

Diretora Responsável
Marisa Harms

Diretora de Operações de Conteúdo
Juliana Mayumi Ono

Editores: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Ivie 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, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos, Luciano Mazzolenis J. Cavalheiro e Rodrigo Domiciano de Oliveira

Analistas de Qualidade Editorial: Cintia Mesojedovas Nogueira e Maria Angélica Leite

Capa: Chrisley Figueiredo

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)

Ramos, Vitor de Paula

Ônus da prova no processo civil : do ônus ao dever de provar / Vitor de Paula Ramos. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. – (Coleção O Novo Processo Civil / coordenação Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero ; diretor Luiz Guilherme Marinoni)

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-6352-2

1. Processo civil 2. Processo civil – Brasil 3. Prova (Direito) I. Arenhart, Sérgio Cruz. II. Mitidiero, Daniel. III. Marinoni, Luiz Guilherme. IV. Título. V. Série.

15-03581

CDU- 347.941(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Prova : Direito processual civil 347.941(81)

VITOR DE
PAULA RAMOS



ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Do ônus ao dever de provar

LUIZ GUILHERME MARINONI
Diretor

SÉRGIO CRUZ ARENHART
DANIEL MITIDIERO
Coordenadores

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Do ônus ao dever de provar
VITOR DE PAULA RAMOS

LUIZ GUILHERME MARINONI
Diretor

SÉRGIO CRUZ ARENHART
DANIEL MITIDIERO
Coordenadores



© desta edição [2015]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

MARISA HARMS
Diretora responsável

Visite nosso site: www.rt.com.br

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)
Tel. 0800.702.2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613.8400 – Fax 11 3613.8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil [05-2015]

Profissional

Fechamento desta edição: [06.05.2015]



ISBN 978-85-203-6352-2

Aos meus professores em sentido estrito e em sentido lato, que me fizeram perceber que só os professores têm condições de realmente mudar o mundo.

Ao maior de todos os professores que já conheci, Prof. Dr. Michele Taruffo, pela amizade, pelas lições de direito, de vida e, sobretudo, de como ser um grande homem mantendo a simplicidade.

Al mio maestro, Prof. Dr. Daniel Mitidiero, para quem meu agradecimento, admiração e amizade são tão incansáveis como sua dedicação à academia e aos seus alunos.

lei que, de um modo geral, não existem em outras áreas do conhecimento, é também certo que a ampliação do material probatório *deve* ser um objetivo do legislador e de um operador do Direito atento às necessidades impostas pelo processo justo. É imprescindível, pois, a organização do processo de forma que o seja minimizada a quantidade de provas relevantes não levadas ao processo.

A questão tem importância central quanto ao objetivo de que o processo seja *truth-oriented*, na medida em que uma só prova relevante inadmitida ou não levada ao processo pode determinar que a conclusão sobre os fatos seja radicalmente diferente, ou mesmo oposta, da conclusão sem aquela prova, afastando-se da verdade e, portanto, da decisão justa.

Aumentar a qualidade e a amplitude do material probatório tem como consequência o aumento da corroboração das hipóteses fáticas. Isso acarreta, por sua vez, maior qualidade na apuração dos fatos, maior acuidade do processo para o “aporte” da verdade e, conseqüentemente, um processo orientado tendencialmente à obtenção de decisões mais justas. Um processo, em resumo, mais justo.

No próximo capítulo, portanto, será avaliada a pretensa solução ao problema, partindo da ideia de *ônus* da prova, problematizando-se, em seguida, sobre se essa é suficiente ou não; na terceira parte, propõe-se uma nova conformação para a questão, com a defesa da necessidade de *deveres* de provas.

2

ÔNUS DA PROVA: DAS TENTATIVAS DE AMPLIAÇÃO DO MATERIAL PROBATÓRIO MANTENDO A CATEGORIA DO ÔNUS

Postas as premissas que embasam o presente estudo, cumpre, a seguir, verificar a evolução do processo civil na busca do material probatório, notadamente quanto à repartição das “tarefas” probatórias entre as partes e o juiz.

Antes de qualquer coisa, portanto, verificar-se-á o delineamento tradicional do problema, vendo-se a prova como um ônus, que teria dois aspectos: um como regra de julgamento, dirigida ao juiz, e outro como regra de instrução, dirigido às partes.

Após, analisar-se-á como a distribuição estática do ônus da prova passou a mostrar-se insuficiente para a maior obtenção de material probatório, vindo a doutrina a desenvolver as teorias das inversões e dinamizações dos encargos probatórios. Por fim, avaliar-se-á a suficiência e/ou a idoneidade de todas essas ferramentas para o atingimento do objetivo de melhorar a completude do material probatório.

2.1 Dos dois aspectos do ônus da prova

A teorização sobre o ônus da prova ocorrida no início do século XX desenvolveu-se no sentido de reconhecer nesse dois aspectos: uma “regra de julgamento”, aquilo que ficou conhecido como sua “função objetiva”, e uma “regra de instrução”, aquilo que ficou conhecido como sua “função subjetiva”. Analisar-se-á, a seguir, cada um desses aspectos.

2.1.1 Do aspecto objetivo

O aspecto objetivo do ônus da prova representaria a sua função mais clássica, primordialmente ligada ao juiz.¹ Tal aspecto, portanto, não estaria ligado à ativi-

1. Nesse sentido, PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 133. LÓPES MIRÓ, Horacio G. *Probar o Sucumbir. Los Tres Grados del Convencimiento Judicial y la Regla Processal del Onus Probatum*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 35. Entretanto, conforme salientado por PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio

dade das partes, ou estaria a essa ligado exclusivamente de maneira mediata. Isso porque quando entra em jogo o aspecto objetivo do ônus da prova a atividade probatória das partes e do juiz já se encerrou.

O aspecto objetivo do ônus da prova parte da ideia de que “o juiz não pode usar como fundamento de sua decisão a existência de fatos que não lhe foi demonstrada”.² Serve, portanto, como uma “regra de julgamento”, a ser utilizada quando, após a produção das provas pelas partes e após a determinação de ofício pelo juiz (art. 370 do Novo CPC), permanesse estado chamado pela doutrina de “dúvida”, ou de “inesclarecibilidade”.³

Cada parte, num processo judicial, faz as suas alegações; é estabelecido o *thema probandum* (formado pelas alegações de fato relevantes);⁴ são produzidas as provas requeridas pelas partes; são produzidas as provas determinadas de ofício pelo juiz e, caso ainda assim permaneça “não claro” alguma das hipóteses fáticas alegadas pelas partes, o juiz utilizar-se-ia da “regra de julgamento” (aspecto objetivo do ônus da prova) para decidir quem ganha e quem perde a demanda.

Isso porque “ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei preserve qual das partes haverá de sofrer as consequências de tal insuficiência probatória”.⁵ E, sintetiza a doutrina: a “dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova”.⁶

2.1.2 Do aspecto subjetivo

O aspecto subjetivo, como o próprio nome sugere, seria dirigido às partes, como uma espécie de “estímulo” dado a elas para que trouxessem ao processo

de Janeiro, Forense, 1974. t. IV, p. 218, “o ônus da prova começa antes de qualquer demanda: preexiste a ela: a utilização processual é apenas a mais importante”.

2. VERDE, Giovanni. *L'Onere della Prova nel Processo Civile*. Napoli: Jovene, 1974. p. 118.
3. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil. Processo de conhecimento*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 2, p. 274.
4. PAULA RAMOS, Vitor de. Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*. ano 38. vol. 224. p. 41-61. São Paulo: Ed. RT, 2013. out. 2013. Entendendo serem objeto de prova as alegações pertinentes, relevantes e controversas, MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 138.
5. SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Curso de processo civil. Processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. De acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006. vol. 1, p. 327.
6. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 170.

provas.⁷ Seria a tentativa mais clara do sistema de, através de tal estímulo, fazer com que o material probatório fosse enriquecido.

Uma vez que o sistema aloca, teoricamente, “o ônus da prova sobre aquela parte que, segundo uma regra de experiência, utilizada pelo legislador, est[aria] em sua posse [da prova]”,⁸ onerando quem possui a prova, o legislador estaria “influenciando”, “estimulando” ou “incentivando” as partes a levarem provas para o processo, de modo a forrá-lo “com todos os elementos necessários à formação da convicção judicial”.⁹

Partindo da ideia de que o processo lida, via de regra, com versões contraditórias dos fatos (exemplo, alguém alega a ocorrência de dano moral e a parte contrária alega sua inexistência), o legislador incumbe a cada uma das partes a tarefa de aportar aos autos provas dos fatos que, caso resultassem provados, lhes beneficiariam.

Assim, imagina-se que, estando, no exemplo brasileiro, uma parte incumbida da prova dos fatos constitutivos, e a outra dos impeditivos, modificativos e extintivos, todo o material probatório disponível seria levado a juízo. Caso alguma das partes não procedesse assim, correria o risco de perder a demanda.

