. V., supra, n. 10. Em reforço, v. também: José Frederico Marques, *Manual de direito processual civil*, vol. II, p. 179; Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, p. 44; Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, vol. II, p. 196.

48. Idéia expressada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, t. I, p. 67.

49. Embora feita em âmbito mais específico, oportuna é a assertiva de José Marcelo Menezes Vigliar, de que, no inquérito civil, o Ministério Público é o primeiro destinatário da prova (cf. *Ação civil pública*, p. 99).

50. Ou a lei, nas exceções legais que estabeleçam hipóteses de prova legal.

autos ou de produzir os elementos de prova;<sup>51</sup> idéia que, efetivamente, só se pode entender como impedimento à eventual e absurda desconsideração de prova trazida aos autos pela parte que não tinha o ônus de fazê-lo (se considerado tal encargo a partir do ônus de alegação de fatos constitutivos pelo autor e impeditivos, modificativos ou extintivos pelo réu).

Sobre isso, desde logo parece, quando menos, irrealista imaginar – ainda que sem considerar o momento de valoração da prova – que a iniciativa da respectiva produção por um dos sujeitos parciais seja um dado absolutamente indiferente ao processo. Não é de hoje que a credibilidade pessoal de cada qual dos litigantes, associada à verossimilhança das respectivas alegações, é reconhecida como dado relevante na formação do convencimento do juiz. Assim, em certos casos é possível reconhecer uma provisória relevância probatória mesmo à simples alegação das partes – de sorte a atenuar o rigor do princípio tradicional segundo o qual as afirmações de fato que a parte faz em seu próprio favor não têm o condão de provar –, dando-lhe uma conotação análoga à da prova testemunhal.<sup>52-53</sup>

Afora esse relevante aspecto, a desconsideração da origem subjetiva da prova afigura-se contraditória com a idéia, decorrente da própria visão objetiva, segundo a qual as regras sobre distribuição do ônus da prova podem ser alteradas (“invertidas”) apenas no momento da sentença, precisamente porque das partes se espera o máximo esmero na ativi-

51. Expresso, a respeito, José Carlos Barbosa Moreira: “Em última análise, não é o comportamento da parte onerada que está em causa. Os resultados da atividade instrutória são apreciados pelo órgão judicial sem qualquer valoração, positiva ou negativa, desse comportamento” (cf. *Temas de direito processual civil*, Segunda Série, p. 75).

52. É idéia que se encontra em clássica página de Calamandrei, “Verità e verosimiglianza nel processo civile”, *Rivista di diritto processuale* XI/187, Parte I; e que depois foi explorada também por Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Primeira Parte, pp. 251-252.

53. Embora a jurisprudência, entre nós, reconheça que não cabe à parte requerer o próprio depoimento pessoal (cf. Theotônio Negrão-José Roberto F. Gouvêa, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 493, nota 3a ao art. 343 do CPC), há julgamento encampando a idéia de que: “Diante do princípio da liberdade do juiz na valoração da prova (art. 131 do CPC), é possível que o magistrado, fundamentando adequadamente a sentença, confira ao depoimento pessoal a natureza de fonte probatória em favor do próprio depoente” (cf. ob. cit., p. 483, nota 2 ao art. 343 do CPC). Em doutrina, admitindo o depoimento pessoal do réu (tomado de ofício pelo juiz) quando desacompanhado de advogado em audiência inicial em procedimento sumário, como forma de “mitigar os rigores da presunção de veracidade decorrente da revelia”, v. Cândido Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, p. 754.

dade de instrução.<sup>54</sup> Ora, se a dita inversão do ônus da prova tem como premissa a verificação de que uma das partes poderia ter produzido certa prova e de que não teve essa iniciativa, parece irrefutável que isso considera, quando menos sob uma ótica negativa, a iniciativa da parte em relação à prova (no caso, a falta dela).<sup>55</sup> Portanto, mesmo no ato de julgar é relevante saber *quem* não produziu a prova embora eventualmente pudesse tê-lo feito, até mesmo com maior facilidade.

Além disso, embora sem tentar penetrar no impenetrável domínio da psique do juiz, também não soa realista afirmar que o esmero ou a indiferença das partes – de um modo geral e, portanto, também em matéria de prova – sejam absolutamente indiferentes ao magistrado. O grau de empenho e de comprometimento das partes com o processo – não apenas sob o ângulo contrário e negativo da improbidade processual – parece ser um dado considerado pelo julgador,<sup>56</sup> ainda que inconscientemente, quando tem que apreciar a prova e “intuir o correto enquadramento jurídico”.<sup>57</sup>

54. Sobre isso, v., por todos, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, ao sustentar a possibilidade de tal inversão apenas no momento da sentença: “Durante o *iter*, a parte não deve medir esforços para comprovar os fatos sobre os quais fundamenta suas pretensões e demonstrar a inexistência dos fatos que favorecem a outra parte, a fim de maximizar a possibilidade de êxito” (cf. *O ônus na prova no direito processual civil brasileiro*, p. 160).

55. Em desacordo, embora falando anteriormente à vigência do Código de Defesa do Consumidor, José Carlos Barbosa Moreira: “Se persistiu a obscuridade, em nada aproveita à parte onerada alegar que fez, para dissipá-la, tudo que estava ao seu alcance, e portanto nenhuma culpa se lhe pode imputar” (cf. *Temas de direito processual civil*, Segunda Série, p. 75).

56. Apenas para ilustrar, tome-se sentença revista – e reformada em votação majoritária – pelo TRE/SP (Rec. crim. 1.949, rel. Des. Marco César) na qual o magistrado de primeiro grau condenara o réu pelo crime de compra de votos e, ao dosar a pena, considerara como circunstância qualificadora a recusa do réu em fornecer os nomes de outras pessoas que, ao ver do magistrado e segundo o que resultaria dos autos, estariam envolvidas na prática delituosa. Em outro caso julgado pelo mesmo Tribunal (Rec. crim. 1.981, rel. Juiz Flávio Yarshell) várias pessoas foram acusadas de distribuição ilegal de material de propaganda eleitoral. Apenas uma delas, embora intimada pessoalmente em quatro diferentes oportunidades, deixou de comparecer a juízo, permanecendo revel. As demais compareceram e firmaram transação penal que, devidamente cumprida, levou à extinção da punibilidade em relação a tais pessoas. Em termos estritamente jurídico-formais, não se poderia sustentar uma condenação com base no descaso da parte em relação ao Poder Judiciário. Contudo, em termos realistas, parece mesmo difícil negar o peso – realçado nos fundamentos da sentença recorrida – do comportamento da parte (sua inércia) na formação do convencimento e na valoração da prova tida como suficiente para a condenação (no caso, confissão na fase policial e declarações dos policiais que apreenderam o material).

57. A expressão é de Cândido Rangel Dinamarco (cf. *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., p. 231).

Embora sabidamente não se confundam as relações jurídicas material e processual – e, portanto, não se confundam as condutas das partes num e noutro plano –, a postura adotada em juízo pode, quando menos empiricamente, ser um indicativo de como as coisas se passaram no plano extraprocessual. Um mau pagador pode ser um litigante leal e, por outro lado, um réu ímprobo no processo pode até estar amparado pelo direito material e, portanto, ter razão. Mas seria negar a realidade supor que os dois fenômenos não interagem na mente do juiz e que isso, portanto, não se aplica em tema de prova.<sup>58</sup> Dessa forma, não parece incorreto extrair do comportamento das partes – incluindo-se, aí, a atividade probatória – verdadeiro *argumento de prova*.<sup>59</sup>

Por outro lado, a idéia de absoluta indiferença da iniciativa da prova produzida em relação ao processo – e mesmo à valoração que o material de instrução possa merecer – parece ser desmentida pelo direito positivo, se considerada a experiência brasileira.

Em tema de prova documental, por exemplo, é pensar na regra do art. 392, parágrafo único, do CPC, ao considerar que não se procede ao exame pericial sobre o documento acimado de falso se a parte que o produziu concordar em retirá-lo; ou na regra do art. 389, II, que atribui o ônus da prova da contestação da assinatura “à parte que produziu o documento” (e não àquela que formulou a objeção, como seria ordinário). Nesses casos, embora ainda sem repercussão direta sobre a valoração da prova e sobre o ato de julgamento, é relevante para o sistema saber *quem* tomou a iniciativa da produção da prova.

Mas, mesmo sob o prisma da valoração, não parece ser completamente irrelevante saber quem tomou a iniciativa, por exemplo, de trazer dado documento ao processo; especialmente se no momento do julgamento se extrair do respectivo conteúdo elemento que desfavoreça a parte que o trouxe aos autos, quando menos pela circunstância de que,

58. Ainda que empiricamente e sem base científica qualquer, parece válido argumentar com a reação de magistrados em audiências de conciliação às quais não comparecem a parte ou seu procurador, casos em que muitas vezes a ausência é tomada como verdadeira desconsideração – até desrespeito – em relação ao juízo; quando, a bem da verdade, poderia ser apenas encarada como recusa ou impossibilidade de se chegar a uma solução de autocomposição.

59. Sobre o tema, no Direito Italiano, v. Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, pp. 453-455, e Gian Franco Ricci, *Principi di diritto processuale generale*, pp. 367-368. Entre nós, Moacyr Amaral Santos afirmou que “a própria atividade desenvolvida no processo pelo litigante pode fornecer elementos de prova, aparecendo, então, ao espírito do juiz como preciso objeto de prova” (*Prova judiciária no cível e comercial*, vol. I, p. 51).

ao fazê-lo, reconheceu sua autenticidade e veracidade de conteúdo, em um mecanismo algo análogo à confissão. Certo que não se confundem a formação do documento – que antecede o momento processual – e sua produção (juntada) em juízo. Contudo, mesmo considerando apenas esta última, a iniciativa de produção da prova no processo não pode ser tida como completamente irrelevante para a valoração do quadro probatório.

Em tema de prova testemunhal considerações análogas podem ser feitas: na mesma medida em que as declarações da testemunha que favoreçam a parte que a arrolou possam eventualmente ser vistas com algum cepticismo decorrente da mencionada origem, declarações prestadas em desfavor da parte que arrolou podem ser tidas como mais rigorosamente isentas e, portanto, dignas de maior consideração. Certo que os vínculos ou situações que tornam tecnicamente suspeita ou impedida a testemunha antecedem o processo ou, ao menos, estão situados fora dele. Contudo, a experiência mostra que, diante da impossibilidade de se comprovar a preexistência de um vínculo (de amizade, v.g.) entre a parte e a testemunha, o simples ato de arrolar pode ser indicativo de relação que prejudique a “atendibilidade” da prova;<sup>60</sup> ou que, eventualmente, a prestigie.<sup>61-62</sup>

Ainda nessa seara, embora não se reflita diretamente sobre a valoração da prova, a iniciativa na produção da prova testemunhal acaba sendo reflexamente relevante para tanto na hipótese prevista pelo art. 409, I, do CPC: na medida em que a parte que arrola o juiz como testemunha não pode, diante da aceitação pelo magistrado dessa qualidade, desistir de seu depoimento. A iniciativa é relevante porque leva, ainda que indiretamente, à obrigatoriedade da produção da prova; e, nessa medida, é

60. É pensar nas hipóteses, extraídas apenas da experiência comum, nas quais um conhecido da vítima estava “coincidentalmente” passando pelo local do acidente no exato momento em que este ocorreu.

61. Colhe-se na jurisprudência entendimento segundo o qual: “Pai e mãe podem ser ouvidos como testemunhas quando arrolados pelo adversário do filho” (cf. Theotônio Negrão-José Roberto F. Gouvêa, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 519, nota 1b ao art. 405 do CPC). Quer dizer: se o filho arrola (ato estritamente processual, que marca a iniciativa da prova produzida) o pai e a mãe, a prova é inadmissível ou, quando menos, carece de “atendibilidade”. Mas se a iniciativa vem do adversário do filho, então, a prova passa a ser admissível e digna de ser valorada segundo a persuasão racional.

62. Também na jurisprudência colhe-se que: “Se a pessoa arrolada é parente, em grau proibido, de ambas as partes, cessa o impedimento para depor (JTA 122/316, *RePro* 33/256)”. Embora a idéia seja efetivamente discutível (cf. Marcelo Cintra Zarif, em comentários ao referido acórdão, in *Repro* 33/258), o julgamento mostra que não é rigorosamente exata a idéia de que, pelo princípio da aquisição, é absolutamente irrelevante saber quem requer e produz a prova.

inegável a repercussão que terá no momento da valoração, pela simples razão de que é elemento constante dos autos.

Em tema de prova pericial, finalmente, considerações trazidas por um dos assistentes técnicos em eventual reconhecimento da posição defendida pelo oponente do assistido (o que ao menos em tese é possível, diante do caráter técnico da controvérsia que enseja esse tipo de prova) certamente terão peso relevante resultante da iniciativa da prova. Não se trata tecnicamente de confissão, porque o assistente técnico não pode ser considerado procurador da parte, menos ainda com poderes para confessar. Aliás, o objeto de seu trabalho não é exatamente o fato controvertido, mas sua qualificação técnica. No entanto, a origem do elemento de prova é decisiva para a respectiva valoração, pelo reconhecimento acerca de determinado dado de fato que encerra.<sup>63</sup>

## 11. ônus da prova subjetivo: avaliação de riscos e de chances pelas partes

A partir das considerações feitas nos tópicos precedentes, parece lícito prosseguir para dizer que, não obstante o inegável reconhecimento do aspecto objetivo do ônus da prova, não é possível nem desejável desconsiderar seu aspecto subjetivo, inclusive de forma não necessariamente vinculada ao ato de julgamento estatal.<sup>64</sup>

Primeiro, sob o prisma puramente lógico, desvincular essa posição jurídica dos sujeitos parciais importaria descaracterizá-la como um autêntico ônus, que a toda evidência não pode ser de titularidade do juiz (que, no processo, exerce essencialmente poderes e se sujeita a deveres).<sup>65</sup> Para operar tal desvinculação, sob aquele prisma, seria preciso encontrar outra forma de qualificar o fenômeno, adequando-se a

63. Em reforço, convém lembrar que a origem da prova não deixa de ter alguma relevância a propósito da regra do art. 429 do CPC, segundo a qual prova tipicamente testemunhal poderia vir aos autos por iniciativa do experto. A iniciativa é relevante porque precisa ser vista com reservas, sendo correto o entendimento pretoriano segundo o qual: “O perito não pode ser transformado em um pesquisador de prova testemunhal” (cf. Theotônio Negrão-José Roberto F. Gouvêa, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 532, nota 2 ao art. 429 do CPC).

64. De acordo (embora com argumentos parcialmente diversos dos que constam do texto acima): Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, *O ônus da prova no direito processual civil brasileiro*, p. 142.

65. Substancialmente de acordo, Rui Manuel de Freitas Rangel, *O ônus da prova no processo civil*, p. 128, com referências bibliográficas. De forma análoga, Cândido Rangel Dinamarco indagou: “Mas conceitualmente é concebível algum

terminologia, dada a impropriedade de qualificar como “objetivo” algo que conceitualmente é subjetivo.<sup>66</sup>

Mas, para além dos aspectos conceitual e terminológico (que não são irrelevantes), encarar as regras sobre ônus da prova exclusivamente sob um prisma objetivo – como regras de julgamento – é desconsiderar o papel que elas desempenham sobre o comportamento das partes no processo e mesmo antes dele.<sup>67</sup>

Quanto às partes, conforme já se acenou, sua avaliação de chances e riscos em um dado processo – futuro ou mesmo em curso – é influenciada, de forma relevante, pela prova de que disponham ou de que necessitem dispor<sup>68</sup> – sendo essas últimas determinadas justamente em função dos ônus que tenham para si atribuído.<sup>69</sup> E dessa avaliação não pode ser simplesmente desconectado o tema do ônus de provar, porque a consciência da atribuição do encargo há também que nortear aquele tipo de avaliação.<sup>70</sup>

ônus que seja objetivo e não subjetivo?” (cf. *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, p. 82).

66. Esse aspecto não passou despercebido à doutrina. V., a respeito: Leo Rosenberg, *La carga de la prueba*, pp. 18-19; Gian Antonio Micheli, *L'onere della prova*, p. 95; José Carlos Barbosa Moreira, “O juiz e a prova”, *RePro* 35/181; Eduardo Cambi, *A prova civil*, p. 317.

67. Aqui, diversamente do que se fizera nos tópicos precedentes, enfatiza-se não exatamente o papel que a prova – produzida antecipadamente ou não – desempenha em relação às partes, mas, como dito no texto, a influência que as regras sobre distribuição do ônus de provar têm sobre a conduta, processual ou não, das partes.

68. A determinação das chances da parte é, aliás, diretamente ligada à idéia de ônus – e, em particular, o de provar (cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., p. 239). De forma análoga, Barbosa Moreira lembra que, mesmo se visto sob o ângulo objetivo, impondo a necessidade de o juiz julgar ainda que a prova não esclareça os fatos, o encargo, exatamente por isso, está diretamente ligado à idéia de risco (cf. *Temas de direito processual civil*, Segunda Série, pp. 74-75).

69. Na doutrina portuguesa, Rui Manuel de Freitas Rangel enfatizou que: “O instituto do ônus da prova encontra-se ligado, intimamente e de forma direta, à actividade das partes. Toda a actividade processual das partes em litígio é fundamental para a compreensão e correcta aplicação do ônus da prova” (cf. *O ônus da prova no processo civil*, p. 95). Esse mesmo autor salientou que: “O horizonte da prova é constituído pelo comportamento presumido racional de todo sujeito que age neste contexto em circunstâncias igualmente normais” (p. 113). Relacionando prova e risco, embora sob enfoque um tanto diverso, v., entre nós, Eduardo Cambi, *A prova civil*, p. 316.

70. De forma diversa, v. Sérgio Arenhart, “Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro”, *Revista jurídica* 343/29-30, maio/2006.

