



THOMSON REUTERS

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER
EDUARDO TALAMINI
COORDENADORES

NEGÓCIOS PROCESSUAIS SOBRE O ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ROBSON GODINHO

Diretora Responsável
Marisa Harms

Diretora de Operações de Conteúdo
Juliana Mayumi Ono

Editores: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Ivê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Assistente Administrativo Editorial: Juliana Camilo Menezes

Produção Editorial
Coordenação
Juliana De Cicco Bianco

Analistas Editoriais: Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos e Luciano Mazzolenis J. Cavalheiro

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Cintia Mesojedovas Nogueira, Cinthia Santos Galarza e Maria Angélica Leite

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Caio Henrique Andrade

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Godinho, Robson Renault

Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil / Robson Renault Godinho. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. – (Coleção Liebman / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini)

Bibliografia

ISBN 978-85-203-6380-5

1. Processo civil – Brasil 2. Processo civil – Leis e legislação – Brasil I. Wambier, Teresa Arruda Alvim. II. Talamini, Eduardo. III. Título. IV. Série.

15-06017

CDU-347.9(81)(094.4)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Código de processo civil 347.9(81) (094.4)



Coleção
Liebman

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS

IV

PANORAMA SOBRE A PROVA E O RESPECTIVO ÔNUS NO PROCESSO CIVIL

“Se uma coisa pode existir na opinião, sem existir na realidade, e existir na realidade, sem existir na opinião, a conclusão é que das duas existências paralelas a única necessária é a da opinião, não a da realidade, que é apenas conveniente”.¹

1. Noções gerais

Em 1859, o matemático Bernhard Riemann apresentou um trabalho intitulado “Sobre a quantidade de números primos menores que um dado valor”, que se tornou célebre como a “Hipótese de Riemann”² e que até hoje não foi resolvido, tornando-se o problema mais importante da Matemática pendente de resolução. Simplesmente após mais de cento e cinquenta anos, mesmo sendo objeto de inúmeros encontros e estudos específicos em todo o mundo, trata-se de uma “obsessão matemática” que resiste a todas as tentativas de demonstração e refutação.³

Para a ciência pura, essa situação de indefinição é não só possível como frequente, podendo-se aguardar séculos até que se tenha à disposição um patrimônio

1. Assis, Machado de. O segredo do Bonzo. *Obra Completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2006. vol. 2. p. 325.

2. A Hipótese propriamente dita é incompreensível, ao menos para mim: “Todos os zeros não triviais da função zeta têm parte real igual a meio”. Como registra seu “biógrafo”, John Derbyshire, poderia até estar escrito em “eslavo arcaico” que a obscuridade seria a mesma para os não versados em matemática avançada. Esse autor passa boa parte das mais de quatrocentas páginas de seu livro tentando explicar a Hipótese a pessoas leigas e adverte que, se o leitor não a compreender ao término da leitura, poderá ter certeza de que nunca a compreenderá (*Obsessão prima: Bernhard Riemann e o maior problema não resolvido da matemática*. São Paulo: Record, 2012. p. 11 e 13.) Li e não compreendi, o que não deixa de ser interessante, por revelar que a comprovação de uma verdade, nesse sentido, pode vir da absoluta ignorância.

3. Idem, *passim*.

nio intelectual suficiente que possibilite a resolução de um problema, que, até então, não é comprovado ou refutado.

Ou seja: convive-se com a mais completa indefinição, sem que haja qualquer critério sistêmico que aponte uma decisão adequada para que se resolva a hipótese formulada.

No processo, o julgamento tem que ser concluído, ainda que as proposições não sejam confirmadas ou refutadas integralmente. Ou seja: mesmo em um quadro de incerteza, há que se resolver a causa, atribuindo-se responsabilidades pelo estado de indefinição probatória acaso existente.

O processo, portanto, trabalha com a noção de ônus da prova, cuja função operacional mais evidente é possibilitar a decisão em um contexto de penúria probatória.

Neste capítulo, serão abordados aspectos relacionados à teoria geral da prova, especialmente nas dimensões conceituais e funcionais, que são as mais relevantes para o estudo do respectivo ônus.

Uma abordagem mais minudente sobre ônus da prova, especialmente sobre sua fixação e distribuição, será realizada no capítulo seguinte e, por isso, nesta sede haverá apenas uma abordagem introdutória.

Inicia-se, pois, com uma abordagem sobre a função da prova, o que exige o exame do papel da verdade no contexto processual.

2. Prova e verdade

Em instigante texto,⁴ Donald Davidson tenta reabilitar o conceito de verdade, que, após longa tradição como assunto de alta relevância, passou a ser seriamente questionado por filósofos, cientistas, historiadores etc. Em sua opinião, observa que deve ser superado um equívoco na expectativa de uma “verdade universal”. Isso porque “a verdade não é um objeto, e, portanto, ela não pode ser verdadeira; a verdade é um conceito, e é inteligivelmente atribuída a coisas tais como sentenças, enunciados, crenças e proposições, entidades que têm um conteúdo proposicional. É um erro pensar que, se alguém busca

4. Verdade reabilitada. *Ensaíos sobre a verdade*. Paulo Ghiraldelli Jr., Pedro F. Bendassolli e Waldomiro J. Silva Filho (org.). Trad. Paulo Ghiraldelli Jr. e Pedro F. Bendassolli. São Paulo: Unimarco, 2002. p. 129-144. Como contraponto vale conferir textos de Richard Rorty (como os reunidos em *Verdade e Progresso*. Trad. Denise R. Sales. Barueri: Manole, 2005. O próprio Davidson “dialoga” com Rorty no ensaio seguinte, na mesma obra: A verdade é o objetivo da investigação? Discussão com Rorty (p. 145-148).

entender o conceito de verdade, esta pessoa está necessariamente tentando descobrir verdades gerais importantes sobre justiça ou fundamentos da física. O erro se infiltra por meio da ideia de que uma teoria da verdade deve, de algum modo, contar-nos o que, em geral, é verdadeiro, ou ao menos como descobrir verdades. Não nos surpreende que tenha havido reação! A filosofia estava prometendo mais do que podia dar”.⁵

A relação entre prova, processo e verdade – que pode ser denominada uma “relação difícil” – é um tema clássico no estudo probatório, não tendo escapado a nenhum tratadista ou monografista da matéria, isso para não mencionarmos a longa história da ciência e da filosofia percorrida pelas teorias da verdade, ainda havendo muito a percorrer. Trata-se, contudo, de tema que possui inegável atualidade e que proporciona peculiar complexidade, não havendo nada de definitivo já estabelecido.⁶

5. Idem, p. 130.

6. Cf., entre tantos, KIRKHAM, Richard. L. *Teorias da verdade*. Trad. Alessandro Zir. São Leopoldo: Unisinos, 2003. ZUBARAN, Luiz Carlos. *A gênese do conceito de verdade na filosofia grega*. Canoas: Ulbra, 2004. A leitura dessas obras filosóficas, posto que essenciais, devem ser feitas com muita cautela, para que não se cometam “imposturas intelectuais” (cf. SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. *Imposturas intelectuais: o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos*. 3. ed. São Paulo: Record, 2006). Há, por exemplo, preocupante vulgarização percebida ao reduzir o conceito de Alfred Tarski de verdade como correspondência, quando se sabe que a sofisticação de seu pensamento não é compatível com nenhuma fórmula redutora e ainda apresenta o risco de se trabalhar com conceitos herméticos, como seu teorema da indefinibilidade da verdade, que, por sua vez, exige o conhecimento profundo de outros estudos, como os de Aristóteles e de Gödel, entre tantos (cf. BRANQUINHO, João; MURCHO, Desidério; GOMES, Nelson Gonçalves. *Enciclopédia de termos lógico-filosóficos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 737 e 797/799. KIRKHAM, Richard. L. *Teorias da verdade*. Trad. Alessandro Zir. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 203-293. HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002. p. 143-176). Há recente tradução para a língua portuguesa de textos clássicos de Tarski, cuja compreensão pressupõe uma familiaridade com conhecimentos que raramente são próximos dos juristas, razão pela qual insiste-se na parcimônia na referência a tais estudos: *A concepção semântica da verdade: textos clássicos de Tarski*. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra (org.). Celso Reni Braida, Cesar Augusto Mortari, Jesus de Paula Assis e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2006. O que sequer pode ser considerado exato: DAVIDSON, Donald. *Ensaíos sobre a verdade*. Paulo Ghiraldelli Jr., Pedro F. Bendassolli e Waldomiro J. Silva Filho (org.). Trad. Paulo Ghiraldelli Jr. e Pedro F. Bendassolli. São Paulo: Unimarco, 2002. p. 114-117. Pertinente esta constatação: “No caso da filosofia, essa questão da compreensão é particularmente crucial, não só porque poucas vezes se tem certeza de entender corretamente o que se lê, mas também porque aparentemente

A ideia de “verdade”, nessa perspectiva, insere-se no conceito das “palavras viajantes”,⁷ ou seja, aquelas que recebem novos significados a partir de mudanças de paradigmas na história, assumindo particular significado no contexto constitucional⁸ e processual.

Nota-se também maior preocupação normativa em relação ao debate sobre a verdade⁹ do que fática. Embora o fato seja a matéria-prima do processo, não se nota maior preocupação com seu estudo, inclusive com discussão de métodos de controle acerca da seleção e valoração fática realizada pelo julgador.

Desde logo convém assinalar a íntima relação entre a verdade e o contraditório, que é uma das premissas desta tese. Como escreve Paula Costa e Silva, “No processo, vale um conceito pragmático de verdade: a verdade não é formal ou pré-dada ao juiz. Pelo contrário, surge construída através de um processo comunicativo entre as partes e o tribunal. A negação a alguma delas do direito à participação no discurso é, logo, no plano de uma teoria da argumentação

é possível instalar-se de modo duradouro e confortável em formas de incompreensão quase total”. BOUVÉRESSE, Jacques. *Prodígios e vertigens da analogia: o abuso das belas-letras no pensamento*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. X. De um modo simplificado (aqui me valerei de Susan Haack, *Filosofia das Lógicas* cit., capítulo 7), apenas para que não haja referência expressa neste texto, as principais teorias da verdade são conjuntamente divididas em (a) coerência (verdade como relações de coerência em um conjunto de crenças), (b) correspondência (verdade como relação entre enunciado e o mundo, isto é, correspondência com os fatos), (c) pragmatista (verdade deriva de sua correspondência com a realidade e da coerência com outras crenças), (d) semântica (relação entre sentenças abertas e objetos não linguísticos), (e) redundância (verdadeiro é o que é redundante, pois dizer que a proposição “p” é verdadeira equivale a dizer que “p”). Trata-se apenas de uma breve menção acerca das complexas teorias da verdade, examinadas por Haack com profundidade no livro antes citado e também em diversos ensaios da mesma autora reunidos em *Manifesto de uma moderada apaixonada: ensaios contra a moda irracionalista*. Trad. Rachel Herdy. Rio de Janeiro: PUC Rio/Loyola, 2011.

7. CANDILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 12. Isso também pode ser dito em relação, por exemplo, aos conceitos de Estado Democrático de Direito, princípio do contraditório e devido processo legal, como adiante será desenvolvido. Todas essas palavras circulam há muito tempo, sempre com novas perspectivas.

8. HABERLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado constitucional*. Trad. Urbano Cavelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

9. Cf. SUCAR, Germán. *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2008. STRECK, Lênio. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

jurídica, imprópria de um Estado de Direito. A negação do direito a ser ouvido antes de ser tomada uma decisão heteronomamente eficaz é uma das mais básicas formas de injustiça”.¹⁰

É interessante uma nota histórica nesse particular: “o eixo do processo comum europeu era representado precisamente pelo contraditório, considerado como metodologia de procura da verdade. Segundo a concepção medieval, ciência e defesa constituíam momentos de informações contrárias: justificações e contestações. Não se podia pré-constituir a solução da controvérsia judicial; no nosso campo não é possível atingir uma verdade objetiva e absoluta. O contraditório resolvía-se no *ars apponendi et respondendi*, em uma regulação do diálogo que assegura reciprocidade e igualdade às partes. Deste modo, o contraditório representava o instrumento para a procura dialética da única verdade que podemos atingir: a verdade ‘provável’. Tratava-se de uma verdade que ninguém pode conhecer na sua totalidade, por isso o método tópico de pesquisa, com o confronto recíproco das partes, amplia o campo de informação e favorece – às vezes sem observar as intenções das partes – a causa da verdade. O contraditório constituía a estrutura que carregava também o *ordo probationum*: nenhuma prova pode ser colocada como fundamento do julgamento se não foi submetida preventivamente a sua valoração crítica”.¹¹

Veja-se que a seleção normativa realizada para fundamentar uma solução previamente buscada pelo julgador viola esse contraditório e também pode se dar com uma habil, ou apenas arbitrária, seleção de fatos e de provas que constem uma decisão solipsista. Para ilustrar essa situação, vale transcrever o método revelado com extravagante sinceridade e naturalidade por Ministro do STF: “Costumo dizer que, como magistrado, ao defrontar-me com uma controvérsia, primeiro idealizo a solução que entendo mais justa para a lide. Somente após, vou à dogmática buscar o indispensável apoio. E ao assim proceder, exerço – porque toda interpretação o consubstancia – um ato de vontade. Vou à dogmática, vou à ordem jurídica em vigor movido por uma inspiração. E

10. Preterição do contraditório e irregularidade de constituição de Tribunal Arbitral. *Rev. Pro*, n. 212, p. 307. São Paulo: Ed. RT, out. 2012.

11. PICARDI. Do juízo ao processo. Trad. Daniel Mitiidiero e Débora Hohenbach. *Jurisdicção...* cit., p. 62). Nesse ponto, especialmente no que toca ao contraditório, cotejando o trabalho de Costa e Silva e o dado histórico trazido por Picardi, convém lembrar a conhecida sentença “voltamos ao passado; viva o progresso!” (sentença referida por Ovídio Baptista da Silva em: Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994. p. 128).

essa inspiração atende ao terceiro instituto do trinômio 'lei-direito-justiça'. É, justamente, a busca da almejada justiça".¹² Em contraponto a essa declaração,

12. Min. Marco Aurélio Mello em voto proferido no RE 236948/MA, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 31.08.2001, p. 65 (o trecho transcrito está na f. 778 dos autos, conforme cópia disponível no endereço eletrônico do STF). O Ministro, além de se mostrar absolutamente convicto, parece se orgulhar do pensamento, já que o repete há anos, inclusive em ementas de julgamento e no discurso proferido no dia 17.06.2010, em solenidade comemorativa às suas duas décadas como integrante daquela Corte. Interessante passagem de Canotilho, cujos trechos servirão de epígrafe para o próximo capítulo, são pertinentes para o debate: existem espaços de invisibilidade onde se programa informação relevante para a decisão. Nas antecâmaras da decisão "produzem-se critérios não codificados" que acabam por se transformar, ao arripio dos critérios formais, nos critérios fundamentadores da decisão. Dir-se-ia, em termos de teoria da informação, que existe aqui um verdadeiro *paradoxo da decisão*: só se pode decidir depois de se obter a informação, mas a informação aqui é discriminatória e invisivelmente introduzida, e é mesmo remetida para o "silêncio" na explicitação fundamentadora. Dito por outras palavras: na perspectiva do sistema da informação os critérios invisíveis e os momentos informais são mecanismos de seleção procedimental ou processual condutores (ou, pelo menos, influenciadores) a decisão sem que em momento formal algum beneficiem de qualquer explicitação. A invisibilidade é total quando se chega à fase da fundamentação. Em grande número de casos de jûris acadêmicos, primeiro decide-se e depois adapta-se a fundamentação à decisão previamente tomada (13-14). Exige-se, pois, saber e ciência ao decisor para este decidir com saber e ciência. O decidir é um acto de prudência, pois a prudência outra coisa não é senão a decisão justa, sobretudo em situações de incerteza. O paradoxo da decisão é o de se transformar o incerto em certo através de um processo invisível na produção de informações que não aparecem procedimental ou processualmente, de forma transparente, na produção da decisão (Julgar e decidir as invisíveis manhas da decisão nos "tribunais acadêmicos". *Revista Julgar*, n. 1, 2007. Disponível em: [sites.google.com/site/julgatonline]. Acesso em: 09.08.2012, p. 13-15). Também Taruffo: "O direito, na realidade, em grande medida omite-se em relação aos modos como o juiz raciocina ou deveria raciocinar. Além disso, é fácil verificar que o juiz, ao formular o raciocínio que se conclui com a decisão, e mesmo quando justifica esta, emprega, como se costuma dizer, o *material* e as *formas* mais dispares e heterogêneas: linguagem técnica e linguagem comum, esquemas e modelos de argumentação, formas dedutivas, juízos de valor, instrumentos de persuasão retórica, conhecimentos de variada natureza, regras éticas e de comportamento, interpretações, escolhas de diversos gêneros etc. Trata-se pois de um raciocínio estruturalmente complexo e heterogêneo, no qual se encontram e se baralham diversas dimensões lógicas, linguísticas, cognitivas e de argumentação. (...) É preciso, pois, conscientizar o fato de que o raciocínio do juiz é inevitavelmente *imerso* no senso comum, o qual compõe, juntamente com o direito, o seu contexto inafastável. Embora isso ocorra com frequência, seria um erro substancial de perspectiva extrair o raciocínio do juiz desse contexto, *prescindindo-se* deste por encará-lo como um

lembro conhecida passagem de Barbosa Moreira: "É certo que é até possível conceber que algum juiz se sinta, de repente, por assim dizer, 'iluminado pelo Espírito Santo', mas dificilmente conseguirá formular de modo convincente e suscetível de controle essa sua iluminação no momento de fundamentar a sentença. Subsistiria sempre uma dúvida sobre a verdadeira natureza desse fenômeno (...)".¹³

simples esquema lógico colocado no vácuo. Isso aconteceu com várias teorias sobre a decisão judiciária que, pretendendo isolar e pôr em evidência a estrutura lógica da sentença (talvez para afirmar sua aderência ao modelo silogístico), acabaram por sugerir imagens *radiográficas* muitas vezes desfocadas ou não muito fiéis, em vez de retratos razoavelmente completos do raciocínio do juiz. (...) A noção de senso comum inclui as condições de base que na cultura de uma época definem o que se pode dizer e pensar e como isso pode ser pensado" (Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. *Revista Forense*, vol. 355. Rio de Janeiro: Forense, maio-jun. 2001, p. 102-103). Danilo Knijnik enxergou traços positivos nesse raciocínio, inclusive contextualizando-o na discussão acerca do realismo jurídico: Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. *Prova Judiciária: estudos sobre o novo Direito Probatório*. Danilo Knijnik (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 20-21. Uma boa análise do realismo pode ser encontrada em CAWÓN, José Ignacio Solar. *El realismo jurídico de Jerome Frank: normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*. Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 2005. Curiosamente, também o Min. Luiz Flux, presidente da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto de Código, compartilha tal pensamento e o revelou em depoimento prestado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro: "Primeiro procuro ver qual é a solução justa. E depois, procuro uma roupagem jurídica para essa solução" (Disponível em: [www.direitout-erj.org.br/2005/dir70/]). Para algo ainda mais pitoresco e nocivo para o Estado Democrático de Direito, eis que vizinho da superstição: Min. Dias Tofoli: "Também cumprimento a eminente Relatora pelo profundo voto trazido, e digo que penalizar a cogitação, ou a imaginação ou o pensamento, só Deus pode fazer, e não o homem. Nós não estamos nesta esfera de cognição. Mas verifíco, já falando em Deus, que os astros hoje estão alinhados pela concessão das ordens. (...) É por isso que eu acredito em Deus, mas eu acredito também na astrologia. Os astros hoje estão alinhados, em uma conjugação favorável aos pacientes (STF – HC 103.412/SP – DJe 23.08.2012 – rel. Min. Rosa Weber). Sobre o denominado livre convencimento, vale conferir a já citada tese de Clarissa Guedes. Esse tema certamente merece estudo muito profundo, sobretudo com a simbólica exclusão do novo CPC da expressão "livre convencimento". Evidentemente o tema transcende os limites deste livro, mas é necessário o registro e desde já a indicação de um estudo que segue uma das possíveis vias de reflexão: COSTA, Guilherme Recena. *Livre convencimento e standards de prova*. 40 Anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro. Org. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Malheiros, 2013.

13. Provas atípicas. *RePro*, n. 76, p. 115. São Paulo, RT, outubro-dezembro de 1994.

Esse tipo de seleção artificial pode muito bem ocorrer na matéria fática e nada mais perigoso para um Estado de Direito do que juízes que se confundem com a justiça e, em uma espécie de narcisismo epistemológico, supõem carregar a verdade absoluta e que no processo gera apenas um indesejado absolutismo judicial.¹⁴

A fundamentação da decisão é a pedra de toque em um processo que leve a sério o devido processo legal.¹⁵

Não se pode confundir a decisão com escolhas arbitrárias do que se produziu em determinado processo. O pensamento que persiste na antiga crença de que a prova serve unicamente à formação do convencimento do juiz e autoriza que a fundamentação indique apenas o que lhe formou o convencimento, desobrigando, aparentemente, da atividade de um exame completo do material probatório vem assumindo ares de – perdoe o aparente trocadilho – verdade. Não se pode entender que o dever de motivação – e o direito à motivação – veicule uma autorização para um econômico, melhor seria dizer avaro, compromisso com a fundamentação.

Perdoe-se o truismo: para que se preocupe com o conteúdo da motivação, primeiro é necessário que essa motivação exista materialmente, em substância, já que sua existência formal não apresenta maiores problemas.

Evidentemente a fundamentação não compreende toda a descrição do caminho mental percorrido pelo juiz na valoração dos fatos e das normas, mas, sim, de uma justificação racional e objetiva acerca da conclusão que se anuncia. Não se trata apenas de um discurso retórico/persuasivo, devendo o juiz demonstrar a veracidade dos fatos de acordo com as provas disponíveis, explicando as razões que sustentam racionalmente a conclusão.¹⁶

14. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. O Problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Coord. Flaviane de Magalhães Barros e José Luiz Bolzan de Moraes. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

15. Por isso, há que ser celebrada a redação do art. 489 do novo CPC. Ao mesmo tempo deve ser lamentado o fato de que um dispositivo tão didático seja celebrado, sem olvidar as tantas iniciativas para que houvesse veto presidencial.

16. “Ciò porta a sottolineare che, indipendentemente da eventuali movenze retoriche, l’obbligo di motivazione richiede che la giustificazione della decisione in fatto esista, sia completa e sia altresì coerente” (TARUFFO. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009. p. 241). Nesse sentido: ABELIAN. Op. cit., capítulo IV. Fundamentação como dever essencial e como limite: WALTER, Gerhard

Oportuna a transcrição deste trecho de Arthur Kaufmann: “Se examinarmos a prática judicial actual de um ponto de vista metodológico, ficamos com a impressão de que, neste campo, o tempo parou. Ainda é dominante o método subsumtivo igual ao utilizado no século XIX. Ainda vigora a tese segundo a qual o juiz ‘só está sujeito à lei’, e, provavelmente, ainda existirão juízes que estão, realmente, convencidos que formulam a decisão de um modo puramente objetivo, baseados única e exclusivamente na lei, sem interferência de nenhuns juízos de valor pessoal”. E, após considerar inevitável a carga axiológica do juiz, aponta o autor a existência de “fundamentações aparentes”, concluindo que “censurável é o facto de não argumentarem com clareza, antes proferindo um acto de autoridade/poder (para evitar mal-entendidos: jurisprudência sem autoridade/poder, sem decisão, não é possível; simplesmente, a autoridade/poder deve justificar-se pela argumentação)”¹⁷.

Sentença não é fruto nem objeto de crença; trata-se de ato estatal submetido a controle e que deve se integrar a um arcabouço constitucional que lhe impõe limites e a condiciona. Problemas que se vislumbram nesse contexto e que o art. 489, § 1.º, do novo CPC visa a evitar: fundamentação fictícia, dissociadas das circunstâncias do caso concreto; motivação implícita, que se satisfaz com a incompatibilidade aparente entre argumentos, sem que se explique até mesmo no que consiste a incompatibilidade; motivação *per relationem*; motivação

Libre apreciación de la prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Trad. Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985. p. 358-363. Dispõe o art. 489, § 1.º, do novo CPC: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

17. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Org. A. Kaufmann e W. Hassemer. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 184-185. Veja-se, do mesmo autor, *Filosofia do direito*. 2. ed. Trad. António Ulisse Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 84-92.

que se limita a reproduzir jurisprudência, sem demonstrar a pertinência com o caso concreto.¹⁸

Também se mostra atentatória à plenitude da motivação a referência parcial às provas, limitando-se a mencionar aquelas que confirmam a conclusão, desprezando as demais, como se fosse possível uma espécie de seleção artificial em matéria probatória. A valoração das provas também deve ser objeto de fundamentação plena: “se, invece, la motivazione in fatto esiste effettivamente, è completa ed è coerente, allora si può dire che la narrazione dei fatti costruita del giudice è dotata de una valida giustificazione razionale, in quanto risulta confermata dall’analisi critica de tutte le prove disponibili. In questo senso, si potrà dire che essa enuncia la verità”.¹⁹

Exatamente para o correto enquadramento da prova no modelo consuetudinário de processo é que se afigura relevante o debate acerca da verdade. Não se trata de defender aqui a existência de uma verdade absoluta ou de construir a tradicional proposta de que a verdade processual é peculiar em relação ao mundo exterior;²⁰ mas, sim, procurar demonstrar que o compromisso da prova com a verdade é uma face da concretização no processo de valores constitucionais.