Essa faceta do ônus da prova seria, portanto, “uma sanção à inércia, ou à atividade infrutuosa da parte”,¹⁰ a *necessidade* criada pelo desejo de obter a vitória do litigante, que faria com que esse se esforçasse para que os meios de provas que lhe auxiliariam no “trabalho de persuasão” fossem efetivamente utilizados na instrução da causa.¹¹

A parcela subjetiva do ônus da prova não teria, entretanto, consequências diretas; isso porque, segundo a doutrina majoritária, o “ônus da prova (...) diferentemente dos outros ônus não comporta necessariamente um prejuízo, mas apenas o risco de um prejuízo, tendo em vista que a produção da prova não está diretamente ligada ao resultado favorável, mas apenas à maior chance de convencimento do juiz”.¹² Em resumo, tratar-se-ia de uma espécie de aviso dado pelo legislador às partes, no sentido de que, não aportando as provas que detêm ao pro-

7. Nesse sentido, vide MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil* cit., p. 140; CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 54.
8. AUGENTI, Giacomo Primo. *L'Onere della Prova*. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1932. p. 146.
9. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil* cit., p. 140.
10. BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Justitia*. a. 25. vol. 40. p. 7-26. São Paulo, jan.-mar. 1963.
11. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. *Temas de Direito Processual. Segunda Série*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 74.
12. A parcela subjetiva do ônus da prova seria, pois, o aspecto mais claramente ligado à ideia de *ônus imperfeito* (que será definida e criticada nos próximos itens), visto que. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Direito à prova. *Revista de Processo*. vol. 39. p. 98 e ss. São Paulo: Ed. RT, jul. 1985.

cesso, *poderão* sucumbir; em outras palavras, ameaçaria as partes por sua eventual “insuficiente atividade” probatória.

Destarte, e diante disso, o ônus da prova não entraria em cena somente no momento da sentença, mas configuraria uma “regra de instrução”, cuja finalidade seria justamente “evitar a ausência de prova, na medida em que serv[iria] de estimulante para que as provas [fossem] produzidas”.¹³

2.2 Distribuição fixa, inversões e dinamizações

Conforme visto, portanto, classicamente o ônus da prova, nos ordenamentos de *civil law*, vinha atribuído partindo o legislador da premissa de que alocaria o ônus sobre a parte que detinha a prova,¹⁴ o que, segundo se acreditava, acarretaria o aumento do material probatório.

A distribuição era feita, portanto, inicialmente de maneira fixa, prévia e abstrata pelo legislador. No caso do Brasil, no Código de Processo Civil de 1973, tal regulação encontrava-se no art. 333, I e II, que previa, como mencionado, que o autor tem o ônus de provar o fato constitutivo e o réu o ônus de provar o fato impeditivo, modificativo e extintivo. Tal previsão consta, também, do art. 373, I e II, do Novo CPC.

A doutrina passou a constatar, entretanto, que nem sempre a atribuição abstrata e rígida era capaz de “estimular” efetivamente a parte que detinha a prova; ou que, por vezes, a parte “mais fraca” da relação processual acabava sucumbindo por ter dificuldades na produção da prova que, pela atribuição legal, lhe incumbia.

Em outras palavras, muitas vezes uma prova existia sob poder da parte que não era originalmente a onerada, de modo que, para enriquecer o material probatório, seria necessário providenciar outra solução que não a distribuição fixa prevista pelo legislador.

Surgiu, assim, primeiramente, a doutrina da inversão do ônus da prova, ligada principalmente a situações de hipossuficiência de um dos polos, como em casos de *danno da prodotto* (algo que na legislação consumerista brasileira seria chamado de “fato do produto”) e discriminação da mulher.¹⁵

Não sem problemas, pois desde logo se advertia para o “delicado problema”¹⁶ de coadunar a possibilidade de inversão do ônus da prova prevista na lei com a “vigente disciplina da instrução probatória”,¹⁷ “sendo o processo inspirado no princípio da unidade [da prova]”.¹⁸

13. CARPES, Artur. Op. cit., p. 54, grifos do original removidos.

14. AUGENTI, Giacomo Primo. Op. cit., p. 146.

15. DENTI, Vittorio. Op. cit.

16. Idem, p. 713.

17. Idem, *ibidem*.

18. Idem, *ibidem*.

No Brasil, a inversão do ônus probatório¹⁹ foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6.º, VIII, permitindo o texto legal que essa seja procedida em benefício do consumidor quando o juiz verificar, no caso concreto, haver verossimilhança das alegações ou hipossuficiência no caso concreto.

Trata-se, segundo a doutrina, de uma “vantagem processual”²⁰ conferida ao consumidor através de *ato judicial*,²¹ no sentido de que esse fique dispensado de provar determinado fato, “o qual, sem a inversão, lhe tocava demonstrar, à luz das disposições do processo civil comum”.²²

A mencionada “vantagem processual” teria, ademais, estreita relação com o aspecto subjetivo do ônus da prova, uma vez que não se pode “apenas a parte que não provou a veracidade ou inveracidade de uma determinada alegação sem que se tenha conferido a ela a oportunidade de fazê-lo”.²³ Ou seja: “se a inversão do ônus da prova for conhecida somente na sentença, não se assegurará oportunidade para que o fornecedor possa exercer satisfatoriamente o seu direito à prova”.²⁴

A inversão do ônus da prova foi concebida, portanto, como uma tentativa do legislador de, percebendo a insuficiência da distribuição estática do ônus da prova, criar uma nova ferramenta para a ampliação do material probatório, com a obtenção de decisões tendencialmente mais justas.

A outra técnica desenvolvida para supostamente tirar “melhor proveito” do ônus da prova foi a da dinamização dos ônus probatórios.²⁵ Tal ideia parte justa-

19. A doutrina descreve a inversão do ônus a prova como “as alterações de regras legais sobre a distribuição deste [ônus da prova], impostas ou autorizadas por lei”. DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. vol. 3, p. 76.

20. BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 22. p. 135 e ss. Abr. 1997.

21. Idem, *ibidem*.

22. Idem, *ibidem*.

23. DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação da tutela*. 8. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2013. vol. 2, p. 94.

24. CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 418. Apesar de vozes na doutrina em contrário (DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil* cit., 2. ed., vol. 3, p. 82-84; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Op. cit., p. 160), entendendo que a inversão poderia ocorrer na sentença, acabou por prevalecer a corrente que sustentava que as partes deveriam ser advertidas dos encargos probatórios que, a partir da inversão, lhes seriam atribuídos, tendo tal posição sido endossada pela jurisprudência do STJ (STJ, REsp 802832/MG, 2.ª Seção, j. 13.04.2011, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 21.09.2011).

25. CARPES, Artur. Op. cit.

mente da constatação de que, em muitos casos concretos, a parte encarregada do ônus de provar pelo legislador não detém, em concreto, as melhores condições para tanto (ou, em outras palavras, não detém a prova que lhe incumbiria).

À luz do art. 333 do CPC de 1973, reconhecia a doutrina que os “conceitos de ‘maior facilidade probatória’ e ‘disponibilidade dos meios probatórios’ (...) [eram] as razões de ser últimas (...) do atual mecanismo de repartição dos esforços probatórios”,²⁶ de modo que a manutenção da distribuição estática, quando demonstrada inadequada no caso concreto, acarretaria inconstitucionalidade.²⁷ Ventilava, assim, a doutrina a possibilidade de uma “conformação constitucional do procedimento probatório”,²⁸ mesmo sem necessidade de alteração legal,²⁹ para dinamizar o ônus da prova.

Através de decisão judicial,³⁰ portanto, o juiz teria o dever³¹ de, no caso concreto, constatando a inconstitucionalidade na distribuição fixa, atribuir os ônus probatórios de maneira diversa daquela prevista na lei, inclusive de ofício,³² lançando mão do postulado normativo aplicativo da razoabilidade.³³

Tais debates (sobre a suposta inconstitucionalidade do procedimento por omissão do legislador), entretanto, perderam o objeto no Brasil com o advento do Novo CPC, que, nos parágrafos do art. 373, adotou expressamente a possibilidade de dinamização do ônus da prova.

O diploma endossou, ainda, os ensinamentos doutrinários, que previam a necessidade de algumas condicionantes materiais e processuais³⁴ para que restasse possibilitada a dinamização. Assim, no § 1.º do art. 373, fala-se em “excessiva dificuldade” probatória e em “maior facilidade de obtenção da prova”, aquilo que a doutrina chamava de “posição privilegiada” da parte contrária quanto à produção da prova.³⁵ Da mesma forma, fala-se no mesmo dispositivo da necessidade de que a decisão seja fundamentada, de que haja a correlata oportunidade de provar, e, no § 2.º, de impossibilidade de prova diabólica inversa.³⁶

26. PEYRANO, Jorge W. Carga de la Prueba. In: OTEIZA, Eduardo (coord.). *La Prueba en el Proceso Judicial*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 231.