A propósito, o estabelecimento, no ordenamento jurídico, de *presunções* parece confirmar a idéia de que as regras pelas quais se atribui o ônus da prova podem e devem ser entendidas como dirigidas também aos sujeitos parciais, de sorte a influenciar seu comportamento. É que, como sabido, a função prática das *presunções* é precisamente a de atuar na distribuição do aludido encargo<sup>71</sup> e, nessa medida, de facilitar a prova<sup>72</sup> – facilitação que só se pode entender mais adequadamente quando se encara o fenômeno sob o ângulo das partes, e não apenas do juiz.

No caso das *presunções* relativas, a parte a quem as mesmas desfavorecem sabe que, uma vez em juízo, terá o encargo de provar que o fato presumido não ocorreu ou, por outro lado, de que se verificou fato extintivo, impeditivo ou modificativo a infirmar, quando menos, os efeitos jurídicos atribuídos ao fato presumido. Portanto, sabedor dessa circunstância, o interessado há que considerá-la para nortear sua conduta, quer no processo, quer fora dele.<sup>73</sup> No caso extremo das *presunções* absolutas, o interessado sabe, mais ainda, que sua atividade probatória acerca do fato presumido será simplesmente irrelevante e, portanto, não há como negar que a regra – afetando, ainda que indiretamente, a atividade processual<sup>74</sup> – se dirige também às partes.<sup>75</sup>

71. Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de direito processual civil*, Primeira Série, p. 60 – bem ressaltando que a instituição da *presunção* não significa necessariamente uma inversão do ônus da prova, na medida em que, em tese, é possível que a *presunção* desfavoreça aquele que, no processo, já estaria mesmo encarregado de produzir certa prova (cf. ob. cit., pp. 60-61).

72. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, p. 114. Segundo ele, a facilitação da prova pode ser motivada por diferentes fatores, dentre os quais até mesmo a segurança (dá o exemplo da *presunção* que decorre do registro imobiliário) e a estabilidade familiar. Portanto, a consideração de valores assim claramente situados no plano material, embora com a mencionada repercussão processual, apenas reforça a idéia de que atribuição de ônus da prova – ainda que pela via da *presunção* – é tema diretamente afeto às partes, e não apenas ao órgão judicial.

73. Inclusive porque eventualmente possível pré-constituir prova.

74. De acordo, no tocante à relação indireta mencionada no texto: Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, p. 117.

75. Sobre o tema, José Carlos Barbosa Moreira afirmou peremptoriamente que a *presunção* absoluta “nada tem a ver com o processo: a sua relevância manifesta-se por inteiro no plano do direito material”. A dispensa, disse o Mestre, não é – como na *presunção* relativa ocorre – da prova, mas do fato, afirmando que “o fato presumido é fato sem relevância jurídica” (cf. *Temas de direito processual civil*, Primeira Série, p. 64). Embora se possa, refletindo sobre tais assertivas, insistir nas repercussões processuais que a *presunção* absoluta pode acarretar (por exemplo, tornar inadmissível a prova requerida, porque desprovida de utilidade e, portanto, porque

De forma coerente com esse raciocínio, mesmo quando se pensa nas presunções judiciais – resultantes de máximas de experiência – não se pode descartar a influência que as mesmas tenham, ou que possam ter, sobre a conduta das partes no processo ou, mais uma vez, antes dele. Ainda que as ilações extraídas pelo magistrado a partir da ocorrência de certos fatos (para concluir que outros aconteceram) se restrinjam ao caso concreto, dando origem a verdadeiras regras “juridicizadas”,<sup>76</sup> não raro aquelas resultam do alinhamento a outras fixadas em precedentes pelos tribunais; as quais, por seu turno, podem resultar em orientações jurisprudenciais,<sup>77</sup> que podem e devem ser levadas em conta pelos interessados (no processo ou antes mesmo dele).<sup>78</sup>

Em alguma medida, a idéia de que as regras sobre ônus da prova se dirigem exclusivamente ao juiz – e não exatamente às partes – peca por uma visão parcial de um fenômeno que pode e deve ser visto de forma mais ampla. A idéia de dirigir as regras de distribuição do ônus da prova exclusivamente para o juiz parece estar ligada à convicção de que o magistrado é o destinatário exclusivo da prova.<sup>79</sup> Trata-se de idéia que precisa igualmente ser revista, porque as partes são também, embora de forma diversa, destinatárias das provas existentes ou que possam ser pré-constituídas – mercê de atos praticados antes do processo ou mesmo pela instauração de processo para essa finalidade. Tanto o juiz quanto as partes realizam atividade de valoração da prova, embora em contextos

ausente o interesse processual para a providência; ou configurar como questão de direito, e não de fato, a eventual negação, por uma dada decisão judicial, de uma presunção absoluta, fato é que, quando menos, o reconhecimento de uma dada presunção absoluta altera o objeto da prova. Mais ainda: dizer que referida presunção opera apenas no plano do direito material é reafirmar que se trata de norma dirigida não propriamente ao juiz, mas mais precisamente aos titulares da correspondente relação substancial.

76. Assim, José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de direito processual civil*, Primeira Série, p. 70.

77. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, p. 121.

78. Apenas para ilustrar, quem colide pela traseira considera – ou, ao menos deve considerar – que a dimensão do correspondente encargo probatório é elemento a ser considerado na avaliação de suas chances em juízo.

79. Assim, por exemplo, Gil do Santos: “Ainda que apresentadas pelo autor e pelo réu, as provas não se destinam a um ou a outro dos litigantes, mas somente ao juiz” (cf. *A prova no processo civil*, p. 5). Essa visão é compartilhada mesmo por quem, como Eduardo Cambi (cf. *A prova civil*, p. 321), aceita que o ônus da prova tem aspecto subjetivo relevante, ao dizer que “a prova não é da parte ou do juiz, mas do processo”.

e com resultados certamente diversos.<sup>80</sup> Nessa ótica, as partes também julgam e deliberam (ir ou não ir a juízo, resistir a dada pretensão ou dela abrir mão, total ou parcialmente); o que as distingue do juiz é que este julga e decide imperativamente.

Não é preciso, a propósito, chegar ao ponto de sustentar a natureza material das normas que regulam o ônus da prova para ressaltar sua ligação com a conduta das partes.<sup>81</sup>

Com efeito, a dinâmica da produção e, especialmente, da valoração da prova pelo juiz – momento em que efetivamente ganha especial relevo a questão do ônus da prova – ocorre no âmbito do processo estatal. Mesmo o peso que as partes dêem aos aspectos da prova sobre os fatos relevantes da controvérsia – neles incluída a questão do respectivo ônus de produção – não deixa de considerar uma espécie de projeção do que razoavelmente se espera poderá ocorrer em juízo.<sup>82</sup> Por outro lado, a afirmação do caráter processual das referidas normas certamente não significa confinar sua aplicação ao ato de julgamento e, portanto, ao juiz. A ligação da prova – incluindo as regras sobre distribuição – com as partes decididamente não infirma o caráter público daquela primeira.<sup>83</sup>

Assim, ainda que não exclusivamente, é com base no conhecimento de seus ônus – inclusive o de provar – que as partes determinam suas condutas no processo,<sup>84</sup> não parecendo lícito que a influência exercida

80. Quando muito, a relação que, em doutrina, é aceita entre a valoração da prova e as partes reside tão-somente no poder de persuasão desempenhado por aquela sobre estas, no contexto da *motivação* da sentença. Na doutrina clássica, v. Calamandrei, *Opere giuridiche*, 1º vol., p. 665. Na doutrina brasileira, v. José Rogério Cruz e Tucci, *A motivação da sentença no processo civil*, p. 22, e Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, 2º vol., p. 215.

81. Certo que a qualificação do fato, sob o ângulo do direito material, pode interferir de forma relevante na atribuição do ônus da prova. É pensar nas hipóteses em que se controverte acerca da responsabilidade civil objetiva ou subjetiva, ou quando se discute se certa relação é, ou não, de consumo.

82. A propósito, Crisanto Mandrioli observou que na prova pré-constituída o efeito de demonstração ou de convencimento – ele está pensando no juiz, naturalmente – é “potencial ou hipotético” (cf. *Diritto processuale civile*, vol. II, pp. 105-106).

83. É tema que se pode inserir no âmbito do “direito processual material” (cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. I, pp. 45-49).

84. Sem propriamente encampar o pensamento defendido no texto, Cândido Dinamarco observou que a imposição de ônus às partes “produz o efeito de motivá-las a participar ativamente do contraditório processual”, de tal sorte que o ônus da

sobre os interessados pelas citadas regras se limitem ao plano puramente psicológico. Se o réu sabe que o ônus da prova dos fatos constitutivos incumbe ao autor, é lícito que se porte no processo em coerência com essa divisão de encargos – e que, afinal de contas, e ao menos em princípio, decorre de uma opção legislativa.<sup>85</sup> Sendo assim, na hipótese assim figurada, nada impede que o réu se limite à negativa dos fatos articulados pelo autor,<sup>86</sup> não se podendo entrever aí uma mera e quiçá infundada manifestação de “excesso de otimismo”.<sup>87</sup>

Se a parte conhece seu ônus de provar e sabe, por exemplo, que ele vem acompanhado do ônus de adiantar as despesas da providência (ou de por elas responder ao final, se vencido),<sup>88</sup> poderá certamente consi-

prova “insere-se nesse contexto de motivações” (cf. *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, p. 71). De forma análoga, e com a mesma ressalva retro, Barbosa Moreira destacou que: “O desejo de obter a vitória cria para o litigante a *necessidade*, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa” (cf. *Temas de direito processual civil*, Segunda Série, p. 74).

85. Sobre o tema, v., infra, n. 15.

86. Substancialmente de acordo: Rui Manuel de Freitas Rangel, *O ônus da prova no processo civil*, p. 141.

87. Em sentido diverso, quanto ao “otimismo da parte”, v. José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de direito processual civil*, Segunda Série, p. 78, e Cecília Matos, “O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor”, *Revista do consumidor* 11/167, com a oposição de Carlos Roberto Barbosa Moreira. Para este, “nenhum ‘excesso de otimismo’ se há de enxergar na atitude do fornecedor que, diante da inércia probatória do consumidor e das normas sobre ônus da prova, aguarda decisão de improcedência do pedido, sem se preocupar com a demonstração de outras circunstâncias, classificáveis entre os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito em discussão” (cf. “Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor”, *RePro* 86/306-307).

88. De forma bastante oportuna, conquanto tratando do inquérito civil, Ricardo de Barros Leonel observou que, juntamente com a ação coletiva, referido instrumento “é um dos meios que se põem a serviço da proteção dos interesses supra-individuais. E o faz por vezes de forma autônoma, como instrumento independente, permitindo não só o prévio esclarecimento de fatos para a formulação da demanda, mas também, em inúmeros casos, o equacionamento da crise verificada no direito material sem a movimentação da máquina judiciária. Isto comprova sua importância, pois a prévia colheita de informações precisas antes da propositura da ação permite a mais adequada tutela judicial, e evita a formulação de demandas infundadas ou temerárias. A possibilidade de equacionamento do conflito na fase pré-processual, com pareceres ou perícias elaboradas por órgãos públicos, representa não somente economia de tempo, em atendimento ao princípio da máxima efetividade para o acesso à justiça e à ordem jurídica justa, mas também economia de dinheiro, parti-

derar essa circunstância e, assim, correr o risco de não realizar a prova ou, eventualmente, até mesmo aferir a conveniência de se engajar na tentativa séria de solucionar a controvérsia mediante alguma forma de autocomposição.<sup>89-90</sup> Mais ainda: se o interessado conhece seu ônus de provar e sabe que ele impõe uma certa dilação de *tempo* necessário à produção da prova (tempo que é, ele mesmo, um fator a onerar a parte), será possível, mais uma vez, que leve em conta essa circunstância para a adoção desta ou daquela conduta no processo.<sup>91</sup>

Nessa medida, portanto, parece fora de dúvida que aludidas regras dizem respeito à produção da prova e, no contexto das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, se caracterizam como verdadeiras regras de conduta das partes.<sup>92</sup>

cularmente para o próprio demandado, que na hipótese de eventual procedência de ação coletiva tem de arcar com o ônus da sucumbência” (Ricardo de Barros Leonel, *Manual do processo coletivo*, p. 331).

89. Os tribunais permitem às partes calcular quanto lhes custaria um processo e justificam assim a tendência para procurar um acordo extrajudicial (cf. Lempert, “More tales of two courts’: exploring changes in the ‘dispute settlement function’ of trial courts”, 13 *Law & society review* 1, pp. 99-100). Entre nós, Eduardo Cambi observou que “saber a quem incumbe a prova é uma medida necessária para se cobrarem as despesas que a atividade probatória pode exigir”; o que demonstra que “o aspecto subjetivo do *onus probandi* não se coloca, tão-somente, no momento da sentença” (cf. *A prova civil – Admissibilidade e relevância*, p. 318). Ilustra bem a idéia o custo de certas modalidades de prova pericial, pela complexidade que encerram, quiçá a exigir a intervenção de diferentes peritos – na forma, por exemplo, do que prevê o art. 431-B do CPC.

90. Em complemento à nota precedente, confirma a assertiva contida no texto a constatação, feita por Fernando César Nimer Moreira da Silva, de que, no âmbito da conciliação, “a ausência de custas, a celeridade e a informalidade do procedimento tornam-no ainda mais atrativo para as partes” (cf. “Conciliação e mediação em São Paulo, Brasil: evidências empíricas”, p. 11).

91. Como bem observou José Marcelo Menezes Vigliar, resultados aleatórios, “somados ao tempo excessivo da duração do processo”, mostram que a sorte na solução dos conflitos idênticos “passa a ser um problema a mais a ser considerado, além de todos os ônus próprios da relação processual” (cf. *Uniformização de jurisprudência – Segurança jurídica e dever de uniformizar*, p. 199). O modelo idealizado para os Juizados Especiais (inicialmente “Juizados de Pequenas Causas”) confirma a assertiva, na medida em que a promessa de celeridade é – certamente, aliada a outros elementos também ligados aos ônus das partes – fator determinante na opção pelo referido procedimento. Assim, ao menos em termos, v. Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do direito processual*, pp. 175 e ss.

92. De acordo: Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, 6ª ed., t. I, p. 424, e Eduardo Cambi, *A prova civil – Admissibilidade e relevância*, p. 317.

**12. ônus de produzir prova antecipadamente para evitar o processo e o julgamento estatal: os mecanismos de instrução preliminar dos sistemas de "common law"**

Ainda na linha dos tópicos precedentes – e sempre com a atenção voltada para a hipótese de trabalho inicialmente figurada –, mais que pensar no ônus da prova em alguma medida desatrelado do ato de julgamento estatal, parece possível e desejável visualizar o ônus de pré-constituir prova – em juízo ou fora dele – com o escopo de evitar a instauração do processo cujo objeto seja a declaração do direito e, portanto, de evitar uma decisão estatal acerca da relação material controvertida.

Para tanto, parece útil examinar, desde logo, e ainda que sumariamente, os mecanismos de instrução preliminar conhecidos nos ordenamentos de *common law*.<sup>93</sup>

Assim, é na Inglaterra – mais especificamente no contexto da *equity* – que se divisa a origem da *discovery*, entendida inicialmente como providência para obter o interrogatório da parte contrária e o depósito de documentos relevantes para a controvérsia, mecanismos desconhecidos do processo *in law*, no qual se chegava ao julgamento (pelo Júri) sem qualquer conhecimento acerca da prova.<sup>94</sup>

Com a fusão dos sistemas da *common law* e da *equity*, ainda no século XIX, a *discovery* tornou-se parte do processo e deu ensejo ao surgimento da fase denominada de *pretrial*. Nesse contexto, após o que se poderia chamar de fase postulatória, surgiu o dever das partes de depositar o rol dos documentos relevantes para a decisão; dever que, inicialmente determinado pelo juiz a requerimento da parte, passou a ser automático no século seguinte. Aliás, já no final do século XIX a Suprema Corte entendeu que não deveriam ser objeto da citada comunicação apenas os documentos relevantes para a demonstração dos fatos alegados no processo, mas aqueles que pudessem reforçar a posição própria e enfraquecer a do adversário.<sup>95</sup>

93. Tratando da antecipação da prova como característica da *common law*, v. Richard Eggleston, *Prova, conclusionem probatoria e probabilitate*, pp. 75 e ss. O exame que segue aproveitará a outras diferentes passagens do trabalho, dada a relevância que os institutos acima enfocados têm em relação ao mecanismo de antecipação da prova fora das hipóteses de urgência.

94. Cf. Chiara Besso, *La prova prima del processo*, pp. 66-68 – lembrando a expressão inglesa de que o *trial* é um *trial by ambush* (cf. ob. cit., p. 68, nota 181).

95. Cf.: J. A. Jolowicz, "Some twentieth-century developments in anglo-american civil procedure", in *On civil procedure*, p. 44; Mauro Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Segunda Parte, pp. 447 e ss.

No século XX o processo civil inglês conheceu reforma estrutural com a edição do *Civil Procedure Act* de 1997 e das *Civil Procedure Rules* de 1998, em vigor a partir do ano seguinte. As mudanças se deveram ao reconhecimento dos elevados custos, do tempo excessivamente longo, da complexidade e do caráter "adversarial" do mecanismo na forma até então vigorante. Em linhas gerais, operou-se transferência do controle das controvérsias das partes (e respectivos advogados) para o juiz,<sup>96</sup> portador do *caseflow management (CFM)* – ou simplesmente *case management*<sup>97</sup> – e responsável pela direção da fase de *pretrial*. Às partes remanesceu a atribuição do dever de colaboração não apenas com o magistrado, mas também entre si: dever de fornecer informações antes da causa, de colaborar para composição da controvérsia e de contribuir para o rápido desenvolvimento do processo.<sup>98</sup>

Alterou-se a tradicional disciplina da *discovery*, de tal sorte que a *standard disclosure* – nova terminologia então empregada – passou a ser admitida somente em relação a documentos sobre os quais a parte funda sua pretensão ou nos quais fundada a pretensão do adversário, excluídos outros, mais remotamente relacionados à controvérsia. O dever de revelação, ademais, deixou de ser automático, e passou a resultar de decisão do juiz, no exercício do já referido *case management*, havendo possibilidade, em controvérsias de maiores proporções, de se alargar a providência para uma *extra disclosure*, abrangente de documentos apenas indiretamente relevantes ou dos quais possam resultar fatos novos.<sup>99</sup>

96. Ainda que anterior à Reforma mencionada no texto, deve ser visto, a respeito, o trabalho de A. A. S. Zuckerman, "Reform in the shadow of lawyers interests", in A. A. S. Zuckerman e Ross Cranston (coords.), *The reform of civil procedure – Essays on "access to justice"*, especialmente p. 62. V. também J. A. Jolowicz, *On civil procedure*, pp. 387-388, e Chiara Besso, *La prova prima del processo*, p. 109, com amplas referências bibliográficas.