Trata-se de tema que voltou a ser protagonista da prova e que não pode ser ignorado em nenhuma discussão sobre o tema,²¹ ainda que seja pródigo em

18. TARUFFO. *La semplice...* cit., p. 241-245.

19. *Idem*, p. 245.

20. É conhecida opinião de Calamandrei, para quem um fato é verdadeiro quando se atinge na consciência de quem julga o grau máximo de verossimilhança que, em relação aos limitados meios de conhecimento de que dispõe, basta para lhe dar a certeza subjetiva de que determinado fato tenha ocorrido (“Aun para el juez más escrupuloso y atento, vale el límite fatal de relatividad propio de la naturaleza humana: lo que vemos, sólo es lo que nos parece que vemos. No verdad, sino verosimilitud: es decir, apariencia (que puede ser también ilusión) de verdad.” Verdad y verosimilitud en el proceso civil. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. vol. III, p. 318-319. Cf., FLACH, Daisson. A verossimilhança no processo civil. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 41-51 e 66-73. A relação entre certeza e verdade não prescinde da leitura de MALATESTA, Nicola Framarino del. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960. vol. I, primeira parte.

21. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. SUCAR, Germán. *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2008. TARUFFO, Michele. *La semplice verità...* cit. Sobre esse importante estudo de Taruffo (também publicado em espanhol e português pela editora Marcial Pons), célebre tratadista da matéria, com diversos outros trabalhos publicados, foram escritos

dificuldades conceituais. A busca pelo conhecimento da verdade²² é, portanto, uma antiga novidade por que deve passar o estudo probatório.

Insista-se neste ponto: não se trata de se averiguar se é possível atingir-se uma verdade²³ absoluta no processo, pela singela razão que essa impossibilidade não é exclusividade do campo processual.²⁴ É evidente que diversos fatores

dois artigos que merecem consulta: CHIARLONI, Sergio. La verità presa sul serio. *RePro* n. 184. São Paulo: Ed. RT, junho de 2010. CAVALLONE, Bruno. In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo). *Rivista de Diritto Processuale*, volume LXV (II serie). Padova: Cedam, 2010, em que se analisa cada capítulo que compõe aquele livro. Resposta em: TARUFFO. Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavalone. *Rivista di Diritto Processuale*, LXV, n. 5. Padova: Cedam, 2010. Sobre o tema, mas sem referências a esses trabalhos, PINTAUDE, Gabriel. Acerca da veriphobia processual. *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Daniel Mui-diero e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.). São Paulo: Atlas, 2012. PAULA RAMOS, Vítor de. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Ed. RT, 2015. no prelo.

22. “Una cosa es la verdad y otra, muy diferente, es el conocimiento de la verdad. Decimos que una persona sabe que *p* cuando se dan, al menos, las siguientes tres condiciones: (i) *p* es verdad, (ii) *a* cree que *p*, y (iii) hay evidencia suficiente para considerar que *p* ha sido demostrada. (...) “Es importante entender que los hechos son lo que son y no lo que los jueces y otros funcionarios digan que son. El hecho de que el procedimiento de encontrar éstos termine en una sentencia del juez competente con base en la evidencia presentada dentro de un lapso de tempo limitado, no altera el hecho de que este procedimiento se propone establecer la verdad, y que el juez está bajo la obligación de buscar la verdad. Una fala en la determinación de la verdad — mientras sea algo excepcional — no invalida la sentencia del juez, que es considerada como jurídica y produce todos sus efectos legales. Este es el precio que el Derecho está dispuesto a pagar en aras de la seguridad social y de la paz, esto es, por ser capaz de resolver conflictos sociales dentro de ciertos límites temporales. Pero, si los jueces hubieran de basar generalmente sus sentencias en proposiciones falsas acerca de los hechos, se pervertiría todo el sistema del Derecho”. BULVIN, Eugenio. El conocimiento y la interpretación del derecho. *El derecho en acción: ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*. Colección Filosofía y Teoría del Derecho, n. 6. Lima: ARA, 2010. p. 32 e 35. Nesse mesmo volume, há um ótimo contraponto de Jordi Ferrer Beltrán: “Está probado que “*p*” (p. 120-148); o tema foi desenvolvido pelo mesmo autor em seu livro *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

23. Principais teorias sobre a verdade: correspondência, pragmática e coerência; há outras teorias relevantes, mas, ainda assim, questiona-se até que ponto todas elas se diferem em essência: SUCAR. *Op. cit.*, p. 102-133.

24. Trata-se de tema que se relaciona profundamente com as denominadas provas científicas: CÂMARA, Alexandre Freitas. A valoração da perícia genética: está o juiz vin-

inerentes ao processo, como o tempo de duração, a rigidez procedimental, o uso de presunções e as limitações probatórias, inclusive as negociais,²⁵ não só dificultam como não raro impedem a descoberta de verdade factual.

O conhecimento dos fatos é, por definição, limitado,²⁶ cabendo lembrar, nesse contexto, conhecida citação: "o intelecto finito não logra atingir a verdade das coisas, com exatidão, mediante a semelhança. A verdade não é suscetível de mais nem menos, consistindo em algo indivisível. Nada que não seja a verdade mesma logra medi-la com exatidão, assim como o não círculo não pode medir o círculo, cujo ser consiste em algo indivisível. Portanto, o intelecto, que não é a verdade, jamais compreende a verdade tão exatamente que ela não possa ser compreendida infinitamente com mais exatidão. O intelecto está para a verdade como um polígono inscrito num círculo. Quanto mais ângulos tiver, tanto mais semelhante há de ser ao círculo. Contudo, nunca será igual, embora se multipliquem os ângulos ao infinito, a não ser que se resolva na identidade com o círculo. É evidente, pois, acerca do verdadeiro nós não sabemos outra coisa a não ser que não é compreensível com exatidão tal como ele é. A verdade constitui-se em necessidade absolutíssima, que não pode ser

culado ao resultado do "exame de ADN"? *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Coord. Daniel Amorim Assumpção Neves. São Paulo: Método, 2009. RICCI, Ugo. PREVIDERÉ, Carlo; FATTORINI, Paolo; CORRADI, Fabio. *La prova del DNA per la Ricerca della Verità: aspetti giuridici, biològici e probabilistici*. Milano: Giuffrè, 2006; COMANDÉ, Giovanni; PONZANELLI, Giulio (org.). *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*. Torino: G. Giappichelli, 2004. TARUFFO, Michele. El juicio prognóstico del juez entre ciencia privada y prueba científica. *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil*. Trad. Beatriz Quintero. Bogotá: Temis, 2006. p. 303-317. La prueba científica. *La prueba*. Trad. Laura Manríquez. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 277-295. Ciencia y proceso. *Páginas sobre Justicia Civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 455-480.

25. Uma aproximação ao tema das limitações negociais à prova consta em trabalho de minha autoria recentemente publicado: A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henriques Nogueira (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 407-416.

26. Amplo estudo sobre esse problema, que foi denominado de "epistemologia judicial de los hechos", em ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. passim (o trecho entre aspas está na p. 16). O problema das "falsas memórias", que se mostra ainda mais sensível no processo penal, campo em que, ao menos no Brasil, é pródigo o uso de prova testemunhal. Sobre o tema: GESU, Cristina di. *Prova penal e falsas memórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. LOFTUS, Elizabeth; KETCHAM, Katherine. *Juicio a la memoria: testigos presenciales y falsos culpables*. Trad. Sáenz de Miera y Francisco López Martín. Barcelona: Alba, 2011.

maior ou menor do que é, e nosso intelecto constitui-se em possibilidade. A qualidade das coisas, portanto, que é a verdade dos entes, não é atingível em sua pureza e tem sido procurada por todos os filósofos, mas não foi encontrada por ninguém tal como ela é. E quanto mais profundamente formos doutos nessa ignorância, tanto mais nos aproximamos da verdade em si".²⁷

Entretanto, a preocupação com a busca da verdade pode constituir um dos pilares de um processo democrático, efetivamente preocupado com a solução justa do caso concreto.²⁸

É notória a divergência entre a concepção demonstrativa e a concepção persuasiva da prova,²⁹ mas, desde que definidos os limites do que se entende pela verdade como objetivo do processo, entendendo que se deve superar a aversão ou verifobia moderna, ilustrada, entre tantas referências, por estas passagens de Marinoni e Arenhart: "Deve-se, portanto, excluir do campo de alcance da atividade jurisdicional a possibilidade de verdade substancial. Jamais o juiz poderá chegar a esse ideal, ao menos tendo a certeza de que o atingiu. O máximo que permite a sua atividade é chegar a um resultado que se assemelha à verdade, um conceito aproximativo, baseado muito mais na convicção do juiz de que esse é o ponto mais próximo da verdade que pode atingir do que, propriamente, um critério objetivo (...) é preciso convencer os processualistas de que a descoberta da verdade é mito e de que o processo trabalha (e sempre trabalhou, embora veladamente), com a verossimilhança e com a argumentação (...) a prova, com a finalidade de convencer o juiz, "assume a condição de um meio retórico, regulado pela lei, dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo (...), gerando no juiz a convicção de certeza sobre sua eletiva ocorrência".³⁰

27. CUSA, Nicolau de. *A douta ignorância*. Trad. Reinhold Aloysio Ullmann. Porto Alegre, EDIPUC-RS, 2002. p. 47.

28. Por todos: TARUFFO. *La semplice verità...* cit.

29. Idem. Também: GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971. ZANETTI JR., Hermes. *Direito probatório, lógica jurídica e processo: a racionalidade prática procedimental e o retorno ao juízo*. Provas: aspectos atuais do direito probatório. Coord. Daniel Neves. São Paulo: Método, 2009. REICHEL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

30. *Prova*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 41, 48/49, 52 e 57. Cf. KHALED JR. Salah H. *Ambição de verdade no processo penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real*. Sal-

Efetivamente há o fenômeno que já se denominou de “inimigos da verdade” e de modo simplificado, no campo processual, essa “inimizade” está em duas categorias principais: aqueles que entendem que a verdade não pode ser buscada no processo, em razão de suas inerentes limitações, e aqueles que defendem que não se deve buscá-la, por entenderem que não é esse o fim do processo, cuja preocupação se limita à resolução de um conflito concreto.³¹

Essa rejeição à noção de verdade decorre precisamente da ideia de que se deveria encontrar uma “verdade absoluta”,³² o que de resto é impossível em

vador: JusPodivm, 2009. Para esse autor, a busca da correspondência plena entre o enunciado e o real forjou uma concepção de verdade que vê no processo o meio para uma prestação jurisdicional perfeita, oferecida por um juiz infalível, como o “exercício de um sacerdócio sagrado de revelação da verdade através do rito processual”. Atribui ao “mito da verdade real” a fundação da vertente autoritária e inquisitória do processo penal. “O juiz será sempre um insolvente em relação ao passado” (p. 32, 128 e 355); em estudo posterior, esse mesmo autor desenvolve longamente o tema, defendendo aquilo que denomina de “produção analógica da verdade sob a forma de narrativa: *A Busca da Verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013. Ainda no processo penal, contextualizando o tema cultural e politicamente: PRAVO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 21-34. Cf., ainda, na perspectiva do processo civil, HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, para quem “a verdade do processo é uma ‘verdade hermenêutica’ que não pode prescindir do ‘real’”, sujeita a “determinadas condições de temporalidade e compreensão”. Prossegue o autor: “O juiz não pode transformar a verdade no fim do processo. Ele tem de procurar uma certa probabilidade. Porém, isso não significa ‘grau de verdade’. Nesse aspecto, a prova do processo pode determinar a alteração da situação hermenêutica, do horizonte de sentido do intérprete, mas não o grau da verdade, pois cada situação, seja a do início do processo, seja a do fim, tem a sua ‘verdade’”. O que a doutrina chama de ‘aprofundamento da cognição’ nada mais é do que a alteração do ‘projeto’, da situação de compreensão, do horizonte de visão e de sentido daquele que julga” (p. 208, 210 e 214).

31. TARUFFO, Michele. Verdade y probabilidad en la prueba de los hechos. *Páginas sobre justicia civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009. item 2, cujo título é precisamente “Los enemigos de la verdad”.

32. “Contro l’etica della verità significa a favore di un’etica del dubbio. Al di là delle apparenze, il dubbio non è affatto il contrario della verità. È incontestabile che solo chi crede nella verità può dubitare, anzi: dubitarne. (...) Così, l’etica del dubbio non è contro la verità, ma contro la verità dogmatica, che è quella che vuole fissare le cose una volta per tutte e impedire o squalificare quella cruciale domanda: ‘sarà davvero vero?’” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contro l’etica della verità*. Bari: Laterza, 2008. p. VII/VIII).

qualquer quadrante do conhecimento, não só processual, reservando-se sua busca para práticas religiosas e metafísicas.

Na realidade, toda verdade é relativa, na medida em que é contextual e vinculada à realidade em que se estabelece, por meio das provas disponíveis,³³ tanto fática, como juridicamente.

Arthur Kaufmann considera que no campo jurídico existem critérios de evidência e falsificação, de experiência e observação, de clarificação e de argumentação racional, de intersubjetividade e de universalidade, que permitem falar de conhecimentos verdadeiros, apesar de só em casos raros haver apelas em uma solução verdadeira, existindo de um modo geral soluções adequadas, plausíveis, defensáveis, ao lado de outras igualmente defensáveis.³⁴

Outro expediente comum – e equivocado – para simplificar a busca da verdade é a utilização do binômio “verdade formal/verdade material”, ainda muito utilizado na jurisprudência e no cotidiano forense, mas felizmente já criticado nas obras doutrinárias mais modernas.³⁵

Veja-se que Castro Mendes já considerava a noção de “verdade real” como uma indignidade científica, que deveria ser banida da ciência jurídica.³⁶

Nesse debate sobre a relação entre a verdade e o processo, uma análise relevante está na verificação dos tipos de procedimentos e as dificuldades para estabelecimento da verdade provocadas pela própria especificidade procedimental. Há situações em que simplesmente, pelas mais variadas razões, retira-se do processo qualquer preocupação com a verdade, implementando-se uma limitação

33. Idem, p. 415-416. Todas essas questões são enfrentadas com proficiência por Taruffo em *La semplice...* cit.

34. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. *Filosofia do direito, teoria...* cit., p. 184, acrescentando que sua concepção decorre do fato de não dispor da “capacidade hercúlea de Dworkin”.

35. Cf. TARUFFO. *La semplice...* cit., p. 83-85. Ainda: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. “Está probado que ‘p’”. *El Derecho en Acción: ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*. Colección Filosofía y Teoría del Derecho, n. 6. Lima: ARA, 2010. Mas as expressões não foram banidas, como se vê em tese de doutorado defendida na PUCSP e recentemente publicada: MACEI, Demetrius Nichele. *A verdade material no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2013.

36. A contraposição entre verdade material e verdade formal, ainda hoje largamente utilizada pela doutrina e jurisprudências brasileiras, foi considerada por Castro Mendes como “das invenções mais perniciosas para a clareza das ideias neste campo” (*Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática, s/d., p. 387 e 401-402).

da cognição. Não se trata de buscar uma verdade formal; há, sim, uma indiferença em relação à verdade fática, privilegiando-se outros valores mais caros à determinada política legislativa. O recorte cognitivo, com o consequente sacrifício da verdade fática, pode ser uma modalidade útil de tutela de direitos. Mas há que se tratar com o devido cuidado o conceito de probabilidade. Se o provável for utilizado porque não se pode conhecer o verdadeiro, trata-se do problema de se pensar a verdade como algo absoluto. Se a probabilidade é vista como um estágio inferior de conhecimento, estamos diante de uma redução equivocada de uma categoria complexa, que é objeto de diversos estudos filosóficos e matemáticos. No campo processual é conhecida a utilização do teorema de Bayes para a quantificação do raciocínio judicial. A probabilidade, inclusive, pode ser utilizada para o descobrimento da verdade no processo, não havendo nenhuma contradição no termo "verdade provável", no sentido de confirmação lógica que as provas disponíveis atribuem aos enunciados relativos aos fatos, isto é, verdade dos fatos equivalente ao grau de confirmação que as provas atribuem às afirmações de fatos relevantes para a causa, a fim de que sejam considerados verdadeiros.³⁷

Nos casos de antecipação de tutela, por exemplo, afirma-se que não se trabalha nos domínios da verdade, mas isso não significa dispensa da devida formação de convicção com base na probabilidade, nem que a verdade não seja teórica e pragmaticamente possível e ideologicamente desejada e oportuna no processo.³⁸ Entende-se, nesse sentido, que todo juízo de verdade enseja um juízo de probabilidade, mas não de verossimilhança, que se refere a uma questão de possibilidade, a partir de uma projeção do que normalmente acontece.³⁹

Em suma, até a decisão final, o processo é composto por afirmações de fatos hipotéticas e tendencialmente incertas, na medida em que cada postulante

37. TARUFFO, Verdad y probabilidade... cit., p. 421 e ss. A probabilidade conta com estudos formais e sistemáticos desde o século XVII (elegu-se precisamente o ano de 1654, com estudos de Pascal), no campo matemático e no filosófico. PESTANA, Dimis Duarte; VELOSA, Sílvia Filipe. *Introdução à probabilidade e à estatística*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. vol. 1, p. 191-322. HACKING, Ian. *El surgimiento de la probabilidad: un estudio filosófico de las ideas tempranas acerca de la probabilidad, la inducción y la inferencia*. Amplemente: TILLENS, Peter; GREEN, Eric D. (org.). *Uninferenza probabilística nel diritto delle prove: usi e limiti del bayesianesimo*. Milano: Giuffrè, 2003. Ainda: EGGLESTON, Richard. *Prova, conclusione probatoria e probabilità*. Trad. Donata Romizi. Milano: Giuffrè, 2004. Cf., ainda, MITTIDIERO, Daniel. *Antecipación da tutela: da tutela cautelar à técnica anticipatória*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 98-100

38. MITTIDIERO. *Antecipación...* cit., p. 95.

39. Idem, p. 96-98.

apresenta uma versão parcial (limitada e interessada) dos fatos. Evidentemente a conduta de uma das partes pode contribuir para dar razão à outra parte e, com isso, ensejar o conhecimento pleno e verdadeiro dos fatos, mas as afirmações sobre os fatos se mostram vinculadas à estratégia argumentativa, fazendo com que, por meio do contraditório, haja constantes "negações de verdade" entre as partes. O processo visa, portanto, a obter elementos para diminuir, até eliminar, esse estado de incerteza cognitiva. Provas e o procedimento em contraditório possibilitam, assim, a elaboração justificada de uma solução definitiva, com o afastamento daquela ignorância cognitiva até então presente. A admissão dessas provas, contudo, não é absoluta e conta com limitações normativas relacionadas a questões procedimentais, a vedações de meios de prova, impossibilidades materiais, ônus, presunções, relevância lógica e jurídica.⁴⁰

Dissociar a prova da busca da verdade tem levado ao protagonismo judicial que beira a sacralização idiosincrática, permitindo a "criação" do resultado do processo pelo juiz, acrescida da nota da infalibilidade. Considerar que a afirmação sobre um fato está provada nessa perspectiva, é considerar que a fixação de um fato como comprovado é apenas um ato de vontade daquele que é o "destinatário" do resultado da instrução processual.

Os enunciados probatórios, isto é, aqueles que consideram provados determinados fatos, possuem natureza constitutiva, normativa ou descritiva.⁴¹ Aqueles que consideram que a verdade processual é aquela encontrada no interior do próprio processo, abstraindo a verificação efetiva do fato exterior, também não há que entender que todo enunciado processual é verdadeiro,⁴² numa evidente posição solipsista sobre o tema.

Confundir a finalidade da prova com a convicção subjetiva do juiz traz um sem número de problemas.

A questão ideológica se faz fortemente presente na relação entre verdade e processo, na medida em que, se a verdade é uma finalidade necessária e uma

40. Cf. TARUFFO, Michele. Elementos para um análisis del juicio de hecho. *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil*. Trad. Beatriz Quintero. Bogotá: Temis, 2006. p. 213-252.

41. BELTRÁN, *Verdad...* cit., p. 20-27.

42. Sobre esse ponto: TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici. Trattato di diritto civile e commerciale*. Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni. Milano: Giuffrè, 1992. vol. III, t. 2, sez. 1, p. 1-66. Do mesmo autor, mais amplamente, e com enfoque um pouco diverso: *La semplice verità...* cit. Ambas as obras possuem tradução para o idioma espanhol e a última também foi traduzida para o português.

condição para a justiça da decisão, há outros fatores que são levados em consideração e inspiram escolhas para a estrutura e o funcionamento do processo que afetam sua dimensão epistêmica.⁴³

Examina-se, pois, no item seguinte, o conceito de prova compatível com essa dimensão epistemológica do processo, em que se deve buscar uma verdade relativa e objetiva, porque seu conhecimento é extraído das provas que apresentam a base cognoscitiva em que a decisão sobre determinado enunciado que corresponda à realidade dos fatos encontra justificativa e também porque não decorre de preferências subjetivas e arbitrárias do julgador, fundando-se em razões objetivas encontradas nas provas do processo.⁴⁴

3. Conceito de prova: necessidade de um léxico

Em recente e original texto,⁴⁵ Marcelo Lima Guerra chamou a atenção para a necessidade de um léxico próprio para o estudo da prova, menos por se tratar

43. Amplamente: TARUFFO. *La simpliciter...* cit., capítulo IV.

44. TARUFFO. *La simpliciter...* cit., p. 83.

45. Premissas para a construção de um léxico constitucional epistemologicamente adequado em matéria probatória. Disponível em: www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4060.pdf. Nesse trabalho, Marcelo Lima Guerra anuncia que "compreende-se que o léxico probatório tenha como seu núcleo, precisamente, o conjunto composto por estas noções, correspondentes aos três distíntos significados tradicionalmente associados à expressão 'prova': a prova como *ação de provar*, prova como *resultado probatório* e prova como *meio de prova*, sendo que as noções associadas à expressão 'prova' correspondem a um tipo de *ação* ('ação de provar'), um tipo de *resultado* produzido ou buscado por esta ação ('prova como resultado' ou 'resultado probatório') e um tipo de *instrumento* da obtenção deste resultado ('meio de prova'). Há certa indefinibilidade nessas três noções, o que torna difícil determinar qual delas deva ser explicada em primeiro lugar. A 'ação de provar' é algo que se realiza, caracteristicamente, buscando um certo *resultado* ('resultado probatório') e através de certos *instrumentos* ('meios de prova'). A 'prova como resultado' é algo que se obtém, caracteristicamente, por certo tipo de *ação* ('ação de provar') e certo tipo de *instrumentos* ('meios de prova'). Algo, enfim, é 'meio de prova' apenas na medida em que utilizado, caracteristicamente, em certa *atividade* ('ação de provar') e para obter certo tipo de *resultado* ('resultado probatório'). Diante de definições tradicionais da doutrina brasileira, afirma que "se observa claramente de que maneira a 'prova como resultado' é concebida, textualmente, como um *evento mental*, como um *estado mental* (*de consciência*) do juiz *causado* pelos meios de prova. Ademais, vê-se que a ação de provar e os meios de prova são definidos em função desta definição de 'resultado da prova', restando contaminadas pelo mesmo 'psicologismo exacerbado': 'meio de prova' é aquilo que é apto a 'causar' (provocar, induzir) a 'convicção' e a ação de pro-

de palavra polissêmica, em que a ação de provar, resultado probatório e meio de prova correspondem aos três sentidos tradicionalmente associados ao vocábulo "prova", e mais com o intuito exatamente de fixar limites racionais para a valoração da prova.⁴⁶

Criticando o que denomina de "psicologismo exacerbado", Marcelo Lima Guerra foi preciso: "O simples fato de existir no juiz um estado psicológico de certeza acerca de determinada hipótese fática, não oferece nenhuma ga-

var consiste em agir de modo a 'provocar esta convicção'. Mais adiante, estabelece uma primeira aproximação conceitual: 'Tem-se, assim, uma primeira e esquemática caracterização da prova judicial com *ação de provar*: prova judicial é aquilo que se faz para suprir a apontada necessidade de verificar as alegações de fato controvertidas, determinando qual delas deve ser aceita como verdadeira', isto é, '*método de deliberação sobre as alegações de fato controvertidas, determinando qual delas deve ser aceita como verdadeira*' ou, mais precisamente, '*método de deliberação racional (escolha justificada) sobre alegações de fato controvertidas*. (...) Tendo em vista que o método probatório destina-se a obter não a mera 'formação de convencimento', mas uma decisão justificada sobre qual alegação controvertida é de ser considerada verdadeira, a 'prova como resultado' é noção que, no direito brasileiro, não convém ser definida apenas em termos do *convencimento*, enquanto estado mental do juiz. Coerentemente à caracterização da finalidade normativamente imposta ao método probatório, o resultado da prova ('prova como resultado') é de ser definido como *decisão judicial fundamentada sobre os fatos relevantes*, ou seja, a *decisão que, justificadamente, aceita como verdadeira uma entre várias alegações controvertidas sobre os fatos relevantes*. (...) Dessa forma, ao invés de caracterizar a força probatória como a aptidão para causar a decisão fundamentada do juiz sobre os fatos relevantes, melhor é caracterizá-la como a *aptidão de algo para servir como justificativa desta decisão, ou seja, como justificativa da aceitação como verdadeira de uma das alegações controvertidas sobre fato relevante*'.