27. CARPES, Artur. Op. cit., p. 85.

28. Idem, *ibidem*.

29. Idem, p. 108.

30. Idem, p. 133.

31. Idem, *ibidem*.

32. Idem, *ibidem*. A doutrina listava uma série de condicionantes materiais e processuais.

33. Idem, p. 125. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil cit.*, p. 143.

34. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil cit.*, p. 143 e ss.

35. Idem, *ibidem*.

36. Idem, *ibidem*.

2.3 Bases teóricas para as críticas

Antes de que se procure demonstrar a insuficiência das teorias tradicionais para providenciar a maior completude do material probatório, faz-se necessário construir algumas bases teóricas. Nos próximos itens, portanto, far-se-á a distinção entre ônus e dever, a partir da teoria do direito, e, posteriormente, indicar-se-ão traços do contexto da processualística quando do desenvolvimento da teorização sobre o ônus da prova.

2.3.1 Distinção entre ônus e dever

O conceito de ônus envolveu ao longo da história diversas propostas teóricas. A primeira teorização científica sobre o tema³⁷ é devida a Brunetti, que, ainda em 1906, afirmava que existem “certas ações que o homem que DEVE realizar (mesmo que não sejam impostas pela norma jurídica) se quer produzir determinados resultados jurídicos ou evitar outros”.³⁸

O ponto era supostamente comprovar que quem inadimplia uma obrigação (em sentido estrito, de direito privado) não cometia um ato *contrário ao direito*,³⁹ isto é, para ele, o único resultado do inadimplemento da obrigação seria que o “o credor tem o direito de satisfazer-se sobre seus [do devedor] bens”.⁴⁰ Essa consequência não seria, portanto, para o autor, um verdadeiro *dever jurídico*, mas sim um “dever juridicamente qualificado” (ou “dever livre”⁴¹).

O dever juridicamente qualificado vinha definido como “um dever, que não é jurídico, mas tampouco é juridicamente indiferente”.⁴² O inadimplemento da obrigação seria um exemplo de *dever juridicamente qualificado* porque o devedor tem a faculdade de *escolher* entre *executar a prestação e deixar que o credor se satisfaça sobre os bens*: ele *pode*, portanto, *não a adimplir* sem cometer ilícito [urtare], por tal fato, como ocorreria, por outro lado, se se tratasse de dever jurídico, contra o *direito* e contra a *força do Estado* que acompanha o *direito*.⁴³

A ideia brunettiana é aprofundada em obra de 1913, passando, então, pela construção das “regras finais”. Tal construção está calcada naquelas que o autor

37. GRAU, EROS Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Ed. RT, 1988. p. 115; OBERDAN, Tommaso Scozzafava. Onere (nozione). *Enciclopedia del Diritto*. vol. 30. p. 100-110. Milano: Giuffrè.

38. BRUNETTI, Giovanni. *Il Delitto Civile*. Firenze: Bernardo Seeber, 1906. p. 405. Os grifos e a caixa alta foram mantidos do original.

39. Idem, p. 416.

40. Idem, p. 423.

41. Idem, *ibidem*.

42. Idem, p. 405, n. 2.

43. Idem, p. 423.

define como “necessidades finais” ou “teleológicas”, como ocorreria, em exemplo seu, na seguinte situação: “se queres chegar logo, debes caminhar rapidamente”.⁴⁴

As necessidades finais diferenciar-se-iam das necessidades absolutas,⁴⁵ portanto, porque nelas não haveria dever absoluto, mas mera subordinação a um “fim, que depende da vontade do agente”.⁴⁶ Ou seja: tratar-se-ia de deveres se e somente se desejado o conseqüente resultado (exatamente como no exemplo, “se queres chegar rápido, debes caminhar rapidamente”).⁴⁷

No plano jurídico, Brunetti propõe o seguinte esquema para as regras finais: “[q]uem quer que se verifique B deve agir no modo A (deve cumprir a ação A)”.⁴⁸ E define que uma “regra final existe toda vez que existe um princípio de causalidade eficiente, no qual causa eficiente é uma ação humana (princípio gerador) para que o efeito, por sua vez, torne-se escopo e, portanto, causa (final) do agir”.⁴⁹

A grande diferença entre os “deveres absolutos” e os “deveres livres”, ou finais, estaria, portanto, no fato de que as regras finais não seriam, segundo Brunetti, imperativas, mas meramente facultativas ou não obrigatórias:⁵⁰ “a regra final não é imperativa, não é um comando, mas exprime uma simples necessidade final”.⁵¹

As “regras finais” de Brunetti, ou os “deveres livres” por ele preconizados, são nada menos do que o início da teorização daquilo que conhecemos atualmente por *ônus*.

Algumas críticas podem ser feitas ao pensamento de Brunetti. Em primeiro lugar, parece equivocado elevar-se o *ônus* ao plano normativo, como se o próprio *ônus* fosse uma “regra” (final). As regras jurídicas atribuem deveres ou *ônus*, mas não são essas mesmas deveres ou *ônus*. Assim, pareceria mais adequado falar-se em “regra jurídica que atribui” um *ônus*, e não em “regra final”.

A segunda crítica é que o que Brunetti chamava de “regras finais” são, sim, regras imperativas; acarretam situação jurídica passiva menos drástica (e, portanto, poder-se-ia dizer ilustrativamente, “menos imperativa”) do que a regra que cria um *dever*, mas nem por isso deixam de ser dotadas de imperatividade.

Se a lei afirma que, através da adoção do comportamento A, obter-se-á o resultado B, o legislador está evidentemente criando uma norma jurídica de “meio”

(regra),⁵² com imperatividade: de todos os “meios” abstratamente disponíveis ao legislador, esse está “escolhendo” aquele que será utilizado para perseguir os fins daquela comunidade.

Assim, por exemplo, a fim de proteger o bem jurídico “vida”, e verificando o grande número de mortes em acidentes de trânsito causados por não utilização de cinto de segurança, o legislador, em ponderação de fins, pode criar um dever de que pessoas o utilizem, ou pode criar um *ônus*: quem dirigir utilizando o cinto de segurança terá desconto no imposto de seu veículo. Em ambas as situações, entretanto, o legislador estará criando uma regra jurídica, dotada de imperatividade (maior ou menor).

Em terceiro lugar, como já apontado pela doutrina, “dever livre” é uma “*contradictio in adjecto*”.⁵³ Ou algo é dever, ou algo é livre. Afinal, como será exposto a seguir, e como apontado por Brunetti quando com referência ao que chama de “deveres absolutos”,⁵⁴ a existência de um *dever* pressupõe justamente que o sujeito não possa escolher se quer ou não cumprir aquilo que determina a regra.

Seja como for, Brunetti teve alguns grandes achados teóricos, que constituíram verdadeiras e sólidas bases para a construção do conceito de *ônus*. O primeiro foi perceber que, diante de uma “regra final” (*rectius*, diante de um *ônus* atribuído por uma regra jurídica), se o sujeito não adota o comportamento A (no exemplo anterior), não entra em contradição, violação ou desobediência à própria regra.⁵⁵ Diríamos nós: não pratica um ato contrário ao Direito, um ilícito.

O segundo ponto de grande relevo em Brunetti foi a percepção de que as “regras finais” (*rectius*, regras que atribuem *ônus*), ao contrário das regras (ditas) imperativas (*rectius*, regras que atribuem deveres), deixam verdadeira escolha para o destinatário da regra. Sabendo da regra jurídica acima (“Quem quer que se verifique B deve agir no modo A”), o destinatário pode escolher se quer (i) adotar o comportamento A, obtendo B, ou (ii) não adotar o comportamento A, sabendo que

44. BRUNETTI, Giovanni. *Norme e Regole Finali nel Diritto*. Unione Tipografico-Editrice Torinese: Torino, 1913. p. 61.

45. Idem, *ibidem*.

46. Idem, 62.

47. Idem, 61-62.

48. Idem, 72.

49. Idem, p. 85.

50. Idem, p. 73.

51. Idem, *ibidem*.

52. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 78. Sobre coordenação, expertise e eficiência das regras jurídicas vide, por todos, ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*. Durham e Londres: Duke University Press, 2001. esp. p. 13 e ss. Sobre funções das regras, vide SCHAUER, Fredrick. *Playing by the Rules. A philosophical examination on Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press, 1991, esp. p. 147 e ss.

53. BOBBIO, Norberto. *Teoria della Norma Giuridica*. Torino: Giappichelli, 1958. p. 163. No mesmo sentido, IRTI, Natalino. *La Perfezione degli Atti Giuridici e il Concetto di Onere*. *Saggi di Teoria Generale del Diritto*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 107-164, esp. p. 124; GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 117.