97. Conforme observação de I. R. Scott (professor da Universidade de Birmingham), a expressão *caseflow management* foi empregada apenas ocasionalmente no relatório elaborado por Lord Woolf, que, mais rotineiramente, valeu-se da outra expressão mencionada no texto; não obstante Scott afirme que na literatura acerca da administração da justiça as duas expressões nem sempre sejam usadas como sinônimos (cf. "Caseflow management in the trial court", in A. A. S. Zuckerman e Ross Cranston (coords.), *The reform of civil procedure – Essays on "access to justice"*, p. 1 e nota 2). A rigor, a expressão *caseflow management (CFM)* estabeleceu-se no início da década de 1970 nos Estados Unidos da América, entendida como o controle pelo Judiciário do andamento dos processos, isto é, como "management of the continuum of processes and resources necessary to move a case from filing to disposition" (cf. ob. cit., p. 3, nota 9).

98. Tais reclamos e alterações, em linhas gerais, também foram sentidos na experiência americana, conforme examinado mais adiante.

99. Cf. Chiara Besso, *La prova prima del processo*, pp. 111-113.

A *disclosure* pode também alcançar terceiro, sempre sob controle do juiz, sujeita a ordem de apresentação – que deve especificar o respectivo objeto – aos pressupostos contidos na Regra 31.17 das *Civil Procedure Rules*: relevância dos documentos e necessidade da comunicação para se prover de forma justa.<sup>100</sup>

Além disso, convém destacar que as *Civil Federal Rules* inglesas também trouxeram a possibilidade de obtenção, antes do início do processo, de documentos relevantes. Trata-se da figura da *pre-action disclosure*, aplicável a modalidades específicas de controvérsias, exigindo-se, para edição da respectiva ordem, que seja plausível que requerente e requerido figurarão como partes em um futuro processo e também que os documentos sejam aptos a preparar de modo justo o futuro processo. Exigindo a especificação dos documentos, a *pre-action discovery* é imposta conjuntamente com uma ordem de busca (*search order*), inclusive sem prévia audiência do destinatário, quando houver perigo de perda ou destruição dos documentos.<sup>101</sup>

Modelado pelo processo inglês, o norte-americano conheceu inicialmente o *bill of discovery*, que, no processo *at law*, permitia à parte obter o depósito de documentos relevantes e a oitiva do adversário antes do *trial*.<sup>102</sup> A partir de 1848, com a edição do Código do Estado de Nova York – adotado por inúmeros outros Estados – e eliminada a distinção entre *equity* e *common law* mediante introdução de normas uniformes para todo o processo civil,<sup>103</sup> afirmaram-se progressivamente a *discovery*, tendo por objeto a comunicação de documentos relevantes, e a *deposition*, entendida como antecipada produção da prova testemunhal.

Ao que dá conta a doutrina, essa afirmação surgiu como reação a insatisfações na administração da justiça e representou uma predisposição para superar a visão do processo como uma disputa esportiva, evitando as surpresas e emboscadas, fazendo prevalecer a descoberta da verdade e a edição de decisão favorável a quem efetivamente tivesse razão.<sup>104</sup> A afirmação dos referidos institutos foi reconhecida como forma de prévio

100. Cf. Chiara Besso, *La prova prima del processo*, p. 113.

101. Cf. Chiara Besso, *La prova prima del processo*, p. 118 e nota 160.

102. Embora a oitiva de terceiro somente fosse admitida em hipóteses de risco de perda da prova (cf. Chiara Besso, *La prova prima del processo*, p. 71 e nota 199).

103. Mauro Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Segunda Parte, pp. 437 e ss.

104. Cf. Chiara Besso, *La prova prima del processo*, p. 73, notas 206-207.

conhecimento de elementos indicativos da razões – e correspondentes chances de êxito em futuro processo – das partes, de modo a evitar um julgamento ou, em qualquer caso, a agilizar o desenvolvimento do processo.<sup>105</sup>

A edição das *Federal Rules of Civil Procedure*, em 1938, representou a consagração da *discovery*, objeto de seu Título V e vista como relevante procedimento em condições de oferecer maiores oportunidades de aumentar a eficiência da administração da justiça.<sup>106</sup> Em sua concepção original, o instituto tinha como mecanismos<sup>107</sup> (i) as *depositions*, abrangentes das declarações da parte contrária e de terceiros, independentemente do *periculum in mora* e não perante o juiz, mas fora do processo, com a presença de oficial público legalmente autorizado ou pessoa indicada pelo órgão judicial perante o qual o processo se desenvolvia;<sup>108</sup> (ii) os *interrogatories*, mediante solicitação escrita, que podiam se referir a quaisquer temas abrangidos pela *Rule 26* (b), e o órgão judicial podia determinar que o interrogatório não precisava ser respondido até que a *discovery* estivesse completa, ou que fosse designada uma *pretrial conference* (*Rule 16*); (iii) apresentação de documentos ou coisas, ou permissão de acesso a lugares para que fosse feita inspeção, cópia ou teste, dentre outros (“productions of documents and things and entry upon land for inspection and other purposes”, *Rule 34*); (iv) exame físico ou mental de pessoas (“physical and mental examinations of persons”, *Rule 35*); e (v) *request of admission*, pela qual uma das partes instava o adversário, por escrito, a admitir a verdade de determinados fatos.

É certo que o instituto chegou à década de 70 do século passado com problemas. De um lado, o mecanismo dava ensejo a abusos (*discovery abuse*).<sup>109</sup> De outro lado, vieram à tona os aspectos negativos, que, *grosso modo*, originaram também as reformas inglesas de 1998: custo elevado, lentidão e ineficiência.<sup>110</sup> Tais problemas levaram a seguidas alterações das *Federal Rules*, que, em certa medida, podem ser vistas

105. Cf. Chiara Besso, *La prova prima del processo*, p. 73.

106. Cf. Edson R. Sunderland, “Improving the administration of Civil Justice”, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 165/60-63.

107. Cf. Angelo Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, pp. 158 e ss.; Mauro Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Segunda Parte, p. 462 e nota 27.

108. Cf., supra, nota 37.

109. V., infra, Capítulo IV, n. 39.

110. Cf. Chiara Besso, *La prova prima del processo*, pp. 119-120, especialmente 167, com amplas referências bibliográficas.

como restritivas<sup>111</sup> mas que, a rigor, podem ser vistas mais propriamente como ajustes para fazer do instituto um instrumento eficaz e menos sujeito ao abuso: na década de 80 foram introduzidas a idéia de proporcionalidade e a *pretrial conference* (Rule 16) passou a figurar como instrumento de controle da *discovery*, mediante o exercício dos poderes compreendidos pelo *caseflow management*; na década de 90 foram estabelecidos limites quantitativos a algumas das providências de instrução, reforçou-se a participação do juiz, a quem as partes deviam submeter um programa prévio à *pretrial conference*, e passou a vigorar o dever de comunicação do rol de documentos e pessoas em poder de informações relevantes, incluindo indicação de eventuais assistentes técnicos; e em 2000 foi eliminada a possibilidade de exclusão da *automatic disclosure*, restringindo-se o objeto da *discovery*, para abranger, de forma menos genérica, elementos mais diretamente ligados aos fatos postos na demanda ou na defesa.<sup>112</sup>

Então, embora com regulamentações e experiências diversas, no passado e no presente, referidos institutos tiveram e continuam, *grosso modo*, a ter a função de fazer do julgamento menos “um jogo entre cegos” e mais similar a um contexto équo no qual os fatos principais são expostos da forma mais clara possível.<sup>113</sup>

Portanto, nesses sistemas, sem embargo de típicos deveres impostos às partes em matéria de prova – a ensinar, como visto, a imposição de típicas sanções próprias da figura do *contempt of court* –, a produção preliminar da prova não deixa também de se apresentar como instrumento apto a permitir que os fatos sejam melhor conhecidos e que as chances de êxito, próprias e do adversário, sejam melhor avaliadas antes do julgamento (*trial*).<sup>114</sup>

111. Cf. Angelo Dondi, “Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, março/2003, pp. 161 e ss.

112. Cf. Chiara Besso, *La prova prima del processo*, p. 129, especialmente nota 213.

113. Cf. C. A. Wright, *Handbook of the law of federal courts*, p. 540.

114. Sem desconhecer as desvantagens que tais modelos apresentam: demora, aumento de custos e ineficiência. Esses pontos negativos são reiteradamente destacados pela doutrina; e, em boa medida, levaram às sucessivas reformas experimentadas tanto pelo Direito Norte-Americano quanto pelo Inglês. Especialmente quanto a esse último, v. (todos in A. A. S. Zuckerman e Ross Cranston (coords.), *The reform of civil procedure – Essays on “access to justice”*): I. R. Scott, “Caseflow management in the trial court”, pp. 2 e ss.; A. A. S. Zuckerman, “Reform in the shadow of lawyer’s interests”, pp. 67-71; Conrad Dehn, “The Woolf Report: against the public

Nessa medida, parece também possível falar em ônus porque o imperativo (de produção da prova) se dirige, ainda que não exclusivamente, a um interesse da própria parte, consistente em ter mais adequado conhecimento da situação de fato e, portanto, de suas probabilidades de êxito para insistir em – ou resistir a – dada pretensão.<sup>115</sup> Conforme acima referido, já nas origens inglesas a *discovery* também abrangia elementos que pudessem reforçar a posição da própria parte e, assim, enfraquecer a do adversário.

Desse modo, a depender do resultado da produção preliminar, a consequência, se não for desde logo a constatação da inviabilidade do processo cujo objeto é a declaração do direito, será o ingresso nessa fase com todos riscos e encargos inerentes quer ao processo, quer ao julgamento estatal.<sup>116</sup> A produção antecipada da prova, nessa medida, propicia à parte situação mais favorável, diminuindo os riscos de demandar – ou, mesmo, de resistir a dada pretensão – às escuras e, assim, minimizando a probabilidade de se sujeitar às consequências decorrentes de um julgamento desfavorável.<sup>117</sup>

interest?”, pp. 153 e ss.; Neil Andrews, “The adversarial principle: fairness and efficiency”, pp. 173 e ss.

115. Segundo relatado por José Roberto dos Santos Bedaque, tem-se notícia de que apenas em alguns lugares (na província canadense de Ontário, na Suíça e, no que tange aos litígios trabalhistas e determinadas relações de consumo, na Itália) a fase preliminar entendida como abrangente de tentativa de solução de controvérsia pelos interessados, seria obrigatória, constituindo autêntica condição de ação. Certo que os ordenamentos da Inglaterra, Dinamarca, Holanda e Itália, se não de maneira direta, acabam forçando o mecanismo ao impor, cada um à sua maneira, sanções à parte que se recusa a aceitar um acordo sem motivo relevante (cf. “Novas tendências em matéria de fase preliminar – Relatório-síntese”, in Ada Pellegrini Grinover e Petrônio Calmon (orgs.), *Direito processual comparado – XIII Congresso Mundial de Direito Processual*, p. 261). Por oportuno, convém lembrar que, nos termos da Rule 37, das *Federal Rules* norte-americanas, o pedido para a *disclosure* está condicionado à declaração da parte de que se esforçará para não levar o conflito ao Judiciário (“On notice to other parties and all affected persons, a party may move for an order compelling disclosure or discovery. The motion must include a certification that the movant has in good faith conferred or attempted to confer with the person or party failing to make disclosure or discovery in an effort to obtain it without court action”). Comentando a exigência, v. Thomas A. Mauet, *Pretrial*, 6ª ed., p. 291.

116. Inclusive para o Estado.

117. Segundo observou José Roberto dos Santos Bedaque, a *pre-action* não é regulada na maioria dos países, de tal sorte que a tendência global é que os instrumentos preliminares sejam, de um modo geral, destinados exclusivamente à preservação da utilidade do processo no qual o direito será declarado. Tais instrumentos, portanto, distanciam-se do verdadeiro escopo da *pre-action* – qual seja, tentar evitar

A experiência dos países que conhecem tais mecanismos de produção preliminar da prova parece comprovar que o número de casos que finalmente chegam ao *trial* – do qual resultará o julgamento imperativo – é consideravelmente reduzido.<sup>118</sup> Embora isso possa certamente ser explicado pelas amplas possibilidades de transação (inclusive no campo penal), parece inegável que ocorre também em função da avaliação de chances feitas pelos interessados a partir dos elementos de prova que, de alguma forma pré-constituídos, se apresentam àqueles.

Ainda que correndo o risco de enveredar para o campo sociológico, não parece lícito supor que, na experiência daqueles sistemas, o elevado índice de soluções de autocomposição – em confronto com o reduzido número de soluções imperativas – se explique por um maior grau de altruísmo ou de consciência cívica das pessoas, a ponto de evitarem o processo (declaratório) para não avolumar o trabalho do Judiciário.<sup>119</sup> A avaliação das partes, tanto mais em países que praticam o sistema capitalista em sua mais intensa acepção, presume-se seja feita de forma objetiva; e essa objetividade reside, dentre outros fatores, na consideração dos elementos de prova disponíveis e nas conseqüências econômico-financeiras de se ir a juízo com base neles.

Tal constatação parece confirmar a idéia anteriormente exposta, segundo a qual a ligação que se faz entre regras de distribuição do ônus da prova, de um lado, e ato de julgamento (portanto, do juiz), de outro, decorre, em alguma medida, da concepção segundo a qual a prova é

a litispêndência (cf. “Novas tendências em matéria de fase preliminar – Relatório-síntese”, in Ada Pellegrini Grinover e Petrônio Calmon (orgs.), *Direito processual comparado – XIII Congresso Mundial de Direito Processual*, pp. 259-260, apoiando-se nos relatórios nacionais analisados pelo professor Neil Andrews).

118. Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de direito processual*, Sétima Série, pp. 166-167, com amplas referências bibliográficas. Informação análoga é dada por Kazuo Watanabe, “Cultura da sentença e cultura da pacificação”, in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, p. 688 – com a seguinte ressalva: “É verdade que o sistema norte-americano tem especificidades, como Júri para as causas cíveis, um sistema diferenciado de colheita de provas (*discovery*) e outras peculiaridades que, certamente, levam à aceitação de meios alternativos de solução de conflitos (...)”.

119. Aqui, oportuna a lembrança do pensamento de Kelsen, analisado por Fábio Ulhoa Coelho. Embora em contexto diverso, Kelsen salientou que, mesmo quando o homem cumpre a lei, assim o faz manifestando seu egoísmo, por considerar ser essa a situação mais vantajosa (ou menos desvantajosa) (cf. Fábio Ulhoa Coelho, *Para entender Kelsen*, 4ª ed., pp. 34-35).

produzida exclusivamente para o juiz e apenas para preparar o ato de julgamento estatal.<sup>120</sup> Mas, quando se pensa na prova como elemento dirigido às partes e, paradoxalmente, como fator potencialmente inibitório do processo e da declaração imperativa que nele se contém, então, fica mais fácil pensar no ônus da prova – incluindo-se, aí, aquela produzida de forma antecipada – em seu aspecto marcadamente subjetivo.

Convém apenas adiantar a ressalva de que a lembrança do mecanismo de antecipação da prova dos sistemas de *common law* não significa incondicionada exaltação – e, menos ainda, sugestão de pura e simples importação – de institutos como o da *discovery*, cujo elevado custo (em sentido amplo, incluindo o financeiro) é inegável. Mas o que importa para os termos deste trabalho é que, mesmo nesse contexto, subsiste a idéia da antecipação da prova inclusive como forma de impedir ou de abreviar o processo; e, a rigor, a própria instrução. É o que ocorre, relativamente à *discovery*, quando se recorre a meios alternativos de solução de controvérsia, como é o caso, por exemplo, do *minitrial*.<sup>121</sup>

Então, pensando em termos universais (portanto, de forma desvinculada deste ou daquele modelo de ordenamento que até possa inspirar o raciocínio), não parece despropositado alargar – ou, em certo sentido, qualificar – o ônus de alegação que compete às partes,<sup>122</sup> para reconhecer que elas têm igualmente o ônus de, tanto quanto possível, buscar conhecer os fatos que servem de fundamento – quer para a demanda, quer para a defesa – e correspondentes meios de prova. Quem alega fatos que, depois, não sejam comprovados, ou que sejam desmentidos pela prova, deve, salvo exceções bem delimitadas, sujeitar-se a conseqüências des-

120. Constatação análoga é feita por Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, “Perspectiva sistemática do momento da inversão do ônus da prova: do CDC ao CPC”, *Revista jurídica* 351/45.

121. V., *infra*, Capítulo V, n. 58, especialmente com referência a observação feita por Peter Schlosser, “*Alternative dispute resolution* (uno estímolo alla riforma per l’Europa)”, *Rivista di diritto processuale*, outubro-dezembro/1989, p. 1.009.