Apresenta, por fim, um léxico que denomina de 'mais rigoroso' dos meios de prova: (i) *meio de prova em sentido epistêmico estrito*: alegações utilizadas pelo juiz na justificação de sua decisão sobre o fato relevante; (ii) *meio de prova em sentido epistêmico amplo*: alegações desprovidas de valor probatório ou que, mesmo possuindo algum valor probatório, não o possuíam em grau suficiente para justificar a aceitação pelo juiz da respectiva alegação; (iii) *meio de prova em sentido material estrito*: o que é referido pelas alegações que constituem o meio de prova em sentido epistêmico estrito; (iv) *meio de prova em sentido material amplo*: o que é referido pelas alegações que constituem o meio de prova em sentido epistêmico amplo (advirta-se que é o meio de prova material em sentido amplo o que é 'admitido' ou não pelo juiz e o que é 'produzido' em audiência ou 'juntado' aos autos)". Sobre esse "psicologismo" e a certeza subjetiva como critério de prova, ver também LAUDAN, Larry. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal* (vários tradutores). Buenos Aires: Hammurabi, 2011. FERRER BELTRAN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

46.

rantia *per se* de que tal hipótese é, efetivamente, verdadeira (ou mereça ser aceita como tal). Como se vai demonstrar, em razão do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais o juiz não pode se contentar em, intimamente, formar uma crença sobre qual das hipóteses conflitantes sobre os fatos da causa seria a verdadeira e adotá-la como razão de decidir (como uma das premissas do raciocínio que fundamenta sua decisão da causa). (...) Resulta daí que, diante de controvérsia de alegações relativas aos fatos relevantes para a decisão da causa, a mera convicção, como estado psicológico, não é suficiente. Deverá o juiz, portanto, produzir razões que justifiquem sua opção por esta ou aquela alegação como sendo a que ele aceita como verdadeira. Só isto já é suficiente para tornar inteiramente insatisfatória e incompatível com o ordenamento brasileiro, numa perspectiva mais rigorosa, a caracterização da prova em termos exclusivamente 'psicológicos', ou seja, conceituar a 'prova como resultado' em termos de 'convicção do juiz', compreendida essa noção apenas como 'estado psicológico de crença' ou 'estado de consciência chamado *certeza*'. Insista-se: o dever de fundamentação das decisões judiciais é um dado fundamental que deve, forçosamente, estar expresso na definição das noções centrais do léxico probatório".

É desnecessário neste texto reproduzir um catálogo conceitual acerca dos vários sentidos do vocábulo prova, sendo suficiente a referência ao clássico estudo de João de Castro Mendes, em que se tem insuperável resenha, com sua exposição dividida entre autores de língua portuguesa, espanhola, francesa, italiana e alemã, passando a seguir à análise de múltiplos conceitos doutrinários, e, ao fim de sua profunda pesquisa, apresenta o conceito largamente difundido: "prova é pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de facto é justificadamente aceitável como fundamento da mesma decisão".⁴⁷

Entende-se modernamente, na linha do que foi exposto nos itens anteriores, que a prova é o meio pelo qual se pretende determinar a verdade das proposições sobre fatos dentro de um processo, mas, pelas limitações e imperfeições que lhe são inerentes, a concretização desse desiderato não é garantida.⁴⁸

47. Do conceito de prova em processo civil. Lisboa: Ática, s/d., passim, sendo que o trecho transcrito está na p. 741.

48. BELTRÁN. *Verdad...* cit., p. 31. Lembre-se, inicialmente, do conceito formulado por Chiovenda, que historicamente vem recebendo as mais variadas adaptações, normalmente mais prolixas, sem qualquer ganho conceitual: "Provar significa formar a con-

vicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo" (*Instituições de direito processual civil*. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. vol. III, p. 91). "Prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo" (SANTOS, MOACYR Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. vol. 1. p. 13). "Prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento" (DINAMARCO. *Instituições...* cit., vol. III, p. 42, acrescentando que o "objeto da prova é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para todos os julgamentos a serem feitos no processo, não sendo esses fatos notórios nem presumidos" (p. 57). "Sob o aspecto objetivo, é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo. (...) Sob o aspecto subjetivo, é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo" (LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 26). "Tudo o que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor e os eventuais demais pedidos de prestação da tutela jurisdicional que lhe são submetidos para julgamento" (BUENO,Curso... cit., vol. 2, t. 1, p. 232, acrescentando que o objeto da prova "são os fatos relevantes e os pertinentes para aquilo que deve ser enfrentado pelo juiz", na p. 233). "A prova, em direito processual, é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo" (MARINONI; ARENHART. *Prova*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 57). "Por prova, no âmbito do processo civil contemporâneo, designa-se um argumento empregado no contexto do debate processual, ordenado segundo normas ético-jurídicas e lógico-argumentativas, o qual se diferencia em relação aos demais argumentos empregados em tal contexto em função do seu conteúdo e da sua finalidade. Seu conteúdo é o resultado do contraste entre as alegações sobre fatos juridicamente relevantes que sejam objetivo de controvérsia ao longo do debate processual e aquilo que efetivamente se passou no mundo extraprocessual. De outro lado, sua finalidade é a de atuar como fator envolvido na atividade de persuasão racional do juiz, tornando presente diante dos olhos do magistrado um retrato possível da realidade considerada juridicamente relevante para o deslinde do debate processual, de maneira a influenciar na formação de seu convencimento" (REICHELTI, Luís Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 111). "Probar es aportar al proceso, por los méritos y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que prozcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos. Prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los méritos y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos" (ECHANDEA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed. Bogotá: Temis, 2002. t. I. p. 25). "Prueba judicial es aquella que se desarrolla en el proceso con la garantía de los derechos procesales y que forma

Nesse aspecto conceitual, um texto importante sobre o tema é "O conceito de prova", de Leonardo Greco,⁴⁹ que também traça um panorama sobre os influxos ideológicos que influenciaram as concepções sobre prova.

Demonstrando a relevância da busca pela verdade, o autor assinala que a indiferença com o resultado da apuração dos fatos no processo encontrava justificativa na inspiração divina da decisão judicial, aceita desde a Antiguidade grega, ou no poder absoluto do soberano, que substituiu na Idade Moderna o poder divino, ou no individualismo da livre convicção liberal, em que o juiz emanava a lei do caso concreto, mas seguramente não satisfaz aos ideais democráticos do Estado contemporâneo, que assenta a legitimidade política do poder dos juízes na credibilidade das suas decisões.⁵⁰

Na evolução do estudo acerca das concepções sobre prova, adquiriram importância as abordagens lógicas da prova, entre as quais a retórico-persuasiva, liderada por Perelman e a escola de Bruxelas, herdeira da tradição tópic-aristotélica; a semiótica, que assenta na estrutura linguística e na coerência da nar-

convicción en el juez debido a que le há permitido verificar los hechos a que se refiere" (MORALES, Rodrigo Rivera. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 32). "La prova è il cuore del processo e si radica nella possibilità di persuadere. Si tratta, più precisamente, di una serie di strumenti con i quali viene verificata l'attendibilità o meno di ipotesi di fatto formulate nel processo, al fine di consentire al giudice di attingere la verità 'probabile' (única verità conseguibile, dati i limiti immanenti della conoscenza umana) e pervenire, così, ad una applicazione 'giusta' delle norme giuridiche alla fattispecie". PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 279. "Con il termine 'prova' si indicano sitamente tutti i mezzi di conoscenza che vengono impiegati nel processo al fine di formulare una decisione intorno alla veridicità o falsità di enunciati relativi ai fatti rilevanti della controversia" (COMOGLIO, FERRI, TARUFFO. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006. vol. I. p. 413) e, em outra obra, TARUFFO assim se pronuncia: "la prova è uno strumento che serve per l'accertamento della verità dei fatti rilevanti per la decisione. (...) la prova è uno strumento di conoscenza che serve al giudice per scoprire e stabilire la verità dei fatti, ossia per stitoporre a verifica o a falsificazione gli enunciati che costituiscono il *thema probandum*" (*La prova nel processo civile - Trattato di diritto civile e commerciale*. Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger (dir.). Milano: Giuffrè, 2012. p. 63). A doutrina tradicional italiana recebeu importante resenha de: ANDRIOLI-Virgilio. *Studi sulle prove civili*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 5-13).

49. *Estudos de direito processual*. Coleção José do Patrocínio. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 423-470 (publicado originalmente em *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Ed. RT, 2005).

50. *Idem*, p. 424.

rativa dos discursos processuais; e a americana da probabilidade quantitativa, que procura mensurar o convencimento, por meio da provável frequência do fato numa escala de valores numéricos fracionários entre 0 e 1, o chamado teorema de Bayes.⁵¹ A seguir, Greco analisa o que denomina de enfoque processual da prova, cujos contornos encontram especial descrição no já citado trabalho de Castro Mendes, em Echandia⁵² e Amaral Santos.⁵³

Em seguida, Leonardo Greco apresenta o que denomina de concepção metafísica da prova, que se distancia das provas legais porque, enquanto estas são um sistema fechado, que submete o juiz às regras da lei, aquela é um sistema aberto, em que o juiz deve recorrer aos métodos e critérios de todas as outras áreas de conhecimento, porque o direito não é capaz, por si só, de fornecer-lhe os meios e as diretrizes para definir com segurança os fatos. Se o método das ciências biológicas é o mais adequado para apurar ou avaliar os dados que podem acertar os fatos, a ele deve recorrer o juiz. E assim, do mesmo modo, deve ele fazer uso dos métodos de todas as demais áreas do conhecimento humano, como a psicologia, a física, a matemática, a sociologia etc. A concepção meta-jurídica também se afasta da retórica, porque defende a natureza demonstrativa da prova judiciária, em igualdade de condições com quaisquer outras ciências, fazendo uso da epistemologia, como teoria do conhecimento empírico fundada na experiência científica, na lógica do razoável e no senso comum, e da própria lógica formal, através do respeito aos princípios da não contradição e da racionalidade interna da decisão probatória.⁵⁴

Sob a perspectiva do conteúdo do instrumento de acerto dos fatos, "provas são, em primeiro lugar, os fatos probantes, os fatos representativos, ou seja os fatos que apresentam circunstâncias das quais se extrai o conhecimento dos fatos probandos; provas são também todos os meios de comunicação que transmitem os fatos probantes ou os fatos probandos ao conhecimento do julgador. Na prova judiciária, são os testemunhos, os documentos, os laudos periciais ou quaisquer outros, ainda que não previstos ou regulados em lei (CPC, art. 332); provas são as atividades humanas desenvolvidas por diversos sujeitos, através das quais os meios de prova comunicam ao julgador o conhecimento dos fatos, de modo adequado a influir no seu julgamento. Na prova judiciária é o procedimento probatório, com todos os seus atos de pro-

51. *Idem*, p. 431.

52. *Op. cit.*, p. 12-26.

53. *Prova judiciária...* cit., p. 8-15.

54. *Op. cit.*, p. 434-437.

posição, admissão e produção. Provas são ainda os argumentos ou inferências desenvolvidos racionalmente, com base em deduções, induções, máximas de experiência ou presunções, para influir no julgamento da existência dos fatos. Prova é, por fim, o conclusivo acertamento da existência ou não dos fatos probandos, manifestado em decisão fundamentada pelo julgador com base em todos os elementos anteriores”.⁵⁵

Ratificando o que foi exposto em mais de uma passagem desta tese sobre a equivocada ideia de o juiz ser o destinatário da prova e integrar o elemento funcional do conceito de prova, Leonardo Greco corretamente identifica que a convicção do julgador como função ou finalidade da prova corresponde a uma concepção subjetivista de uma realidade objetiva – os fatos – e contribui para tornar o julgador “um soberano absoluto e incontrolável, por mais que a lei lhe imponha exclusões probatórias, critérios predeterminados de avaliação ou a exigência de motivação. Há sempre uma enorme margem ineliminável de arbítrio, especialmente na avaliação das provas casuais ou inartificiais, como a prova testemunhal (...)”. Por outro lado, as exclusões e regras de avaliação, muitas vezes, em vez de coibir o arbítrio, acabam por favorecê-lo, dificultando a investigação da realidade objetiva. Ao mesmo resultado conduz a exigência de fundamentação, quando reduzida a uma simples verificação extrínseca da razoabilidade da justificativa para o acerto dos fatos. Não disciplinada epistemologicamente, nem preocupada com a maior fidelidade possível à realidade objetiva, a convicção do juiz, como fenômeno psicológico, reduz a produção a um ato de fé, à crença subjetiva do juiz na existência dos fatos, que a lei transforma num juízo de certeza com validade apenas no caso concreto, mas do qual podem resultar a negativa da tutela do direito de quem o tem ou a sua concessão a quem não o tem”.⁵⁶

Em outro trecho desse ensaio de particular importância, mas não muito divulgado, Greco vincula a função da prova à “necessidade garantística da apuração dos fatos, a necessidade de buscar a verdade dos fatos como pressuposto da tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico”, acrescentando que “é através da argumentação probatória que se constrói racionalmente a verdade fática”, concluindo que “os reflexos da concepção garantístico-demonstrativa da prova sobre o sistema normativo devem ser examinados em profundidade na sua incidência sobre o princípio dispositivo e sobre institutos tradicionais como o ônus da prova, as presun-

55. Idem, p. 437-439.

56. Idem, p. 440-441.

ções, as máximas de experiência, as preclusões, as limitações probatórias e resíduos de provas legais”.⁵⁷

4. Ônus da prova: generalidades

A noção de ônus pertence à teoria geral do direito e se relaciona com estrutura de situações jurídicas, contrapondo-se ao conceito de dever jurídico exatamente por se tratar de comportamento exigido para satisfação de interesse próprio.⁵⁸⁻⁵⁹ Como bem anota Carlos Alberto da Mota Pinto, o onerado, se não

57. “De nada adianta a lei atribuir ao cidadão inúmeros direitos, se não lhe confere a possibilidade concreta de demonstrar ser titular desses direitos, ou seja, se lhe impõe uma investigação fática capenga, incompleta, impedindo o cidadão de obter a tutela dos direitos pela impossibilidade de demonstrar a ocorrência dos fatos dos quais eles se originam” (idem, p. 448 e 470).

58. A contraposição entre ônus e dever é clássica e continua norteando a doutrina (cf., entre tantos, COMOGGIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 2. ed. Torino: Utet, 2004. p. 172-173. Sobre esse ponto e também a relação com uma “obrigação de esclarecimento”, vale conferir PATTI, Salvatore. *Le prove: parte generale*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 50-51 e 63-68. Ampla e crítica pesquisa histórica, com profundo levantamento bibliográfico; PAULA RAMOS, Vitor de. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Ed. RT, 2015, no prelo, cujas conclusões, bastante originais e diretamente decorrentes de um compromisso epistêmico do processo com a verdade, na linha da teoria de Taruffo, são assim sintetizadas: “Tomando por base a teoria do direito, a diferenciação entre ônus e dever dá conta de que o primeiro é uma situação passiva subjetiva branda, com um comportamento ‘apreciado’ pelo direito, mas não categoricamente exigido e que dá ao sujeito onerado a possibilidade de escolha sobre sua intenção de agir ou não de acordo com o comportamento (positivo ou negativo) ‘apreciado’, sem que a não adoção da conduta acarrete um ilícito. O dever, por outro lado, é uma situação subjetiva passiva com sujeição radical, atribuído por uma regra jurídica imperativa e que descreve um comportamento (positivo ou negativo) categoricamente exigido pelo Direito; o sujeito obrigado não tem a possibilidade de escolha sobre sua intenção de agir ou não de acordo com o comportamento (positivo ou negativo), e, uma vez não adotado o comportamento, resta configurado o ilícito. Medidas coercitivas ou sub-rogatórias só podem ser adotadas diante do descumprimento de um dever jurídico, não do ‘descumprimento’ de um ônus. Quando desenhadas as ideias sobre ônus da prova, a verdade (a correspondência com o mundo ‘lá fora’) não era uma preocupação para a doutrina, o juiz era visto como o único destinatário da prova e o processo (e o procedimento probatório em geral) corriam, segundo a doutrina, no interesse exclusivo das partes. O ônus da prova permite que a parte não produza provas que sejam contrárias aos seus ‘interesses’. O dito ‘aspecto subjetivo’ do ‘ônus’ da prova inexistia, uma vez que não importava no processo brasileiro a proveniência da prova, que o juiz possui poderes de instrução de ofício e que a atividade das partes não tem qualquer relação direta com o resultado da demanda

(esse é determinado exclusivamente pela existência de elementos de corroboração suficientes). O que existe, em verdade, não é um *ônus* jurídico da prova, mas sim um direito fundamental de cada uma das partes à produção de provas relevantes (...) O dito "aspecto subjetivo" (inexistente) não tem, portanto, condão de estimular as partes a contribuírem para a maior completude do material probatório, diante da ausência de estímulos concretos para a produção de elementos probatórios contrários aos seus 'interesses'. O 'aspecto objetivo' do *ônus* da prova é dirigido ao juiz, não tendo a pretensão e nem condições de propiciar a maior completude do material probatório. Seguindo trabalhando com *ônus*, as doutrinas de inversão e dinamização não conferem estímulos concretos às partes para que produzam provas que lhes são desinteressantes, fazendo com que tampouco funcionem para a maior completude do material probatório. Além disso, as inversões de *ônus* da prova não permitem saber exatamente qual é o 'objeto' da inversão, ou seja, o que exatamente fica a cargo de quem. A dinamização, como aquela adotada nos parágrafos do art. 373 do CPC, acarreta diminuição na calculabilidade e na aceitação das decisões, não parece contribuir com a instrução probatória de maneira efetiva. Até o CPC de 1973, com a interpretação que lhe dava o STJ, o direito brasileiro pretendia regular a atividade probatória através do *ônus* da prova, partindo da errônea ideia de que onerando adequadamente ambas as partes, todo o material probatório seria levado a juízo. A criação de um verdadeiro *dever* de produção de provas, promovida pelo art. 400, parágrafo único, do novo CPC, privilegia de forma muito mais direta e eficaz o direito fundamental à prova, pois o juiz detém o poder de *ordenar coativamente* que as partes produzam provas consideradas relevantes. A fim de continuar a evolução, seria desejável ao legislador a construção de outros deveres extraprocessuais e processuais de produção de provas, como aqueles sugeridos ao longo do texto, sempre visando à maior completude do material probatório. Resistindo à ordem de produção, as partes praticam atos ilícitos, que podem ser combatidos mediante a utilização de diversas técnicas. Tal solução não só propicia a maior completude do material probatório, tornando o processo mais *truth-oriented* e, portanto, tendencialmente mais justo, mas também evita a necessidade da indesejável manipulação dos 'ônus' probatórios, mesmo aquela prevista nos parágrafos do art. 373 do CPC. Em outras palavras, através do *dever* de produzir provas, solucionam-se de maneira muito mais efetiva os problemas que as doutrinas de inversões e dinamizações se propõem (a nosso ver sem sucesso) a resolver. (...) O dito 'aspecto objetivo' do *ônus* da prova nada mais é do que um 'critério de desempate'. Não se trata de uma resposta automática à proibição do *sibi non liquere*, mas uma forma que o legislador encontra de fazer com que seja encerrada a busca da verdade e, ainda assim, possam ser "resolvidas" as questões levantadas pelas partes no processo. Abstratamente, seria possível que o critério de desempate fosse baseado em qualquer circunstância, mais ou menos aleatória, como a idade dos litigantes, sua condição social etc. O legislador, entretanto, deve utilizar tal critério de 'desempate' para promover a decisão mais próxima possível da decisão justa, uma vez 'falida' no caso concreto a busca da verdade. A regra de julgamento só será utilizada em caso de insuficiente corroboração, caso em que não será possível considerar provada coisa

se descumbrir do *ônus*, não infringe nenhum *dever*, nem comete ilícito, mas perde ou deixa de obter uma vantagem.⁶⁰

O sistema processual não determina, a rigor, quem deve produzir a prova, mas, sim, quem assume o risco em caso de prova não produzida.⁶¹

Trata-se, pois, de encargo posto sob estímulo e não de *dever* imposto mediante coação.⁶²

alguma (nem que o autor tem razão, nem que o réu tem razão). Em caso de suficiente corroboração, as consequências serão dadas pelo direito material, não pela regra de julgamento do art. 373. Trata-se, de qualquer forma, mesmo no caso dos parágrafos do art. 373 do CPC, de uma regra que atribui ao juiz um verdadeiro *dever* de utilizar o critério de desempate em caso de insuficiente corroboração dos fatos. As partes, conhecendo tais critérios e o *dever* judicial, certamente terão maior ou menor 'interesse' na apuração dos fatos, mas nem por isso será possível falar em um verdadeiro *ônus* em sentido técnico-jurídico. A parte terá, isto sim, um *dever* de vencer a demanda sempre que o critério de 'desempate' lhe beneficiar". Algumas ideias de Vítor de Paula Ramos encontram interessante contraponto em: PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O ônus da prova no processo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

59. Além da evidente função normativa, a noção de *ônus* desempenha uma função lógica. Cf., sobre esse ponto específico, os trabalhos de Neil MacCormick: *A argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 54-65. *Retórica e Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. São Paulo: Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 316-320.

60. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, p. 180. "No *ônus*, o onerado 'precisa de'; no *dever* jurídico o obrigado *deve*. A contraposição *ônus-dever* jurídico pode considerar-se na perspectiva da contraposição kantiana *imperativo hipotético-imperativo categórico*. O ordenamento jurídico não desaprova o não acatamento do *ônus*; ao invés, desaprova a violação de um *dever*. O onerado, se quer evitar um prejuízo, deve comportar-se de certa forma; de outro modo, suportará o prejuízo sem que se lhe reprove o ter-se comportado assim" (idem). Registre-se que Antônio Menezes Cordeiro entende que essa noção de *ônus* deve ficar restrita ao direito processual, sendo mais adequado ao Direito Civil a introdução da figura do "ônus material ou encargo", que corresponde estruturalmente a um *dever*, mas segue um regime particular: "é um *dever* de comportamento que funcionando embora também no interesse de outras pessoas, não possa, por estas, ser exigido no seu cumprimento" (*Tratado de direito civil português. Parte geral*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, vol. I, t. 1, p. 359). No mesmo sentido: AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 199-200.

61. Cf. NERY JUNIOR e NERY. *Código de Processo Civil comentado*. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 730. ECHANDÍA. Op. cit., p. 421.

62. COSTA JUNIOR, Olimpio. *A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigação em direito cit.*, p. 31. ECHANDÍA. Op. cit., p. 421.

Mostra-se útil a exposição dos conceitos fundamentais elaborados por Wesley Newcomb Hohfeld,⁶³ para quem os direitos subjetivos podem ser subdivididos em “direito como pretensão”, um “privilégio” (como liberdade ou ausência de dever), um “poder” (como competência para a prática de um ato) e uma “imunidade” (como não se sujeitar a um exercício de poder).⁶⁴ O direito como pretensão necessita da noção de *dever*, porque a lei “ao criar direitos cria também deveres correlatos, e quando os deveres são descumpridos os titulares dos direitos violados pedem, através de ações judiciais, para que o Estado faça que suas pretensões legais prevaleçam”.⁶⁵ Quando se procura diferenciar ônus de dever, a nota discriminatória é funcional e não estrutural, o que é revelado pela diversidade de tratamento dogmático conferido pelos doutrinadores na caracterização do ônus.⁶⁶ Ao se analisar a configuração do ônus à luz dos conceitos elementares de Hohfeld, conclui-se que se trata de uma situação jurídica complexa decorrente do encontro da faculdade (situação jurídica ativa) com a sujeição (situação jurídica passiva).⁶⁷ Vê-se, pois, que se trata de uma abordagem relacional, correlativa à sujeição.⁶⁸

63. Sua obra fundamental foi traduzida para o português: *Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. Todas as referências utilizadas nesta tese, porém, foram retiradas do importante estudo produzido por Daniel Brantes Ferreira: *Teoria dos direitos subjetivos: Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do direito*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

64. FERREIRA, op. cit., p. 23. Essas quatro situações jurídicas ativas correlacionam-se com outras quatro situações passivas: dever, falta de pretensão, sujeição e falta de poder. Como bem sintetizou Eduardo José da Fonseca Costa, “(1) quando se prescreve uma conduta a um sujeito, para a realização do interesse de outro, fala-se que o primeiro tem um dever em relação ao segundo, e que este último é o titular de uma pretensão em relação ao primeiro, isto é, pode legitimamente pretender do primeiro o adimplemento da obrigação; (2) quando um sujeito não pode pretender de outro determinado comportamento, fala-se que este tem a faculdade de, segundo a sua vontade, ter ou não aquele comportamento, de maneira que à ausência de pretensão de um sujeito corresponde a faculdade do outro; (3) quando a manifestação de vontade de um sujeito cria, altera ou extingue situações jurídicas que se remetem a outro sujeito, fala-se que o segundo está sujeito a um poder do primeiro; (4) se o sujeito não tem qualquer poder sobre outro no que concerne a determinada relação, diz-se que o segundo é imune ao dever de suportar a vontade do primeiro, de modo que à ausência de poder de um corresponde a imunidade do outro” (poslácio escrito no livro de FERREIRA, op. cit., p. XXIV).