54. BRUNETTI, Giovanni. *Norme e Regole Finali nel Diritto* cit., p. 62.

55. Idem, p. 74.

não obterá o resultado B. A “regra final”, em outras palavras – e ao contrário da regra (dita) imperativa – deixa “liberdade de escolha”.⁵⁶

No exemplo sobre a utilização do cinto de segurança, ao atribuir um *dever* de utilização de cinto de segurança, o legislador não dá escolha lícita ao destinatário: terá que utilizar o cinto por conta de sua própria escolha, ou por conta da força coativa do Direito. Ao atribuir um ônus, por outro lado, o legislador “estimula” o destinatário da regra no sentido almejado (utilização do cinto, no exemplo); entretanto, ao fim e ao cabo, a escolha fica relegada ao próprio destinatário.

A terceira importante contribuição de Brunetti (intimamente ligada à segunda) deu-se através da intuição, mesmo que em exemplo alheio ao Direito (e mesmo que de forma incidental), de que o fato de o Direito tratar algo como um “dever absoluto” ou como um “dever final” (diríamos nós, como *dever* ou como *ônus*) é questão que deve ser enfrentada pelo legislador (diríamos hoje que através do postulado da proporcionalidade).⁵⁷

Brunetti, com efeito, cita, nesse sentido, o exemplo de um pai que, querendo que o filho estude em determinada instituição de ensino, tem duas opções: a primeira, mais drástica, de *comandar*, utilizando seu pátrio poder, caso em que o filho terá (segundo a concepção defendida no presente estudo, que será abordada a seguir) um *dever* – cujo comando poderia ser imaginado como: “terás que ir à escola”; a segunda, menos drástica, de dizer “se frequentares aquele instituto, no fim do ano levar-te-ei para fazer uma viagem”⁵⁸ – caso em que o menino não terá um verdadeiro dever (segundo a concepção aqui defendida, seria um ônus, conforme será abordado a seguir).

A conclusão que se poderia retirar disso é que o Direito, assim como o pai do menino, na perseguição de seus fins, pode criar regras (meios) mais ou menos drásticos, que confirmam maior ou menor liberdade ao destinatário; isso dependerá estritamente dos fins que o Direito deve promover e dos meios proporcionais para tanto.⁵⁹

O próximo a dar contribuições relevantes para a construção do conceito de ônus foi Carnelutti, que voltou ao tema em algumas ocasiões. Para o autor, ônus é “uma faculdade, cujo exercício é necessário para o atingimento de um interesse”.⁶⁰ Ônus e dever teriam em comum o “elemento formal, consistente no vínculo a

56. Idem, p. 75.

57. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos* cit., p. 148 e ss.

58. BRUNETTI, Giovanni. *Norme e Regole Finali nel Diritto* cit., p. 76-77.

59. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos* cit., p. 148 e ss.

60. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile. Funzione e Composizione del Processo*. Padova: Cedam, 1936. vol. 1, p. 55.

vontade”.⁶¹ A diferença entre os dois conceitos estaria na diferença de “interesse”: no dever, o vínculo à vontade seria imposto para a tutela de um *interesse alheio*, e, no ônus, para a tutela de um *interesse próprio*.⁶²

Para Carnelutti, portanto, ambos os conceitos estão calcados em uma *necessitas*, uma impotência do sujeito. Entretanto, o sujeito de um dever pode somente escolher entre “sacrifício espontâneo” ou “sacrifício forçado” de seu interesse, ao passo que o sujeito onerado pode escolher qual de seus interesses quer sacrificar.⁶³ Daí que quanto ao dever seria possível falar em “ato devido”; quanto ao ônus, somente em “ato necessário”.⁶⁴

O autor também afirmava que a não adoção do comportamento ligado ao ônus não acarretaria ilícito, ao passo que aquele ligado ao dever, sim.⁶⁵ Acrescenta, ainda, que a inexecução ligada ao dever teria como consequência uma sanção jurídica, ao passo que aquela ligada ao ônus acarretaria apenas a “perda dos efeitos úteis do próprio ato”⁶⁶ (algo que, posteriormente, o jurista italiano referiu como uma sanção “econômica”).⁶⁷

Seja como for, para Carnelutti não parece haver dúvidas sobre a imperatividade também do ônus: o direito prevê uma “impotência e por isso um dever (...) também a cargo do onerado, que, não fosse assim, não existiria, justamente porque o direito não admite a tutela de um interesse seu sem o sacrifício de outro”.⁶⁸

O pensamento de Carnelutti serviu de base para muito daquilo que se tem hoje por ônus. Entretanto, suas ideias, como é evidente, não estão infensas a críticas.

Em primeiro lugar, vale frisar que a ideia de “interesse” não encontra uma precisão conceitual ou terminológica. Como bem apontado pela doutrina,⁶⁹ o “interesse” não é passível de identificação,⁷⁰ visto que algo interno ao sujeito. Não se trata de algo jurídico, mas de uma mera subjetivação de um fenômeno extrajurídico descrito como se jurídico fosse.

61. Idem, *ibidem*. Em sentido contrário, entendendo que o ônus não configura vínculo à vontade, vide AUGENTI, Giacomo Primo. Op. cit., p. 137.

62. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile* cit., vol. 1, p. 55.

63. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto*. 3. ed. rev. e ampl. Roma: Soc. Ed. Del “Foro Italiano”, 1951. p. 173.

64. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile. Atti del Processo*. Padova: Cedam, 1938. vol. 2, p. 73.

65. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto* cit., p. 174.

66. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile – La Funzione del Processo di Cognizione*. Padova: Cedam, 1933. vol. 2, p. 317.

67. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile* cit., vol. 1, p. 410.

68. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto* cit., p. 173.

69. IRTI, Natalino. *La Perfezione degli Atti Giuridici e il Concetto di Onere*, cit., p. 136-137.

70. IRTI, Natalino. Op. cit., p. 136.

O que importa, afinal, tanto no ônus quanto no dever, não é o que move o sujeito. Se ele cumpre um dever ou um ônus por um “interesse” econômico, de fazer caridade, de agradar ao próprio cônjuge, ou de parecer sério perante a sociedade, não só não importa para o Direito, como também é impossível de determinar. O sujeito pode inclusive cumprir o comportamento previsto em contrariedade a seu “interesse”. O que é possível verificar, portanto, ao fim e ao cabo, não é o “interesse” por trás da regra, mas sim a ação efetivamente cumprida ou não.⁷¹

Ademais, nas regras que atribuem ônus ou deveres, por muitas vezes é difícil (ou impossível) estabelecer se o que está em jogo é um “interesse” próprio ou alheio.⁷² Basta, para tanto, retornar ao exemplo do cinto de segurança. Ao atribuir ao sujeito um dever de utilização de cinto de segurança, não há como verificar se estaria o legislador protegendo um “interesse” alheio ou próprio do sujeito.

A segunda crítica sólida feita ao pensamento de Carnelutti concerne à terminologia “ato devido” e “ato necessário”.⁷³ Isso porque a utilização do termo “necessário” é feita de maneira “metafórica” e “imprópria”,⁷⁴ algo como uma “necessidade moral”.⁷⁵ Em verdade, a crítica revela que não “somente o cumprimento, mas também o não cumprimento, do ônus tem relevância jurídica, e não simplesmente econômica ou naturalista, como seria se ‘necessário’ fosse entendido em sentido próprio”.⁷⁶

Por fim, intimamente ligada à anterior, a terceira crítica diz respeito à sanção econômica. Se por um lado é verdade que quem não segue o comportamento desejado pela regra que atribui um ônus não incorrerá em sanções, por outro é igualmente verdade que, se a norma traz em si uma consequência, tal consequência não poderá ser considerada meramente econômica; será, também, necessariamente jurídica.⁷⁷

Não seria correto dizer, com efeito, que alguém que não ataca através de recurso uma sentença teria uma consequência meramente econômica para sua inércia. A ação e os resultados serão, sim, jurídicos; tanto o suporte fático quanto a consequência estão previstos no texto que baseia a regra.

As contribuições de Carnelutti, por outro lado, são diversas. Em primeiro lugar, ao perceber que também o ônus representa um vínculo à vontade.⁷⁸ Mais

brando, menos radical do que aquele imposto pelo dever (conforme será visto a seguir), mas ainda assim um vínculo. A referência do autor sobre o ponto é precisa: “uma impotência e, por isso, um dever [*rectius*: uma conduta desejada] se delineia também para o onerado, que, de outra forma [se a norma não atribuísse a ele um ônus], não existiria (...)”.⁷⁹

Trata-se de algo que hoje em dia parece claro: diante de uma regra que atribui um ônus, o sujeito sofre uma limitação em sua liberdade que não existiria caso a regra não atribuísse o ônus. Por exemplo: escovar os dentes não é uma conduta geralmente ligada a consequências jurídicas. Recorrer ou não recorrer de uma sentença, por outro lado, sim.