122. Esse aspecto foi realçado, na doutrina brasileira, por Pontes de Miranda, que, ao tratar da exibição de documento – uma das medidas de que se trata mais adiante, como uma das formas pelas quais se exercita o direito à prova (*infra*, Capítulo VII, n. 87) –, apontou que a prova “se destina ao convencimento do juiz”, mas também reconheceu que “o autor [*da exibição*] está promovendo a formação de elementos que possam levá-lo ao cumprimento do seu ônus de afirmar e de provar” (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XII, p. 235). Além de se referir ao ônus, o tema está ligado à existência de verdadeiros *deveres*, do quais se trata mais adiante (v., *infra*, Capítulo IV).

favoráveis, ainda que tecnicamente não possam ser consideradas como sanções.<sup>123</sup>

### 13. segue: antecipação da prova e ônus relacionados à sucumbência (no processo declaratório)

Para se entender a produção antecipada da prova como um ônus a cargo da parte interessada, tal como exposto no tópico imediatamente precedente, parece útil considerar que a insistência no julgamento estatal, mesmo após a obtenção – ou possibilidade de obtenção – de elementos de prova preliminares, pode efetivamente levar a parte a consequências mais gravosas. Se assim não ocorrer, corre-se o risco de não haver maior sentido em se empregar tempo e energia na produção preliminar da prova (ainda que não se possa estabelecer um vínculo necessário entre ela e o futuro julgamento). Por outras palavras, a insistência no processo (declaratório) diante da prova produzida de forma antecipada há que levar – ressalvadas as peculiaridades de cada caso – a consequências que compensem o dispêndio de recursos empregados, pelo Estado ou pelo adversário, na produção antecipada da prova.

Não se tratando de autênticas sanções, trata-se, então, de dar conteúdo efetivo ao assim denominado *ônus de sucumbir*,<sup>124</sup> não para criar indevido obstáculo ao acesso ao Poder Judiciário, e menos ainda à justiça,<sup>125</sup> mas para inibir, de forma proporcional e razoável, a propositura de demandas fundadas em fatos cuja viabilidade de prova o autor ignora, mas que também não faz questão de conhecer. Esse filtro, desde que com critério, pode, pelo contrário, contribuir para o referido acesso, na medida em que libere os respectivos canais para pleitos que efetivamente justificam a instauração e o desenvolvimento do processo.

Ainda, não se tratando de sanções, trata-se da responsabilização da parte pelo pagamento de verba honorária e das despesas do processo – entendidas com a maior amplitude possível.<sup>126</sup>

123. A idéia de sanção está ligada à de dever. Sob essa perspectiva, v., infra, Capítulo IV, n. 28.

124. Na doutrina clássica sobre o tema, em particular quanto a esse ônus, remete-se ao pensamento de Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, p. 214.

125. Ou à “ordem jurídica justa”, para empregar expressão cunhada por Kazuo Watanabe com extraordinária receptividade da doutrina brasileira (cf. “Acesso à justiça e sociedade moderna”, in Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe (coords.), *Participação e processo*, p. 128).

126. De maneira aparentemente paradoxal, o sistema norte-americano não conhece uma obrigação de ressarcimento de despesas processuais, a cargo do vencido.

Certo, a esse respeito, que a condenação relacionada ao assim denominado *ônus da sucumbência* decorre, mais precisamente, de um dado objetivo que se traduz simplesmente na idéia de causalidade: não se cogita de ilicitude, mas de tratar objetivamente condutas geradoras de custos, pelos quais o causador deve responder.<sup>127</sup> Teoricamente falando, não é preciso – nem adequado – cogitar do elemento subjetivo das partes para a atribuição de tais encargos;<sup>128</sup> o que, diversamente, tem relevo quando se cogita da violação de deveres e da conseqüente imposição de sanções.<sup>129</sup> Portanto, não se pode mesmo negar que, ao menos em princípio, a responsabilização pelos referidos ônus deve ser imposta tenha ou não a parte interessada empreendido esforços para a busca e eventual registro de fatos relevantes.

Contudo, o ordenamento brasileiro excepciona ao menos em parte esses postulados quando, por exemplo, condiciona a desoneração do autor popular derrotado, relativamente a custas e ônus da sucumbência, à não-verificação de sua “comprovada má-fé”.<sup>130</sup> Também assim ocorre

Esse aspecto foi bem lembrado por Peter Schlosser como sendo um dos fatores que levaram os Estados Unidos a conhecer verdadeira euforia em torno da *alternative dispute resolution* (cf. “*Alternative dispute resolution* (uno stimolo alla riforma per l’Europa)”, *Rivista di diritto processuale*, outubro-dezembro/1989, p. 1.007). Mas o paradoxo é, talvez, mais aparente que real, e a omissão certamente não afasta o quadro descrito no texto. Primeiro, a ausência de tal ordem de “sanção” é, em alguma medida, compensada pelo rigor na imposição de sanções próprias do *contempt of court*. Segundo, a ausência de tal verba também pode acabar sendo compensada com o rigor nos valores das condenações, caso se chegue a *trial*.

127. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. II, pp. 665-667, com amplas referências doutrinárias.

128. Cf. Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, 3ª ed., vol. I, p. 172. Embora reconhecendo que “o fundamento dessa obrigação não deve ser procurado na culpa” e, ainda, que “o que vale é o fato objetivo da sucumbência”, Liebman, de passagem, considerou o elemento subjetivo ao dizer que “não constitui culpa sustentar de boa-fé a existência de um direito, perante a autoridade judiciária, mesmo que se verifique a posteriori que a pretensão era improcedente” (grifei). Na doutrina italiana posterior, v. ainda Elio Fazzalari, *Il processo ordinario di cognizione*, vol. I, pp. 294-296.

129. Assim, na doutrina portuguesa, Fernando Luso Soares, *A responsabilidade processual civil*, pp. 75-76. A experiência comum, contudo, autoriza dizer que, não raro, a imposição de sanções pela litigância de má-fé vem acompanhada da exacerbação (quase sempre no mais elevado patamar legalmente admitido) da condenação ao pagamento de honorários pelo vencido. Portanto, a desvinculação entre elemento subjetivo da parte e condenação ao pagamento de verba honorária é, mesmo fora das exceções legais indicadas no texto, teórica, não necessariamente prática.

130. CF, art. 5º, LXXIII, em disposição referendada pela jurisprudência do STF (cf. RT 761/179).

no processo da ação civil pública, no qual, em caso de má-fé, a associação autora e os direitos responsáveis pela propositura da demanda serão, dentre outros, solidariamente condenados em honorários advocatícios.<sup>131</sup>

E, embora a má-fé (que não se presume) dependa, obviamente, da consideração de cada caso concreto, ela pode estar associada à propositura de demanda em desacordo com prova de alguma forma produzida antes do processo e por algum meio acessível ao demandante.<sup>132</sup>

No caso da ação popular, por exemplo, a lei expressamente abriu margem para que o cidadão, para instruir a inicial, requeira às entidades ali mencionadas “as certidões e informações que julgar necessárias, bastando para isso indicar a finalidade das mesmas”. Tais elementos só podem ser recusados nos casos em que o “interesse público, devidamente justificado, impuser sigilo”.<sup>133</sup> Regra com o mesmo conteúdo vigora quanto à ação civil pública<sup>134</sup> e ao mandado de segurança.<sup>135</sup>

Assim, a responsabilização pelo pagamento de honorários e de despesas (incluindo-se, naturalmente, os custos de toda e qualquer prova, inclusive a produzida de forma antecipada), mais uma vez sem que propriamente restrinja indevidamente o acesso à justiça, pode e deve ter um peso relevante. Tal responsabilidade, sem que se confunda com aquela decorrente da litigância de má-fé, precisa ser levada em conta, de forma efetiva e responsável, pela parte quando, a julgar pelos elementos de prova disponíveis, avalia suas chances de êxito e, portanto, seus riscos,<sup>136</sup> quer para demandar, quer para resistir a dada pretensão.

131. Lei 7.347/1985, arts. 17 e 18, em conformidade também com o disposto no art. 116 do Código de Defesa do Consumidor.

132. Sobre o tema, v., infra, Capítulo IV, nn. 36, 37 e 39, dentre outros.

133. Art. 1º, §§ 4º e 6º, da Lei 4.717/1965.

134. Na hipótese de ação civil pública, a jurisprudência colacionada por Theotônio Negrão-José Roberto F. Gouvêa indica tendência a se entender que não pode o Ministério Público, conquanto vencido, ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios – salvo talvez em caso de má-fé, como indica um dos julgados ali mencionados (v. novamente a consideração do elemento subjetivo, mencionada no texto). Por outro lado, parece relevante a corrente segundo a qual, nos casos nos quais vencido o Ministério Público, o ônus em questão deve ser suportado pela Fazenda Pública (cf. Theotônio Negrão-José Roberto F. Gouvêa, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 1.163, nota 2 ao art. 18 da Lei 7.347/1985). Inversamente, tende-se a entender que, sendo vencedor o Ministério Público, a honorária seria indevida, por ser vedado ao autor recebê-la (cf. ob. e loc. cit.), ainda que, eventualmente, a verba seja destinada à Fazenda Pública ou ao Fundo tratado na Lei 7.347/1985 (cf. Yussef Said Cahali, *Honorários advocatícios*, 3ª ed., pp.

135. Lei 1.533/1951, art. 6º, parágrafo único. No caso do mandado de segurança, a pré-constituição da prova é, além de tudo, fundamental para tornar adequada a via processual. Nele, o ônus de alegação traduz-se no encargo de alegar fatos cuja prova seja pré-constituída.

136. Vem bem a calhar esta passagem de Jorge Americano: “Assim, a lei impõe ao vencido respeitar integralmente o direito do vencedor, restituindo ao seu patrimônio o que deduziu para fazê-lo valer; em caso contrário não haverá respeito integral

Sabedor de que não haverá imposição de encargos econômico-financeiros decorrentes da derrota, o interessado fica mais à vontade para ir a juízo sem maiores considerações acerca da prova já constituída ou que possa vir a se constituir. Sem tal responsabilização, de fato – e como acima sugerido –, fica parcialmente prejudicada a idéia do ônus de produzir prova antecipadamente para evitar quer a litispendência, quer as conseqüências de uma decisão desfavorável.

Por isso, embora não exclusivamente a propósito do ônus de produzir prova antecipadamente, reclamam especial cautela as exonerações dos encargos acima mencionados que sejam de alguma forma toleradas pelo sistema; ainda que ao relevante argumento de viabilizar o acesso à justiça. Dentre eles, reclamam cuidado a concessão da gratuidade<sup>137</sup> e a interpretação extensiva de regras que desoneram determinadas pessoas do pagamento de honorários e despesas<sup>138</sup> ainda que vencidas no

ao seu direito. Sobre, portanto, o vencido, os riscos, que arrostou, de ver pronunciado diversamente do que prefigurava o direito que supunha assistir-lhe” (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, vol. I, p. 80). Sem a condenação ao pagamento dos honorários e despesas os riscos mencionados ficam, de fato, consideravelmente mitigados. Por outro lado, é curioso observar a menção que então fazia o professor ao quanto “prefigurava” o autor – o que, conforme sustentado no texto, guarda relação importante com a pré-constituição ou produção antecipada da prova. Sem conhecer adequadamente, como prefigurar?

137. Normalmente a doutrina enfatiza a ligação entre a gratuidade e o acesso à ordem jurídica justa; o que é compreensível e, mesmo, correto. Contudo, também em nome daquele acesso, é preciso considerar que a concessão da gratuidade de forma não-criteriosa pode gerar abusos. Para exame do tema à luz da perspectiva do adversário da parte que postula os benefícios da gratuidade, v. nosso “A assistência judiciária sob o ângulo do requerido”, *Revista do advogado* 59, *passim* – único trabalho, dentre outros incluídos no mesmo periódico, a tratar do tema sob esse prisma, enquanto todos os demais, como dito, realçam a questão da gratuidade como mecanismo de acesso à justiça.

138. Na hipótese de ação civil pública, a jurisprudência colacionada por Theotônio Negrão-José Roberto F. Gouvêa indica tendência a se entender que não pode o Ministério Público, conquanto vencido, ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios – salvo talvez em caso de má-fé, como indica um dos julgados ali mencionados (v. novamente a consideração do elemento subjetivo, mencionada no texto). Por outro lado, parece relevante a corrente segundo a qual, nos casos nos quais vencido o Ministério Público, o ônus em questão deve ser suportado pela Fazenda Pública (cf. Theotônio Negrão-José Roberto F. Gouvêa, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 1.163, nota 2 ao art. 18 da Lei 7.347/1985). Inversamente, tende-se a entender que, sendo vencedor o Ministério Público, a honorária seria indevida, por ser vedado ao autor recebê-la (cf. ob. e loc. cit.), ainda que, eventualmente, a verba seja destinada à Fazenda Pública ou ao Fundo tratado na Lei 7.347/1985 (cf. Yussef Said Cahali, *Honorários advocatícios*, 3ª ed., pp.

processo. Aliás, não custa lembrar, particularmente em relação à verba honorária, que a condenação a esse título tem função de ressarcimento, isto é, de recomposição do patrimônio do vencedor,<sup>139</sup> residindo aí mais uma razão para que a desoneração seja vista de forma cautelosa.<sup>140</sup>

#### 14. ônus de pré-constituir prova para obtenção de êxito em juízo (“prova melhor”)

Nos tópicos precedentes, sempre sob a ótica do ônus, buscou-se examinar de que forma a produção antecipada da prova pode atuar como um meio de evitar o processo e o julgamento estatal.

Em complemento, podem ser detectadas outras situações nas quais o sistema estimula o interessado à pré-constituição ou antecipação da prova como forma de – se não garantir – aumentar suas chances de êxito perante o órgão judicial. Vendo-se o fenômeno por outro lado, convém examinar situações nas quais o interessado é portador de autêntico ônus de pré-constituição da prova na medida em que, se desprovido de tal elemento de instrução, está seriamente fadado ao insucesso quanto ao mérito da causa. São hipóteses nas quais a prova pré-constituída goza de superioridade em relação a outras que podem, inclusive, ser consideradas inadmissíveis.

O assunto pode ser encartado no contexto da assim denominada “prova melhor”, que é manifestação do *best evidence principle*. Esse, conforme dá conta a doutrina, foi concebido e desenvolvido no contexto da *law of evidence* dos sistemas de *common law*, e pode ser resumido na idéia segundo a qual a melhor prova que seja admitida a partir da natureza da controvérsia será sempre exigida; mas, se não for possível, então, será admitida a melhor prova passível de obtenção.<sup>141</sup>

Da doutrina formada em torno do assunto extrai-se que a exigência da “prova melhor” não significa atribuir ao interessado o ônus de

1.287-1.288; argumento válido também para a Defensoria Pública, diante do disposto na Lei Complementar 80/1994, art. 130, III).

139. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. II, p. 692.

140. Assim como as condenações por valores inexpressivos ou irrelevantes. Embora tais condenações reclamem moderação, precisamente pela função que exercem, valores irrisórios produzem o mesmo efeito maléfico que a ausência de condenação. Sobre o tema, v. nosso “Honorários advocatícios: fixação ‘equitativa’ ou aviltamento?”, *Carta forense* 46, *passim*.

141. Cf. Francesca Ferrari, *La “prova migliore”*, p. 17.

ofertar todos os meios de prova disponíveis.<sup>142</sup> Na realidade, trata-se de encargo – que tem também uma conotação de dever, na medida em que busca prevenir eventuais fraudes ou abusos<sup>143</sup> – pelo qual a parte deve fornecer a prova mais qualificada que a natureza do fato estiver em grau de ofertar;<sup>144</sup> não apenas sob o prisma “estratégico”, mas sob o ângulo do custo e do benefício da prova.<sup>145</sup>

O postulado pode, por exemplo, ter desdobramentos no confronto das provas testemunhal e documental, sendo disso um bom exemplo a regra inscrita no art. 401 do nosso CPC. A propósito, conquanto sabido que o sistema brasileiro, como regra, não tarifa os meios de prova, por outro lado, não lhe é estranha a idéia de que aquela primeira encontra limites. Não se trata de abolir a prova testemunhal em certos casos, mas simplesmente de induzir a parte à pré-constituição da prova documental.<sup>146</sup> Outro exemplo é o do confronto entre originais e cópias de documentos ou, ainda, entre cópias autenticadas e não-autenticadas. Nessas hipóteses, portanto, parece realmente correto falar em um autêntico ônus de pré-constituição da prova; se não para evitar o processo judicial, para contribuir para a consecução de um resultado favorável. Mais outro exemplo, finalmente, está na prova pericial, que, no confronto com outros meios de prova, já foi chamada de prova “superlativa” ou “a melhor do mundo”.<sup>147</sup>

Sob certo aspecto, conforme já se acenou, a exigência da “prova melhor” é também um problema de admissibilidade da prova, na medida em que estabelece uma espécie de hierarquia no grau de eficiência de determinado meio de prova:<sup>148</sup> diante da “prova melhor”, salvo se essa se revelar inviável, outros meios de prova se afiguram inadmissíveis.

Pensando por esse ângulo, também parece possível lembrar das situações nas quais o interessado não disponha de prova lícita, mas apenas

142. *Idem*, pp. 17-18.

143. Cf. W. Holdsworth, *A history of English Law*, pp. 379 e ss.

144. Cf. D. A. Nance, *The best principle evidence*, p. 232.

145. Cf. Francesca Ferrari, *La “prova migliore”*, p. 132.

146. Cf. Francesca Ferrari, *La “prova migliore”*, pp. 22-24 e 211-213 – aqui, ao comentar, no sistema italiano, regra análoga à do art. 401 do CPC. Sobre o tema, v., *infra*, Capítulo VI, n. 80, com considerações a propósito da relação entre a repetição da prova e a regra da oralidade.

147. Essa a lembrança de Pontes de Miranda, referindo-se a Manuel de Almeida e Sousa e à tendência dos juristas portugueses (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XII, p. 259).

148. Cf. Francesca Ferrari, *La “prova migliore”*, p. 202.

de prova ilícita – e, portanto, de antemão sabidamente não-aproveitável. Para o interessado, então, apresenta-se o ônus de pré-constituir prova lícita ou, eventualmente, assumir o risco de apresentar em juízo prova obtida por meios ilícitos, buscando sua consideração a pretexto da aplicação do princípio da proporcionalidade.