65. *Idem*, p. 28.

66. Cf., José Eduardo Fonseca, no poslácio citado, p. XXX.

67. *Idem*, *ibidem*.

68. Sobre esse ponto, assim se manifestam Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Fredie Didier Jr.: “Rigorosamente, seria possível admitir uma relacionalidade entre sujeitos

Nelson Nery Junior afirma que o ônus consiste na “situação jurídica subjetiva de que está titulado certo sujeito de direito, no sentido de que a atuação de determinado comportamento é-lhe tão somente facultada, existindo, portanto, uma esfera de liberdade entre fazer ou não fazer, entre adotar ou não adotar determinada conduta”, de cuja adoção depende a obtenção de consequências vantajosas.⁶⁹ Trata-se, portanto de situação jurídica complexa entre a faculdade

com a figura do ônus. Se, de um lado, alguém, no processo, titulariza um poder ou faculdade, outro sujeito (o juiz), em última análise, assumiria uma posição de “sujeição” (se, v.g., quanto ao ônus da contestação, o réu teria a faculdade processual de contestar a demanda, o juiz teria um “dever” de recebê-la). É pouco útil, contudo, buscar a descrição dessa relação. A explicação do ônus como uma situação jurídica não relacional se dá por meio de uma decomposição analítica e se justifica por serem mais proveitoso examinar e relatar o fenômeno apenas do ponto de vista de quem titulariza a faculdade processual (e, consequentemente, de quem suporta a desvantagem advinda do seu não exercício), isto é, do onerado” (*Teoria dos fatos processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 127, nota 30). Entendendo que o ônus é a dimensão negativa do direito formativo, temos interessante trabalho de José Maria Rosa Teisher: “Sobre o ônus da prova”, originalmente publicado no livro em homenagem a Egas Dirceu Momi de Aragão (*Estudos de direito processual civil*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Ed. RT, 2005) e disponível no sítio [www.tex.pro.br], fonte utilizada neste trabalho. Para o citado autor, “quando se fala em ônus, afirma-se que, não sendo praticado o ato, um interesse do sujeito ativo (ou, eventualmente, de um terceiro) é desatendido; quando se fala em direito formativo, afirma-se que, sendo praticado o ato, um interesse do sujeito ativo (ou, eventualmente, de um terceiro) é atendido. Em suma: não há diferença senão na forma de expressão. Quando se fala em ônus, pensa-se, de preferência, nas consequências jurídicas decorrentes da omissão do ato. Quando se fala em direito formativo, pensa-se, de preferência, nas consequências jurídicas da prática do ato (...). Na verdade, a ideia expressa por ônus e por direito formativo é idêntica. Apenas a formulação é diferente. Esta é a fórmula do ônus: não sendo praticado o ato ‘a’, não ocorre a consequência ‘x’. A do direito formativo é: somente sendo praticado o ato ‘a’, ocorre a consequência ‘x’. As duas proposições são idênticas, do ponto de vista da lógica. A ideia última contida nas duas expressões (ônus e direito formativo) é simplesmente esta: se, para que se produzam certos efeitos jurídicos, é necessário que se pratique determinado ato, não se produzem tais efeitos, se o ato não é praticado”.

69. Ações de indenização fundadas no uso de tabaco. Responsabilidade civil pelo fato do produto: julgamento antecipado da lide. Ônus da prova e cerceamento de defesa. Responsabilidade civil e seus critérios de imputação. Autonomia privada e dever de informar. Autonomia privada e risco social. Situações de agravamento voluntário do risco. *Estudos e pareceres sobre livre-arbitrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco – aspectos civis e processuais*. Coord. Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 380.

e o dever jurídico, à qual é contraposta uma sujeição do sujeito passivo, no sentido de que deve suportar o “complexo atuar do ônus, sob pena de ele, o sujeito passivo, cometer ato ilícito, violando o ônus”.⁷⁰ Nery Junior ainda registra necessidade de se distinguir o ônus processual do material ou encargo, que consiste na situação jurídica em que o onerado sofre uma redução no complexo das faculdades adquiridas por um ato jurídico se não cumpre o objeto do ônus, ensejando “sanções enfraquecidas”.⁷¹ Em referência ao ônus probatório, o autor assinala que o sistema processual não determina quem deve produzir as provas, mas, sim, atribui o risco no caso de não serem produzidas.⁷² Por isso, melhor é afirmar que à parte onerada corresponde o interesse de que o fato que lhe favorece seja provado, a fim de evitar o risco pela falta da prova.⁷³

Cândido Rangel Dinamarco parte da conceituação das faculdades *puras*, que expressam condutas que não aumentam a carga de deveres do juiz nem agravam ou favorecem a posição do adversário, sendo indiferente para a posição dos demais sujeitos processuais. Caso haja imposição de deveres para o juiz ou ocorram benefícios para quem exerce as faculdades ou desvantagens, ainda que indiretas, para a parte contrária, “diz-se que de entremédio com as faculdades existem *ônus* ou *poderes*, não sendo elas *puras*”.⁷⁴

Por considerar bastante sutil a diferença entre faculdade pura, ônus e poder, prefere Dinamarco o conceito amplo de *situações jurídicas ativas*, concluindo que “a liberdade de uma conduta processual é sempre uma *faculdade* (pura ou não, conforme o caso), que a parte exercerá conforme queira, caracterizando-se como situação redobradamente ativa quando seu exercício lhe trouxer direito a uma providência do juiz (*poder*) e não deixando de ser o que é ainda quando haja a ameaça de consequências negativas pela omissão”. Nesse contexto, ônus é o reverso de certas faculdades e se caracteriza pelas consequências desfavoráveis que a lei associa a algumas delas, tendo a parte “plena liberdade de optar pela conduta ou pela omissão (daí ser o cumprimento ou descumprimento do ônus uma *faculdade*), sabendo no entanto que, omitindo-se, agravará sua situação no processo (daí tratar-se de um ônus)”.⁷⁵

70. *Idem*, *ibidem*.71. *Idem*, p. 384-385.72. NERY JUNIOR; NERY. *Código de Processo Civil comentado*. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 730.

73. Cf. ECHANDIA, op. cit., p. 463.

74. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. vol. II. p. 203.75. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. vol. II. p. 203-204.

Releva assinalar a nota da transitoriedade da faculdade e do ônus: “As faculdades e os ônus processuais têm existência breve no processo, constituem-se num dado momento, para imediatamente se extinguirem. (...) são constituídas para permitirem o desenvolvimento de atividades conexas com a produção de um resultado final. Uma vez desenvolvida essa atividade ou ultrapassado o prazo a eles destinado, tais situações extinguem-se. São situações a cuja constituição preside uma finalidade específica dentro do processo”.⁷⁶

Tal fato não significa, contudo, a ausência de situação de vantagem para a parte que se desincumbir de seu ônus ou faculdade. Como assinala Paula Costa e Silva, “em que situação de vantagem se poderia dizer investida a parte processual que aceita o sacrifício, por exemplo, de contestar ou de provar? Pareceria que nenhuma. Mas não é assim. A parte que apresenta contestação ou prova tem a possibilidade de impugnar a decisão que não tomou em consideração a contestação ou a prova apresentadas. O que significa que, uma vez praticado o ato, a parte fica investida no direito de este ser tomado em consideração, de sobre ele ser exercido o poder jurisdicional. Mesmo que seja para se chegar à conclusão de que o ato é totalmente irrelevante. É, assim, possível identificar uma contraparte nesse tipo de ônus. A parte que actua processualmente fica investida numa situação jurídica que se dirige contra o tribunal”.⁷⁷

A principal nota diferenciadora entre ônus e deveres e obrigações está na consequência do descumprimento destes últimos, que, por violar alguma norma, é passível de alguma sanção. Na síntese de Hernando Devis Echandia, além da ausência de situação relacional, o ônus ainda se diferencia da obrigação também por seu cumprimento satisfazer um interesse próprio e não alheio, razão pela qual o conceitua como poder ou faculdade de exercer livremente certos atos ou adotar certa conduta normativa para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coação, e sem que outro sujeito exija sua observância, mas sai inobservância acarreta consequências desfavoráveis.⁷⁸

O descumprimento de uma obrigação pode ensejar numa sanção que afeta a fixação de um ônus.⁷⁹ Pietro Perlingieri, “com expressão de conveniência”,

76. SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003. p. 130.77. *Idem*, p. 140-141.78. *Op. cit.*, p. 401.

79. Veja-se o disposto no art. 417.º do novo Código de Processo Civil português (antigo art. 519.º): “Dever de cooperação para a descoberta da verdade – Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da

chega a denominar o ônus de "obbligato potestativo"⁸⁰, no sentido de que seu titular pode realizá-lo ou não, com base em uma própria análise discricionária. Na realidade, quer com essa denominação expressar uma ideia singular e afirmada por todos os que tratam do tema, como se vê nas palavras do próprio Perlingieri: "o adimplemento do ônus da prova não realiza um direito de outrem, mas o próprio interesse do titular".⁸¹

Para Salvatore Patti, mais apropriado seria proceder a uma tripartição de situações jurídicas:⁸² obrigação,⁸³ ônus⁸⁴ e ônus da prova,⁸⁵ precisamente porque se trata de uma situação com conteúdo diverso de "outros ônus", na medida em que não se trata de condição necessária para alcançar o objetivo.⁸⁶

verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados. 2 - Aqueles que recusem a colaboração devida serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ônus da prova decorrente do preceituado no n. 2 do art. 344.º do Código Civil. 3 - A recusa é, porém, legítima se a obediência importar: (a) Violação da integridade física ou moral das pessoas; (b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; (c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no n. 4. 4 - Deduzida a recusa com fundamento na alínea c) do número anterior, é aplicável, com as adaptações impostas pela natureza dos interesses em causa, o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da recusa e da dispensa do dever de sigilo invocado".

80. O próprio Perlingieri apresenta várias ressalvas à denominação proposta que é questionável sua utilidade inclusive didática (*O direito civil na legalidade constitucional*. Maria Cristina de Cicco (org. e trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 698-699). Sobre poderes processuais e direitos potestativos, convém conferir Paula Costa e Silva, em *Acto...* cit., p. 135-138.

81. *Idem*, p. 699.

82. *Op. cit.*, p. 81.

83. "Necessità giuridica di un determinato comportamento stabilito da una norma a carico de un soggetto, per la realizzazione di un interesse di un diverso soggetto, che gode di una correlativa situazione di potere" (*idem*).

84. "Necessità pratica che il titolare di un potere (ad esempio, potere di agire in giudizio) lo eserciti qualora voglia ottenere un effetto favorevole, che ipende ineluttabilmente dal compimento dell'ato previsto" (*idem*).

85. "Convenienza pratica di un certo comportamento, poichè a differenza dell'ipotesi precedente non può parlarsi di 'único mezzo per conseguire il risultato favorevole'" (*idem*).

86. *Idem*, p. 82, acrescentando que "si accentua così la strumentalità dell'onere [probatorio]: il comportamento del soggetto non è condizione essenziale e imprescindibile

É oportuno lembrar a diferenciação entre ônus e dever exposta por Pontes de Miranda, para quem o dever sempre se dá em relação a outrem⁸⁷ e o ônus "é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse. Por onde se vê que como a teoria do ônus da prova diz respeito, de perto, à pretensão à tutela jurídica".⁸⁸ E acres-

per il compimento dell'atto da parte dell'organo dello Stato (domanda-sentenza) ma uno strumento, anche se il principale, che tuttavia non condiziona ineluttabilmente il risultato finale a cui si tende" (a expressão entre colchetes foi acrescentada por mim, porque no texto original se encontra na margem do livro, indicando o assunto tratado no parágrafo, mantendo, assim, a coerência com o que o autor escreveu na p. 81 de sua obra, antes citada).

87. Para entendimento mais detido sobre o entendimento de Pontes de Miranda, há que se ter em mira o plano da eficácia, especificamente tratado em seu *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1983. t. 5. Entre tantas passagens significativas, remarque-se que "o dever jurídico é o correlato do direito: ao plus, que é o direito, corresponde o minus, que é o dever. Há de haver relação jurídica básica, ou relação jurídica interna à eficácia (relação intrajurídica), para que haja direito e, pois, dever. Quem está no lado ativo da relação jurídica é o sujeito de direito; quem está no lado passivo é o que deve, o devedor (em sentido amplo). A atividade (=qualidade de ser ativo) de um é o direito; a passividade é o dever. Por isso mesmo, não há direitos contra si mesmo, na direção de si mesmo; nem deveres perante si mesmo, na direção de si mesmo" (p. 422-423), lembrando que "dever corresponde a direito; obrigação a pretensão. (...) Porque à pretensão é que corresponde a obrigação, há direitos sem pretensão e, pois, do outro lado, sem obrigação. Não, porém, obrigações sem dever" (p. 429). Cf., ainda, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia (1.ª parte)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 163

88. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. t. III. p. 281. As mesmas palavras foram reproduzidas nos comentários ao CPC de 1973: *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. t. IV. p. 253. E também no *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1983. t. 3. p. 410. No mesmo sentido, Paula Costa e Silva: "se observarmos estritamente os ônus processuais, rapidamente concluímos que estas situações jurídicas não ordenam as partes entre si. O ônus, sendo autonomizado, pressupõe apenas a posição de um sujeito concreto. Não é referido à posição jurídica de outrem" (*Acto...* cit., p. 155). Ainda: NOGUEIRA, Didier Jr. *Teoria...* cit., p. 127. Para esses autores, "o que se considera como ônus não é aquilo que o titular da situação jurídica sofre, mas aquilo que lhe é lícito fazer. É precisamente nesse sentido que se fala em ônus da prova, ônus do pagamento das custas processuais, ônus da defesa etc. Todas essas situações representam autênticas posições ativas dos sujeitos, daí por que preferimos tratá-las como poderes processuais", assinalando que "o que irá distinguir o ônus dos demais

centa, em seu peculiar estilo: "o que tem o ônus da prova pode dar prova, ou não; dá-la como melhor a poderia dar, ou deixar de dá-la como poderia; não tem dever, nem há, do outro lado, direito de outrem à prova; tudo se passa como a respeito de qualquer risco".⁸⁹

Pontes de Miranda afirma, também, que o ônus da prova é anterior à demanda.⁹⁰ As regras sobre ônus da prova são sobre a discussão acerca da incidência da regra jurídica, não sendo de direito material ou processual, mas, sim, comum a ambos, por se tratar da tutela jurídica.⁹¹ Prosseguindo em sua exposição, Pontes de Miranda, na mesma linha da doutrina majoritária da época, foi peremptório no sentido de que "o ônus da prova é objetivo e não subjetivo".⁹²

poderes processuais é a circunstância de que outra norma comina, para a hipótese do não exercício do poder, uma consequência jurídica negativa para o titular do ônus" (op. cit., p. 129).

89. Na mesma sequência das três obras citadas na nota anterior, respectivamente na p. 282, p. 254 e p. 411.

90. "O ônus da prova começa antes de qualquer demanda; preexiste a ela: a utilização processual é apenas a mais importante" (idem, respectivamente na p. 283, p. 254 e p. 411).

91. *Comentários...* cit., t. IV, p. 254 (antes, na p. 197, Pontes de Miranda faz afirmações um tanto contraditórias sobre o tema). Afirma ainda Pontes de Miranda: "No processo, os juízes ignoram, oficialmente, os fatos. Quem alega é que se refere a fatos. Toda cognição supõe bases para decisões sobre regras jurídicas, sobre regras de experiência e sobre fatos. A decisão tem, em qualquer das três espécies, de ser justa (= exata). O ônus de comunicar é concernente às três espécies. Pensou-se em distribuição subjetiva do ônus de afirmar e do ônus de provar; porém, em verdade, a distribuição é somente objetiva. Pode ser que o ônus da prova resulte de regra de direito material, e, g., se a lei estabelece que, não apresentado o recibo, até certa data, pode alguém solver por conta do que devia pagar: trata-se de interesse de acção, independente de qualquer discussão extrajudicial ou judicial. Mas, aí, já há alusão a suporte fático de alguma regra jurídica, e não precisamente de regra sobre ônus da prova" (idem, p. 254-255). Nos *Comentários ao CPC de 1939* (cit., t. III, as mesmas considerações estão nas p. 283-284 e as aparentes afirmações contraditórias estão na p. 294).

92. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. t. IV, p. 270. Em um aspecto subjetivo, o ônus da prova implica assumir o risco da consequência da prova frustrada, motivando psicologicamente a parte a participar da instrução da causa; no aspecto objetivo, interessa o demonstrado, não quem o demonstrou, tratando-se de regra de julgamento (BUZAD, Alfredo. Do ônus da prova. *Estudos de Direito*, 1. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 64-66). O aspecto "motivacional" é

Entretanto, há relevância na dimensão subjetiva do ônus da prova,⁹³ já que é íngavel a influência de tais regras no comportamento das partes e, em consequência, na eventual influência que a análise das provas pode gerar na convicção do juiz.⁹⁴

Se, sob o ângulo da instrução suficiente do processo para o julgamento de mérito, não há preocupação com a origem subjetiva da prova, sendo indiferente sua pila batismal, poderia ser reservada à dimensão subjetiva do ônus da prova apenas a função de definir o critério sobre a responsabilidade pela eventual ausência de prova no momento do julgamento,⁹⁵ não se pode desconsiderar a relevância das regras sobre o ônus da prova sobre os comportamentos das partes e do juiz.⁹⁶ Esse aspecto subjetivo influencia de modo direto a avaliação de riscos e de chances realizada pelas partes, a partir das provas de que dispõem e das que terão, em prognose, que apresentar em juízo.⁹⁷

A (re)valorização do aspecto subjetivo é compatível com um entendimento cooperativo do processo e assume especial importância na verificação do

mencionado por: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. III, p. 71-72.

93. Interessantes abordagens sobre a persistência e a atenuação do ônus subjetivo da prova podem ser encontradas em Pacifico e Badaró, em suas obras já citadas (p. 149-154 e p. 185-190, respectivamente). art. 209 do CPC de 39 previa ônus subjetivo, extrinseco-se o aspecto objetivo do ônus da prova do disposto na segunda parte de seu art. 118 (cf. BUZAD, Do ônus... cit., p. 76-77). Passou a ser voz corrente na doutrina que "o órgão judicial só tem de preocupar-se, a rigor, com o aspecto objetivo do ônus da prova, não com seu aspecto subjetivo" (BARBOSA MOREIRA, Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual (segunda série)*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 75. Cf., ainda, o amplo estudo de Yarshell, trazendo novas luzes ao tema: *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 56-71. Echandi observa que o ônus da prova sempre será subjetivo, na medida em que se refere a um poder ou faculdade que tem um titular; também acentua a dimensão subjetiva como norma de conduta, estimulando o comportamento da parte (op. cit., p. 415).

94. Cf. DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. vol. 2, p. 106-110. Echandi menciona a "pauta de atividades probatórias da parte" (op. cit., p. 420).

95. É possível que a ausência de prova "suficiente" decorra da apreciação do magistrado e não exatamente de uma omissão das partes (sobre o tema, com interessante visão crítica: YARSELL, *Antecipação da prova...* cit., p. 56-60).

96. Idem, p. 63-64.

97. Idem, item 11.

momento em que se deve atribuir eventual inversão do ônus da prova. Em relação ao estabelecimento de convenções, é precisamente nesse aspecto subjetivo que se move a vontade das partes, ao menos no momento inicial de formação do acordo, e, claro, vinculará os respectivos comportamentos no decorrer do processo.

Existem ônus absolutos e relativos, que se diferenciam pela inexorabilidade do prejuízo decorrente de seu não cumprimento. Como o ônus da prova não enseja inevitavelmente o insucesso na comprovação de determinado fato relevante, diz-se que é relativo.⁹⁸

O ônus da prova, cujo estudo foi considerado a coluna vertebral do processo civil,⁹⁹ possui como ideia básica, em síntese, o aproveitamento que a parte pode ter ao produzir a prova que, em princípio, traga-lhe benefício,¹⁰⁰ servindo ao juiz para o julgamento da causa quando houver dúvidas sobre fatos relevantes.¹⁰¹ Em clássica passagem, James Goldschmidt considerou ônus como sendo um “imperativo¹⁰² do interesse próprio”, transmitindo uma ideia re-

98. DINAMARCO, *Instituições...*, cit., vol. II, p. 206.

99. ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. Angela Romera Vera. Tomo II. Buenos Aires: Ejea, 1955. p. 228.

100. Em um aspecto subjetivo, o ônus da prova implica assumir o risco da consequência da prova frustrada, motivando psicologicamente a parte a participar da instrução da causa; no aspecto objetivo, interessa o demonstrado, não quem o demonstrou, tratando-se de regra de julgamento (BUZARD, Alfredo. Do ônus da prova. *Estudos de Direito*, 1. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 64-66). O aspecto “motivacional” é mencionado por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. III, p. 71-72. Ainda: MARTINS, Elisabete Louro. *O ônus da prova no direito fiscal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010. p. 256-269.

101. Essa noção de ônus probatório é, com variações de forma, mas não de fundo, utilizada largamente ainda hoje, como se vê, exemplificativamente, em autorizada doutrina moderna: TARUFFO, Michele. *La semplice verità...*, cit., p. 226-230. *La prova nel processo civile – Trattato di diritto civile e commerciale*. Dir. Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger. Milano: Giuffrè, 2012. p. 244-249. No Brasil, por exemplo, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivalby. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 175-178.

102. Não se trata exatamente de um “imperativo”, na medida em que inexiste relação causal entre ônus e prejuízo. Por essa razão, fala-se com mais propriedade em “aumento de risco” PATTI. *Le prove: parte generale*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 78-82. LEONARDO. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 70-71. Nesse sentido, há que se lembrar dos dois objetivos de organização do processo advindos das regras de distribuição do ônus da prova: informar as partes

lacionada com situações de necessidade de realizar determinado ato para evitar que sobrevenha um prejuízo processual, acrescentando que o ônus se refere ao aproveitamento que beneficiará a parte diligente, não sem antes anotar que a mais grave culpa perante si mesmo é a perda de uma oportunidade.¹⁰³ Também

a respeito dos riscos e fornecer ao juiz um critério de julgamento (cf. OLIVEIRA; MITIDIERO. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2012. vol. 2. p. 84. GRECO. *Instituições...*, cit., vol. 2, p. 130).

103. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936. p. 203. Essa é a concepção amplamente utilizada ainda hoje pela doutrina processual (entre tantos exemplos, confira-se na doutrina brasileira o trabalho de Maristela da Silva Alves: Esboço sobre o significado do ônus da prova no processo civil. In: KNJNIK Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 207). Para uma exposição sistemática sobre o ônus da prova, vale conferir, entre outros: ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. 2. ed. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2002 (um interessante exame da clássica teoria de Rosenberg foi feito por Pedro Ferreira Murias: *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: Lex, 2000. p. 43 e ss.). MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 2004. ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo 1. Bogotá: Temis, 2002. FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba*. 2. ed. Vol. 1. Buenos Aires: Astrea, 2009. p. 267-337. PATTI, Salvatore. *Le prove: parte generale*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 47-214. DENTI, Vittorio. *L'inversione dell'onere della prova: riliievi introduttivi*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, XLVI, n. 3. Milano: Giuffrè, set. 1992. VERDE, Giovanni. *L'onere della prova nel processo civile*. Napoli: Jovene, 1974. *L'inversione degli oneri probatori nel processo*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, XLVI, n. 3. Milano: Giuffrè, set. 1992. LOMBARDO, Luigi. *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 223-314. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 2. ed. Torino: Utet, 2004. p. 169-290. TARUFFO, Michele. *La prova nel processo civile – Trattato di diritto civile e commerciale*. Dir. Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger. Milano: Giuffrè, 2012. p. 244-260. DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. *Estudios de derecho probatorio*. Lima: Communitas, 2009. p. 101-143. FÁRIA, Rita Lynce de. *A inversão do ônus da prova no direito civil português*. Lisboa: Tex, 2001. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no civil e comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. vol. 1. BUZARD, Alfredo. Do ônus da prova: *Estados de Direito*, 1. São Paulo: Saraiva, 1972. KARAN, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. *RePro*, n. 17. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar., 1980. BARBOSA MOREIRA. *Julgamento e ônus da prova*. *Temas de direito processual (segunda série)*. São Paulo: Saraiva, 1980. LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 38-52. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivalby. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. LEONARDO, Rodrigo Xa-

em outra célebre sentença, “enquanto que a obrigação é necessidade de subordinar um interesse próprio a um interesse de outrem, o ônus é necessidade de subordinar a um outro interesse próprio”.¹⁰⁴

As regras sobre a distribuição do ônus da prova incidem em um estado de incerteza cognoscitiva do julgador, servindo como artifício para que o julgamento seja proferido mesmo diante de penúria probatória.

vier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 314-340. DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ônus processuais: limites à aplicação das consequências previstas para o seu não cumprimento*. Doutorado (tese). Universidade de São Paulo, 2007. CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2008. MIRANDA NETTO. *Ônus da prova no direito processual público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. YARSHILL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 46-112. CREMASCO, Suzana Santti. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Coord. Daniel Amorim Assumpção Neves. São Paulo: Método, 2009. p. 329-365. ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 159-203. CARPES. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ZANETTI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. COURO, Camilo José D'Ávila. *Dinamização do ônus da prova no processo civil: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2014. CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. MACEDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: JusPodivm, 2014. PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O ônus da prova no processo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. PAULA RAMOS, Vitor de. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Ed. RT, 2015, no prelo. Por seu pioneirismo no desenvolvimento do tema no país, vale registrar o trabalho de S. Soares de Faria (ainda hoje relevante referência de pesquisa das teorias tratadas em obras modernas, como expressamente citado, por exemplo, nos livros de João Batista Lopes e Paulo Rogério Zanetti antes referidos): *Principais teorias relativas ao ônus probandi*. São Paulo: Ed. RT, 1936.

104. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Trad. A. Rodrigues Queiroz e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva, 1942. p. 276. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Vol. III. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944. p. 65. Sobre o ponto, ainda, RANGEL, op. cit., p. 89-96, com interessante síntese sobre distinções clássicas. LEONARDO, op. cit., p. 53-64, com abordagem mais analítica e crítica. Com abordagem analítica e, posteriormente, bastante crítica: ITRI, Natalino. *Due Saggi sul Dovero Giuridico (obbligo - onere)*. Napoli: Jovene, 1973, passim, especialmente p. 80-84 e 87 e ss.

Diversos fatores, como as presunções legais¹⁰⁵ e o comportamento das partes,¹⁰⁶ podem influir no encargo de produção da prova, mas, ainda assim, pode-se chegar ao final do processo sem que os fatos relevantes estejam esclarecidos.

Mesmo com a utilização dos amplos poderes instrutórios do juiz, pode persistir uma incerteza fática que exija a utilização das regras de distribuição do ônus da prova.

Como o *non liquet* em questões de fato não conduz a um *non liquet* em questões de direito,¹⁰⁷ as regras sobre o ônus probatório são uma consequência da insuficiência ou ausência das provas para a resolução de determinado processo, decorrendo, assim, de um quadro de incerteza fática. Ou seja: o ônus da prova se planta no terreno da dúvida,¹⁰⁸ da lacuna de conhecimento.¹⁰⁹

A persistência de um insuficiente material probatório, portanto, compele o juiz a lançar mão das normas sobre distribuição do ônus da prova, espécie

105. Cf. BARBOSA MOREIRA. As presunções e a prova. *Temas de direito processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. Anotações sobre o título “Da prova” do novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, n. 36, jul.-ago. 2005. ARENHART, op. cit., p. 47-48. Sobre o tema, especificamente relacionado às ações de paternidade, vale mencionar interessante obra coletiva coordenada por Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei: *Prova, exame médico e presunção – O art. 232 do Código Civil*. Salvador: JusPodivm, 2006. HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Las presunciones en el derecho*. Trad. Luis Sancho Seral. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1931. TARUFFO, Michele. *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, ano 46, n. 3, set. 1992. Sobre o estudo das presunções de um modo sistemático: THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e prova no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Arraes, 2011. MOVELLAN, Pedro Álvarez Sánchez de. *La prueba por presunciones: particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Granada: Comares, 2007. SOUSA, Luis Filipe Pires de. *Prova por presunção no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2012.

106. Cf. BARBOSA MOREIRA. La negativa de la parte a someterse a una pericia médica (según el nuevo Código Civil brasileño). *RePro*, n. 113, RT, jan.-fev. 2004. Diversos trabalhos sobre o tema em PEVRANO, Jorge W. (dir.). ACOSTA, Daniel Fernando (cord.). *Valoración Judicial de la conducta procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.

107. ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ejea, 1955. t. II. p. 221.

108. Cf. BADARÓ. Op. cit., p. 27-28.

109. ALCHOURRON, Carlos e BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 2002. p. 63.

de *ultima ratio* que lhe permite sair de uma situação embaraçosa, constituindo verdadeira "tábua de salvação".¹¹⁰

O descumprimento do ônus da prova não implica julgamento desfavorável – assim como seu cumprimento não significa necessariamente o acolhimento da pretensão –, já que a prova suficiente pode ser trazida pelo processo pela outra parte, pelo próprio juiz ou pelo Ministério Público, mas pode significar o aumento do risco de uma decisão desfavorável, razão pela qual as partes devem estar cientes das regras de distribuição.¹¹¹

A ideia básica sobre a repartição do ônus da prova, portanto, está na atividade probatória que incumbe a quem a prova aproveita, chegando Rosenberg a elaborar um princípio geral: cada parte suporta o ônus da prova sobre a existência da norma favorável ao êxito de sua pretensão processual.¹¹²

É essa, basicamente, a doutrina inspiradora do art. 333 do CPC/1973 e também do art. 373, I e II, do novo CPC, em que são fixadas as regras gerais sobre o ônus da prova, abstratas e independentes do caso concreto,¹¹³ cabendo

110. BARBOSA MOREIRA. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual (segunda série)*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 79-80. Para esse mesmo autor, o julgamento segundo o ônus da prova é uma tragédia psicológica para qualquer juiz de sensibilidade apurada" (O juiz e aprova... cit., p. 182). "O ônus da prova não é uma alternativa, mas uma solução para a falta de alternativa no plano instrutório" (FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. Doutorado (tese). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008, p. 215).

111. MARINONI. *Teoria geral...* cit., p. 328. MARINONI; ARENHART. *Prova...* cit., p. 159-165.

112. *Tratado...* cit., p. 222. *La carga...* cit., p. 123: "la parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin que se aplique un determinado precepto jurídico soporta la carga de la afirmación y de la prueba de que las características definidoras de ese precepto están realizadas en los hechos. No nos expondremos a falsas interpretaciones, si en lugar de esa fórmula decimos brevemente: cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de la norma que le es favorable (= de la norma cuyo efecto jurídico redunda em su provecho)". A inspiração direta do art. 333 do CPC vigente é atribuída predominantemente à teoria de Chiovenda, brevemente mencionada no corpo do presente texto, mas a opção pela referência ao pensamento de Rosenberg se deu por duas razões: a profundidade com que examinou todas as teorias até então existentes para a confecção de seu original pensamento e, sobretudo, porque seu pensamento é plenamente compatível com o disposto naquele dispositivo, como se pode colher de seus livros e foi muitíssimo bem demonstrado por Luiz Eduardo Boaventura Pacifico nas p. 116-148 do seu estudo citado anteriormente.

113. Na linha, aliás, do pensamento de Rosenberg (*Tratado...* cit., p. 227. *La carga...* cit., p. 122 e ss.). Isso não significa, contudo, desprezo daquele autor pelo caso concreto, ponto fundamental na clássica obra de Rosenberg, que, por essa razão, cunhou a noção de ônus abstrato e ônus concreto (*La carga...* cit., p. 198).

basicamente o ônus da prova a quem alega, ou seja, ao autor cabe a prova dos fatos constitutivos e ao réu, dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos.

O estudo dos fatos é complexo e a aparente simplicidade da fórmula legal enseja diversas dificuldades,¹¹⁴ mas, apenas para fins de registro, já que o aprofundamento do estudo do tema encontra ampla referência na bibliografia citada, pode-se considerar: (a) fato constitutivo compõe o suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui determinada situação jurídica afirmada pelo autor, dando "vida a uma vontade concreta de lei e à expectativa de um bem por parte de alguém",¹¹⁵ (b) fato extintivo é aquele que afeta a eficácia do fato constitutivo, fazendo "cessar uma vontade concreta de lei e a consequente expectativa de um bem"¹¹⁶ (exemplos: pagamento, decadência legal etc.); (c) fato impeditivo é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos, possuindo natureza negativa, consistente na falta de uma das circunstâncias "que devem concorrer com os fatos constitutivos a fim de que estes produzam os efeitos que lhes são peculiares e normais",¹¹⁷ como a incapacidade, o erro e o desequilíbrio contratual; (d) fato modificativo é aquele que visa à alteração de um direito existente, como a moratória concedida ao devedor¹¹⁸ e a exceção do contrato não cumprido.¹¹⁹

5. Natureza das normas sobre ônus da prova

A polêmica envolvendo a definição da natureza jurídica das normas sobre a prova e sobre o ônus da prova é antiga e persistente,¹²⁰ contando com diversos

114. Cf. ABELLAN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. Ainda, especificamente sobre a insuficiência do critério fundado na natureza dos fatos afirmados, PACÍFICO, op. cit., item 4.4. ECHANDIA, op. cit., capítulo XVII, item 129, com ampla e completa exposição sobre os diversos critérios de distribuição do ônus da prova.

115. CHIOVENDA. *Instituições de direito processual cível*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. vol. I. p. 7.

116. *Idem*, p. 8.

117. CHIOVENDA, op. cit., p. 8.

118. Essa síntese foi extraída de DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, *Curso cit.*, 10. ed., 2015, p. 111-113.

119. Sobre a exceção do contrato não cumprido, a noção de contradireito e a repercussão no ônus da prova: OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 305-317.

120. Sobre tal discussão, especialmente a polêmica em torno de Chiovenda, vale conferir MONIZ de ARAGÃO, *Exegese...* cit., IV-1, p. 51-54. Do mesmo autor, aprofundando

estudos em todas as obras sistemáticas já mencionadas no decorrer do capítulo, cabendo, para os fins desta tese, apenas um registro sobre o tema, sem uma exaustiva reportagem sobre todos os pontos de vista, cujas descrições encontram adequado entendimento nas referências citadas, sobre as quais pouco há que se acrescentar.

Basicamente contam-se cinco teses sobre a natureza jurídica das normas sobre provas: 1. são exclusivamente de direito material, 2. são exclusivamente de direito processual, 3. possuem natureza mista, 4. possuem natureza duplice, material e processual e 5. pertencem à específica natureza de direito "justicial".¹²¹

Especificamente sobre o ônus da prova, é conhecida a mudança de posição de Leo Rosenberg, que, depois de defender a teoria processual, passou a en-

do o debate, Regras de prova no Código Civil. *RePro*, n. 116. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2004. Panorama geral em REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Ed. RT, 1985. GIANNICO, Marici. *A prova no Código Civil: natureza jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ECHANDÍA, op. cit., capítulo III. SANTOS. *Prova judiciária*... cit., vol. I, capítulo III. De acordo com Cândido Dinamarco, "norma processual é, portanto, todo preceito jurídico regulador do exercício da jurisdição pelo Estado, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado – três atividades que se desenvolvem num só ambiente comum, que é o processo" (*Instituições*... cit., vol. I, 2001, p. 66) e "por sua significatividade proximidade às relações jurídico substanciais a que se referem e influência imediata sobre a possibilidade de tutela jurisdicional, as fontes de prova e o *onus probandi* são categorias jurídicas bifrontes, integrando pois o conteúdo do direito processual substancial" (*Instituições*... cit., vol. III, p. 45). Defendendo a natureza mista dessas normas: RANGEL, op. cit., p. 203-206. CARPES, op. cit., p. 49-51, utilizando-se assim a técnica de institutos bifrontes, bastante questionável hodiernamente ("L'impostazione codicista, dunque, non ha resistito alla suggestione di quegli 'istituti bifronte', che si porrebbero in zone di confine tra diritto e processo, tentando di giustificare in tal modo l'adozione di norme-ponte, assimilate alla disciplina dei rapporti sostanziali da tutelare. Ma, in realtà, essa finisce con il sopravvalutare gli effetti preventivi che indubbiamente le regole probatorie esercitano sulla sorte di quei rapporti ante od extrajudicium, assumendo quale ragione determinante il mero 'riflesso psicologico' anticipato di una funzione tipicamente giudiziaria". *Comoglio. Le prove*... cit., p. 23-24). Marinoni e Arenhart, acolhendo as ponderações de Denti e Cappelletti, entendem não haver suficiência de critérios abstratos para definir a questão, sempre havendo necessidade de se confrontar o caso concreto (op. cit., p. 365-361).

121. Cf. ECHANDÍA, Op. cit., capítulo III. Cândido Dinamarco defende a existência de um direito processual material precisamente para institutos que considera bifrontes (*Instituições*... cit., vol. I, p. 43-46).

ter que tais normas possuiriam natureza material, por se referir à aplicação silogística do direito.¹²²

Concordo com os pronunciamentos doutrinários que incluem a disciplina do ônus da prova na seara processual: "a figura do ônus deve ser remetida para o domínio processual: traduz, aí, deveres no processo com a particular índole de terem consequências substantivas".¹²³ Devis Echandía percebe uma vinculação entre os argumentos sobre a natureza das normas sobre prova e aqueles sobre ônus da prova, concluindo sobre a natureza processual ainda que influenciem as condutas das partes, por não se tratar de algo inerente a esse tipo de norma.¹²⁴ Gian Antonio Michelli observa que tais regras oferecem um meio idôneo, um critério, que possibilita o julgamento e se destina a produzir efeitos sobretudo no processo, embora possa ser fixada fora do processo,¹²⁵ não sendo ocioso registrar que é irrelevante a topografia da norma para indicar sua natureza jurídica.¹²⁶ Não se questiona que há uma íntima conexão entre as normas sobre ônus da prova e o direito material, assim como entre as questões probatórias e o direito material, já que estamos trabalhando com suportes fáticos, mas a disciplina sobre a fixação, incidência e eficácia das regras sobre ônus da prova é eminentemente processual. Se esta tese vem trabalhando com a ideia de colaboração e de contraditório pleno e entende as regras sobre ônus da prova como símbolos normativos desse giro ideológico-cultural por que

122. Op. cit., p. 98-112.

123. CORDEIRO, Antônio Menezes. Para esse autor, existe a categoria do ônus ou encargo material, que é um dever de comportamento que, embora funcionando também no interesse de outras pessoas, não pode por elas ser exigido, exemplificando com a hipótese de prazo para denúncia ao vendedor de vício de uma coisa dentro de certo prazo (*Tratado de direito civil português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. vol. I, t. I, p. 359). Como observa Friedrich Lenz, "ciò risulta in modo particolarmente chiaro, se si pensa che la sua applicazione nel processo può condurre ad un risultato diverso da quello voluto dalle norme sostanziali. Um diritto, pur esistendo in base a queste ultime, può essere riconosciuto in una sentenza – in virtù della regola considerata – quando non è stato provato il fatto costitutivo; ed inversamente un diritto venuto meno o mai sorto può essere ritenuto esistente, se non sono stati provati i fatti posti a fondamento di un'eccezione" (*Diritto processuale civile tedesco: parte prima – Il procedimento di cognizione*. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 205).

124. Op. cit., p. 471-472, além da ampla análise que empreende no capítulo III, especialmente na p. 42-46.

125. Op. cit., p. 191, 194-195 e 197-198.

126. BARBOSA MOREIRA. Anotações sobre o Título "da prova" do novo Código Civil. *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

passa a teoria processual, somente esse entendimento é coerente com o que se pretende expor, evidentemente sem olvidar as complexas nuances que podem incidir no caso concreto.

Expostas essas linhas gerais sobre o tema, passa-se ao estudo específico da fixação e distribuição do ônus probatório.

V A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO QUESTÃO CONSTITUCIONAL

“O paradoxo da decisão é o de se transformar o incerto em certo através de um processo invisível na produção de informações que não aparecem proceduralmente, na produção da decisão.”¹

1. Enfoque constitucional do tema

O estudo de temas processuais em uma perspectiva constitucional,² embora não seja propriamente uma novidade,³ ainda não é realizado com a frequência

1. CANOTILHO. Julgar e decidir as invisíveis manhas da decisão nos “tribunais acadêmicos”. *Revista Julgar*, n. 1, 2007. Disponível em: [sites.google.com/site/julgaronline]. Acesso em: 09.08.2012.
2. Fala-se em direito processual constitucional (jurisdição constitucional) e direito constitucional processual (princípios processuais na Constituição). Amplamente, com outras indicações bibliográficas: DANTAS, Ivo. *Constituição e Processo: introdução ao Direito Processual Constitucional*. vol. 1. Curitiba: Juruá, 2003. p. 107-135). Nelson Nery Junior refere-se a direito constitucional processual como o “conjunto de normas de direito processual que se encontra na Constituição” e a direito processual constitucional como a “reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional” (*Princípios do Processo Civil na Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 9. ed., 2009. p. 41).
3. Alguns exemplos dessa abordagem, apenas a título de ilustração: TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. COMOLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e “giusto processo”*. *RePro* n. 90, RT, abr.-jun. 1998. *Garanzie minime del “giusto processo civile negli ordinamenti Ispano-Latinoamericani*. *RePro* n. 112, RT, out.-dez. 2003. MORELLO, Augusto M. *Constitución y Proceso*. Buenos Aires: Platense, 1998. PORTO, Sergio Gilberto (org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1999. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execu-*

necessária, o que faz com que alguns institutos tenham sua eficácia reduzida na efetiva tutela de direitos, por não serem compreendidos sob o ângulo da realização dos direitos fundamentais.

ção Civil: São Paulo: Ed. RT, 2003. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 9. ed., 2009. TUCCI, Rogério Lauria. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005. MIRANDA, Jorge. *Constituição e Processo Civil*. *RePro* n. 98. RT, abr.-jun. 2000. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O Processo Civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais*, Disponível em: [www.abdpc.org.br]. Acesso em: 17.09.2012. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2004, e *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Ed. RT, 2006. Ressalte-se, ainda, a constante preocupação de Barbosa Moreira com as repercussões das normas constitucionais no estudo do processo, cujo reconhecimento se traduziu em oportuna homenagem coordenada por Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, que recebeu significativo título: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006. MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. OLIVEIRA NETO, Olavo; CASTRO, Maria Elizabeth de. *Os princípios processuais civis na Constituição*. São Paulo: Campus Jurídico, 2008. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Ed. RT, 2009. Ainda do mesmo Daniel Mitidiero, em coautoria com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2009. vol. 1. DUARTE, Ronnie Preus. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007. NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008. Do mesmo autor, em coautoria com Alexandre Bahia, Bernardo Ribeiro Câmara e Carlos Henrique Soares: *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. THEODORO JR.; CALMON; NUNES (coord.). *Processo e Constituição: os dilemas no processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012. ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, e *O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo*. In: DIDIER JR., Fredie. *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2012. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: 2008. especialmente item 3 da primeira parte. Mencione-se também os três volumes coordenados por Marcelo Cattani e Felipe Machado, intitulados *Constituição e processo* (os dois primeiros editados em 2008 e 2009 pela editora Del Rey e o terceiro, em 2011 pela editora Fórum). Lembre-se que Eduardo Couture, ainda na primeira metade do século anterior, dedicou ao estudo da relação entre a Constituição e o Processo o primeiro volume de seus *Estudos de direito processual civil* (3. ed., Buenos Aires: Depalma, 2003). Também Calamandrei e Fix-Zamudio possuem importância histórica no estudo entre a Constituição e Processo (cf., MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Aportaciones de Héctor

Se uma abordagem constitucional dos institutos processuais já se justificaria pela proeminência da Constituição, seja na análise da compatibilidade normativa, seja em virtude da veiculação de diversas normas referentes ao direito processual, o direito fundamental de acesso à justiça irradia seus efeitos por todo o processo, na medida em que o entendemos como o instrumento apto à realização de direitos fundamentais.⁴

O objeto deste item limita-se exatamente à análise de um dos institutos que, por não ser examinado constitucionalmente, inclusive pelo STF,⁵ mostra-se inadequado em sua função de garantir a tutela de direitos: o ônus da prova.

Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional. *RePro*, n. 111, RT, jul.-set. 2003. Nesse estudo, além do exame dos trabalhos de Fix-Zamudio, há interessantes notícias sobre os trabalhos de Couture e Calamandrei. Mac-Gregor também coordenou a imensa obra de doze volumes intitulada *La ciencia del Derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, editada pela Marcial Pons em 2008, sendo que os trabalhos de autores brasileiros que integram referida coleção foram publicados posteriormente neste livro: *Estudios de derecho procesal constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio*. Mac-Gregor e Arturo Lelo de Larrea (coord.). São Paulo: Malheiros, 2009). Cassio Scarpinella Bueno, em estudo nessa mesma linha intitulado "O 'modelo constitucional do direito processual civil': um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações" (referido texto foi publicado em diversas revistas especializadas e pode ser consultado no site do próprio autor: [www.scarpinellabueno.com.br]; registre-se, ainda, que Scarpinella Bueno também inicia sua obra sistemática com enfoque constitucional: *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1, parte II), realizou o importante registro acerca do pioneirismo de José Frederico Marques, que, no início da década de cinquenta, inicia sua tese para a cátedra da PUC-SP com o capítulo "O direito processual e a Constituição" (*Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Millenium, 2000).

4. "Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexão entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui não se trata, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em: [www.abdpc.org.br]. Acesso em: 17.09.2012).
5. "Direito constitucional e processual civil. Recurso extraordinário. Procuração a Defensor Público: inexigibilidade. Alegação de ofensa ao art. 37, § 6.º, da CF: tema não prequestionado (Súmulas 282 e 356). 1. Tem razão o agravante quando sustenta a inexigibilidade de procuração a Defensor Público. 2. Não, porém, quando insiste na

Se em seu formato mínimo o ato de julgar pode ser visto como a incidência de normas jurídicas aos fatos⁶ alegados pelas partes perante o judiciário, a

subida do Recurso Extraordinário, em face dos termos do acórdão extraordinariamente recorrido. 3. É que o aresto reconheceu a culpa *in vigilando* do Município, ora recorrente, com base em circunstâncias de fato, que não podem ser reexaminadas por esta Corte, em recurso extraordinário (Súmula 279). 4. E, quanto à inversão do ônus da prova, focalizou questão processual, que somente poderia ser revista, em recurso especial, pelo STJ (art. 105, III, da CF). Este, porém, manteve o não seguimento de tal recurso, com trânsito em julgado, ficando preclusa tal questão. 5. Não pode, ademais, ser examinada a alegada violação ao art. 37, § 6.º, da CF, seja porque os arestos da apelação e dos embargos declaratórios não os focalizaram (Súmulas 282 e 356), seja porque se valeram de fundamentos estranhos à norma constitucional em questão (Súmula 283). 6. E é pacífica a jurisprudência do STF, no sentido de não admitir, em Recurso Extraordinário, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação ou aplicação e mesmo inobservância de normas infraconstitucionais. 7. Agravo improvido" (AI-AgR 223022/RJ, rel. Min. Sydney Sanchez, DJ 24.11.2000, p. 91). "Direito processual civil. Vinculação aos fundamentos do pedido. Inversão do ônus probatório. Aplicação do CDC. Análise de âmbito infraconstitucional. O exame da alegada violação do contraditório e da ampla defesa – insculptos no art. 5.º, IV, da Constituição da República –, na espécie, tanto no que tange à vinculação aos fundamentos do pedido, quanto no que concerne à inversão do ônus probatório, demandaria análise de âmbito infraconstitucional, considerada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor pelo Tribunal de origem – o que não se coaduna com o art. 102, III, *a*, da Carta Política. Agravo regimental conhecido e não provido" (AI 850180 AgR, rel. Min. Rosa Weber, DJe-208, 23.10.2012). "Agravo regimental no agravo de instrumento. Tributário. Imunidade. Imposto predial e territorial urbano – IPTU. Preenchimento de requisitos. Art. 14 do CTN. Controvérsia sobre o ônus da prova. Impossibilidade da análise da legislação infraconstitucional. Ofensa constitucional indireta. Agravo regimental ao qual se nega provimento" (AI 782139 AgR, rel. Min. Carmen Lúcia, DJe-190, 08.10.2010). Na Espanha e na Argentina, por exemplo, a análise da distribuição do ônus da prova pelos respectivos Tribunais Constitucionais trouxe evidentes progressos na compreensão do tema (cf. AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 4. ed. Navarra: Civitas, 2005. p. 121 e ss. PEVRANO, Jorge W. (dir.). WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, *passim*).