No primeiro caso, não há ônus e não há vínculo algum à vontade: o sujeito é totalmente livre (inclusive para não promover a escovação, sem que isso lhe traga qualquer consequência jurídica). No segundo caso, havendo ônus, o Direito, atribuindo consequências jurídicas para um comportamento e para outro (o “não comportamento”), vincula a vontade do sujeito; de maneira menos drástica, é verdade, mas ainda assim limitando a liberdade.

Dá a importância do *resultado* previsto para cada conduta para o conceito de ônus, pois, sem esse, o sujeito é deixado com plena liberdade de escolha, não se configurando um verdadeiro *ônus jurídico* (conforme será abordado a seguir, quando for abordado o tema dos ditos *ônus imperfeitos*).

Pode-se retirar, também, a partir do pensamento carneluttiano, a visão sobre quem faz a escolha do comportamento a ser adotado. Afinal, as críticas a “interesse próprio” e “interesse alheio” subsistem, mas seria perfeitamente possível afirmar que quando há ônus o legislador faz uma escolha (através da proporcionalidade), mas dá, também, uma escolha ao sujeito, que pode eleger licitamente, por exemplo, entre recorrer ou não recorrer.

Quando há dever, por outro lado, a escolha lícita está “fora do sujeito”, isto é, é feita exclusivamente pelo legislador (o sujeito comum não tem escolha lícita entre matar ou não matar, salvo as exceções legais).

Depois de Carnelutti, outra grande contribuição sobre a teorização do ônus foi dada por Gavazzi, que, além de ter produzido a única monografia sobre o tema escrita até hoje,⁸⁰ criticou e sistematizou toda a teoria anterior. Além das críticas

71. IRTI, Natalino. Op. cit., p. 137.

72. Sustentando a impossibilidade de “contraposição” entre interesse público e interesse privado no processo civil, MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. Padova: Cedam, 1942. p. 80.

73. GAVAZZI, Giacomo. *L'Onere – Tra la Libertà e L'obbligo*. Torino: Giappichelli, 1970. p. 83-84.

74. Idem, p. 83.

75. Idem, p. 84.

76. Idem, ibidem.

77. No mesmo sentido, GAVAZZI, Giacomo. Idem, p. 65.

78. Em sentido contrário, como já apontado, vide AUGENTI, Giacomo Primo. Op. cit., p. 137.

79. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto* cit., p. 173. A referência a “dever”, também a cargo do onerado, entra na crítica já formulada, a respeito da impossibilidade de um “dever livre”.

80. Nesse sentido, TARUFFO, Michele. *L'Onere come Figura Processuale*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè. anno LXVI. n. 2. p. 425-436. jun. 2012. Vide, também, tradução ao português: TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP* ano 7. vol. 11. Trad. Guilherme Luis

já apontadas ao longo do presente texto, o autor trouxe algumas contribuições importantes.

Ônus, para ele, vem definido como “uma técnica sutil e certamente menos autoritária do que o dever, para que as pessoas façam ou não façam certas coisas, conservando, ainda, a sensação, indubitavelmente agradável, de serem livres”.⁸¹

Criticando a concepção individualista⁸² proposta por Carnelutti, Gavazzi retira o ônus exclusivamente do interior do sujeito. Para tanto, destaca o lado externo da norma que atribui o ônus, que trabalha sempre, pelo menos de maneira mediata, em função de um interesse público.⁸³

O autor destaca, ainda, a instrumentalidade do ônus, que pode ser, dependendo dos casos, “uma forma indireta de proteção de interesses privados, ou (...) uma forma de proteção mediata de interesses públicos, ou (...) ao mesmo tempo ambas as coisas”.⁸⁴ E segue: “em relação ao indivíduo singular, [o ônus] é um modo de deixar fazer, mas em relação à generalidade dos indivíduos é um modo de fazer com que se faça”.⁸⁵

Gavazzi resume, portanto, suas ideias diferenciando os vários tipos de comportamentos com relação ao Direito. Dentre esses, interessam para o presente estudo: (i) os comportamentos categoricamente desejados, ou não desejados pelo legislador; (ii) os absolutamente indiferentes; e (iii) os comportamentos “propostos”, apreciados geralmente e singularmente (“comportamentos contrários são desaprovados, mas não tão fortemente desaprovados a ponto de exigir sanções repressivas ou reparatórias”).⁸⁶ O dever estaria, portanto, ligado ao item “i”, ao passo que o ônus estaria incluído na categoria “iii”.⁸⁷

As críticas movidas por Gavazzi a Carnelutti parecem bastante adequadas, assim como suas precisas definições acima destacadas. As reservas a seu pensamento são, portanto, poucas: parecem cingir-se ao fato de que segue utilizando a categoria de “interesses”, já criticada acima.

Suas proposições, por outro lado, trazem importantes pontos. Em primeiro lugar, ao retirar do interior do sujeito a normatividade do ônus; passando a enxergar a norma que o atribui do ponto de vista externo, Gavazzi pôde solucionar um

Quaresma Batista Santos *et alii*. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/7998/5783]. Acesso em: 26.11.2013.

81. GAVAZZI, Giacomo. Op. cit., p. 69.

82. Idem, p. 53.

83. Idem, p. 68.

84. Idem, p. 69.

85. Idem, p. 165.

86. Idem, *ibidem*.

87. Idem, *ibidem*.

problema central doutrina de Carnelutti, qual seja, o de ser ininteligível em um caso determinado se a norma que atribui um ônus ou um dever está tutelando um “interesse” (*rectius*: fim) do sujeito ou alheio a ele (utilizou-se, acima, o exemplo do cinto de segurança). Afinal, quando há a atribuição de um ônus, como visto, é possível que se esteja tutelando de maneira mediata um “interesse” público e, ao mesmo tempo, de maneira indireta um “interesse” privado.

A segunda importante contribuição de Gavazzi foi justamente definir a diferença de comportamentos dos sujeitos (que, conforme visto, quando se falou sobre Carnelutti, é o que é externalizado,⁸⁸ o que importa para o Direito) diante de um ônus e de um dever. O legislador atribui dever para comportamentos que são categoricamente exigidos e ônus para os que são somente “apreciados”, “desejados”, o que quer dizer, em outras palavras, que o primeiro é uma forma, por assim dizer, “mais drástica” e o segundo uma “menos drástica” de vinculação da vontade do sujeito.

As contribuições ulteriores sobre o ônus não parecem inovadoras. O tema foi enfrentado, por exemplo, pela doutrina civilista, sem contribuições muito originais. Nesse sentido, Pontes de Miranda,⁸⁹ Gomes,⁹⁰ Giorgianni,⁹¹ Messineo,⁹² Trimarchi⁹³ e Antunes Varela.⁹⁴ O mesmo ocorreu, de resto, com a doutrina processualista, como se pode verificar por Baptista da Silva,⁹⁵ Didier Jr., Braga e Oliveira⁹⁶ e Mitidiero e Alvaro de Oliveira.⁹⁷

Após abordar as questões e discussões acerca do ônus, a fim de que a diferenciação conceitual fique bastante clara, cumpre sejam ora consideradas as ideias e conceitos a respeito do *dever*.

Um dos maiores expoentes a este respeito é certamente Kelsen. Para ele, determinadas condutas humanas são exigidas, uma vez que o ordenamento jurídico

88. IRTI, Natalino. Op. cit., p. 107-164, p. 137.

89. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. III, p. 410.

90. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15. ed. rev., atual. e aum. De acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 12.

91. GIORGIANNI, Michele. *L'Obbligazione (La Parte Generale delle Obbligazioni)*. Milão: Giuffrè, 1951. vol. 1, p. 21.

92. MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e Norme Complementari). Introduzione (L'Ordinamento Giuridico Italiano). Dottrine Generali*. 8. ed. Ampl. e atual. Milão: Giuffrè, 1952. volume primo, p. 202-203.

93. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1983, p. 64.

94. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 8. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 1994. vol. 1, p. 56-57.

95. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil* cit., vol. 1, p. 195.

96. DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 81.

97. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil. Processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2012. vol. 2, p. 84.

liga “à conduta oposta um ato de coerção dirigido à pessoa que assim se conduz”.⁹⁸ Dessa forma, o “dever jurídico é o dever de se abster do delito. ‘Obedecer’ à norma é o dever do sujeito”.⁹⁹ Não havendo ligação de determinada conduta a um ato de coerção, segundo o autor, não haveria proibição.¹⁰⁰

Hart concorda com a ideia de que o Direito torne a conduta humana, em algum sentido, “não opcional ou obrigatória”,¹⁰¹ mas afirma que um ladrão com uma pistola pode ordenar que um bancário lhe entregue o dinheiro, sem que, nesse caso, seja possível afirmar a existência de uma “obrigação” ou de um “dever”;¹⁰² mesmo diante da ameaça a mão armada. Haveria, assim, uma diferença entre alguém que “foi obrigado” a algo e alguém que “tinha um dever”.¹⁰³

De fato, ao afirmar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”,¹⁰⁴ a Constituição brasileira deixa claro que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de coerção de um sujeito sem a existência, anterior e em lei, de um *dever* jurídico. O contrário, entretanto, não parece verdadeiro. Isto é, é possível que exista um *dever* previsto em lei, sem que a própria lei determine uma consequência jurídica específica.