### 15. inversão do ônus da prova pela lei ou pelo juiz

A determinação dos destinatários das regras sobre ônus da prova, por outro lado, está diretamente ligada à questão do modo e do momento de atribuição de tais encargos às partes; o que leva ao exame da assim chamada *inversão do ônus probatório*.<sup>149</sup>

O exame desse assunto, embora bem pesada sua considerável largueza, justifica-se no contexto deste estudo, para o qual, conforme se procurou indicar, é relevante saber se as regras pelas quais são atribuídos os ônus de provar são dirigidas apenas ao juiz, ou também às partes. A tese da conveniência e da utilidade da produção antecipada da prova fora das hipóteses de urgência está diretamente ligada ao aspecto subjetivo do ônus da prova. Portanto, ainda que de forma incidental, é preciso examinar a questão consistente em saber se a distribuição do ônus da prova está a cargo da lei ou, diversamente, se pode ser feita pelo juiz no caso concreto, mesmo à míngua de disposição legal a tanto autorizando.

Sem embargo da controvérsia reinante, parece mais coerente com as prerrogativas enfeixadas pela garantia do devido processo legal, e sem qualquer receio de retrocesso em relação às conquistas do direito processual contemporâneo, o entendimento segundo o qual as normas sobre o ônus da prova devem ser determinadas de antemão e independentemente da situação processual concreta,<sup>150</sup> acentuando-se que a distribuição do ônus da prova pela lei é fator de segurança jurídica.

149. A idéia de *inversão*, nesse contexto, é imperfeita. Como observou Paulo Lucon, não há mudança de ordem, nem disposição de maneira contrária do ônus – o que, em termos literais, levaria a dizer que o ônus do autor passaria para o réu, e vice-versa. Portanto, “quando se fala de *inversão do ônus da prova* quer o legislador dizer que, em determinadas situações, há dispensa da parte de fazer prova de algum fato por ela alegado” (cf. “Garantia do tratamento paritário das partes”, in José Rogério Cruz e Tucci (coord.), *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 114).

150. Na doutrina alemã mais recente, v. Hans Prütting, “Presentación de documentos y dirección del proceso”, in Álvaro J. Pérez Ragone e Juan Carlos Ortiz Pradillo (trads.), *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*, p. 60 – taxativo ao afirmar que o ônus da prova implica “uma regra abstrata que estabelece precisamente uma

Isso – convém frisar – não parece ser infirmado por uma teoria do ônus de provar como “cargas *dinâmicas*”, engendrada para flexibilizar a possível rigidez das regras legais sobre a distribuição de tal encargo, e segundo a qual a prova deve ser exigida daquele que estiver em melhores condições de produzi-la.<sup>151</sup> É visão cujo mérito não apenas não se nega, como se afirma, dado que parte da premissa de que o encargo deve ser atribuído conforme a maior ou menor facilidade de acesso e de produção da prova. Contudo, não há razão plausível para recusar que a avaliação de tais circunstâncias seja feita primeiramente pelo legislador, sabendo-se que, em qualquer caso, a atribuição do ônus da prova a uma das partes e a desoneração de outra, mesmo que justificadas em tais argumentos, não podem ser geradoras de um ônus desproporcional e não-razoável.<sup>152</sup> Assim, daquela flexibilização se deve cogitar se o ônus de uma das partes se revelar de tal forma excessivo que gere o risco de inviabilizar a produção da prova e, assim, de ferir as garantias do devido processo legal, da ação, do contraditório e da ampla defesa.<sup>153</sup> Isso vale para o legislador e para o juiz, quando excepcionalmente autorizado a proceder ele próprio à formulação da regra de distribuição do ônus da prova no caso concreto.<sup>154</sup>

distribuição normativa do risco de esclarecimento ou aclaramento dos fatos” a serem alegados pelas partes em um “processo concreto”.

151. Na doutrina estrangeira, v. Jorge Peyrano, *Cargas probatorias dinâmicas*, pp. 60 e ss. Na doutrina nacional, v.: Antônio Janyr Dall’Agnol Jr., “Distribuição dinâmica dos ônus probatórios”, *Revista jurídica* 280/10 e ss.; Eduardo Cambi, *A prova civil – Admissibilidade e relevância*, pp. 340-341.

152. Substancialmente de acordo: Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, p. 79.

153. Na doutrina brasileira recente, advertindo para os riscos da aplicação da referida teoria, v. Danilo Knijnik, “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da situação do ‘senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*”, in Luiz Fux e outros (coords.), *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, pp. 944-945.

154. Preocupação dessa ordem se encontra modernamente dentre os constitucionais. Para ilustrar, v. José Joaquim Gomes Canotilho, in *Estudos sobre direitos fundamentais*, pp. 169-175. Repudiando a idéia de que o legislador processual possa estabelecer regras “conducentes a uma injusta distribuição do ônus da prova”, Canotilho observa que um limite material restritivo da liberdade de conformação da prova pelo legislador “é constituído pela especial dignidade e importância atribuídas a determinados bens constitucionais”, tais como a vida, a liberdade e a integridade física. Daí afirmar que “o ônus da prova pertence não a quem invoca o direito, mas a quem cabe decretar as restrições” (cf. p. 174). Daí concluir que, quando “a medida justa da distribuição do ônus da prova é fundamental para a garantia de um direito”,

Certo que, entre nós, a regra do artigo art. 333, parágrafo único, I, do CPC obsta à convenção acerca da distribuição do ônus de provar quando “tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”. A partir dela, sustenta-se em doutrina, com lógica, que a possibilidade de inversão do ônus da prova, por obra do juiz em dado caso concreto, pode até mesmo extrapolar as hipóteses expressamente previstas pela lei toda vez que constatado o peso excessivo que tal ônus representa, no confronto com a possibilidade de produção de prova pela parte adversária.<sup>155</sup> Mas isso só reforça a idéia acima exposta, de que a inversão pelo juiz somente é possível diante da clara constatação de que o ônus imposto pela lei é incompatível com as supracitadas garantias constitucionais.

A propósito, não será demasiado lembrar que no sistema brasileiro, conforme regra contida no art. 127 do CPC, só é dado ao juiz julgar por equidade nos casos expressamente autorizados pela lei.<sup>156</sup> Portanto, não é o juiz quem faz a regra de atribuição do ônus da prova no caso concreto, salvo quando expressamente autorizado a fazê-lo – e, ainda assim, atento à circunstância de que não pode, a pretexto de afastar ônus excessivo de uma das partes, atribuir outro de idêntica natureza à parte adversária.<sup>157</sup>

Nesse particular, dizer-se que o ônus de provar é atribuído à parte por força da lei não significa, obviamente, dizer que, no processo, aquela está abandonada à própria sorte ou, mesmo, que os esforços para a produção de certa prova lhe competem exclusivamente, e que o juiz em nada pode interferir. Com efeito, paralelamente ao encargo imposto às partes vigora o poder de instrução do juiz, que sabidamente abrange não ape-

impõem-se “soluções probatórias não aniquiladoras da própria concretização de direitos, liberdades e garantias” (cf. p. 175).

155. Assim, na doutrina, Paulo César Pinheiro Carneiro, *Acesso à justiça*, pp. 75 e 97-98 – invocando o princípio de proporcionalidade. Ainda sobre o tema, v. o quanto expendido nas pp. 74-75, em que são relacionadas as regras sobre distribuição do ônus da prova, de um lado, e os princípios da igualdade e do devido processo legal, de outro.

156. Essencialmente de acordo, inclusive quanto ao argumento, Rui Manuel de Freitas Rangel (*O ônus da prova no processo civil*, pp. 137-138). Entre nós, mais amplamente sobre o tema do confronto entre *legalidade* e *equidade*, v. José Roberto dos Santos Bedaque, in Antônio Carlos Marcato (coord.), *Código de Processo Civil interpretado*, p. 352.

157. A inversão de que trata o Código de Defesa do Consumidor, como lembrou Paulo Lucon, está condicionada à verossimilhança justamente para evitar uma “absurda e impossível *oneriosidade* ao produtor de bens ou serviços” (cf. “Garantia do tratamento paritário das partes”, in José Rogério Cruz e Tucci (coord.), *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 115).

nas as providências que ele próprio entenda, de ofício, úteis, mas, ainda, aquelas requeridas pela parte. Assim, para além de medidas coercitivas que possam ser impostas pelo juiz a requerimento do interessado, há ainda a muito eficiente técnica consistente em impor à parte o ônus de produzir certa prova e de sujeitá-la, no caso de inércia, à confissão ficta, conforme entre nós, para ilustrar, consta da regra do art. 395 do CPC, no tocante à prova documental. Portanto, reconhecer que compete primeiramente à lei atribuir à parte o encargo probatório não significa dizer que o Estado não empregará, ele próprio, meios para a descoberta da verdade.

Por outro lado, a concepção segundo a qual a atribuição do ônus de provar poderia ser feita, em cada caso concreto, pelo juiz parece, mais uma vez, ser um indevido desdobramento da idéia de que as normas que disciplinam o tema se dirigem exclusivamente ao magistrado, e que não são mais que uma regra de julgamento. Portanto, aceita que seja a insuficiência dessa última perspectiva, reside aí mais um argumento para reforçar o entendimento de que a distribuição do ônus de prova é tarefa precípua do legislador, e apenas secundariamente do juiz, quando expressamente autorizado por aquele.

#### 16. *segue: momento da inversão e ótica das partes*

Ligado ao tema do modo de atribuição dos ônus probatórios, outro, igualmente controvertido e relevante para o objeto deste estudo, diz respeito ao *momento da inversão*, quando a lei autorize o juiz a assim proceder no caso concreto.

No Direito Brasileiro o debate doutrinário e jurisprudencial é travado especialmente a propósito da conhecida regra do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), segundo a qual se permite ao magistrado “inverter o ônus da prova” em favor do consumidor diante da verossimilhança da alegação e da verificação de sua hipossuficiência, isto é, de sua previsível incapacidade de se desincumbir do ônus e de superar os obstáculos que se colocam à produção da prova.<sup>158-159</sup>

158. De forma análoga, o art. 3º da Medida Provisória 2.172-32, de 23.8.2001: “Nas ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto nesta Medida Provisória, incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação”.

159. Ainda no Código de Defesa do Consumidor, convém lembrar que a própria lei, diretamente, impõe ao fornecedor o ônus de provar a inexistência do defeito

Como é sabido, discute-se, nesse contexto, se a inversão pelo juiz pode se dar apenas no próprio ato de julgamento ou, diversamente, se deve ocorrer em momento anterior (logo na fase postulatória ou, eventualmente, na fase de saneamento, em que são determinadas providências de instrução).<sup>160</sup>

A discussão, como se percebe, pode ser vista como um desdobramento do tema anteriormente tratado: na perspectiva de que as normas sobre ônus da prova são uma regra de julgamento, dirigida ao juiz, então, soa mesmo coerente afirmar que sua inversão ocorra tão-somente ao ensejo da decisão sobre a controvérsia; já na perspectiva, por certo diversa, de que tais normas são também determinantes da conduta das partes e que se relacionam, ainda que reflexamente, à produção da prova, então, só por isso, já é preciso reconhecer a necessidade de que tal inversão seja comunicada às partes em momento anterior ao ato de julgamento.

E essa última posição é a que deve prevalecer. Com efeito, considerando-se que a prova se insere no contexto da garantia-síntese que é o devido processo legal, parece lícito afirmar que a exata compreensão, pela parte, do ônus de que é titular é fundamental para que o mecanismo se harmonize com referida garantia. Se existe realmente um direito à prova, e se a atribuição do ônus de provar está ligada a esse direito, então, é preciso que a parte tenha exato conhecimento do encargo que pesa contra si *antes* do momento do julgamento. Vale dizer, a inversão do ônus da prova tão-somente no momento do julgamento não é compatível com a dimensão que se pretende dar à prova, como inerente às garantias da ação, da defesa e do contraditório.<sup>161</sup>

Quanto a essa última garantia, é conhecida a lição doutrinária que destaca os elementos *informação e reação*, sendo aquela absolutamente indispensável, enquanto a outra deve ser, quando menos, uma concreta possibilidade.<sup>162</sup> Nesse contexto, não se pode entender que a ciência

do produto ou serviço (arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I). Além disso, o art. 38 desse diploma é expresso ao estabelecer que o ônus da prova da veracidade e da correção da informação ou comunicação publicitária “cabe a quem patrocina”.

160. Para exame detido de cada uma das posições doutrinárias, v., por todos, Carlos Roberto Barbosa Moreira, “Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor”, cit., *RePro* 86/305 e ss., com amplas referências doutrinárias.

161. A respeito da amplitude do direito à prova e, em especial, da diferença aqui adotada entre *direito à prova* e *direito de provar*, v., infra, Capítulo V, n. 45.

162. Em casos de direito indisponível é também um dado necessário, quer pela nomeação de um defensor quando não houver, quer pela intervenção do Ministério Público, como fiscal da lei e dos interesses que ela quer preservar.

suficiente para satisfazer a exigência constitucional seja apenas aquela relativa aos atos já consumados no processo. Aí, deve prevalecer a idéia de que o contraditório envolve a *ciência efetiva* a respeito de “tudo o que se passa no processo”.<sup>163</sup>

Nesse particular, vem bem a calhar a lembrança de que o direito à prova, resultante que é do contraditório, pode ser entendido como o “direito de contradizer provando”, de tal maneira que o modelo processual calcado nos princípios inspiradores da Constituição não pode prescindir de um procedimento probatório que se desenvolva no pleno respeito do contraditório.<sup>164</sup> E, se o contraditório é condição de eficácia da prova,<sup>165</sup> sua observância estrita há que preceder o julgamento, porque, por definição, a garantia volta-se à participação efetiva na formação do ato estatal. A garantia deve, portanto, ser observada quanto aos modos de admissão, introdução e valoração das provas no processo.<sup>166</sup>

Como se reconhece em doutrina, a exigência do contraditório na formação da prova envolve não apenas a proibição de utilizar fatos não previamente introduzidos no processo e submetidos a debate pelas partes, mas também a proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes. O contraditório envolve, ademais, a possibilidade de efetiva participação dos interessados na produção das provas e, igualmente, o dever do juiz de permitir às partes, *antes* da sua produção, que apresentem os meios de prova que pareçam necessários,<sup>167</sup> o que, sob um enfoque substancial, exige prévio conhecimento das regras acerca do ônus da prova, porque não há como aquilatar a necessidade da prova sem saber a quem está imputado o respectivo encargo. No âmbito da prova a garantia do contraditório exige

163. Cf. Antônio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, pp. 169-170. Como bem ressaltou o processualista, em lição aplicável ao assunto (embora o autor não trate, nessa passagem, do tema especificamente), o contraditório atua como “garantia fundamental de *imparcialidade, legitimidade e correção* da prestação jurisdicional”. Sem ele “a decisão corre o risco de ser unilateral, ilegítima e injusta; poderá ser um ato de autoridade, jamais de verdadeira justiça” (cf. ob. e loc. cit.).

164. Cf. Ada Pellegrini Grinover, *O processo em evolução*, p. 54.

165. Assim, embora não para respaldar a posição defendida no texto, v. Ada Pellegrini Grinover, “O conteúdo da garantia do contraditório”, in *Novas tendências do direito processual*, especialmente nn. 3.1 e 3.2, pp. 22-25.

166. Cf. Antônio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, pp. 169-170.

167. Cf. Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do direito processual*, pp. 21-22, com indicação das fontes doutrinárias citadas.

que as partes sejam colocadas em (reais) condições de participar, de tal sorte que a informação, para ser completa, há que ser *prévia*, sob pena de, ainda que indiretamente, reduzir a questão da prova ao conhecimento privado do juiz, sendo, nesse particular, tardio o conhecimento proporcionado apenas pela sentença, porque, então, inócua a participação das partes (exceto para eventual recurso).<sup>168</sup>

A prévia e clara atribuição do ônus da prova às partes, dessa forma, é conduta que se afeiçoa ao assim denominado *princípio de confiança legítima*, que pode ser tido como expressão do direito fundamental à segurança – consagrado no art. 5º, *caput*, da CF brasileira – e que apresenta como uma de suas vertentes a exigência de previsibilidade do direito. Ele é tido como uma imposição não apenas ao legislador e ao administrador, mas bem ainda ao Judiciário, sabido que a atividade dos tribunais pode também ser causa de incerteza e de um sentimento de insegurança para os jurisdicionados.<sup>169</sup>

A interpretação aqui preconizada, ademais, dá atendimento à exigência de que a atividade de instrução seja feita às claras e de forma leal<sup>170</sup> e se apresenta mais coerente com a idéia de contraditório como colaboração ou cooperação entre partes e juiz,<sup>171</sup> tudo de sorte a fazer com que o princípio impeça decisões que tomem a parte de surpresa;<sup>172</sup> como inegavelmente é o caso daquela que altera as regras sobre ônus

168. Segundo Luiz Guilherme Marinoni – embora não no contexto específico do texto –, “configura-se como ciência privada tudo o que for utilizado sem a prévia participação das partes” (cf. *Novas linhas do processo civil*, 4ª ed., p. 261).

169. Para referências bibliográficas sobre o tema, remetemos ao nosso *Ação rescisória – Juízos rescindente e rescisório*, pp. 248-251.

170. Esse aspecto, dentre outros, foi bem destacado na doutrina por Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, 6ª ed., t. I, p. 123. Mais recentemente o tema foi tratado por Marie-Emma Boursier, que expressamente relacionou o princípio da lealdade – que relaciona à regra do art. 9º do novo CPC – ao juiz e à colheita da prova e, nesse contexto, ao direito de defesa (cf. *Le principe de loyauté en droit processuel*, pp. 192 e ss., especialmente pp. 194-195).

171. Cf. Odete Medauar, *A processualidade no direito administrativo*, p. 103 – enfatizando, naquele âmbito, a importância da “visibilidade dos momentos que antecederam a decisão”. Assim, disse: “Expostos, às claras, todos os elementos de uma situação, torna-se mais fácil a tomada de decisões objetivas”.