6. Mesmo nos processos em que se discute apenas matéria de direito, há questões fáticas subjacentes, existindo verdadeira comunicação entre norma e fato. Cf., a propósito, FONSECA, João Francisco Naves. *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Saraiva, 2012. Ainda: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 363-396. No controle abstrato de normas, por exemplo, existe espaço para instrução probatória, como resulta claro do exame dos arts. 6.º, 7.º, § 2.º, 9.º, § 1.º, e 20, § 1.º, da Lei 9.868/1999. Sobre a figura do *amicus curiae*, especialmente no controle abstrato de

produção de provas⁷ assume particular importância no resultado do processo e, conseqüentemente, na concretização do direito fundamental de acesso à justiça, na medida em que é o meio disponível para o convencimento do juiz e para a tutela do direito lesionado ou ameaçado de lesão.

normas, inclusive sobre sua contribuição para a instrução do processo, é fundamental a leitura do trabalho de Cassio Scarpinella Bueno, com o qual conquistou a livre-docência na PUC-SP: *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, *passim*. Registre-se que a ressalva de que se trata de um "formato mínimo" se justifica para que não se passe a ideia de simplificação do ato de julgar; que seria de resto incompatível com as ideias expostas no decorrer da tese; entretanto, se o julgamento não é um mero ato de silogismo, não menos correto é afirmar que a aplicação de normas a fatos é um componente essencial. Usa-se, pois, a subsunção como "processo de formação judicial" (acolhe-se nesse particular, portanto, a opção metodológica exposta por Teresa Arruda Alvim Wambier. *Recurso especial...* cit., p. 94). Sobre a crítica da sentença como silogismo, vale conferir o já citado estudo de Georges Abouid: *Jurisdição constitucional...* cit., p. 68 e ss.

7. Sobre a finalidade da prova, o item em que a relaciona com a verdade fornece subsídios suficientes para a compreensão do estado da controvérsia sobre o tema, cabendo, nesta nota, a transcrição de algumas passagens para fins de ilustração: "A função da prova no processo consiste em proporcionar ao juiz conhecimentos de que ele precisa a fim de reconstituir mentalmente os fatos relevantes para a solução do litígio" (BARBOSA MOREIRA. Anotações sobre o título "Da prova" do novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, n. 36, p. 12, jul.-ago. 2005), o que, adiantamos desde já, está longe de significar que sirva para a busca da "verdade" no processo, por absoluta impossibilidade lógica (cf. MAIA, Gretha Leite. O papel da lógica jurídica na teoria das provas. *A expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem ao Professor Willis Santiago Guerra Filho*. Coord. Haradja Leite Torres e Mario Alcoforado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004). Para Michele Taruffo, apesar das dificuldades que cercam a determinação da verdade dos fatos, a justiça da decisão judicial passa necessariamente pela busca da verdade no processo, que é denominada de verdade relativa e deve ser buscada dentro de um contexto processual específico (La prova dei fatti giuridici. *Trattato di diritto civile e commerciale*. Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni (coord.). Milão: Giuffrè, 1992. p. 143 e ss. vol. III, t. 2, sez. 1), já que "a prova é o instrumento de que dispõem as partes e o juiz para determinar no processo se podem ou não ser considerados como verdadeiros os enunciados relativos aos fatos principais do caso, a partir da premissa de que no processo é possível, com critérios racionais, obter uma aproximação adequada à realidade empírica desses fatos", sendo que "o verdadeiro problema não é se a verdade dos fatos deve ou não ser buscada no processo e tampouco se a verdade pode ou não ser alcançada em abstrato, senão compreender qual é a verdade dos fatos que pode e deve ser estabelecida pelo juiz para que constitua o fundamento da decisão" (entrevista publicada na tradução espanhola de sua obra antes citada: *La prueba de los hechos* (trad., Jordi Ferrer Beltrán. Madri: Trotta, 2002. p. 525).

Dessa forma, se a distribuição do ônus da prova se der de uma forma que seja impossível que o interessado dele se desincumba, em última análise estará sendo-lhe negado o acesso à tutela jurisdicional.⁸ Essa é exatamente a razão fundamental para a vedação de convenções sobre ônus da prova prevista no art. 333, parágrafo único, do CPC, dispositivo praticamente esquecido e sobre o qual dedicaremos mais espaço em item posterior. Entretanto, caso a impossibilidade de provar, de acordo com as regras preestabelecidas, decorra do caso concreto, inexistente regra abstrata que permita uma mobilidade do encargo probatório, o que invariavelmente pode significar uma negação de acesso à tutela jurisdicional.

As regras de distribuição do ônus da prova são o derradeiro expediente de que se vale o juiz para, diante de um quadro de carência probatória acerca de fato ou fatos relevantes, resolver a controvérsia veiculada no processo, sendo intuitivo que as regras que disciplinam sua distribuição afetam diretamente a garantia do acesso à justiça.⁹ Caso sejam traçadas apenas regras abstratas,

8. Como corretamente disse Eduardo Couture, a lei que torne impossível a prova é tão inconstitucional quanto a lei que impossibilite a defesa (Op. cit., p. 48).

9. A garantia constitucional do acesso à justiça não é incompatível com a existência das denominadas condições da ação, já que, se é verdade que todos podem requerer a tutela jurisdicional, mesmo que dela não sejam merecedores, não é menos verdade que o processo é o instrumento para a satisfação daqueles que efetivamente sejam titulares da situação material afirmada. Ou seja: a ação concretamente exercida é passível de controle de admissibilidade por meio da implementação de condições impostas pelo ordenamento. Isso, no entanto, não significa que o acesso à justiça possa ser obstado pela imposição de condições de admissibilidade desarrazoadas, ou seja, dissociadas da realidade de direito material, sob pena de se vedar indevidamente o acesso à justiça. Nesse sentido, vale transcrever a seguinte decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, que bem demonstra que as condições são legítimas desde que não embaracem desarrazoadamente o acesso à tutela jurisdicional: "Es consolidada doctrina de este Tribunal que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, CE) no conlleva el reconocimiento de un derecho a que los órganos judiciales se pronuncien sobre el fondo de la cuestión planteada ante ellos, resultando aquél satisfecho con una decisión de inadmisión siempre y cuando la misma sea consecuencia de la aplicación razonada de una causa legal. Ahora bien, si cuando esa decisión de inadmisión se produce en relación con los recursos legalmente establecidos el juicio de constitucionalidad ha de ceñirse a los cánones del error patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, como aquí ocurre, el principio hermenéutico pro actione opera con especial intensidad, de manera que si bien el mismo no obliga 'la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles', sí proscrib[e] aquellas decisiones de inadmisión que 'por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y

rígidas e estáticas de distribuição desse ônus, pode haver casos concretos em que se torne impossível a produção de determinada prova pela parte que, em princípio, deveria instruir o processo, com a consequência inevitável se lhe ser negada a tutela de direitos.

Em suma, as regras de distribuição do ônus da prova podem fazer do processo apenas um arremedo de acesso à justiça.

Para o desenvolvimento deste capítulo, é fundamental fixar a seguinte premissa: a distribuição do ônus da prova é, antes de tudo, uma questão constitucional.¹⁰ Em diversas situações, estaremos diante de casos difíceis,¹¹ como as lesões pré-natais¹² e casos de erros médicos,¹³ questões inerentes a atividades de risco,¹⁴ que envolvam direitos fundamentais,¹⁵ direitos

los intereses que sacrifican" (Apud PÉREZ, Jesús González. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 74-75).

10. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. O ônus da prova na jurisdição das liberdades. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

11. MORELLO, Augusto M. *Dificultades de la prueba en procesos complejos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. Na teoria da argumentação, fala-se ainda em "casos trágicos", em que "não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral. A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema" (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Perelman, Toulmin, MacCormik, Alexy e outros. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000. p. 335).

12. WALTER, Gerhard. Livre Apreciação de la prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del convencimiento judicial. Trad. Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985. p. 242-243.

13. KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Ed. RT, 2002. SALAMANCHÁ, Consuelo Jaques Ferreira. *Error médico: inversión de ónus da prova*. Curitiba: Juruá, 2005. PENTIMA, Maria Gabriella di. *L'Onere della prova nella responsabilità medica*. Milano: Giuffrè, 2007.

14. AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 4. ed. Navarra: Civitas, 2005. p. 127-128. De modo ainda mais amplo: SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. *Carta de la prueba y sociedad de riesgo*. Madrid: Marcial Pons, 2004. Do mesmo autor, especificando as ideias anunciadas no trabalho anterior: *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

15. Sobre a teoria dos direitos fundamentais, cuja exposição, mesmo sintética, não será realizada no corpo deste trabalho, mas dele é premissa inafastável, devem ser conferidas as seguintes obras de referência, cada qual com ampla indicação bibliográfica complementar: ALEXY, Robert. *Teoría dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos*

transindividuais,¹⁶ entre outros,¹⁷ para os quais as regras ortodoxas de distribuição do ônus da prova são insuficientes e, se aplicadas automaticamente, levarão a uma inadequada tutela de direitos, frustrando a expectativa constitucionalmente legítima de acesso à justiça.

Finaliza-se o presente item com algumas considerações acerca do Estado Democrático de Direito, o contraditório e o devido processo legal, que fundamentam e orientam esta tese. A caracterização de um Estado de Direito não se enquadra em uma estrutura ontológica atemporal, já que depende da evolução histórica de uma civilização determinada geográfica e temporalmente, a partir de experiências concretas e consolidadas no tempo. Isso também se verifica com o devido processo legal e com o contraditório, evidentemente, cujas noções ganharam novas roupagens nos dias de hoje.

Como bem apontado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o princípio do contraditório não foge à regra geral e também tem sua história, não se mostrando indiferente às circunstâncias e valores da época em que exercido. Daí a menção a uma simples audiência bilateral (*Grundsatz des beiderseitigen Gehörs*),

tos *fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. PUEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. Antônio Francisco de Sousa. Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

16. Cf., entre outras referências envolvendo sobretudo o direito do consumidor, mencionadas em nota adiante: SARAIVA NETO, Pery. *A prova na jurisdição ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. BRASI, JR., Samuel Meira. *A prova no processo coletivo*. Distribuição dinâmica do ônus da prova. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. Coord. Gozzoli, Cianci, Calmon e Quatieri. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 577-597. GIDI, Antônio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 124-132. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: GRINOVER; MENDES; WATANABE (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 244-253. MILARÉ, Edís. CASTANHO, Renata. *A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: GRINOVER; MENDES; WATANABE (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 254-262.

17. Diversos textos sobre o tema: *Objeto y carga de la prueba civil*. Dir. Xavier Abel Lluç e Joan Picó I Junoy. Barcelona: Bosch, 2007.

garantia considerada atendida quando assegurada à outra parte a devida oportunidade de ser ouvida. Recupera-se, assim, o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. Está longe de terminar a dissonância entre o fortalecimento do contraditório pela cooperação e o seu enfraquecimento determinado pela urgência.¹⁸

Realmente, o princípio do contraditório partiu de uma completa desvalorização na primeira metade do século passado para uma plena revalorização posterior,¹⁹ deixando de ser mera garantia formal de uma bilateralidade de audiência para se constituir em uma possibilidade de influência e uma vedação à surpresa, especialmente diante do aumento dos poderes do juiz. Sobre esse ponto, Antonio do Passo Cabral anotou que “é verdade que o crescimento do poder do juiz no processo moderno é uma tendência que não deve ser compreendida necessariamente como autoritária, mas desde que compensada pela participação das partes, que não pode ser desprezada. Mas o aumento dos poderes do juiz torna-se realmente perigoso se não se lhe retiram as oportunidades deles de abusar. Impende, portanto, haver um contrapeso dos poderes do julgador com o reforço de prerrogativas das partes, permitindo um controle das potestades estatais pelos demais sujeitos do processo”.²⁰

Nessa mesma linha, constata-se a necessidade de o controle da decisão judicial passar pela efetiva participação das partes: “Hoje, em virtude de características da época em que vivemos, pode realmente acontecer (e efetivamente ocorre) que o juiz nem mesmo se refra a muitas das questões levantadas pelas partes, argumentos, teses jurídicas, e decida solitariamente, segundo seus critérios pessoais. Talvez este fato tenha feito com que se passasse a sentir de forma mais aguda a necessidade de explicitar que o contraditório tem esta dimensão, que deve ser necessariamente considerada: a atividade argumentativa das partes deve necessariamente refletir-se na fundamentação das decisões judiciais”.²¹

18. A garantia do contraditório (Disponível em: www.mundojuridico.advb.br).

19. PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. *Jurisdição e processo*. Org. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Trad. do texto citado Luis Alberto Reichelt. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 140-143.

20. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 99.

21. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão*. *RePro*, n. 168, p. 57. São Paulo: Ed. RT, fev. 2009.

Estamos diante, portanto, de uma visão dinâmica e multifacetada do contraditório,²² com evidente e necessária repercussão na análise da distribuição do ônus probatório, como no debate sobre o momento em que deve ocorrer a inversão judicial e, também, para o aperfeiçoamento da convenção entre as partes acerca de sua distribuição.

Como bem assinalou Dierle Nunes, “processo democrático não é aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constituída que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional (...) Resgatar a importância do espaço público processual, no qual todos os interessados possam participar do aprimoramento do sistema jurídico, pode representar a tentativa de redescoberta da importância dessa estrutura normativa contra a indiferença e a apatia (coletiva) política na qual os cidadãos (clientes não participantes) estão imersos, e que são geradas pelo argumento dos ‘manipuladores olímpicos do poder’ e pelos seus discursos tecnológicos de máxima eficácia prática e diminuta repercussão social (cidadã)”.²³

Para que a distribuição convencional do ônus probatório se aperfeiçoe, é necessário que intervenham todas as partes que serão atingidas pelo pactuado. Outro aspecto interessante está na possibilidade de o assistente simples requerer o afastamento do efeito da intervenção caso seja prejudicado pela convenção, exigindo a reapreciação judicial de suas alegações.²⁴

Também o princípio do devido processo legal recebe novo enfoque²⁵ e embala a conformação de um processo que conte com a efetiva participação das partes.

22. Cf. Audiatur et altera pars: *Il contraddittorio fra principio e regola*. Org. Maurizio Manzin e Federico Puppo. Milano: Giuffrè, 2008. Confira-se também o trabalho de Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes: Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *RevPro*, n. 168, p. 203-234. São Paulo: Ed. RT, fev. 2009. Ainda: NERY JUNIOR. *Princípios...* cit.

23. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 250-251.

24. MARINONI. *ARENHART. Prova...* cit., p. 200.

25. ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *RevPro*, n. 163, p. 50-59. São Paulo: Ed. RT, setembro de 2008. FREIRE, Ricardo Mauricio. *Devido processo legal: uma visão pós-moderna*. Salvador: JusPodivm, 2008. MATOS, Sérgio Luis Weitzel de. *Devido pro-*

A noção de Estado Democrático de Direito igualmente se mostra fundamental e a estrutura extraída da Constituição inspira um processo participativo, não se podendo considerar adequada uma estrutura processual incompatível com a atual cultura constitucional.

Com efeito, não se pode dizer que a caracterização de um Estado de Direito tenha uma estrutura ontológica atemporal, já que depende da evolução histórica de uma civilização determinada geograficamente e temporalmente, a partir de experiências concretas e consolidadas no tempo.²⁶ Marcelo Neves, por exemplo, apresenta concepções do Estado Democrático de Direito de acordo com a “teoria dos sistemas” e com a “teoria do discurso” e, após tentar buscar uma complementaridade entre pressupostos teóricos tão díspares, apresenta uma tentativa de superação do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, a fim de que cumpra novos papéis, tarefas e possibilidades em uma sociedade mundial “heterárquica”, que se torna cada vez mais dinâmica e flexível.²⁷ E arremata: “é possível sustentar-se que a imparcialidade do Estado

cesso legal e proteção de direitos. Porto Alegre: 2009, especialmente p. 237-244. O STF até mesmo já utilizou uma nova leitura para afastar o filtro da “ofensa reflexa” referente ao devido processo legal: “Recurso Extraordinário – Princípios da legalidade e do devido processo legal – Normas legais – Cabimento. A inangibilidade do preceito constitucional que assegura o devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Dat a insubsistência da tese de que a ofensa à Carta da República suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo apreciar a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto do Diploma Maior, muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e o do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais”. (RE 428991, 1.ª T., rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.08.2008, *Dje* 206, 31.10.2008).

26. Outra referência para ilustrar o afirmado é a leitura da obra coletiva organizada por Pietro Costa e Danilo Zolo, em que vários especialistas abordam o tema a partir de um enfoque histórico e com base em culturas diversas, incluindo o islamismo e países orientais: *O Estado de direito: história, teoria e crítica*. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

27. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. *passim*. Esclarece o autor logo na Introdução que tem como ponto de partida o “foco de tensão entre o paradigma sistêmico luhmanniano e a teoria habermasiana do discurso”, sem pretender, contudo, buscar um denominador comum ou criticar unilateralmente um dos modelos que são, em princípio, inconciliáveis, interessando-lhe “esboçar os

Democrático de Direito é assegurada pela pluralidade de procedimentos abertos a uma esfera pública heterogênea e universalista. Somente sobre essa base pode-se falar de indisponibilidade do direito para o eventual agente de poder ou para a respectiva constelação concreta de dominação. Todas as intervenções no direito, inclusive aquelas que resultam de sua instrumentalidade sistêmica, devem estar legitimadas juridicamente por procedimentos que, sem parcialidade, 'exclusões' e privilégios, permaneçam abertos à esfera pública como conexão comunicacional de cidadãos juridicamente iguais. Além do mais, os fundamentos constitucionais da pluralidade procedimental e da institucionalização da cidadania tornam-se indisponíveis para o poder. Evidentemente, a experiência brasileira marca-se por formas de instrumentalização política, econômica e relacional de mecanismos jurídicos, apontando no sentido inverso à indisponibilidade do direito. Há uma forte tendência a desrespeitar o modelo procedimental previsto no texto da Constituição, de acordo com conformações concretas de poder, conjunturas econômicas específicas e códigos relacionais. Isso está associado à persistência de privilégios e 'exclusões' que obstaculizam a construção de uma esfera pública universalista como espaço de comunicação de cidadãos iguais".²⁸

2. A distribuição do ônus da prova como uma questão constitucional: prova e tutela jurisdicional

A relevância das regras sobre o ônus da prova na concretização dos direitos fundamentais levou Canotilho a propor o deslocamento do direito à prova "do estrito campo jusprocessualístico para o localizar no terreno constitucional",²⁹ identificando uma carência de estudos nessa perspectiva.³⁰

elementos de uma teoria dos fundamentos normativos e das condições empíricas do Estado Democrático de Direito na sociedade supercomplexa da modernidade" (p. XVII, com outros esclarecimentos nas p. 123-125).

28. *Idem*, p. 246.

29. CANOTILHO. O ônus... cit., p. 170. Cf., ainda, SOARES, Fábio Costa. *Acesso do consumidor à justiça: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. *passim*.

30. Há muito tempo que os juspublicistas dão conta que, no direito constitucional, e, mais especificamente, no campo dos direitos fundamentais, existe um clamoroso déficit quanto ao direito à prova. Escusado será dizer que a ausência de estudos sobre o direito constitucional à prova significa também a inexistência de problematização jurídico constitucional relativa a categorias jurídicas tão importantes como a do ônus da prova" (CANOTILHO. O ônus... cit., p. 169).

Realmente, a garantia constitucional da tutela de um direito alegado em juízo segue-se a possibilidade efetiva de sua apreciação pelo judiciário.³¹ O direito de ação compreende a oportunidade de o autor influir no convencimento do julgador, participando efetivamente do processo, existindo um verdadeiro direito à prova,³² considerado um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo.³³

Nessa medida, o legislador infraconstitucional não é livre para a ampla reversão da inversão do ônus da prova, podendo-se falar em limites constitucionais materiais no caso de a distribuição do ônus frustrar a fruição de um direito fundamental.

Em suma, "a violação do direito à prova pode implicar, de um lado, a inutilidade da ação judiciária, caracterizando, assim, violação oculta à garantia de acesso útil à justiça",³⁴ restringindo-se indevidamente o exercício de um direito fundamental.³⁵

31. Cf. MARINONI. *Teoria geral...* cit., p. 215.

32. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

33. DINAMARCO, p. 46. Na certa lição de Luiz Guilherme Marinoni, "o direito de acesso à jurisdição – visto como direito do autor e do réu – é um direito à utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetiva participação do cidadão na vida social, e assim não pode ser visto como um direito formal e abstrato – ou como um simples direito de propor ação e de apresentar defesa –, indiferente aos obstáculos sociais que possam inviabilizar o seu efetivo exercício. A questão do acesso à justiça, portanto, propõe a problematização do direito de ir a juízo – seja para pedir a tutela do direito, seja para se defender – a partir da ideia de que obstáculos econômicos e sociais não podem impedir o acesso à jurisdição, já que isso negaria o direito usufruir de uma prestação social indispensável para o cidadão viver harmonicamente na sociedade" (*Teoria geral...* cit., p. 310).

34. KNJINIK, Danilo. 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 diabólica*. *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 943.

35. O tema das restrições aos direitos fundamentais é vasto e possui alta complexidade, não cabendo ser analisado nesse espaço, razão pela qual nos remetemos a trabalhos sobre o tema, onde se encontrarão outras referências: ALEXY, Robert. *Teoria...* cit.; NOVAS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

não sendo ocioso lembrar que deve ser garantida à parte o direito de participar do processo influenciando seu resultado.³⁶

É oportuno finalizar este item lembrando que o procedimento estruturado de acordo com as situações de direito material integra a proteção dos direitos fundamentais, já que “direitos a procedimentos judiciais e administrativos são direitos essenciais a uma ‘proteção jurídica efetiva’. É condição de uma proteção jurídica efetiva que o resultado do procedimento proteja os direitos materiais dos titulares de direitos fundamentais envolvidos. (...) O fato de que, no âmbito dos direitos fundamentais, as normas procedimentais não consigam realinhar tudo não significa que elas devam ser subestimadas. Sempre que normas procedimentais puderem aumentar a proteção aos direitos fundamentais elas serão exigidas *prima facie* pelos princípios de direitos fundamentais. Se não houver princípios contrapostos, então há um direito definitivo à sua aplicação. Assim, no que diz respeito à conexão entre direitos fundamentais e procedimentos legais, os aspectos procedimental e material devem ser reunidos em um modelo dual, que garanta a primazia do aspecto material”.³⁷

Ainda acerca da essencial postura metodológica de tratar dos temas processuais a partir do modelo constitucional, é relevante mencionar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais como desdobramento de uma leitura constitucional do processo.³⁸

Nessa linha, deve ser uma premissa inafastável a ideia de que os direitos fundamentais não se limitam à função subjetiva de proteção contra atos do estado, constituindo-se, também, decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, especialmente como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva

36. “A participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental” (OLIVEIRA. O processo civil... cit.). LOPES, João Batista. Contraditório, paridade de armas e motivação da sentença. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 265-270.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

37. ALEXY. *Teoria...* cit., p. 488-490.

38. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. *RePro*, n. 175, p. 9-33. São Paulo: Ed. RT, setembro de 2009.

dos poderes públicos. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais erigem-se na condição de componentes estruturais básicos da ordem jurídica.

Aqui é necessário transcrever literalmente Ingo Sarlet: “tendo em vista que os deveres de proteção do Estado podem e devem, por vezes, concretizar-se por meio de normas dispostas sobre o procedimento administrativo ou judicial, bem como pela criação de órgãos incumbidos da tutela e promoção de direitos, constata-se, desde já, a conexão que pode existir entre estas duas facetas da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, no caso, entre os deveres de proteção e a dimensão organizatória e procedimental. Para além desta constatação que já deveria de há muito estar consolidada também no âmbito da cultura jurídica nacional, foi feita oportuna referência na doutrina para a necessidade de um procedimento ordenado e justo para a efetivação ou garantia eficaz dos direitos fundamentais. Por fim, agregada à perspectiva subjetiva e à teoria dos direitos a prestações, esta concepção levou ao reconhecimento de direitos subjetivos fundamentais à proteção mediante a organização e o procedimento (...), incluindo a ideia de participação (...). Importa destacar, nesta quadra, a íntima ligação entre as noções de organização e procedimento e os direitos fundamentais, no sentido de uma influência recíproca entre as três categorias, visto que, se os direitos fundamentais são, sempre e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento, sobre estes também exercem uma influência que, dentre outros aspectos, se manifesta na medida em que os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais”.³⁹

3. A inversão judicial genérica do ônus da prova

A inversão ou modificação⁴⁰ do ônus da prova à luz das circunstâncias do caso concreto é prevista basicamente apenas no Código de Defesa do Con-

39. Idem, p. 20-21.

40. Sérgio Cruz Arenhart, no trabalho em nota anterior, sustenta a preferência pela expressão “modificação do ônus da prova”, por não se tratar de verdadeira “inversão”. Embora suas objeções sejam razoáveis, manteremos a denominação tradicionalmente utilizada na bibliografia pátria. Registre-se, porém, que não se pode confundir atribuição com inversão do ônus da prova, tendo-se como parâmetro as regras fixas do Código de Processo Civil. Ou seja: no caso de distribuição diversa de regras fixas do modelo paradigma, tratar-se-á de atribuição e não propriamente de inversão (cf. OLIVEIRA; MITIDIERO. Op. cit., vol. 2, p. 86).

sumidor e enseja diversas controvérsias,⁴¹ sendo relevante para nosso estudo tratar apenas da finalidade do dispositivo e de algumas repercussões de sua aplicação.