O dever só terá *operatividade* se o sujeito que descumpra a regra que o atribui tiver consequências práticas. Isso não quer dizer, entretanto, que uma regra que diga, por exemplo, “o juiz tem o dever de X”, sem atribuir consequências específicas, não atribua um dever. Os planos, com efeito, são diferentes: um é o da *existência* do dever, de algo poder ou não ser assim considerado. O outro é o da *efetividade* da regra que atribui um dever.

A coercibilidade, portanto, direta ou indireta tem “caráter tendencial, mas não constante nem necessário do dever jurídico”.¹⁰⁵ Apesar de ser necessário para o funcionamento de um sistema jurídico que esse não tolere o ilícito, a coercibilidade parece ser um elemento conceitual do próprio ordenamento jurídico, e não do dever, especificamente. Basta pensar, para constatar isso, em uma regra de direito civil que preveja um dever, sem qualquer regra de direito processual que tu-

98. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009. p. 36.

99. Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 84.

100. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito* cit., p. 46.

101. Hart, Herbert Lionel. *The Concept of Law*. 1. ed. 10. reimp. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 80.

102. Idem, *ibidem*.

103. Idem.

104. Art. 5.º, II.

105. Betti, Emilio. *Dovere Giuridico* (teoria gen.). *Enciclopedia del Diritto*. V. XIV (Dote-Ente). Milão: Giuffrè, 1965. p. 58.

tele tal dever efetiva e adequadamente. A falta de efetividade não implica, por óbvio, que se possa afirmar inexistente o dever.

É claro, entretanto, que, ao retirar ou não prever a possibilidade de coercibilidade, pode que o legislador, ou mesmo o Judiciário, faça com que o *dever* previsto em lei acabe por se assemelhar mais a um ônus ou a um direito. Isso porque não restará claro para o intérprete se se tratará efetivamente de um dever ou não, justamente pelo fato de que o ordenamento jurídico não pode tolerar ilícitos. Se está tolerando é possivelmente porque não se trata de um ilícito.

Em outras palavras, considerando a tendencial coercibilidade do dever (visto que um ordenamento jurídico não pode tolerar ilícitos), se há dúvida sobre se algo é um dever ou um ônus, e o legislador e o Judiciário nada fazem para determinar o cumprimento forçado, é bastante factível que os operadores do direito e a sociedade civil em geral passem a não enxergar aquela ação ou omissão como um dever. Isso, entretanto, será uma perda de operatividade, nada dizendo com o conceito do dever.

Em verdade, o que ocorre é que a regra que atribui um dever não dá escolhas ao sujeito passivo: o dever é um “comportamento de obediência jurídica”.¹⁰⁶ Seu conteúdo é o “comportamento com que o sujeito deve [è tenuto a] manifestar sua obediência, é dizer, a estrutura da sua ação”.¹⁰⁷ O dever jurídico tem, portanto, a particularidade de fazer com que o sujeito “não se possa comportar a não ser no modo estabelecido, cumprindo o ato devido, sob pena de incorrer nas sanções legais”.¹⁰⁸ “é a necessidade imposta pelo direito (objectivo) a uma pessoa de observar determinado comportamento”.¹⁰⁹

Os ensinamentos doutrinários apontam, portanto, em um sentido muito claro: o sujeito que não adota a ação (ou omissão) prevista na regra que lhe atribui um dever incorre em ilicitude. Tendencialmente, o sistema jurídico deverá ter instrumentos efetivos e adequados para fazer cessar as ilicitudes, de modo que o dever tenha operatividade e seja realmente capaz de servir de instrumento ao Direito em sua função primordial de ordenar condutas.

Seja como for, a fim de sintetizar o que foi até aqui exposto, cumpre destacar inicialmente que tanto as regras que atribuem ônus como as que atribuem deveres são jurídicas e imperativas. Entretanto, importam graus diferentes de restrição à liberdade dos sujeitos, visto que o ônus configura uma vinculação mais branda à vontade (não lidando com ilícitos), e o dever uma vinculação mais radical (lidando com ilícitos).

106. Frosini, Vittorio. *Dovere*. *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Utet, 1975. vol. 6, p. 302.

107. Idem, p. 303.

108. Palermo, Antonio. *Obbligo Giuridico*. *Novissimo Digesto Italiano*. vol. 11. Torino: Utet, 1965. p. 703.

109. Antunes Varella, João de Matos. *Op. cit.*, p. 51-54.

Tanto as regras que atribuem ônus como as que atribuem deveres trabalham com fins que, em última instância, são públicos (fins exclusivamente privados, como boas relações com os amigos, matrimônio feliz e duradouro, sucesso na vida profissional etc. não são ou não deveriam ser tutelados pelo Direito). Entretanto, nas que atribuem ônus o fim público fica em uma posição apenas mediata.

A regra que atribui um ônus descreve um comportamento “apreciado”, mas não categoricamente exigido, ao passo que a que atribui um dever descreve um categoricamente desejado. Não por acaso, portanto, o descumprimento do comportamento (positivo ou negativo) previsto na regra que atribui o dever configura um ato/omissão contrário ao Direito, ao passo que com a regra que atribui o ônus isso não ocorre.

Em outras palavras, quando o sujeito descumpre um dever age ilícitamente, de modo que não só o Direito prevê (ou pode prever) sanções, mas também pode/deve utilizar sua força para impedir a reiteração/continuação do ilícito. Quando o sujeito “descumpre” um ônus (*rectius*: não adota o comportamento desejado pela regra que atribui o ônus), não tendo praticado um ilícito, tem apenas as consequências “negativas” (ou não positivas) previstas na própria regra.

Um exemplo pode esclarecer o ponto:¹¹⁰ se um policial vê um sujeito em vias de assassinar outro deve impedi-lo, mesmo se o ofensor afirmar estar disposto a ser preso após a prática do ilícito pretendido. Isso porque “não matar” é um dever jurídico, e o Direito deve usar sua força para impedir sua prática/reiteração/continuação.

Por outro lado, mesmo diante de um delegado de polícia, de um juiz de direito, ou de qualquer outra autoridade, se um sujeito deixa de observar uma formalidade de um título de crédito,¹¹¹ ou se deixa de apresentar um recurso a uma sentença de primeiro grau, ou de registrar uma promessa de compra e venda de bem imóvel, isso não configura um ilícito, de modo que qualquer intervenção de tais autoridades será ilegítima (além de, no Brasil, inconstitucional, por força do art. 5.º, II, da CF).

Tem-se, portanto, que as duas categorias podem ser resumidamente definidas conforme segue:

1. O ônus:

- 1.1 é uma situação passiva subjetiva com sujeição branda;
- 1.2 é atribuído por uma regra jurídica imperativa;
- 1.3 é uma forma de tutela que descreve um comportamento (positivo ou negativo) “apreciado” pelo Direito, mas não categoricamente exigido;
- 1.4 dá ao sujeito onerado a possibilidade de escolha entre o agir ou não de acordo com o comportamento (positivo ou negativo) “apreciado”;

110. O exemplo é de AUGENTI, Giacomo Primo. Op. cit., p. 133.

111. Este é o segundo exemplo do autor. Idem, p. 137.

- 1.5 agindo em “contrariedade” com o comportamento previsto na regra que atribui o ônus o sujeito não estará praticando um ato/omissão contrário ao Direito, não se configurando um ilícito;
 - 1.6 justamente por isso, ao sujeito que não quer adotar o comportamento “apreciado” não poderão ser cominadas sanções diretas ou indiretas, multas, penalidades, técnicas coercitivas (exemplo: multa diária), nem mesmo ser exigido de forma alguma pelo Direito que seja adotado o comportamento previsto na regra;
 - 1.7 a consequência para a não adoção do comportamento estará na própria regra, no resultado “prometido” para cada escolha. Isto é: “se adotares o comportamento A terás B”; “se não adotares o comportamento A não terás B”.
- #### 2. O dever:
- 2.1 é uma situação subjetiva passiva com sujeição radical;
 - 2.2 é atribuído por uma regra jurídica imperativa;
 - 2.3 é uma forma de tutela que descreve um comportamento (positivo ou negativo) categoricamente exigido pelo Direito;
 - 2.4 não dá ao sujeito obrigado a possibilidade de escolha sobre sua intenção de agir ou não de acordo com o comportamento (positivo ou negativo), apenas exige que se cumpra;
 - 2.5 agindo em contrariedade com o comportamento previsto na regra que atribui o dever o sujeito estará praticando um ato/omissão contrário ao Direito, configurando-se um ilícito;
 - 2.6 justamente por isso, ao sujeito que não quer adotar o comportamento exigido pelo Direito será oportuno que esse comine sanções diretas ou indiretas, multas, penalidades, técnicas coercitivas (exemplo: multa diária), de modo que o Direito utilize sua força para a adoção do comportamento desejado;
 - 2.7 a consequência para a não adoção do comportamento estará não só na consequência prevista na própria regra (exemplo: pena de prisão para quem praticar homicídio), mas também na força que o Direito utilizará para lidar com o ilícito (v. g., a polícia deve utilizar a força para impedir que esse ocorra).