172. Cf. Comoglio-Ferri-Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, pp. 70-71 – de onde se extrai que se reputam inválidas “pronunzie fondate su questioni che, per quanto rilevabili d’ufficio, non siano state comunque sottoposte al contraddittorio delle parti, accollando in tal modo allo stesso giudice una responsabilità nuova – da noi ancora poco sentita – nella prevenzione di quel deprecabile fenomeno che, perlopiù con il fraintendimento del principio *iura novit curia*, sfocia nelle c.d. ‘sentenze a sorpresa’”.

da prova apenas no momento do julgamento.<sup>173</sup> Deve prevalecer, nessa matéria, a diretriz – encampada pelo art. 16 do CPC francês e, de forma semelhante, pelo art. 278, III, do alemão – de que o juiz, ainda que possa conhecer de dada matéria de ofício, deve previamente abrir oportunidade de manifestação às partes<sup>174</sup> – postulado certamente aplicável em tema de prova.<sup>175-176</sup>

E não apenas sob o ângulo da *informação* é preciso que as partes saibam previamente quais os encargos de que são portadoras. Também sob o prisma da possibilidade de concreta *reação*, convém repetir que as regras sobre ônus da prova são, sob o prisma subjetivo, autênticas normas de conduta das partes, a orientá-las nas opções que fazem em juízo e, pensando em matéria de prova (“pré-constituída”), também fora dele.

Nesse particular, acresça-se a circunstância de que a obtenção da prova, embora considerada alguma maior variação ditada pela diversidade dos meios disponíveis, impõe, ou pode impor, aos interessados – para não falar de terceiros<sup>177</sup> – alguma forma de ônus financeiros, decorrentes

173. Substancialmente de acordo, acrescentando exame à luz dos princípios de proporcionalidade e razoabilidade: Marcelo José Magalhães Bonício, *Proporcionalidade e processo*, pp. 88-89.

174. Cf. Sobre o tema, na doutrina italiana recente, v. Francesco Luiso, *Diritto processuale civile*, vol. I, p. 30. Na doutrina francesa: Roger Perrot, *Institutions judiciaires*, p. 472, e Gérard Couchez, *Procédure civile*, p. 195. Na doutrina brasileira, embora sem relação específica com o tema tratado no texto, v. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “O juiz e o princípio do contraditório”, *RePro* 73/11.

175. Expressivamente de acordo, Augusto Mário Morello afirmou que “las resoluciones judiciales (instructorias, de dirección y sentenciales) no deben ‘sorprender’ a las partes, afectando su defensa” (cf. *La prueba – Tendencias modernas*, p. 69).

176. Reconhecendo expressamente ser dever do juiz, na audiência preliminar, “informar as partes do ônus que cada uma tem e adverti-las da consequência da omissão” (para a “organização da prova”), e afirmando que “a transparência das condutas judiciais é uma inafastável inerência do *due process of law* e da exigência do *diálogo* que integra a garantia constitucional do contraditório”, Cândido Dinamarco chega a conclusão muito próxima daquela defendida no texto acima: se o juiz pretender inverter o ônus da prova, deve advertir as partes antes do julgamento; mas a inversão, ela própria, só virá no próprio ato de julgar (cf. *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, pp. 82-83). De fato, a inversão só se consuma no ato de julgar. Mas a fixação da regra de distribuição, parece-nos, deve ser fixada e comunicada às partes de antemão.

177. É pensar na testemunha que deve se privar de seus afazeres ordinários e comparecer a juízo; ou nas informações que devam ser prestadas por terceiros e que, pelo eventual volume, consomem tempo e recursos materiais (não custa lembrar que o recurso tecnológico criado pelo Banco Central para a chamada “penhora *on line*”

do respectivo custo,<sup>178</sup> e até mesmo pessoal ou social.<sup>179</sup> Não parece razoável, portanto, esperar que a parte, tanto que já instaurado o processo para a declaração do direito, produza toda e qualquer espécie de prova que puder imaginar, tão-somente para que não incida em consequência desfavorável decorrente do descumprimento do ônus. Pensar diversamente seria correr o risco sério de alargar desnecessariamente o espectro das medidas de instrução, realizando providências inúteis,<sup>180</sup> quando não abusivas,<sup>181</sup> e que, nessa medida, acabariam por encarecer e retardar o processo, contrariando o próprio interesse público.<sup>182</sup> Mais razoável, portanto, que se diga expressamente e em momento útil, mediante adequada motivação, a quem o ônus está atribuído.<sup>183</sup>

foi engendrado para dar resposta ao volume de solicitações de informações oriundas do Poder Judiciário).

178. O que particularmente avulta nos casos de prova pericial, na medida em que envolve o trabalho de um técnico e pode exigir recursos materiais e tecnológicos.

179. Marc Galanter falou do “preço do processo” no “plano financeiro, no das relações sociais” e mesmo sob a ótica de suas “consequências psicológicas” (“A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais”, in Antonio M. Hespanha (coord.), *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*, p. 67). Sob o ângulo pessoal, ilustre-se com o constrangimento que pode existir – e nos conflitos de família isso parece particularmente relevante – na solicitação feita por uma das partes para que alguém venha a juízo prestar depoimento como testemunha.

180. Na literatura nacional recente, Marcelo José Magalhães Bonício salientou esse aspecto ao ponderar que: “O autor e o réu sabem que, ao menor descuido, podem deixar de produzir uma prova que, mais tarde, poderá ser considerada relevante”. O juiz, por seu turno, precisa ser “cauteloso ao indeferir qualquer requerimento de provas”, diante das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa. Assim: “O resultado desastroso desta equação é bastante conhecido. A fase instrutória do processo costuma ser mais longa que o necessário, servindo muito mais aos propósitos protelatórios das partes do que ao descobrimento da verdade” (cf. *Proporcionalidade e processo*, p. 80).

181. Em uma situação análoga à da *fishing expedition* do Direito Norte-Americano, no âmbito da *discovery*. V., infra, Capítulo IV, n. 39

182. A dilação probatória também deve considerar a exigência de um processo com duração razoável. Conforme lembraram Lopes Jr.-Badaró, ainda que no contexto diverso do processo penal: “O direito de defesa e o próprio contraditório também são afetados, na medida em que a prolongação excessiva do processo gera graves dificuldades para o exercício eficaz da resistência processual, bem como implica um sobrecurso financeiro para o acusado, não apenas com os gastos em honorários advocatícios, mas também pelo empobrecimento gerado pela estigmatização social” (cf. *Direito ao processo penal no prazo razoável*, p. 9). São considerações válidas parcialmente para o processo civil.

183. Substancialmente de acordo: Caçlos Roberto Barbosa Moreira, “Notas sobre o ônus da prova em benefício do consumidor”, *RePro* 86/305-308.

Novamente, nem mesmo a já mencionada visão do ônus da prova como “cargas *dinâmicas*” parece alterar esse quadro. É que o juízo acerca da maior facilidade de acesso e de produção da prova para uma das partes (ou mesmo acerca da suficiência da prova já produzida) obviamente pode variar; e, nessa medida, é mesmo mais adequado que a lei ou o juiz (esse, quando autorizado por aquela) digam quem se encontra em melhores condições de produzir essa ou aquela prova. E no caso de se autorizar que o juiz determine a regra, é preciso que o faça em momento útil, isto é, no qual a parte possa atuar de modo a produzir a prova que lhe compete e cujo ônus lhe foi atribuído.<sup>184</sup>

A preocupação com as garantias constitucionais já mencionadas ainda mais avulta quando se cogita da combinação de duas das fórmulas acima cogitadas: permitir que o juiz, no caso concreto, determine de que forma se distribui o ônus da prova (alterando a regra legal) e permitir que o faça tão-somente ao ensejo da sentença. Se a isso tudo se somar eventual distorção da idéia de livre convencimento,<sup>185</sup> estão criadas as condições para o surgimento de situações que, ainda que excepcionais e

184. A propósito, também não parece infirmar o quanto defendido no texto a tese classicamente defendida por Carnelutti (em crítica à concepção de Chiovenda) segundo a qual o interesse à prova seria bilateral, na medida em que, afirmado um fato, ambas as partes teriam interesse em fornecer prova quer da sua existência, quer da sua inexistência (cf. *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, pp. 422 e ss.). Primeiro, o próprio idealizador da teoria reconheceu que pelo menos o interesse à afirmação de um fato é unilateral (cf. ob. cit., p. 424). Segundo, ainda que o réu tenha interesse em demonstrar a inexistência do fato afirmado pelo autor, isso não parece ser suficiente para configurar autêntico ônus para o réu. A idéia parece assumir a premissa de que a parte tem rigoroso controle sobre o resultado da prova cuja iniciativa toma; isto é, não considera a possibilidade de que, ao tomar a iniciativa de produzir certo meio de prova para demonstrar a inexistência de certo fato, pode acabar por demonstrar a respectiva ocorrência. Para exame das críticas à posição de Carnelutti, inclusive com referência ao pensamento de Betti, v. Rui Manuel de Freitas Rangel, *O ônus da prova no processo civil*, p. 141.

185. Tratando do controle “endógeno” do raciocínio desenvolvido pelo órgão judicial “no apreciar a prova e os elementos de fato relevantes para a decisão”, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, embora não para defender a tese exposta no texto, observou que “deve ser excluída na apreciação fática do órgão judicial qualquer valoração de equidade ou de conveniência em relação à tutela dos interesses opostos”. Reconhecendo que o juiz pode exercitar seu poder de instrução, Alvaro de Oliveira, contudo, expressamente ressaltou que o juiz “não pode considerar provados os fatos só porque lhe pareça justo acolher o pedido inicial, devendo, isso, sim, basear-se em juízos de verossimilhança, fundados na experiência geral” (cf. *Do formalismo no processo civil*, pp. 162-163). Na doutrina italiana, v. também Alessandro Raselli, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, pp. 232-233.

patológicas, sejam arbitrárias e inconciliáveis com um processo equo e justo.

Aliás, vendo-se a questão de forma conjugada com o poder de instrução do juiz, talvez o tão tormentoso problema pudesse ficar atenuado diante do efetivo exercício daquela prerrogativa por parte do magistrado.

É que as relações de consumo – palco principal da discussão, como visto – apresentam-se como terreno propício para a iniciativa oficial em matéria de prova. Sendo assim, para além das considerações feitas anteriormente,<sup>186</sup> soa algo estranho que o juiz, diante da obscuridade resultante da falta da prova e reputando ainda haver meios de investigar a verdade, disso simplesmente abra mão, para julgar segundo as regras de distribuição do ônus da prova (sob seu prisma objetivo). Vale dizer: tendo o juiz o poder de determinar a prova em um terreno – repita-se – aparentemente propício para tanto, não parece lógico que, podendo fazê-lo, prefira julgar com base em mecanismo que só se justifica quando não é mais possível saber o que aconteceu no plano dos fatos.<sup>187</sup>

Assim, no contexto mencionado – e em outros que possam com ele guardar analogia –, o exercício do poder de instrução pelo juiz atenua consideravelmente a relevância do ônus sob o ângulo subjetivo, na medida em que ou a prova independe da vontade e da atuação das partes ou, diversamente, só pode ser produzida mediante a prática de ato a cargo delas.

Na hipótese em que a produção da prova não depende de qualquer comportamento da parte – como, por exemplo, ocorre na requisição de documento em poder de terceiro, na oitiva de testemunha cujo nome seja conhecido do juízo, na prova pericial a cargo de órgão público ou na inspeção judicial de coisa ou pessoa que não seja a própria parte – o elemento de instrução virá para os autos sem que sequer se cogite do comportamento (e, portanto, do ônus) da parte. Na hipótese em que indispensável a intervenção da parte, porque necessário que ela, parte, pratique

186. E também daquelas feitas no capítulo seguinte.

187. Certo que nas relações de consumo o juiz há que considerar a vulnerabilidade do consumidor, sua possível condição de hipossuficiência e a recomendação de facilitação de acesso à justiça para aquele – e não exatamente para o fornecedor. Isso parece valer também para o exercício do poder de instrução, que, partindo-se daquelas premissas, não poderia ser exercitado em desfavor do consumidor. Mas a situação, aí, não deixa de ser curiosa, na medida em que um dos argumentos adotados para sustentar a amplitude dos poderes de instrução do juiz é justamente a circunstância de que, ao determinar a produção da prova, o juiz não sabe a quem o resultado da medida favorecerá. Portanto, nessa ótica, seria impossível afirmar que o poder de instrução seria empregado “contra” quem quer que fosse (inclusive o consumidor). Para maiores considerações sobre o tema, v., *infra*, Capítulo III.

algum ato (adiantamento de despesas, apresentação da coisa a ser objeto da perícia ou da inspeção judicial, por exemplo), de qualquer modo terá que haver determinação judicial para tanto; e, dessa forma, terá que haver a explicitação do ônus forçosamente antes do julgamento.

### *17. segue: relação entre o ônus da prova e a pré-constituição ou antecipação da prova*

A questão da atribuição do ônus da prova, conforme exposto nos tópicos precedentes, está diretamente relacionada com a conduta das partes, dado que as regras de distribuição daquele encargo, conforme igualmente se procurou demonstrar, são dirigidas não apenas ao juiz, mas também aos sujeitos parciais, de sorte a determinar sua conduta em juízo e mesmo fora dele. A ênfase para o aspecto subjetivo do citado encargo guarda relação decisiva com o tema da antecipação da prova, quer porque sua pré-constituição se harmoniza de forma relevante com o interesse público, quer porque a pré-constituição ou antecipação da prova pode ser vista e qualificada, ela própria, como um autêntico ônus.

Contudo, a relação entre ônus da prova e antecipação ou pré-constituição da prova, tendo como pano de fundo o realce para o aspecto subjetivo do referido encargo (e, portanto, seu desligamento da decisão estatal), vai além dos aspectos antes tratados. Com efeito, a atribuição do encargo pode ser relacionada à própria admissibilidade – ou não – de se produzir prova de forma antecipada.

Tomando-se inicialmente os casos de produção antecipada fundados na alegação de urgência (risco de perda da prova), embora se possa admitir, em tese, que a demanda seja aforada em conjunto por todos os titulares da relação material controvertida, a experiência comum, mesmo à míngua de dados estatísticos, revela que uma das partes toma a iniciativa; e o faz certamente na projeção de que o ônus da prova em futuro processo lhe compete, porque, não fosse assim, preferiria certamente esperar que o decurso do tempo inviabilizasse a produção da prova e, a partir daí, levasse ao não-reconhecimento do direito invocado – ou invocável – pelo adversário (ainda que potencial). Nesse contexto, parece mesmo correto dizer que a necessidade da produção antecipada decorre não apenas do risco da perda da prova, mas também do prejuízo causado à posição resultante da relação jurídica processual, atingindo a um só tempo o ônus e também o direito (ou poder) de provar.

Confirma-se, nessa hipótese, a relevância do aspecto subjetivo do ônus da prova: a preservação do elemento de instrução é feita justamente por iniciativa daquele que, antevendo seu futuro e potencial prejuízo

pela falta da prova (que corre o risco de se perder), quer evitá-lo. Ademais, o que se antecipa, ao menos em princípio, é a produção – e não a valoração (judicial) – da prova,<sup>188</sup> de tal maneira que, se o tema do ônus estivesse exclusivamente ligado ao ato de julgamento (estatal), haveria dificuldade até mesmo para determinar a presença do interesse processual para o requerimento da aludida medida.

Se as considerações acima estão corretas, então, a projeção feita pela parte fica consideravelmente prejudicada diante da incerteza decorrente do poder outorgado ao juiz de determinar de que forma se distribuem os encargos das partes a respeito – e, pior que isso, de fazê-lo apenas por ocasião da sentença. Por isso, ratificam-se as considerações feitas a propósito dos efeitos nocivos que essa indefinição pode ter, por levar o interessado – incerto portador do ônus de provar – a promover, ainda que a pretexto de evitar a perda da prova, medidas de instrução antecipada com amplitude indesejável.

Constatações análogas podem ser feitas quando se trata de antecipar a produção da prova fora do contexto da urgência, isto é, tão-somente como forma de conhecer e de registrar fatos relevantes relativos a dada controvérsia, atual ou potencial, com o objetivo de avaliação de chances e de riscos em processo futuro e, eventualmente, com o escopo de o evitar.

Nessa hipótese, a determinação do ônus da prova como fator que compele o interessado a pedir a antecipação da prova (aspecto que, como dito, sugere ligação com o interesse de agir) poderia ser tida como atenuada na medida em que, afinal, não se quer conservar os elementos de instrução, mas investigar e registrar fatos. Não havendo risco de perda da prova, o prejuízo decorrente da impossibilidade de o interessado se desincumbir do ônus probatório não surge, porque, de qualquer forma, e na premissa de que não haja risco, é dado à parte promover a medida de instrução mais adiante, isto é, no processo cujo objeto é a declaração do direito.

Sem embargo da procedência dessa última assertiva, não se pode desconsiderar, contudo, a ligação que existe entre a atribuição do ônus da prova e respectiva ciência pelos interessados, de um lado, e a antecipação da prova desvinculada da urgência, de outro.

Sobre isso, convém primeiramente lembrar que a possibilidade de desvinculação entre titularidade do ônus da prova, de um lado, e produção preliminar ou antecipada da prova, de outro, é recusada em autorizada doutrina pelos que são cétricos ou críticos em relação ao modelo vigente no *common law* – especialmente da *pretrial discovery* do Direito

188. Para ressalva a respeito dessa assertiva, v., *infra*, Capítulo V, n. 57.

Norte-Americano. Sob essa ótica, afora hipóteses nas quais o acesso a coisas (incluindo documentos) ou a pessoas decorra de regras de direito material, não se admitiria a existência de um generalizado “dever de esclarecimento” ou “dever de informar” – de natureza estritamente processual – a cargo da parte que não fosse também titular do ônus da prova. Por outras palavras, segundo esse modo de ver as coisas, só teria o dever de informar quem, ao mesmo tempo, tivesse o ônus de provar.<sup>189</sup>

Curioso observar que, nessa perspectiva doutrinária, a atribuição da titularidade do ônus da prova é feita de forma concomitante à existência de um “dever de informar”, de tal sorte que, segundo esse raciocínio, estabelecendo-se uma relação entre aquelas duas posições, só se poderia cogitar da segunda se presente a primeira. Relação com essa direção sugere, sempre na ótica referida, uma espécie de identidade entre ônus e dever, como se aquele fosse um imperativo a ser observado no interesse do adversário; e não da própria parte (como tradicionalmente se entende, quando se trata de um típico ônus).