Essa previsão rompe com a ideia de que bastam regras estáticas e abstratas para distribuir a responsabilidade de produção da prova no processo, havendo necessidade de se examinar as particularidades do caso concreto, seja em razão da verossimilhança da alegação, seja em virtude da hipossuficiência da parte, cuja vulnerabilidade independe de sua situação econômica.⁴²⁻⁴³

41. Interessante exame de vários problemas relacionados com o tema, com ampla citação doutrinária e jurisprudencial, pode ser encontrado em: CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. RT, n. 807, janeiro de 2003. Também vale conferir a exposição panorâmica feita por André Bonelli Rebouças: *Questões sobre o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

42. Cf. WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Cândido Rangel Dinamarco entende que, se o Ministério Público for o autor de uma ação envolvendo relação de consumo, não haverá inversão do ônus da prova por não haver hipossuficiência (op. cit., p. 79). Não concordamos com essa posição por ao menos dois motivos: 1) a inversão pode ocorrer também em razão da verossimilhança das alegações (embora não seja esta uma autêntica hipótese de inversão, mas assim é considerada pela lei) e não só da hipossuficiência; 2) a hipossuficiência não é só econômica, podendo haver hipóteses em que, por exemplo, questões técnicas exijam a inversão para a efetiva tutela dos direitos. Nesse sentido: SOARES. Op. cit., p. 241 e seguintes. Cf., ainda, entendimento do STJ: "Processual civil e administrativo. Ofensa ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Ação civil pública. Abusividade na comercialização de combustíveis. Inversão do ônus da prova a favor do Ministério Público. Possibilidade. Tutela de direitos e de seus titulares, e não propriamente das partes da ação. 1. Trata-se, na origem, de ação civil pública movida pelo recorrido em face da recorrente em que se discute abusividade na comercialização de combustíveis. Houve, em primeiro grau, inversão do ônus da prova a favor do Ministério Público, considerando a natureza consumerista da demanda. Esta conclusão foi mantida no agravo de instrumento interposto no Tribunal de Justiça. 2. Nas razões recursais, sustenta a recorrente ter havido violação aos arts. 535 do Código de Processo Civil (CPC), ao argumento de que o acórdão recorrido é omissivo, e 6.º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), pois o Ministério Público não é hipossuficiente a fim de que lhe se permita a inversão do ônus da prova. Quanto a este último ponto, aduz, ainda, haver dissídio jurisprudencial a ser sanado. 3. Em primeiro lugar, de se destacar que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não

O momento da inversão do ônus da prova depende do convencimento⁴⁴ – em contraditório – do juiz e, tradicionalmente, entendia-se que somente ocorre quando da prolação da sentença, por se tratar de regra de julgamento.⁴⁵

caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedentes. 4. Em segundo lugar, pacífico nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual o Ministério Público, no âmbito de ação consumerista, faz jus à inversão do ônus da prova, a considerar que o mecanismo previsto no art. 6.º, VIII, do CDC busca concretizar a melhor tutela processual possível dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos e de seus titulares – na espécie, os consumidores –, independentemente daqueles que figurem como autores ou réus na ação. Precedentes. 5. Recurso especial não provido" (REsp 1253672/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Dje 09.08.2011). "Agravo regimental em recurso especial. Ação civil pública. Ministério Público. Inversão do ônus da prova. Direito do consumidor. – A jurisprudência do STJ é pacífica no entendimento de que o Ministério Público, no âmbito de ação consumerista, faz jus à inversão do ônus da prova. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp 1300588/RJ, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Dje 18.05.2012).

43. "Consumidor. Recurso especial. Indenização. Danos morais e materiais. Inversão do ônus da prova. Saque indevido em conta bancária. A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido da possibilidade de inversão do ônus da prova em hipóteses que versem acerca de saques indevidos em conta bancária, diante do reconhecimento da hipossuficiência técnica do consumidor, ainda que não reconhecida a verossimilhança das alegações apresentadas. Precedentes" (AgRg no REsp 906.708/RO, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Dje 30.05.2011).

44. "Perceba-se que, ao se admitir que a regra do ônus da prova tem a ver com a formação do convencimento judicial, fica fácil explicar porque o juiz, ao considerar o direito material em litígio, pode atenuar ou inverter o ônus probatório na sentença ou mesmo invertê-lo na audiência preliminar". MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. Disponível em: www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anejos/8974-8973-1-PB.pdf, acessado em 17.09.2012. Sobre o ônus da prova e ausência de convicção, bem como o momento da decisão de inversão, vale conferir as substanciais considerações de William Santos Ferreira (op. cit., p. 216-218 e nota 473).

45. WATANABE. Op. cit., p. 796. Entretanto, vem sendo boa acolhida a ideia de que as partes devem ser comunicadas da inversão do ônus da prova, em respeito ao princípio do contraditório, evitando surpresas aos litigantes. Boa análise do tema por Carlos Roberto Barbosa Moreira: Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *RePro*, n. 86, p. 305-308, São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1997 (também publicado em *Estudos e pareceres: processo civil, direito civil e direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, onde se encontra novo trabalho do autor, em que suas conclusões são reforçadas: Inversão do ônus da prova e defesa do consumidor (considerações adicionais). Cf., também, NERY JUNIOR. Ações de indenização... cit., p. 387-388. Dinamarco entende que a efetiva inversão do ônus da prova é realizada no momento da decisão, mas o juiz deve advertir as partes sobre seus ônus probatórios e

Sobre o momento da inversão, recentes julgados do STJ caminham no sentido proposto por doutrina mais recente:⁴⁶

“Recurso especial. Consumidor. Responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Ônus da prova. Inversão *ope iudicis* (art. 6.º, VIII, do CDC). Momento da inversão. Preferencialmente na fase de saneamento do processo. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei (*ope legis*), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial (*ope iudicis*), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3.º, II, e 14, § 3.º, I, e 6.º, VIII, do CDC. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão ‘*ope iudicis*’ ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, § 1.º, do Projeto de Código de Processo Civil. A inversão ‘*ope iudicis*’ do ônus

sobre a possibilidade de inversão, como decorrência do disposto no art. 331, § 2.º, do CPC (op. cit., p. 81-83). Aproximadamente no mesmo sentido, entendendo que essa advertência se trata de “boa política judiciária”: WATANABE. Op. cit., p. 797.

46. CARPES, op. cit., p. 134-140. CABRAL, Érico de Pina, op. cit., p. 202-206. MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 196, com ressalvas (sobre o ponto, inclinando-se pela natureza das regras sobre ônus da prova como regras de julgamento: ARENHART, *Ônus da prova...*, cit., p. 332-336. MIRIDIERO, Daniel. *Colaboração...* cit., p. 125-127. DEL CLARO, op. cit., p. 230-232, inclusive com arguta abordagem sobre a impropriedade de se invocar clássica doutrina europeia para embasar um contexto completamente diverso. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor* (a parte processual é toda e autoria de Daniel Neves). São Paulo: Método, 2012. p. 522-529. DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador JusPodivm, 2015. vol. 2, p. 124-126, onde se colhe panorama sobre a discussão. SICA, Héitor Vitor Mendonça. *Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova* (CDC, art. 6.º, VIII). *RePro* n. 146, São Paulo: Ed. RT, abr. 2007, item 8. SILVA, Bruno Freire e. A inversão judicial do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *RePro*, n. 146, São Paulo: Ed. RT, abr. 2007, item 4.2. BUENO, Cassio Scarpinella. A inversão do ônus da prova no projeto de novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010). A *prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. Olavo de Oliveira Neto. Elias Marques de Medeiros Neto e Ricardo Augusto de Castro Lopes (coord.). São Paulo: Verbatim, 2013, item 3. MACEDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi Medeiros. Op. cit., p. 111 e 185/194.

probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Divergência jurisprudencial entre a 3.ª e a 4.ª Turmas desta Corte.⁴⁷ Embargos de divergência. Inversão do ônus da prova. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078/1990, art. 6.º, VIII. Regra de instrução. Divergência configurada. 1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que dirijam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controverso no recurso. 2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6.º, VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada. 3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame. 4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexo causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6.º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade’ (STJ, REsp 802.832, 2.ª Seção, DJ 21.09.2011). 5. Embargos de divergência a que se dá provimento”⁴⁸.

47. REsp 802.832/MG, 2.ª Seção, j. 13.04.2011, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 21.09.2011.

48. REsp 422.778/SP, Segunda Seção, j. 29.02.2012, rel. Min. João Otávio De Noronha, rel. p/ acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 21.06.2012. Como se vê, a matéria ainda não é pacífica no STJ, mas é inegável a confirmação da tendência estampada em ambos os julgados, lembrando a decisão a que se chegou quando do julgamento do recurso que deu ensejo aos embargos ora transcritos: “Recurso especial. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compen-

Com a vigência do novo Código de Processo Civil, esse debate restará susperado, diante do que consta nos arts. 9.º, 10 e 357, III, que impõem o efetivo contraditório e impedem que as partes sejam surpreendidas com a modificação de ofício do ônus da prova.

Outro problema que merece detida análise é o controle sobre a decisão judicial que determina a inversão do ônus da prova.

O STJ possui inúmeros precedentes neste sentido:

“É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que a inversão do ônus da prova fica a critério do juiz, segundo apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor e de sua hipossuficiência, conceitos intrinsecamente ligados ao conjunto fático-probatório dos autos delineado nas instâncias ordinárias, cujo reexame é vedado em sede especial. Precedentes.”⁴⁹

Da forma como redigida a ementa do julgado – e o cuidado com a redação das ementas não parece preocupar os Tribunais, mesmo em um momento em que é notório que a fonte primária da busca jurisprudencial, por meio dos sítios eletrônicos oficiais, dá-se e se satisfaz pelas ementas – chancela-se o arbítrio na inversão do ônus da prova, sem controle por aquele Tribunal, como se

sação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar. Súmula 7/STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. Inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. Arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6.º, VIII, do CDC. – Se o Tribunal *a quo* entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação subjetiva de indenizar, quais sejam: (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita; a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 (atual art. 186 do CC) esbarra no óbice da Súmula 7 deste STJ. – Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexacta, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de ‘prova negativa’, ou ‘impossível’. – Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6.º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória. Recurso especial não conhecido” (REsp 422.778/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 19.06.2007, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, DJ 27.08.2007, p. 220).

49. AgrRg no Ag 1399340/RJ, j. 26.06.2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 01.08.2012.

não se tratasse de matéria a ser uniformizada e se vinculasse apenas a hipóteses casuísticas.

Importante contraponto do mesmo Tribunal: “O art. 6.º, VIII, do CDC inclui no rol dos direitos básicos do consumidor ‘a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências’. A expressão ‘a hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências’. A expressão ‘a critério do juiz’ não põe a seu talante a determinação de inversão do ônus probatório; apenas evidência que a medida será ou não determinada caso a caso, de acordo com a avaliação do julgador quanto à verossimilhança das alegações ou à hipossuficiência do consumidor. A transferência do encargo probatório ao réu não constitui medida automática em todo e qualquer processo judicial, razão pela qual é imprescindível que o magistrado a fundamente, demonstrando seu convencimento acerca da existência de pressuposto legal. Precedentes do STJ”⁵⁰.

Mais complexa é a análise do campo de aplicação da possibilidade de inversão do ônus da prova.

Havendo basicamente apenas no Código de Defesa do Consumidor uma regra que permita a inversão judicial do ônus da prova, uma análise superficial do tema levaria à conclusão de que se trata de possibilidade confinada às relações de consumo, não se aplicando em nenhuma outra hipótese, já que toda exceção deve ser interpretada restritivamente.

Entretanto, em uma leitura constitucional do tema, pensamos que a inversão do ônus da prova é condicionada às peculiaridades do direito material e serve como instrumento concretizador do direito fundamental de acesso à justiça, não podendo ficar limitada às relações de consumo.⁵¹ Ractocinar de maneira diversa seria o mesmo que reconhecer que somente as relações de consumo merecem tratamento diferenciado, o que é um lamentável desvio de perspectiva.⁵²

50. REsp 773.171/RN, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 15.12.2009.

51. MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise. Fundamentos jurídicos para a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas por danos ambientais. *Revista da Ajuris* n. 90. Porto Alegre: Ajuris, jun. 2003.

52. Recente reforma legislativa também privilegiou somente as relações de consumo, ao permitir que a nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, possa ser declarada de ofício pelo juiz (parágrafo único do art. 112 do CPC). Correta a abordagem de Daniel Amorim Assumpção Neves: “é absolutamente defensável a tese

Como bem observam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, “há um grande equívoco em supor que o juiz apenas pode inverter ou atenuar o ônus da prova quando pode aplicar o CDC. O fato de o art. 6.º, VIII, do CDC, afirmar expressamente que o consumidor tem direito a inversão do ônus da prova não significa que o juiz não possa assim proceder diante de outras situações de direito material. Caso contrário teríamos que raciocinar com uma das seguintes hipóteses: (i) ou admitiríamos que apenas as relações de consumo podem abrir margem ao tratamento diferenciado do ônus da prova; (ii) ou teríamos que aceitar que, ainda que outras situações de direito substancial exijam a possibilidade de inversão do ônus da prova, essas não admitiriam a inversão pelo fato de o juiz não estar autorizado a tanto em lei”.⁵³

Na realidade, a inversão do ônus da prova deve ser estendida a todas as situações em que as regras do art. 333 do CPC grem uma real desigualdade entre as partes ou tornem a uma delas excessivamente onerosa ou mesmo impossível a demonstração da verdade fática que lhe interessa,⁵⁴ isso porque “a inversão do ônus da prova é imperativo do bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência”, e, nos casos em que a produção da prova é muito difícil ou impossível para ambas as partes, chegando o juiz ao final do procedimento sequer sem uma convicção de verossimilhança, “determinada circunstância de direito material pode permitir a conclusão de que a impossibilidade de esclarecimento da situação fática não deve ser paga pelo autor”, invertendo-se o ônus da prova.⁵⁵

de que a hipossuficiência do consumidor que fundamentaria esse cuidado maior do juiz no caso concreto também possa ser verificado em outras hipóteses, alheias às relações de consumo, como ocorre, por exemplo, com o incapaz ou com a mulher casada. É negável que a distribuição de petição inicial em foro muito distante do competente, com o intuito de prejudicar o exercício da ampla defesa por parte do réu, também poderá ocorrer em situações alheias às relações de consumo. Se o propósito da nova norma legal é evitar abusos dos autos nas hipóteses em que a escolha do foro prejudica o efetivo direito de defesa do réu hipossuficiente, outras situações, além das relações de consumo, devem também ser contempladas” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS Glauco Gumerato; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 414).

53. Prova... cit., p. 186.

54. GRÉCO, Leonardo. As provas no processo ambiental. *RePro*, n. 128, São Paulo: Ed. RT, out. 2005, p. 48. Ainda, do mesmo autor: A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 369.

55. MARINONI. *Teoria geral do processo* cit., p. 331-332.

Não permitir, em determinadas hipóteses, a inversão do ônus da prova é o mesmo que negar jurisdição, já que se subtrairia a possibilidade de se convenecer o julgador da matéria fática alegada.⁵⁶

Contra a extensão genérica da inversão do ônus da prova, objetiva-se com a exigência de necessidade de lei,⁵⁷ sob pena de “grave violação” do devido processo legal.⁵⁸ Entretanto, argumenta-se igualmente que a inversão do ônus

56. Também favorável à extensão da regra da inversão: SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 96-105.

57. O STJ faz uma interessante distinção para efeitos de distribuição de ônus da prova, sem respaldo legal evidente, mas sim fático: “Embargos de divergência em Recurso Especial. Justiça gratuita. Concessão do benefício. Pessoa jurídica. Alegação de situação econômico-financeira precária. Necessidade de comprovação mediante apresentação de documentos. Inversão do ônus probandi. I – A teor da reiterada jurisprudência deste Tribunal, a pessoa jurídica também pode gozar das benesses alusivas à assistência judiciária gratuita, Lei 1.060/1950. Todavia, a concessão deste benefício impõe distinções entre as pessoas físicas e jurídicas, quais sejam: (a) para a pessoa física, basta o requerimento formulado junto à exordial, ocasião em que a negativa do benefício fica condicionada à comprovação da assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é da parte contrária provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade jurídica. Pode, também, o juiz, na qualidade de Presidente do processo, requerer maiores esclarecimentos ou até provas, antes da concessão, na hipótese de encontrar-se em “estado de perplexidade”; (b) já a pessoa jurídica, requer uma bipartição, ou seja, se a mesma não objetivar o lucro (entidades filantrópicas, de assistência social etc.), o procedimento se equipara ao da pessoa física, conforme anteriormente salientado. II – Com relação às pessoas jurídicas com fins lucrativos, a sistemática é diversa, pois o ônus probandi é da autora. Em suma, admite-se a concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas, com fins lucrativos, desde que as mesmas comprovem, de modo satisfatório, a impossibilidade de arcarem com os encargos processuais, sem comprometer a existência da entidade. III – A comprovação da miserabilidade jurídica pode ser feita por documentos públicos ou particulares, desde que os mesmos retratem a precária saúde financeira da entidade, de maneira contextualizada. Exemplificativamente: (a) declaração de imposto de renda; (b) livros contábeis registrados na junta comercial; (c) balanços aprovados pela Assembleia, ou subscritos pelos Diretores etc. IV – No caso em particular, o recurso não merece acolhimento, pois o embargante requereu a concessão da justiça gratuita ancorada em meras ilações, sem apresentar qualquer prova de que encontra-se impossibilitado de arcar com os ônus processuais. V – Embargos de divergência rejeitados” (EREsp 388.045/RS, Corte Especial, rel. Min. Gilson Dipp. DJ 22.09.2003, p. 252).

58. LEONARDO. Op. cit., p. 222. Para Rui Manuel de Freitas Rangel, “a maior ou menor dificuldade de produção da prova não deve, por si só, justificar a inversão do ônus da

da prova também integra o devido processo legal, especialmente nas hipóteses em que a distribuição formal do encargo impossibilita o acesso efetivo à justiça. Trata-se de situação em que deveria haver ponderação de interesses, em juízo de proporcionalidade,⁵⁹ e, desde que se dê ciência às partes, parece-nos que se deva prestigiar a tutela dos direitos. O próprio direito à prova decorre do devido processo legal, já que as partes possuem o direito de participar do processo *provando*.⁶⁰

4. A teoria do ônus dinâmico da prova

Como decorrência da insuficiência das regras clássicas de distribuição do ônus da prova, vem merecendo a atenção da doutrina a denominada “teoria dinâmica do ônus da prova”.⁶¹ Essa teoria foi batizada com essa denominação

prova, sob pena de se desvirtuar a natureza e a essência da prova e poder descaracterizar o papel do julgador, o que é prejudicial para a certeza e a segurança do direito” (op. cit., p. 192). Como já anotado, Rosenberg era peremptoriamente contrário à distribuição concreta do ônus da prova, por violar a segurança jurídica (*La carga...* cit., p. 84-85).

59. Cf. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

60. Cf. CAMBI. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 38.

61. Para fins de ilustração, essa teoria, com essa denominação, é especificamente examinada nos seguintes trabalhos da doutrina brasileira: SOUZA, Wilson Alves de. Considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. *Revista Jurídica dos Foros em Direito da UFBA*, vol. VI. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1996. DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. RT, vol. 788, jun. 2001. KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 137-146. CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 31, out. 2005. CAMBI, Eduardo. *Prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Ed. RT, p. 340-346. KNIJNIK, Danilo. 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 diabólica*. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006. DIDIER JR., Fredie. *Curso de processo civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivum, 2006. vol. 1, p. 519-522. SOARES, Fábio Costa. Op. cit., p. 176-182. CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. CARPES. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ZANETTI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. PACIFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no

pelo processualista argentino Jorge W. Peyrano, mas não revela uma ideia absolutamente original,⁶² nem mesmo uma vinculação com essa nomenclatura,

novo Código de Processo Civil. *RePro*, n. 204. São Paulo: Ed. RT, fev. 2012. GARCIA, André Almeida. A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. *RePro*, n. 208. São Paulo: Ed. RT, jun. 2012. MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo código de processo civil. *RePro*, n. 208. São Paulo: Ed. RT, jun. 2012. COUTO, Camilo José D'Ávila. *Dinamização do ônus da prova no processo civil: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2014. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. COSTA, Guilherme Recena. Formalismo processual e dinamização do ônus da prova. *Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Coord. Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral. Org. Maria Angélica Echer Ferreira Feijó. São Paulo: Atlas, 2012. Sérgio Cruz Arenhart menciona essa expressão, mas, após noticiar seu amplo uso na jurisprudência norte-americana, prefere a denominação “modificação necessária” do regime do ônus da prova (op. cit., p. 357-362). Ada Pellegrini Grinover noticia que, no anteprojeto de um Código de Processo Coletivo por ela coordenado, “a questão do ônus da prova é revisitada, dentro da moderna teoria da carga dinâmica da prova” (Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 14). NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor como técnica de distribuição dinâmica da carga probatória. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 75. São Paulo: Dialética, jun. 2009. REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 93. São Paulo: Dialética, dez. 2010. LOPES, João Batista. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. O juiz, as regras sobre o ônus da prova e a teoria das cargas dinâmicas. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva*. Org. Alberto Camina Moreira, Anselmo Prieto Alvarez e Gilberto Gomes Bruschi. São Paulo: Saraiva, 2011. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil. *RePro*, n. 204. São Paulo: Ed. RT, fev. 2012. SILVA, Bruno Freire. A inversão e a distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao Professor João Batista Lopes*. Coord. Olavo de Oliveira Neto. Elias Marques de Medeiros Neto e Ricardo Augusto de Castro Lopes. São Paulo: Verbatim, 2013. LAGASTRA NETO, Caetano. Carga dinâmica da prova e direito de família – julgamentos emblemáticos. *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. Coord. Olavo de Oliveira Neto. Elias Marques de Medeiros Neto e Ricardo Augusto de Castro Lopes. São Paulo: Verbatim, 2013. DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, op. cit., p. 101-108. MACEDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi Medeiros. Op. cit., p. 151. Inês Lépori White menciona que em

62. Alexandre Câmara vê sua origem remota na obra de Bentham (op. cit., p. 13), no que é acompanhado por Maximiliano García Grande. *Las cargas probatorias dinámicas: inaplicabilidad*. Rosario: Juris, 2005. p. 45. No mesmo sentido: MACEDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi Medeiros. Op. cit., p. 151. Inês Lépori White menciona que em

embora se possa dizer que possivelmente a ideia subjacente a essa teoria será mesmo conhecida como distribuição "dinâmica" do ônus da prova.

A ideia básica dessa teoria é a facilidade para a produção da prova, suportando o ônus aquele que estiver em melhores condições de produzi-la.⁶³

Isso significa que a distribuição do ônus da prova dependerá do caso concreto, não havendo nenhuma vinculação a regras fixadas aprioristicamente, flexibilizando o regramento clássico que, em uma postura estática, pretendia regular abstratamente todas as situações.

Trata-se de uma teoria excepcional e residual,⁶⁴ que necessariamente será objeto de cuidadosa fundamentação por parte do julgador, com a necessária ciência⁶⁵ dos sujeitos envolvidos.

Em interessante síntese, por essa teoria "há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo. (...) Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto, (a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; (b) ignorável é a posição da parte no processo; (c) e desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc. Releva, isto sim, (a) o caso em sua concretude e (b) a 'natureza' do fato a provar –

1957 a Corte Suprema da Argentina já havia decidido com base em critérios "dinâmicos" (Cargas probatorias dinámicas. *Cargas probatorias dinámicas*. Dir. Jorge W. Peyrano. Coord. Inês Lépori White. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 71) e Maximiliano García cita como precedente mais remoto um julgado de 1933 (op. cit., p. 47). Entretanto, não podemos deixar de reconhecer a importância da formulação e da divulgação das ideias que decorrerão dessa formulação doutrinária para o incremento do debate sobre a distribuição do ônus da prova. Na Argentina, além de diversas adesões na jurisprudência, produziu-se uma recente e importante obra coletiva que bem releva a aceitação da teoria: *Cargas Probatorias Dinámicas*. Jorge W. Peyrano (dir.). Inês Lépori White (coord.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. Críticas a essa teoria são bem sintetizadas no citado estudo de Maximiliano García Grande. Mais recentemente, em uma espécie de resposta aos críticos: PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *RePro*, n. 217. São Paulo: Ed. RT, mar. 2013.

63. É interessante que, para saber quem está em melhores condições de produzir a prova, pode haver necessidade de instrução (BARBERIO, Sergio. *Cargas probatorias dinámicas: que debe probar el que no puede probar?* *Cargas...* cit., p. 102).

64. PEYRANO, Jorge. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la maquina de imprimir en materia jurídica. *Cargas...* cit., p. 87.