2.3.1.1 Ônus processual? Ônus imperfeito?

A processualística travou discussões sobre a ideia de que o ônus processual pudesse ser diferente do ônus material. Defendia, assim, parcela da doutrina que, no ônus material, “a vantagem trazida por seu adimplemento consiste na aquisição ou na conservação de um direito. Ao contrário, no processo, o adimplemento do

ônus dá somente esta vantagem: de criar uma situação processual que, na perspectiva da parte, concorre ao resultado de uma sentença favorável de mérito, sem, de resto, garantir que aquele resultado, na decisão final, seja conseguido. (...) [O] adimplemento não assegura que a possibilidade que se abriu conduza sozinha à sentença favorável”.¹¹²

Tal ideia, entretanto, não parece subsistir. Ônus, como já anotado pela doutrina,¹¹³ é tema de teoria geral do direito, não parecendo haver, portanto, qualquer razão para imaginar que o ônus do processo civil seja diferente do ônus do direito material (seja do direito civil, do direito tributário etc.). O ônus de recorrer, no processo civil, por exemplo, tem exatamente o mesmo funcionamento do ônus de registrar uma promessa de compra e venda de imóvel no registro competente, no direito civil, e de um pagamento antecipado de IPTU, no direito tributário.

Nos três casos, a “não prática” do ato estimulado (recurso, registro e antecipação do pagamento, respectivamente) não configuram atos contrários ao Direito, uma vez que o legislador dá, em cada um dos três casos, duas escolhas lícitas ao sujeito destinatário da regra. Uma vez adotada a conduta, o resultado previsto no texto legal automaticamente virá: a análise do recurso,¹¹⁴ no primeiro caso, a eficácia perante terceiros, no segundo, e o “desconto”, no terceiro.

Afastada a suposta diferença entre ônus processual e demais ônus, cumpre analisar a ideia, defendida por parcela da processualística, no sentido de que alguns dos ônus processuais, diante da adoção da conduta prescrita, não trariam “automaticamente” ou “necessariamente” a consequência prevista.¹¹⁵ Assim, defendia-se que os “ônus são perfeitos ou menos perfeitos, segundo seu descumprimento *traga forçosamente* aparelhados determinados prejuízos, ou possa trazê-los”.¹¹⁶

A posição, apesar de bastante repetida no Brasil,¹¹⁷ não parece persuasiva.¹¹⁸ Isso porque a consequência prevista na regra que atribui o ônus, conforme já men-

112. DE STEFANO, Giuseppe. Onere (dir. proc. civ.). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè. vol. 30. p. 114.

113. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova* cit., p. 177. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 53.

114. Fazem parte do ônus de recorrer a interposição do recurso com observância dos requisitos legais, como, por exemplo, a tempestividade.

115. Tal pensamento, segundo a doutrina (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le Prove Civili*. 3. ed. Torino: Utet Giuridica, 2010. p. 256, n. 31; MICHELI, Gian Antonio. Op. cit., p. 53, n. 2; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Op. cit., p. 72.), proviria das ideias de Goldschmidt.

116. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro: Labor, 1936. p. 203. Grifos mantidos do original.

117. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 201-202; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Op. cit., p. 98 e ss.

118. No caso do ônus da prova, aliás, como será visto nos próximos itens, a conduta do sujeito não tem qualquer relação direta e obrigatória com o resultado da demanda, nem

cionado, é fundamental e estrutural ao seu funcionamento; é justamente o resultado em tese que estimula o sujeito a adotar ou não a conduta, dependendo de sua atratividade.

Sem a previsão de algum resultado, o “ônus imperfeito” simplesmente perde sua normatividade, sua limitação à liberdade do sujeito da regra que o atribui, visto que a conduta passa a traduzir-se apenas em uma necessidade prática, uma faculdade do sujeito; deixa, portanto, de ser um *ônus jurídico* em sentido técnico.

Os casos trazidos pela doutrina, aliás, parecem justamente não estarem ligados a ônus.¹¹⁹ Assim, por exemplo, o suposto “ônus imperfeito” de alegar incompetência absoluta.¹²⁰ Ninguém duvida de que o juiz tenha, no ordenamento jurídico brasileiro, o *dever* de reconhecer a incompetência absoluta a qualquer tempo, de ofício; a parte, constatando que o juiz não cumpriu com seu dever, poderá peticionar nos autos solicitando providências. Ao fazê-lo, certamente “aumentará as chances” de que o juiz observe seu dever, antes descumprido.

Tal, entretanto, pode configurar o exercício do direito da parte de influir sobre os provimentos jurisdicionais, o exercício do direito ao contraditório etc., mas não tem qualquer relação com um *ônus* em sentido técnico-jurídico. Não há qualquer limitação à liberdade natural do sujeito e não há qualquer consequência ligada à conduta de fazer o requerimento ou não fazer; a não ser a consequência natural, que não é criada pela norma, de que, uma vez tendo sido chamada a atenção do juiz pela parte, esse terá maior tendência de “prestar atenção” ao fato.

Da mesma forma, com efeito, pode-se dizer que o juiz tem o dever de receber o advogado da parte, e o advogado da parte tem o direito de ser recebido pelo juiz. Certamente o advogado que tem uma relação mais próxima com o juiz da causa, comparecendo, prestando esclarecimentos, solicitando providências, estará, ao bem realizar seu mister, aumentando as chances de sucesso de seu cliente na causa. Isso, entretanto, não configura um *ônus* do advogado, mas sim o exercício, com maior ou menor empenho, de seu direito.

Em outras palavras, a parte tem o ônus de apresentar uma demanda, pois, caso não a apresente, não haverá prestação de tutela jurisdicional; tem o ônus de recorrer, pois, caso não o faça, o segundo grau de jurisdição não apreciará o mérito novamente, havendo, em consequência, trânsito em julgado. Por outro lado, não tem ônus de alegar incompetência absoluta, justamente porque daí não de-

mesmo sendo possível afirmar que a conduta de “produzir provas” aumentará as chances de vitória. A questão do ônus imperfeito será novamente abordada, portanto, oportunamente.

119. O exemplo do ônus da prova como “ônus imperfeito” será abordado nos próximos itens.

120. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. e atual. com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004. vol. 2, p. 206.

correm consequências jurídicas diretas nem no caso da adoção da conduta, nem no caso da não adoção.

Da mesma forma, não configura ônus jurídico, ao contrário do que já se sugeriu,¹²¹ o disposto no art. 386 do Novo CPC, que prevê que “[q]uando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado, ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor”.

Veja-se, primeiramente, que a regra está atribuindo um dever ao juiz, no sentido de determinar que esse leve em consideração as evasivas da parte quando for analisar a corroboração das hipóteses fáticas.

Quanto à parte, entretanto, não há que se falar, novamente, em ônus “imperfeito”. Uma parte tem o *direito* de requerer o depoimento pessoal daquela do polo oposto. Ambas, entretanto, gravadas por um *ônus*, podem simplesmente silenciar nos depoimentos, sabendo que a consequência disso será uma presunção em seu desfavor (art. 385, § 1.º, do Novo CPC). Tal presunção é a consequência para a não adoção da conduta prevista na regra que atribui o ônus, que, justamente por isso, pode ser considerado um ônus.

Não há, em outras palavras, qualquer “imperfeição” no ônus atribuído pelo texto legal. A regra prevê duas condutas lícitas (a prestação de depoimento e a não prestação) e duas consequências jurídicas (não presunção de veracidade e presunção de veracidade), uma correspondente a cada conduta. Novamente, portanto, não se está diante de um “ônus imperfeito”.

Para que algo possa ser considerado um ônus, repita-se, é necessário que a regra preveja uma conduta e uma consequência jurídica correspondente, tanto para a adoção como para a não adoção, a fim de que o sujeito da regra seja estimulado a praticar a conduta desejada, através da expectativa legítima no resultado.

2.3.2 Bases culturais da doutrina processual do século XX e a despreocupação com a completude do material probatório quando da construção científica do ônus da prova

É certamente bastante difícil agrupar cerca de cem anos de produção doutrinária para encontrar raízes que estariam supostamente à base de algum pensamento.