Raciocínio dessa ordem parece querer vincular um possível “dever processual de informar”, de um lado, ao conceito de ônus, de outro, sob

189. Assim, de forma peremptória: Hans Prütting, “Presentación de documentos y dirección del proceso”, in Álvaro J. Pérez Ragone e Juan Carlos Ortiz Pradillo (trads.), *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*, pp. 60 e ss., ao examinar o sistema alemão e confrontá-lo com os sistemas de *common law*, com amplas e atualizadas referências bibliográficas. No referido trabalho, Prütting observa que a tentativa de sustentar um dever (processual) geral de informação fora feita em 1939, “sem muita ressonância”, por Fritz von Hippel. Ainda segundo Prütting, o tema voltou a surgir em 1976, quando o professor Stürmer, em sua tese de “habilitação” (o que talvez pudesse equivaler à nossa livre-docência), procurou demonstrar que no Direito Alemão, a partir das regras constantes dos §§ 138, 423, 445, 448, 372a e 656 da ZPO, haveria referido dever, uma vez que o adversário da parte que é titular do ônus da prova deve realizar todos os atos que sejam “adequadamente exigíveis”, abrangendo o fornecimento de informações, a apresentação de coisas e documentos e, enfim, toda e qualquer conduta que “colabore com o esclarecimento dos fatos dentro do processo”. Segundo Stürmer, a violação a tais deveres se resolveria em uma “ficção das questões de fato controvertidas, ficção suscetível de ser refutada” (cf. Prütting, *ob. cit.*, p. 61). Além disso, Prütting menciona a proposta feita por Gottwald, já agora em 1996. Segundo ela, os órgãos de primeira instância seriam favorecidos se o legislador incorporasse um dever processual geral de esclarecimento, “inclusive para a parte que não seja titular do ônus da prova” (cf. p. 62). Não obstante, Prütting é peremptório ao afirmar que no Direito Alemão, mesmo após as reformas que passaram a vigorar em 2002, não vigora dever de tal ordem, afirmando que isso é reconhecido pela doutrina (cf. p. 63). Referido autor também conclui, taxativamente, que, não obstante as reformas experimentadas pelo Direito Alemão, pelo Americano e pelo Inglês, “os sistemas probatórios são muito diferentes e não é possível encontrar uma convergência relevante” (cf. p. 66).

a ótica das conseqüências do respectivo descumprimento – isto é, na premissa de que a não-observância leva a uma presunção de verdade dos fatos afirmados pelo adversário,<sup>190</sup> o que, de fato, se afeiçoa à concepção de um verdadeiro ônus.

Mais, ainda: a relação necessária que assim se quer estabelecer entre dever de informar e ônus da prova – para negar o primeiro se o ordenamento não prevê a atribuição do segundo – reflete a preocupação com a criação, pelo juiz, de ônus não previsto pelo direito objetivo. Ou seja: o raciocínio reforça a tese segundo a qual a atribuição do ônus da prova é, ao menos em princípio, tarefa que incumbe ao legislador, e não ao juiz, ao sabor das peculiaridades do caso concreto.<sup>191</sup> Quando se diz que não tem dever (processual) de informar quem não tem o ônus de provar, quer-se dizer, ao menos aparentemente, que o juiz não pode criar para a parte um encargo que o direito objetivo não estabeleceu.

Contudo, sem embargo da coerência do raciocínio que, como exposto, vincula “dever de informar” e ônus de provar, remanesce a ressalva feita acima quanto a uma certa perplexidade gerada pela superposição dessas duas posições jurídicas. É que uma coisa é o reconhecimento do ônus de provar atribuído pelo sistema a uma das partes; outra é o ônus decorrente da vigência de uma concreta determinação judicial para apresentação de certa coisa ou documento – determinação que pode eventualmente levar em contra encargo previamente imposto, de forma geral e abstrata, pelo sistema. Convém lembrar a respeito, ainda que a título de ilustração, que no Direito Inglês o dever de revelação deixou de ser automático e voltou a resultar de decisão do juiz, agora no exercício do *case management*.<sup>192</sup>

Por outras palavras, quando o juiz, em um dado processo, determina, por exemplo, que uma das partes apresente ou exhiba determinado documento, já não importa saber se, antes disso, vigorava – de forma

190. Com tais fundamentos a tese sustentada por Stürner, lembrada por Prütting (cf. Hans Prütting, “Presentación de documentos y dirección del proceso”, in Álvaro J. Pérez Ragone e Juan Carlos Ortiz Pradillo (trads.), *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*, p. 61 e nota 132).

191. Embora nele não se mencione esse nexo de forma explícita, tal é o que se pode extrair do pensamento exposto por Prütting, ao asseverar, textualmente, que: “As partes de um processo civil futuro necessitam de normas claras, expressas e abstratas atinentes à distribuição do ônus da prova, assim como as relacionadas ao ônus das alegações” (cf. Hans Prütting, “Presentación de documentos y dirección del proceso”, in Álvaro J. Pérez Ragone e Juan Carlos Ortiz Pradillo (trads.), *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*, p. 60).

192. Cf. Chiara Besso, *La prova prima del processo*, pp. 111-113.

geral e abstrata – uma regra de atribuição do ônus de provar ao destinatário do comando. O ônus de apresentar decorre da determinação judicial; e, quiçá com bons fundamentos,<sup>193</sup> se poderá, quando muito, cogitar de equívoco ou de ilegalidade de tal determinação. Mas, enquanto vigorar o comando, subsiste em concreto o ônus de apresentação da coisa ou documento para a parte, com as correspondentes conseqüências de eventual não-observância pela parte destinatária.

Na verdade, a relação entre ônus da prova e “dever (processual) de informar” – expressão que, na realidade, traduz a idéia de produção de prova de forma preliminar ao processo cujo objeto é a declaração do direito, sem vinculação à urgência<sup>194</sup> – parece mesmo correta, mas desde que vista em sentido inverso: pode pretender a produção antecipada da prova mesmo fora dos casos de urgência – portanto, invocar a observância, por outrem, de um “dever de informar” – aquele a quem a lei atribui o encargo de provar. É da necessidade, ainda que eventual ou potencial, de provar (ou, por outras palavras de sofrer as conseqüências da falta da prova) que surge a admissibilidade da antecipação e, por exemplo, a possibilidade de exigir que alguém forneça informações e correspondentes registros (que podem ser coisas, documentos ou outras fontes).

Com efeito, sabedora que seja do ônus que deve suportar, a parte diligente e pautada pela boa-fé, mesmo antes de ir a juízo, mas apenas e precisamente pela consideração dessa eventualidade, desde que isso seja possível e razoável, pode – e é recomendável que o faça – empreender atividade de pré-constituição da prova de fatos relevantes, cuja falta poderá gerar para ela conseqüências desfavoráveis em futuro e eventual processo. Conduta dessa ordem – desde que não gere inútil e improdutivo burocratização das relações negociais e pessoais – pode contribuir para a segurança jurídica; e, nessa medida, deve ser vista com bons olhos. Não se trata de temer a perda da prova ou a impossibilidade de a produzir mais adiante, mas, sim, de deter, desde logo, elementos objetivos que, como dito, propiciem segurança e que norteiem a adoção desta ou daquela conduta, processual ou, mesmo, anterior ao processo.<sup>195</sup>

193. Exatamente com base na idéia de que não é dado ao juiz criar ônus que não encontre amparo no direito objetivo, tal como exposto anteriormente.

194. É o que se extrai da discussão acerca do tema travada na doutrina alemã (cf. Prütting, Hans Prütting, “Presentación de documentos y dirección del proceso”, in Álvaro J. Pérez Ragone e Juan Carlos Ortiz Pradillo (trads.), *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*, especialmente pp. 65-67).

195. Os aspectos *objetivo* e *subjetivo* da prova são tradicional e comumente tratados pela doutrina; mas recorrentemente na perspectiva *do juiz*. Por todos, v. Moacyr Amaral Santos, *Da prova judiciária no cível e comercial*, vol. I, pp. 10-11.

Mas, para que isso ocorra – de volta ao início –, é, quando menos, conveniente que aos interessados, de forma clara e leal, seja dado saber de que encargos são portadores em relação à prova em futuro processo.

Nesse particular, parece ser fundamental a consciência de que a relação entre órgãos judiciais e litígios não se esgota na edição de sentenças. Mais que isso, processos judiciais podem ser evitados em razão de um dado comportamento dos tribunais que pode despertar expectativas nas pessoas, levando-as eventualmente a ingressar em juízo ou a disso se abster. Nesse contexto têm papel relevante as informações a serem difundidas, porque os tribunais não produzem apenas decisões, mas emitem também “mensagens”, que, por seu turno, interferem com a consciência dos direitos, orientando o comportamento das partes. Nessa perspectiva, altera-se a visão tradicional que se costuma ter de acesso à justiça, de tal sorte que os órgãos judiciais devem vir em auxílio do cidadão e o instruir. Assim, o papel de orientar comportamentos, por paradoxal que isso possa ser, passa a ter tanto ou mais relevo que o papel de editar sentenças para pôr fim a controvérsias.<sup>196</sup> E a distribuição do ônus da prova – pelas implicações não apenas jurídicas que traz consigo – não parece fugir disso.

A propósito, para ilustrar, não parece ser à-toa que no âmbito penal vigore o princípio da presunção de inocência, que, embora de aceitação universal, é, no entanto, positivado em diferentes textos,<sup>197</sup> dentre os quais a nossa Constituição da República.<sup>198</sup> Nesse caso, a mensagem – que não se deixou a cargo do Judiciário – é clara e se traduz na assertiva, fundamental para a segurança dos cidadãos, de que não lhes é atribuído o ônus de provar sua própria inocência. Ainda que feita a ressalva de se tratar do valor “liberdade”, fato é que ali se encerra uma clara e inofensiva regra acerca de distribuição do ônus da prova, cuja explicitação, como dito, é imprescindível fator de segurança para as pessoas.<sup>199</sup>

196. Cf. Marc Galanter, “A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais”, in Antonio M. Hespanha (coord.), *Justiça e litigiosidade: história e perspectiva*, pp. 72-76.

197. Para exame dessa natureza, por todos, v. Ada Pellegrini Grinover, “As garantias constitucionais do novo processo penal na América Latina”, in Luiz Fux e outros (coords.), *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, pp. 490-491.

198. Art. 5º, LVII.

199. Assim, a propósito da relação daquela presunção com o ônus da prova: Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 340; Aury Lopes Jr., *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, vol. I, pp. 188-191; Fernando Capez, *Curso de processo penal*, p. 38.

Por outro lado, a indefinição quanto ao ônus de provar, se tomada nesse momento anterior ao processo (analogamente ao que acima se disse quanto ao momento em que já há um processo), pode levar a excessos indesejáveis: justamente pela preocupação com a indefinição do que possa ocorrer em juízo (do que se possa exigir da parte em tema de ônus da prova), os interessados podem ser levados à adoção de sucessivas providências voltadas à formalização de cada passo de suas relações, tudo para garantir que, em juízo, não possam ser acusadas de não ter feito a prova deste ou daquele fato; providências que, pelo eventual excesso, podem acabar onerando, dificultando ou até mesmo impedindo as relações negociais ou mesmo pessoais. Excesso de preocupação com a prova – efeito colateral da indefinição sobre as regras de atribuição do respectivo ônus – pode se transformar em formalismo ou burocracia a inibir negócios ou em formalismo a frustrar relacionamentos pessoais.<sup>200</sup>

Essa constatação, portanto, apenas reforça a idéia de que a iniciativa de pré-constituição da prova – inclusive extrajudicial – resulta em boa medida da ciência, pelos interessados, do ônus de provar em futuro processo. Tal aspecto, aliás, já fora destacado pela doutrina clássica ao figurar as hipóteses de quem empresta dinheiro e quem o restitui: o primeiro dificilmente deixa de se munir de documento comprobatório da entrega, e o segundo do instrumento de quitação.<sup>201</sup>

Tal aspecto, além disso, tem repercussões processuais relevantes, bastando pensar nos casos em que a via processual não comporta dilação probatória que não a documental e, nessa, medida, pré-constituída, como ocorre no mandado de segurança – onde o fenômeno aparece sob a forma da exigência do direito líquido e certo – ou no processo de inventário – em que aparece sob a roupagem, agora negativa, da “questão de alta indagação”,<sup>202</sup> ou nos casos em que, embora seja possível ampla dilação probatória, a pretensão deduzida dependa logicamente da prova de certa condição, como ocorre nos embargos de terceiro aforados pelo

200. Ilustra o que está dito no texto a iniciativa de uma das partes de formalizar, pela lavratura de instrumento contratual, a relação de união estável ou de convivência. Certo que a celebração do ato terá certamente em mira efeitos substanciais, na medida em que se proponha a ser o estatuto a reger a relação entre as partes. Mas não deixa, por via reflexa, de ser “a prova” mais contundente da união.

201. Cf. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, p. 427.

202. É pensar, mais uma vez, na prova da existência da união estável ou mesmo da filiação, como autorizadas da habilitação no processo de inventário.

companheiro ou convivente ou na demanda de alimentos, que exigem “pré-constituição” do vínculo obrigacional.<sup>203</sup>

### 18. ônus da prova, ônus do tempo e antecipação da prova

A imposição do ônus da prova, mesmo quando visto sob a ótica estritamente jurídica, não pode, por eventualmente se apresentar como encargo de tal modo excessivo, atuar como fator impeditivo do acesso à ordem jurídica justa por inviabilizar não apenas o direito à prova, mas a própria garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional.

A propósito, partindo-se da premissa de que a descoberta da verdade no processo encontra limites e de que, afinal de contas, ela não é exatamente um dos escopos da jurisdição (mas, sim, um instrumento para a consecução dos mesmos),<sup>204</sup> não se pode dar à referida carga uma dimensão tal que, levada às últimas conseqüências, constituiria, por si só, um obstáculo à efetividade da tutela jurisdicional.<sup>205</sup> Portanto, é preciso enxergar a imposição do ônus da prova à luz da verificação de que, em última análise, o julgamento estatal, de forma realista, está fundado em não mais que um elevado grau de probabilidade quanto à ocorrência dos fatos;<sup>206</sup> não em uma inatingível certeza absoluta.<sup>207</sup>

Nesse contexto, é mesmo correto dizer que a verdade processual é sempre “relativa” e, em grande medida, “formalizada”.<sup>208</sup> E mesmo

203. Ou mesmo na hipótese de se exigir determinado documento por ser reputado “indispensável à propositura da ação”, nos termos do art. 283 do CPC.

204. Aspecto comumente destacado em doutrina: Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, pp. 80-81 (falando da “prova suficiente”); Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 145. De forma um tanto diversa, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart observaram ser natural eleger como um dos “princípios essenciais do processo – se não a função principal do processo de conhecimento – a busca da verdade substancial”, tida na conta de “escopo básico da atividade jurisdicional” (cf. *Manual do processo de conhecimento*, pp. 254-256).

205. Exame da *universalidade* do direito à prova e dos obstáculos que se colocam ao mesmo é feito mais adiante (v., infra, Capítulo VI, n. 81).

206. Falando da “quantificação da incerteza” e relacionando probabilidade e estatísticas, v. Jairo Parra Quijano, “La probabilidad”, in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, pp. 827 e ss.

207. É conhecida a página clássica de Calamandrei, “Verità e verosimiglianza nel processo civile”, *Rivista di diritto processuale* X, Parte I, *passim*.

208. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 145.

quando eventualmente se enfatiza, em certas situações, a busca da verdade “real”, não se deve pensar exatamente no resultado dos meios de investigação da realidade, como se esse resultado pudesse ser superior àquele relacionado com uma verdade “formal”.<sup>209</sup> Aludida dicotomia, cuja importância parece se tornar cada vez mais escassa, mais se refere à iniciativa oficial e à extensão da atividade de instrução que àquilo que literalmente dela aparente resultar.<sup>210</sup>

Mesmo quando se admite, eventualmente, que o poder de instrução do juiz seja mais pronunciado nas controvérsias que versam direitos indisponíveis,<sup>211</sup> isso não se justifica na busca de uma verdade “material” entendida como algo mais próximo da realidade das coisas. A verdade “processual” é uma só – e, portanto, ela é essencialmente “formal” e limitada, sejam disponíveis ou indisponíveis os interesses discutidos.<sup>212</sup> Não fosse assim, e – conforme já se acentuou em doutrina – forçoso seria admitir, em nome da busca da verdade “real”, que o juiz julgasse com base na ciência privada dos fatos ou que admitisse a prova ilícita sem qualquer ressalva, incluindo aí aquela produzida sem a observância do contraditório.<sup>213</sup>

De outro parte, se a descoberta da verdade é (embora não se limite a isso) instrumento para consecução do escopo jurídico do processo, na medida em que contribui para que a declaração do direito em concreto se afeição à vontade da norma jurídica editada abstratamente, há que se

209. Embora isso pareça ficar eventualmente sugerido em doutrina que se ocupa do assunto. Por exemplo, João Carlos Pestana de Aguiar afirmou que o “fim ideal do processo”, na impossibilidade da conciliação, “jamais deixa de ser a apuração da verdade real, ou seja, daquela referente à realidade dos fatos”, sendo que a “verdade formal” atuaria “como um sistema de integração” (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, pp. 30-31).

210. De acordo Ernane Fidélis dos Santos, ao salientar que o “princípio da verdade real” refere-se a “procura”, juízo de grande probabilidade, que entende ser “comum a qualquer espécie de processo” (cf. *Manual de direito processual civil*, vol. I, pp. 493-494).