65. Entendendo que a inversão só deve ocorrer na sentença, sem que se possa falar em surpresa às partes: WHITE. *Op. cit.*, p. 73.

imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo".⁶⁶

Na jurisprudência brasileira já se encontram exemplos da aplicação dessa teoria⁶⁷ e pode-se dizer que a ideia é semelhante ao que se denomina de princípio da aptidão para a prova.⁶⁸ Na Espanha, já se decidiu que não se pode exigir de uma das partes uma prova impossível ou diabólica, nem se podem adotar regras de distribuição do ônus da prova que produzam situações de supremacia ou privilégio de alguma das partes,⁶⁹ sendo que o art. 217.6 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* prevê regras complementares ao princípio geral de distribuição do ônus da prova, levando em consideração a facilidade e a disponibilidade da produção da prova.⁷⁰ Na Alemanha, assim se manifesta Hanns Prütting: "Hasta el día de hoy rige de manera indiscutible y en forma esencial en el derecho alemán la existencia de una estructura fundamental de distribución de la carga de la prueba de manera normativa y fija, que comprende igualmente

66. DALL'AGNOL JUNIOR, op. cit., p. 98.

67. Cf. DALL'AGNOL JUNIOR, op. cit., p. 100-106. Na Argentina a aplicação jurisprudencial é farta, inclusive pela Suprema Corte (cf. *Cargas...* cit., *passim*).

68. MACHADO JR., César. *O ônus da prova no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2001. p. 145. No processo do trabalho, aliás, a interpretação sobre a distribuição do ônus da prova é peculiar. Entendendo haver "colisão frontal" entre o disposto no art. 333 do CPC e o art. 818 da CLT, Manoel Antonio Teixeira Filho considera que na interpretação desse artigo específico está o fundamento para justificar a inversão do ônus da prova em prol do trabalhador, em virtude da desigualdade material existente entre as partes. Segundo esse autor, o art. 333 do CPC é uma "presença incômoda" que deve ser proscrita do processo do trabalho, representando uma abstração da realidade prática (*A prova no processo do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2003. p. 120-126). Para César Machado JR., embora não haja substancial diferença entre os mencionados diplomas legais, entende que o regramento é insuficiente para resolver a questão da distribuição do ônus da prova no processo do trabalho, parecendo-lhe que, face a finalidade protetiva do direito do trabalho, todo o ônus da prova deveria ser do empregador (Op. cit., p. 126-128 e 135. Na nota 29 da p. 135, César Machado Jr. transcreve a seguinte ementa: "Ônus da prova. É sempre do empregador quando se discute o cumprimento de direitos previstos na legislação do trabalho. Inspira cuídados a decisão que transfere para o empregado o ônus de provar que não recebeu salário, que não teve folga semanal, que não teve intervalo de descanso, ou que o FGTS não foi recolhido. Presumir o cumprimento das leis sociais pelo empregador é como dar vida a uma convenção nula". TRT/SP 02990138239 RO, Ac. 9.ª T. 200000143426, rel. Luiz Edgar Ferraz de Oliveira, DOE 18.04.2000).

69. Cf. AROCA. *Op. cit.*, p. 121.

70. *Idem*, p. 121-123.

la compleja distribución del riesgo entre las partes. En determinadas áreas, desarrolladas jurisprudencialmente en un principio, la materia de la carga de la prueba – especialmente en el ámbito de derecho de daños, responsabilidad profesional, responsabilidad por productos elaborados, responsabilidad médica y responsabilidad por daños al medio ambiente – existe una estructura fundamental adaptada y normativamente regida por otra distribución de los riesgos respecto de la carga de la prueba”.⁷¹

Embora admita a adoção dessa teoria no direito brasileiro, Danilo Knijnik aponta que devem ser impostos alguns limites, como a rigorosa análise sobre efetivamente quem está em melhores condições de produzir a prova, afastando a formação da *probatio diabolica* inclusive a reversa, e o respeito ao contraditório.⁷² Concordamos com essas ponderações, mas parece que são limites que devem ser impostos a qualquer teoria, já que, em última análise, o autor propugna uma aplicação criteriosa da distribuição dinâmica do ônus da prova, sempre respeitando a Constituição.

A adoção dessa teoria enseja outros problemas, como a possibilidade de desvirtuamento de quem possui melhores condições de produzir a prova,⁷³ mas se afigura compatível com o desenvolvimento de um processo efetivamente preocupado com os direitos fundamentais, desde que sejam observados diversos limites, especialmente o respeito ao contraditório da forma como compreendido neste livro.

Embora não encontre norma legal explícita em nosso ordenamento, a inversão dinâmica do ônus da prova decorre dos seguintes princípios:⁷⁴ igualdade, lealdade, boa-fé e veracidade, solidariedade, devido processo legal e acesso à justiça.

Mesmo sem utilizarem a expressão *teoria dinâmica*, Luiz Guilherme Marioni e Sérgio Cruz Arenhart defendem essa mesma ideia: “na verdade, deve ter o ônus de provar, de acordo com as peculiaridades da situação concreta, aquele que está na condição mais favorável para produzir a prova. Isso quer dizer, exatamente, que, nas situações em que o autor não pode provar o que

71. Presentación de documentos y dirección del proceso. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*. Trad. Álvaro J. Pérez Ragoné e Juan Carlos Ortiz Pradillo. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006. p. 60

72. Op. cit., p. 947/948.

73. Cf. PEYRANO, Jorge. Nuevos delineamientos de las cargas probatorias dinámicas. *Caracas... cit.*, p. 21.

74. Cf. DIDIER JR. *Curso... cit.*, p. 521.

alega, o juiz deve inverter o ônus da prova, esteja ele diante de uma relação de consumo ou não”.⁷⁵

Conclui-se, assim, que a insuficiência das regras formais e abstratas de distribuição do ônus da prova afeta o acesso à justiça, sendo necessário o desenvolvimento de teorias que visem a possibilitar uma produção probatória compatível com a realização e a garantia dos direitos fundamentais. Entretanto, o ponto central deste livro está na crítica ao papel central conferido ao juiz nesse particular, quando se tem há décadas dispositivo que autoriza a dinamização convencional da prova.

5. O novo Código de Processo Civil e a atribuição dinâmica do ônus da prova

O novo Código de Processo Civil passou a ser efetivamente discutido quando já havia todo esse contexto em que a doutrina e a jurisprudência apontavam para a necessidade de exceções à denominada distribuição estática do ônus da prova. Natural, portanto, que o tema passasse a ser objeto de expressa previsão, cujos termos são estes: “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1.º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2.º A decisão prevista no § 1.º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

Verifica-se, portanto, que após enunciar a regra clássica, o novo CPC aponta que, além de outros casos legalmente previstos, pode o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, a partir de peculiaridades relacionadas à impossibilidade, excessiva dificuldade ou maior facilidade para produção da prova.

Ou seja: permite-se a atribuição do ônus da prova com base nas circunstâncias do caso concreto, constatando-se um severo obstáculo para o cumprimento do ônus ou a maior facilidade para obtenção da prova do fato contrário.

75. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 5, t. 1, p. 205. Dos mesmos autores e no mesmo sentido: *Prova... cit.*, p. 186-190.

A finalidade da regra é óbvia: reduzir ao máximo a possibilidade de julgamento com base na incidência de regras sobre ônus da prova.⁷⁶

Como já mencionado, a decisão que dinamiza a atribuição do ônus necessariamente deverá observar o disposto nos arts. 9.º, 10 e 357, III, além da parte final do art. 373, § 1.º, todos do novo CPC. A complexidade inerente à necessidade da dinamização das regras sobre ônus probatório deverá ensejar a incidência do saneamento compartilhado previsto no art. 357, § 3.º, do novo CPC, isso se as partes não apresentarem o negócio processual válido sobre a matéria. Evidentemente, caso a constatação da necessidade da atribuição dinâmica do ônus da prova se dê após a decisão de saneamento e de organização do processo, ainda assim o contraditório deve ser observado.

Como a possibilidade de modificação das regras comuns que fixam o ônus da prova relaciona-se com a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou ainda a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, há que se definir, apontar, submeter às partes e justificar o fato – ou o conjunto de fatos – que será objeto da dinamização. Ou seja: a atribuição de modo diverso do padrão não significa uma transferência genérica do ônus probatório e deve ser vinculada à necessidade de comprovação de fato específico.

A decisão que “redistribuir” o ônus da prova obviamente deve ser fundamentada e não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil, que é uma limitação tradicional inclusive para a convenção entre as partes sobre a matéria, cabendo lembrar o disposto no art. 489, § 1.º, e está sujeita à nova sistemática do recurso de agravo de instrumento, conforme previsão no art. 1015, XI, ambos do novo CPC (registre-se que é passível de agravo apenas a decisão que modifica a fixação do ônus da prova; aquela que a indefere deve ser impugnada por meio de recurso de apelação, considerando-se a taxatividade das hipóteses que desafiavam a interposição do recurso de agravo de instrumento).

6. Considerações críticas

Entre as diversas desigualdades existentes entre os litigantes, certamente a distribuição do ônus da prova pode ser, antes de um fator de agravamento

76. Sobre vários problemas envolvendo o julgamento com base nas regras sobre ônus da prova, com análise inclusive da dinamização: SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. *RePro*, n. 222. São Paulo: Ed. RT, ago. 2013.

dessa desigualdade, uma forma de amenizar a disparidade real existente no processo.

Com razão Leonardo Greco, quando afirma que “o importante é que as regras sobre o ônus da prova não sejam manipuladas para tornar impossível a prova dos fatos, mas ao contrário, para tornar efetivo o direito de cada uma das partes de que sejam produzidas todas as provas que possam lhe interessar. Se nenhuma das partes tem facilidade de acesso à prova, a inversão pode representar a escolha ideológica do pededor, o que compromete irremediavelmente a imparcialidade do juiz. Nesse caso, o juiz deve usar os seus poderes de iniciativa probatória, para tentar ir em busca das provas que não estão ao alcance das partes”.⁷⁷

Por mais que se acredite que o processo seja inspirado pela boa-fé objetiva,⁷⁸ cooperação⁷⁹ e solidariedade entre os sujeitos que o compõem e mesmo admitindo que o juiz use efetiva e corretamente de seus amplos poderes instrutórios, o certo é que a regra estática da distribuição do ônus da prova estimula a acomodação da parte ré, quando se sabe que a prova dos fatos constitutivos pelo autor é extremamente difícil, incentivando sua inércia,⁸⁰ passando a ser mera espectadora processual.

Aquele que vai ao Judiciário para proteger um direito afirmado e encontra regras abstratas que lhe atribuem a demonstração de determinados fatos, cuja

77. As provas no processo ambiental cit., p. 48.

78. Sobre o princípio da boa-fé e suas várias facetas e repercussões nos campos do Direito, inclusive no campo processual, confira-se uma interessante obra coletiva, editada em dois volumes: *Tratado de la buena fe en el derecho*. Dir. Marcos M. Cordoba. Coord. Lidia M. Garrido Cordobera e Viviane Kluger. Buenos Aires: La Ley, 2005. Mencione-se, ainda, o trabalho de Brunela Vieira de Vincenzi: *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003. Ainda: JUNOV, Joan Picó i. *El principio de la buena fe procesal*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2013. Dispõe o novo CPC: “Art. 5.º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. Art. 6.º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Art. 7.º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

79. Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Disponível em: [www.abdpc.org.br]. Acesso em: 17.09.2012.

80. Cf. ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 206.

prova, circunstancialmente, é de difícil ou impossível produção, tem a garantia de acesso à justiça atendida apenas formalmente, já que não terá sua pretensão examinada adequadamente pelo julgador.

Nesse sentido, “quando a medida justa da distribuição do ônus da prova é fundamental para a garantia de um direito”, devem ser evitadas teorias abstratas e apriorísticas, impondo-se “soluções probatórias não aniquiladoras da própria concretização de direitos, liberdades e garantias”.⁸¹

Recente julgado do STJ contemplou os temas ora tratados e, pela pertinência temática, deve ser transcrito:

“Processual civil e ambiental. Ação civil pública. Responsabilidade civil ambiental. Contaminação com mercúrio. Art. 333 do CPC. Ônus dinâmico da prova. Campo de aplicação dos arts. 6.º, VIII, e 117 do CDC. Princípio da precaução. Possibilidade de inversão do *onus probandi* no direito ambiental. Princípio *in dubio pro natura*. 1. Em ação civil pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1.º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/1981, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal a quo. 2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória asenta-se no art. 333, *caput*, do CPC. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito. 3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda. 4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *ope iudicis*), modifica a incidência do *onus probandi*, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumprindo-o para a parte em piores condições, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitam no universo movedido em que

81. CANOTILHO. O ônus... cit., p. 175.

convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada. 5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e *ope iudicis* (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanadas do seu ofício de condutor e administrador do processo). 6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6.º, VIII, da Lei 8.078/1990 *c/c* o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução (REsp 972.902/RS, 2.ª T., rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 14.09.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar ‘que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva’ (REsp 1.060.753/SP, 2.ª T., rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 14.12.2009). 7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6.º, VIII, do CDC, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da ação civil pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, 1.ª T., rel. Min. Francisco Falcão, *DJe* 18.05.2009). 8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência – juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas – não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido. 9. Ademais, e este o ponto mais relevante aqui, importa salientar que, em Recurso Especial, no caso de inversão do ônus da prova, eventual alteração do juízo de valor das instâncias ordinárias esbarra, como regra, na Súmula 7 do STJ. ‘Aferir a hipossuficiência do recorrente ou a verossimilhança das alegações lastreada no conjunto probatório dos autos ou, mesmo, examinar a necessidade de prova pericial são providências de todo incompatíveis com o recurso especial, que se presta, exclusivamente, para tutelar o direito federal e conferir-lhe uniformidade’ (REsp 888.385/RJ, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, *DJ* 27.11.2006. No mesmo sentido, REsp 927.727/MG, 1.ª T., rel. Min. José Delgado, *DJe* 04.06.2008). 10. Recurso especial não provido”.⁸²

82. REsp 883.656/RS, j. 09.03.2010, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 28.02.2012.

Trata-se de julgado inegavelmente relevante, simbólico e que está de acordo com a maioria da doutrina brasileira contemporânea que escreve sobre o tema, especialmente por estender a inversão judicial do ônus da prova à matéria ambiental e por sufragar a insuficiência das regras estáticas que atribuem referido encargo, sintetizando os fundamentos que originaram o regramento do novo CPC antes citado.

Entretanto, da ementa antes transcrita decorrem algumas características que mais me preocupam do que animam: 1. a miscelânea de princípios invocados, que vem se tornando uma prática comum na jurisprudência e na doutrina brasileiras,⁸³ como se, por meio de palavras mágicas, as portas da tutela jurisdicional se abrissem para o lado que declamasse mais princípios, quase recriando a clássica sentença literária, que agora seria algo como “se os princípios existem, então tudo é permitido”; no caso citado, no erudito e fundamentado voto, cujo mérito não é o importante a se discutir nesta sede, invocam-se os princípios da “solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda” e ainda o “princípio da precaução”

83. Cf., a crítica abordagem de Marcelo Neves em sua recente tese: *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013: “a invocação aos princípios (morais e jurídicos) apresentava-se como panaceia para solucionar todos os males da nossa prática jurídica e constitucional. Por outro, a retórica principialista servia ao afastamento de regras claras e completas, para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas. Assim, tanto os advogados idealistas quanto os astutamente estratégicos souberam utilizar-se extensamente da pompa dos princípios e da ponderação, cuja trivialização emprestava a qualquer tese, mesmo as mais absurdas, um tom de respeitabilidade” (p. IX/X), acrescentando que vive-se um ‘contexto em que o principialismo tem um enorme significado e, ao provocar certo fascínio, estimula, em geral, abusos de princípio mediante argumentações *ad hoc*, comprometidas imediatamente com os particularismos a que elas tendem a encobrir sob o manto retórico da justiça inerente aos princípios invocados’ (p. 220). Registre-se que essa distorção no manuseio da teoria dos princípios não se confunde com uma inadequada compreensão do ‘neococonstitucionalismo’. Sobre o tema há ampla bibliografia, mas é fundamental a leitura de um específico trabalho de Humberto Ávila, onde se encontram outras referências: Neococonstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, jan., fev. e mar. 2009. Disponível em: [www.direitodoestado.com]. Mais recentemente: LIMA, Rafael Bellem de. *Regras na teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2014. Na teoria processual, confira-se DIDIER JR. *Sobre a teoria geral do processo...* cit., capítulo 3.

e o “princípio *in dubio pro natura*”. Questiono se é necessária essa profusão principiológica para permitir a inversão concreta do ônus da prova ou se os princípios são utilizados com a finalidade de conferir autoridade retórica ao argumento; 2. atribuir ao legislador o abrandamento genérico da fixação abstrata do ônus da prova, quando, na realidade, trata-se de uma decisão tópica do juiz, sem autorização normativa expressa *de lege lata*, quando da prolação do julgado, tanto assim que diversos princípios foram invocados para fundamentar a inversão; questiona-se, pois, a necessidade de compartilhar com o legislador o que, corretamente ou não, deve ser assumido pelo julgador; 3. conferiu-se larga amplitude à possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova, afirmando-se na ementa que a providência é possível “no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanação natural do seu ofício de condutor e administrador do processo”; vê-se, pois, que os poderes judiciais genéricos autorizariam a inversão do ônus da prova, o que me parece um perigoso tratamento da matéria, que agora, como visto, encontra seus balizamentos no art. 373 do novo CPC; 4. por fim, nota-se uma vez mais o aspecto ideológico de centrar no juiz uma espécie de heroísmo processual, mas na condição de solista, já que a partes são simplesmente ignoradas na exposição genérica que se faz acerca dos critérios para inversão do ônus da prova (na leitura do inteiro teor verifica-se que o ministro se valeu em boa medida de uma exposição genérica e teórica sobre a teoria dinâmica, com ampla citação doutrinária).

Além disso, a diversidade de critérios utilizados pelos juízes para a inversão dinâmica do ônus da prova, como hipossuficiência, proximidade com a prova, facilidade para obtê-la, “normalidade” ou “anormalidade” do fato a se provar, entre outras, pode significar uma fragilidade sistêmica e uma insegurança processual indesejáveis, sem contar a possibilidade de a imparcialidade restar arranhada.⁸⁴ Essa inversão afeta igualmente a dimensão subjetiva do ônus da prova antes referida, porque elimina toda a previsibilidade necessária para a avaliação das chances e riscos no decorrer do processo. O problema se agrava profundamente se o juiz entender que essa inversão do ônus da prova integra a decisão final, surpreendendo as partes, fazendo do processo uma cilada ritualística, o que, convém repisar, não será compatível com o novo CPC. Por isso afirma corretamente Taruffo que “se l’impulso al giustizialismo el caso concre-

84. Aqui a situação é diversa da que incide na discussão sobre os poderes instrutórios, na medida em que a inversão do ônus da prova sabidamente pode definir o julgamento. Cf. TARUFFO. *La semplificazione...* cit., p. 234.

to fosse così irresistibile da non potersi evitare la manipolazione degli oneri di prova, ciò dovrebbe almeno avvenire con modalità tali da non ledere il diritto di difesa delle parti".⁸⁵

Mas a principal crítica que vislumbro nesse contexto é o completo solipsismo do juiz em que apostam a doutrina e a jurisprudência favoráveis à ampla flexibilização do ônus probatório. Impressiona que não se mencione a possibilidade, ou melhor, a necessidade de o juiz não só comunicar às partes, mas principalmente integrá-las da tomada de decisão sobre a distribuição concreta do ônus probatório.

Defender a possibilidade de o juiz inverter tipicamente o ônus da prova, mas não mencionar a participação das partes nesse contexto decisório, é sintomático e revela muito de nossa cultura processual. Como o novo CPC, especialmente diante da previsão do saneamento consensual ou compartilhado, espera-se que, mesmo a fórceps, as partes passem integrar esse momento.

Note-se que, mesmo diante de uma norma expressa no Código de Processo Civil brasileiro há décadas que autoriza convenções sobre o ônus da prova e que tais disposições não podem impossibilitar a defesa do direito em litígio, o critério para a inversão do ônus da prova no caso concreto continua a ser considerado como ato exclusivo do juiz por praticamente toda a doutrina que escreveu sobre o tema antes da edição do novo CPC.

Poder-se-ia argumentar que, se as partes se mantiveram silentes, não houve interesse na disciplina privada das regras sobre ônus da prova. Esse argumento impressiona, mas não convence.

Entre as funções do juiz está o respeito e o estímulo da participação das partes, inclusive quanto à conciliação em relação ao mérito do processo, não soando razoável entender que a distribuição do ônus da prova não deva ser decidida de modo compartilhado.

Além disso, vem sendo construída toda uma argumentação principiológica para demonstrar que é necessário um modelo cooperativo do processo, com uma atuação paritária do juiz e das partes, o que é adequado também para a administração das regras sobre ônus probatório.

Na realidade, a rigor, a possibilidade de convenções sobre ônus da prova deveria servir como mais um componente para fundamentar um processo cooperativo e não se valer de uma construção teórica para justificar a máxima efetivação de um dispositivo já existente, mas, diante do esquecimento

85. *La semplice...* cit., p. 237.

da possibilidade convencional, vislumbra-se aqui mais um argumento para a utilização do instituto.

Acrescente-se, ainda, que o protagonismo judicial que impera em nosso sistema processual, ao menos desde o Código de 1939, e toda a construção da doutrina processual brasileira formada em meado do século passado, que, por sua vez, formou todas as gerações seguintes dedicadas ao apuro conceitual e ao estabelecimento de bases publicísticas do processo, a autonomia privada foi praticamente excluída da prática forense – houve uma espécie de extromissão da autonomia – e a possibilidade de convenções processuais caiu em uma espécie de esquecimento normativo, como se não constasse da legislação.

O modelo cooperativo de processo pode, portanto, ter uma eficácia simbólica sobre o tema, não por expressar uma inovação nesse ponto específico, mas por trazer o debate para um novo patamar e, assim, em um movimento recíproco, valorizar a participação das partes e redescobrir as convenções processuais, notadamente em matéria de ônus da prova. Não soa exagerado dizer inclusive que há um aspecto pedagógico nesse discurso, já que está se trabalhando um dispositivo legal que precisa ser conhecido e explorado. Há, portanto, um trabalho de conscientização de direitos que precisa ser realizado pelo processualista, porque “a primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu conhecimento. Só quem tem consciência dos seus direitos consegue usufruir os bens a que eles correspondem e sabe avaliar as desvantagens e os prejuízos que sofre quando não os pode exercer ou efectivar ou quando eles são ameaçados ou restringidos”.⁸⁶

Nesse sentido, convém lembrar com Boaventura de Sousa Santos que “a frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar à desistência da democracia e, com isso, à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia” e “sem direitos de cidadania efectivos a democracia é uma ditadura mal disfarçada”.⁸⁷

O novo Código de Processo Civil, portanto, por meio de suas normas fundamentais e a evidente estrutura para que o processo seja uma “coisa” com partes, notadamente a partir de um sistema que exige que o saneamento seja observado seriamente, felizmente vai ao encontro dessas ideias e indicam a necessária participação das partes na formação do contexto probatório.

86. MIRANDA, Jorge. A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais em Portugal. *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (org.). São Paulo: Malheiros, 2001. p. 284.

87. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. Coleção “Questões da nossa época n. 134”. São Paulo: Cortez, 2007. p. 10 e 90.

VI NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SOBRE ÔNUS DA PROVA

“Para ter mais certezas tenho que me saber de imperfeições.”¹

1. Noções gerais

Retoma-se neste item o que foi exposto na Introdução e foi ilustrado no final capítulo anterior: identificou-se doutrinária e jurisprudencialmente a insuficiência do disposto no *caput* do art. 333 do CPC/1973 e conferiu-se ao juiz a possibilidade de, casuisticamente, inverter o ônus da prova, basicamente nas situações em que a situação “tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”, que é o que está expressamente disposto no inciso segundo do parágrafo único desse dispositivo. Ou seja: por décadas afastou-se o *caput* e ignorou-se o parágrafo único daquele dispositivo, que possuía precisamente uma função supletiva para a insuficiência do critério abstrato.²

O objetivo deste estudo centra-se mais nos aspectos principiológicos, culturais e ideológicos que envolvem os negócios jurídicos processuais sobre ônus da prova do que exatamente nos diversos desdobramentos procedimentais delas decorrentes. O propósito da tese centra-se, pois, no estudo da divisão do trabalho entre as partes e o juiz tendo como paradigma um dispositivo legal expresso que é ignorado e que, ao mesmo tempo, revela de modo sintomático o estado ideológico-cultural do processo civil brasileiro.

1. BARROS, Manoel de. *Poesia completa*. São Paulo: Leya, 2010. p. 346.
2. O novo CPC, ao menos formalmente – e, nesse particular, graças à participação direta de Fredie Didier Jr. no processo legislativo, por meio do qual ganharam linguagem normativa diversos dispositivos que revelam o respeito ao autorregramento da vontade, incluindo a nova redação dos negócios processuais sobre ônus da prova – tompe normativamente com esse esquecimento de que as partes devem assumir também protagonismo no processo. Profundo exame doutrinário em CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais...cit., passim*.