211. Conforme mais adiante salientado, em tema de direitos indisponíveis a intervenção oficial em matéria de prova nesses casos busca, em última análise, fazer valer a garantia de defesa em sentido amplo.

212. O que, de resto, já fora destacado por Carnelutti, ao argumento de que a verdade não pode ser mais que uma. O conceito de *verdade formal* não pode implicar menor grau de verossimilhança em comparação com o da verdade dita “real” (cf. *La prova civile*, pp. 25 e ss.). De forma análoga, v. Juan Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, p. 26.

213. Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 146.

considerar também que o escopo social é atingido pela eliminação da controvérsia e conseqüente pacificação.<sup>214</sup> Aquele primeiro exige tempo, e este segundo clama por presteza. Portanto, ao se considerar o ônus da prova é preciso também levar em conta que a produção das providências de instrução demanda *tempo*. Este, por seu turno, não pode – ele próprio – representar ônus excessivo para a parte, não sendo demasiado lembrar que o direito ao processo em um *prazo razoável*, já antes estabelecido pela Convenção Americana dos Direitos Humanos, passou a integrar o rol de garantias constantes do art. 5º da Constituição da República, em seu inciso LXXVIII.

Dentro do processo sabe-se que a questão do tempo é equacionada mediante o estabelecimento de preclusões que garantem o avanço e impedem o retrocesso. No caso da prova, por mais que a busca da verdade seja desejável para a edição de decisões justas, há um limite temporal para a atividade de instrução. Sua observância – não apenas pelas partes, mas igualmente pelo órgão julgador, ao eventualmente tomar a iniciativa da prova – é relevante, na medida em que, sob o ângulo do escopo social, o que se quer é eliminar a controvérsia.

Mas, para além da preclusão, as tutelas de urgência – notadamente a antecipação da tutela – funcionam como mecanismos aptos a, dentro do processo, redistribuir o ônus que o tempo representa para as partes;<sup>215</sup> o que, como não poderia deixar de ser, está diretamente ligado ao tema do ônus da prova e à antecipação dessa última.

Tomando-se a experiência brasileira para ilustrar, para além de outras regras especiais, permite o art. 273 do CPC, de forma generalizada, diante de “prova inequívoca” (somada ao requisitos do perigo ou do abuso do direito de defesa), que o autor antecipadamente desfrute do bem da vida que persegue, enquanto se desenrola o processo. Assim, a tutela de um direito “provável” é forma importante de atenuar o ônus do tempo do processo para o demandante, precisamente porque se parte da premissa de que a prova existente já o favorece.<sup>216</sup>

214. Cf. Carlos Furno, *Teoría de la prueba legal*, p. 14.

215. Substancialmente de acordo: Paulo César Pinheiro Carneiro, *Acesso à justiça*, pp. 81-82.

216. Não que a certeza acerca do direito, puramente considerado, não seja relevante nesse momento. É pensar em orientações já consagradas pela jurisprudência (quiza objeto de súmula) e que, nessa medida, contribuem para a antecipação da tutela. Contudo, na generalidade dos casos parece imprescindível considerar também os fatos alegados pelo demandante; e, nessa medida, a respectiva prova se afigura relevante.

Nessa hipótese, há uma espécie de antecipação da valoração da prova disponível – ainda que de forma provisória –, e isso, em boa medida, representa uma adequação, em concreto, do ônus de provar à necessidade de uma tutela jurisdicional efetiva e, portanto, tempestiva. O autor da demanda, se aplicável for a regra geral do art. 333, I, do CPC, continua a ter o encargo de provar os fatos constitutivos de seu alegado direito para que a demanda, ao final, seja acolhida. Contudo, porque em alguma medida ele já se desincumbiu desse ônus ao ingressar em juízo (ou em outra fase do processo que preceda o julgamento<sup>217</sup>), atenua-se o peso correspondente, mediante sua desvinculação do ato de julgamento final.<sup>218</sup>

Portanto, antecipar a tutela é também antecipar juízo acerca da prova<sup>219</sup> e, em certa medida, reputar que o demandante já se desincumbiu do ônus de provar de forma ao menos suficiente para que se transfira ao demandado o ônus do tempo que o processo impõe.<sup>220</sup>

A esse propósito, fala a doutrina na “tutela de evidência”, a garantir “direitos” com idêntico qualificativo, caracterizados justamente pela preexistência da prova e, nessa medida, por um elevado grau de probabilidade de ocorrência dos fatos narrados pelo demandante, em contraste com a pouco plausível possibilidade de resistência fundada por parte do demandado.<sup>221</sup>

217. Não descartada a antecipação da tutela na própria sentença, conforme admitem doutrina e jurisprudência.

218. Substancialmente de acordo: Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, pp. 28-30. Segundo ele: “O tempo deve ser repartido, no curso do procedimento, de acordo com o índice de probabilidade de que o autor tenha direito ao bem disputado”. Assim: “Quando o direito do autor é evidente e a defesa do réu carece de seriedade, entra em jogo a tutela antecipatória, como técnica de distribuição do ônus do tempo do processo” (cf. ob. cit., p. 30).

219. Nesse contexto, tratando da prova como requisito para concessão da tutela inibitória, v. Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, pp. 279-280.

220. Correta, no particular, a idéia exposta por José Roberto Bedaque no sentido de que o requisito da prova inequívoca, no contexto da antecipação, “deve ser interpretado em conformidade com o relativismo próprio do sistema de provas” (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 5ª ed., p. 368).

221. Na doutrina nacional o tema foi enfrentado por Luiz Fux, para quem o problema em questão “se põe no plano fático”, de tal sorte que quando se fala em *direito evidente* “diz-se direito evidenciado ao juízo através de provas”. Dessa forma, “a evidência toca os limites da prova e será tanto maior quanto mais dispuser o seu titular de elementos de convicção. Assim, é evidente o direito demonstrável *prima*

Tais considerações permitem mais uma vez ligar o tema do ônus da prova, de um lado, à antecipação de medidas de instrução, de outro.

Com efeito, a pré-constituição da prova, sempre que isso se afigura possível, pode funcionar como mecanismo apto a viabilizar a concessão de tutelas de urgência e, dentro delas, de provimentos antecipatórios da tutela.<sup>222</sup> Naturalmente, no mais das vezes essa pré-constituição não apenas antecede o processo, mas o dispensa, na medida em que a prova se constitua sem a intervenção judicial. É o que ocorre quando se está diante de prova documental ou que a essa forma se possa reduzir.

Contudo, não é de se descartar que a pré-constituição da prova se realize também mediante intervenção estatal, na medida em que a medida de instrução se apresente como providência necessária e adequada – portanto, útil – para proporcionar a antecipação da tutela e, portanto, mais justa e lógica distribuição do ônus do tempo do processo (que inclui o ônus de provar). Por outras palavras, não se deve descartar que a antecipação da prova ocorra para que se possa antecipar tutela e, com isso, dar ao ônus da prova carregado ao autor um dimensionamento adequado em concreto, coerente, inclusive, com o imperativo constitucional de uma tutela tempestiva.<sup>223</sup>

Posta nessa perspectiva, a pré-constituição da prova – que pode se dar mediante antecipação da mesma em processo judicial – harmoniza-se com a concepção de processo equo e justo, apto também a ofertar uma tutela tempestiva, não apenas na medida em que, conforme já indicado, contribua para a solução do conflito por autocomposição (por permitir que as partes avaliem suas chances em processo futuro), mas também na medida em que a antecipação da prova viabilize a própria antecipação da tutela.<sup>224</sup>

No ordenamento brasileiro, para ilustrar, diferentes regras autorizam a antecipação da prova em audiência – destinada à “justificação”

*facie* através de prova documental que consubstancie direito líquido e certo” (cf. *Tutela de segurança e tutela de evidência*, pp. 311-313).

222. Assim, mais uma vez, Luiz Fux, ao incluir nos “direitos evidentes” aqueles resultantes de “provas produzidas antecipadamente” (cf. *Tutela de segurança e tutela de evidência*, p. 313).

223. O direito à tempestiva prestação jurisdicional, como lembrou Paulo Lucco, “é inerente à igualdade jurídica, já que o tempo excessivo é fator de desequilíbrio” (cf. “Garantia do tratamento paritário das partes”, in José Rogério Cruz e Tucci (coord.), *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 113).

224. V., supra, n. 8, considerações a propósito da reflexão acerca do interesse público que se encontra subjacente aos ônus processuais, e em particular ao ônus da prova.

– com o objetivo de viabilizar a edição de provimentos liminares; dentre os quais alguns de natureza tipicamente antecipatória. Para não mencionar as hipóteses encartadas em processos cautelares, lembre-se que assim ocorre nos embargos de terceiro (CPC, art. 1.050, § 1º), no processo das ações possessórias (CPC, arts. 925 e 928-929) e de nunciação de obra nova (CPC, art. 937).

Além disso, há a regra – “geral”, em certa medida – do § 3º do art. 461 do CPC, encartada no contexto da antecipação de tutela nas obrigações de fazer, não-fazer e de entrega de coisa. Contudo, mesmo à míngua de dados estatísticos que respaldem a assertiva, parece lícito afirmar que a regra não desfruta de prestígio: ou o autor dispõe de prova pré-constituída fora de juízo – caso em que se habilita a postular e obter a antecipação dos efeitos da sentença de mérito – ou, diversamente, daquela não dispõe – e, portanto, sujeita-se ao ônus imposto pelo tempo necessário para a colheita dos elementos necessários à comprovação de suas alegações de fato, no ritmo do procedimento comum e (pior!) da máquina judiciária.

Entendimento dessa ordem equivale a dizer que só se antecipa tutela diante de prova pré-constituída, de forma muito próxima – se não idêntica – à do tratamento que o sistema confere à tutela do direito líquido e certo no âmbito do mandado de segurança.

Tal orientação, contudo, pode e deve ser combatida. É que a antecipação – espécie de tutela de urgência – não se justifica exclusivamente como forma de impedir o chamado “dano marginal” imposto à parte que tem razão por força do tempo necessário para o desfecho do processo, mas pode se justificar e frequentemente se justifica na necessidade de afastar o risco de perda de utilidade e de eficácia do provimento final. Portanto, não parece lógico nem consentâneo com a garantia inscrita no art. 5º, XXXV, da CF exigir que a tutela de urgência, nos casos de *periculum in mora*, fique sempre condicionada à existência de prova pré-constituída antes do processo. Nesse caso, a possibilidade de antecipação da providência de instrução é integrante e indissociável da própria garantia de acesso à ordem jurídica justa por meio da tutela antecipatória.

### 19. conclusão do capítulo

Como visto, variados são os desdobramentos do confronto entre *ônus e antecipação da prova*; alguns dos quais, inclusive, extrapolam os limites do presente trabalho.

Exame sob tal perspectiva permitiu, até aqui, e dentre outras constatações, a de que uma visão dita objetiva do referido encargo está substancialmente ligada à idéia de que a prova, conquanto até conte com a iniciativa e participação das partes, é essencialmente dirigida ao órgão judicial; ou, por outras palavras, é produzida para formar o convencimento do magistrado. Assim, as regras de distribuição do ônus da prova pouco ou nada dizem com sua produção, mas sim com o ato de julgamento, aplicando-se apenas diante de eventual obscuridade decorrente da falta de elementos probatórios.

Nessa ótica, afirma-se ser indiferente a iniciativa subjetiva da prova; o que é natural, diante da perspectiva objetiva dada ao assunto. A prova, sob o enfoque objetivo, não exerce função em relação às partes que não a mais evidente de servir de instrumento para obtenção de êxito em juízo, na medida em que se preste a formar o convencimento do juiz; o que reforça a ligação exclusiva que, sob tal ótica, se faz entre prova, de um lado, e julgamento estatal, de outro. A prova, ainda nessa perspectiva, atende ao interesse público na medida em que é meio para edição de decisões justas e contribui para a segurança jurídica. Em relação às partes, a prova, quando apreciada e valorada no julgamento, cumpre apenas uma das finalidades tradicionais da motivação da sentença, que é a de convencer os destinatários do comando sobre o acerto da decisão (o que, em certa medida, contribui, ainda que indiretamente, para o escopo social de eliminação das controvérsias e conseqüente pacificação social).

Mais: a perspectiva objetiva do ônus da prova sugere, ainda que não de forma necessária e absoluta, que a alteração das regras de distribuição do ônus da prova pode ser feita pelo juiz mesmo sem autorização legal específica; e, mais do que isso, que pode ser feita exclusivamente no próprio ato de julgamento (sentença), porque, afinal de contas, tais regras são dirigidas, sempre na ótica já mencionada, ao juiz (que não pode se abster de julgar a pretexto de obscuridade por falta de prova), e não às partes.

Sempre nesse contexto – e ainda que não se possa afirmar que todos esses postulados sejam absolutamente indissociáveis uns dos outros –, é compreensível a idéia de que a prova se produz, por regra, apenas no bojo do processo aparelhado para a declaração do direito e, dentro dele, numa fase que se segue à postulação das partes. Nessa ótica, porque a prova e as regras que a disciplinam – incluindo aquelas sobre a atribuição dos respectivos ônus – são dirigidas essencialmente ao juiz, e não às partes, somente o risco de perda da prova justifica sua produção de forma anterior ao citado momento. É que, atrelando-se o ônus da prova

ao julgamento estatal e ao juiz, parece realmente ser mais difícil justificar a produção da prova antes da instauração do processo destinado à declaração do direito (exceto pela urgência), justamente porque se pensa exclusivamente na relação que existe entre o encargo e o julgamento final (inclusive com a possibilidade de aquele ser definido somente por ocasião deste).

Contudo, sem propriamente desconsiderar o aspecto objetivo que o ônus da prova apresenta – e, até pelo contrário, reconhecendo-se a conotação pública que se encerra nessa posição jurídica (que, assim, não se limita exatamente a um imperativo do interesse exclusivo do próprio litigante) –, parece imprescindível enfatizar, na devida medida, a importância das regras sobre ônus da prova como determinantes da conduta das partes, dentro e fora de juízo.

Assim, a partir de uma perspectiva subjetiva do ônus da prova, conforme se procurou demonstrar, desatrela-se esse encargo do julgamento estatal. Nessa outra ótica as partes passam a ser vistas como destinatárias das normas que distribuem o ônus da prova, reconhecendo-se que tal atribuição tem decisiva influência sobre o comportamento daquelas, em juízo e mesmo antes dele, dadas as repercussões concretas – de ordem jurídica, econômica e pessoal – que acarreta. Visto o fenômeno sob esse ângulo, percebe-se que a distribuição do ônus da prova tem peso relevante na avaliação de riscos e de chances pelos interessados quanto aos rumos do processo voltado à declaração do direito.

Tal perspectiva permite, sem qualquer prejuízo ao caráter público do processo, visualizar que, embora a prova tenha o juiz como destinatário quando se pensa no julgamento estatal, tal não ocorre quando se pensa na valoração que as próprias partes podem e devem fazer dos elementos de instrução disponíveis, daqueles que possam ainda ser produzidos e, enfim, de todas as implicações daí decorrentes – inclusive como forma de evitar o julgamento estatal, mediante a solução de controvérsias por formas de autocomposição. Por outras palavras, a prova – incluídas, aí, as regras sobre distribuição dos respectivos ônus – é voltada para o juiz quando se tem em mente o julgamento estatal; fora daí, a prova é também dirigida às partes, como elemento determinante de suas condutas, em juízo e fora dele.

Vista a questão dessa forma, parece ser coerente sustentar a conveniência – se não a necessidade – de que as regras sobre distribuição do ônus da prova sejam fixadas de antemão pelo legislador, e pelo juiz apenas diante de expressa autorização; mas, nesse caso, sempre antes do julgamento (sentença). A propósito, consoante enfatizado, tem fun-

damental importância a mensagem a ser passada pelo Judiciário, e que, em última análise, há que reverter em benefício para o próprio interesse público, na medida em que funcione como critério de orientação e de segurança para os jurisdicionados.

Da mesma forma, visto o fenômeno sob a ótica das partes e rompida a ligação entre ônus da prova e julgamento estatal, torna-se natural admitir que a produção antecipada da prova se justifica mesmo fora das situações de risco, na medida em que a pré-constituição dos elementos de instrução servirá à avaliação antes mencionada, por parte dos interessados.

### *Capítulo III – ANTECIPAÇÃO DA PROVA E PODERES DE INSTRUÇÃO DO JUIZ*

*20. iniciativa probatória oficial e ônus das partes – 21. poderes de instrução: intensidade determinada a partir de elementos contidos na relação de direito material (direitos indisponíveis) – 22. segue: desigualdade substancial das partes – 23. segue: iniciativa probatória oficial e imparcialidade – 24. antecipação da prova (fora das hipóteses de urgência): novas perspectivas para o poder de instrução do juiz – 25. segue: produção antecipada da prova e limites à iniciativa oficial – 26. segue: indisponibilidade do direito material, desigualdade das partes e antecipação da prova – 27. conclusão do capítulo.*

#### *20. iniciativa probatória oficial e ônus das partes*

Ainda no contexto da relação jurídica processual, a prova está relacionada de forma relevante com o poder do juiz. Sendo o órgão judicial visto tradicionalmente como o destinatário dos elementos de instrução e sendo o processo instrumento para a consecução de resultado que interessa ao Estado (atuação da vontade concreta do direito objetivo para eliminação da controvérsia e conseqüente pacificação social), é mesmo de se admitir que o magistrado, para esclarecimento dos fatos controvertidos, possa não apenas determinar ou indeferir as provas requeridas pelas partes como, ainda, tomar a iniciativa de medidas de instrução.<sup>1</sup>

1. Nas palavras de Michele Taruffo, é evidente que o direito das partes não significa seu monopólio sobre a prova e não implica exclusão de autônomos poderes de instrução do juiz (cf. “Il diritto alla prova nel processo civile”, *Rivista di diritto processuale*, janeiro-março/1984, p. 90).