Com o ônus da prova não é diferente. Muito se escreveu, desde as primeiras teorizações científicas sobre o tema, de modo que seria praticamente impossível agrupar toda a doutrina em um grande grupo, a fim de detectar o cenário cultural da processualística no início das construções sobre a temática.

121. MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil. Teoria geral do processo civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 1, p. 122.

Não obstante tudo isso, é perfeitamente possível, comparando-se o cenário cultural do início do século XX com o atual, verificar que algumas ideias-chave que marcavam o pensamento da época não mais subsistem, ao passo que outras seguem sendo sustentadas por importante parcela da doutrina.

O escopo do presente item, pois, longe de atingir a impossível completude, é o de sugerir relações entre algumas marcas profundas do pensamento da processualística do século passado e a construção das ideias e conceitos relacionadas ao ônus da prova.

A doutrina tradicional, principalmente do século XX, tinha, primeiramente, como já destacado, a ideia de que a verdade não era assunto para o processo civil. Afinal, aquilo que ocorria dentro desse, ou a “verdade” (com aspas) que lá se produzia, não necessariamente tinha relação com o mundo exterior, ou seja, com a “verdade” externa ao processo.

Haveria, portanto, uma “verdade formal”, ou “judicial”, que seria aquela obtida no processo, e uma verdade “material”, que seria aquela relacionada ao mundo dos fenômenos reais.¹²²

Já que a busca da verdade (da “verdade verdadeira”, “verdade material”) no caso singular não poderia ser um escopo do processo,¹²³ a “verdade formal”, “verdade processual”, “verdade jurídica” deveria ser suficiente. Apesar de ser conhecida como uma “não verdade”,¹²⁴ era tida como a única ligada ao processo, já que coincidia com a “verdade material na média dos casos”.¹²⁵

Mesmo quem criticava a ideia de *verdade formal*, entretanto, reconhecendo que os fatos considerados “como existentes (...) não são sempre correspondentes à verdade [*al vero*]”,¹²⁶ acabava por retirar a importância daquilo que acontecia fora do processo, sustentando que “a vontade da lei é *aquilo que o juiz afirma ser a vontade da lei*”,¹²⁷ de modo a não haver diferença entre o que o “juiz afirma e aquilo que poderia afirmar”.¹²⁸ Isso porque o conhecimento humano seria relativo,¹²⁹ dada a ausência de limites para a pesquisa sobre a verdade,¹³⁰ e o Estado não poderia pretender dar fatos por verdadeiros”.¹³¹

122. Para uma descrição sobre tal contexto, com o fim de criticá-lo, vide TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici. Nozioni Generali*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 3-4.

123. CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. 2. ed. Roma: Edizioni dell'Ateneo, 1947. p. 29.

124. Idem, p. 62.

125. Idem, *ibidem*.

126. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1965. p. 77.

127. Idem, p. 79.

128. Idem, *ibidem*.

129. Idem, p. 78.

130. Idem, *ibidem*.

131. Idem, p. 79. Conforme já mencionado nos itens anteriores, de fato, o que o Estado pode fazer é considerar algo provado ou não. A verdade é dada exclusivamente pelo

Assim, as provas serviriam para “convencer o juiz da *verdade*. Essa estima-se aqui em um sentido histórico-empírico, é dizer, como mera verossimilhança”.¹³² Estar-se-ia do “terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica, não da certeza lógica, e, portanto, tratar-se-á sempre de um juízo de probabilidade, mesmo que muito elevada, de verossimilhança (...)”.¹³³

Ou seja: o que ocorria efetivamente no “mundo lá fora” não era a preocupação direta e central do direito processual civil. Os fatos eram apenas “fixados” em juízo,¹³⁴ já que a “verdade” no processo seria diferente e autônoma com relação à “verdade” do mundo exterior.

A posição demonstrada acima (que recebeu, como já mencionado, a classificação de “Perfeccionista Desapontado”)¹³⁵ não teve, entretanto, importância somente histórica, sendo bastante presente na processualística atual.

No plano internacional, por exemplo, escreveu-se que o “mundo assim como é” seria um sinônimo de “como *hoje* estamos convencidos de que seja”,¹³⁶ de modo que a verdade seria, portanto, socialmente determinada,¹³⁷ ou mesmo baseada no convencimento gerado dentro do processo.¹³⁸ Também no Brasil a corrente chamada por Twining de Perfeccionistas Desapontados é até hoje largamente prevalente na processualística, ganhando, inclusive, a adesão de nomes de peso.¹³⁹

mundo lá fora. Isso, por outro lado, não afeta minimamente o fato de que o sistema deve ser orientado para a busca da verdade.

132. GOLDSCHMIDT, James. Op. cit., p. 255-256.

133. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile. Principi*. 7. ed. (atualizada por Vittorio Colesanti, Elena Merlin e Edoardo F. Ricci). Milano: Giuffrè, 2008. p. 296.

134. CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile* cit., p. 34 e 61.

135. TWINING, William. Some Scepticism about Some Scepticisms. *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 103.

136. CAVALLONE, Bruno. In defesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo). *Rivista di Diritto Processuale*. vol. LXV. n. 1. p. 10. Milano: Cedam, jan.-fev. 2010.

137. Daí que, para ele, uma decisão baseada na ordália do fogo não seria necessariamente por si só mais justa do que uma produzida com base em conhecimentos científicos. CAVALLONE, Bruno. *Idem*, p. 9.

138. “[N]ão penso, de fato, que nossos juízes devam decidir as causas jogando os dados (...); mas sim com base em provas idôneas à verificação das alegações fáticas das partes, na medida tanto das regras de processo como de critérios epistemológicos sensatos, compreensíveis e coerentes com nossa cultura”. *Idem*, *ibidem*.

139. Assim, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova* cit., p. 34-37: “Exige-se, portanto, que o juiz seja um deus, capaz de desvendar a verdade velada pela controvérsia das partes. (...) Todavia, e sem que se precise de maior esforço para atingir essa conclusão, tal obra é impossível, somente se prestando como argumento retórico para justificar a ‘justiça’ da decisão tomada. O juiz é um ser humano como qualquer

O que tais posições têm em comum, como já assinalado anteriormente, é que retiram a importância da verdade como *standard de correção*¹⁴⁰ da decisão, isto é, não permitem que seja possível averiguar se o resultado da busca procedida dentro do processo corresponde ou não com aquilo que ocorreu no “mundo real”.

Em outras palavras, a qualidade e a completude do material probatório podem ser algo relevante para a qualidade da argumentação sobre os fatos, mas não crucial, visto que mesmo diante de poucas provas será possível formar um grau de “convicção” suficiente para satisfazer os parâmetros argumentativos.

Daí que, tendo como premissa a inexistência da verdade, ou a verdade como mera questão de consenso dentro do processo, o aumento e a melhoria da qualidade do material probatório não se configurava como uma necessidade. Em outras palavras, a provável insuficiência das provas não era vista como uma perda tendencial do processo quanto à possibilidade de produção de decisões justas; afinal, repita-se o processo não contava com *standards* externos quanto aos fatos.

Nesse sentido, chegou-se mesmo a afirmar que “na apuração domina de regra o princípio dispositivo: incumbe às partes propor as provas que creem oportunas. O magistrado julga com base nas provas produzidas: *pior para as partes se forem insuficientes*”.¹⁴¹

O trecho acima tem o condão de explicitar outra ideia que também estava à base do pensamento tradicional do século XX: de que o procedimento probatório, e o processo de um modo geral, eram desenvolvidos exclusiva ou quase que exclusivamente no interesse das partes. O princípio dispositivo era elevado à máxima potência, incluindo também a colheita do material probatório.

Afirmava-se, assim, que “[o]s aportes de provas são atos da parte. Esses são uma consequência do princípio dispositivo”,¹⁴² ou, no Brasil, que a “teoria do ônus

outro e sujeito, conseqüentemente, a valorações subjetivas da realidade que o cerca. A figura mítica do juiz, como alguém capaz de *descobrir* a verdade sobre as coisas e, por isso mesmo, apto a fazer justiça, deve ser desmascarada”. No mesmo sentido, SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil* cit., vol. 1, p. 321: “Daí a afirmar Luis Recaséns Siches que os conceitos de ‘verdade’ e ‘falsidade’ são estranhos ao domínio do direito, em que deve ter lugar o que ele denomina ‘lógica do razoável’, diversa da lógica das ciências naturais (...)”. Ainda, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 177 e 178: “a tendência atual inclina-se, decididamente, no sentido de libertar o juiz de cadeias formalísticas, tanto na avaliação da prova quanto na investigação dos fatos da causa, facilitando a formação de sua convicção com a verdade possível, própria da condição humana”.

140. HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010 (reimpressão; 1. ed. 2008). p. 105.

141. CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., p. 730. Grifos nossos.

142. GOLDSCHMIDT, James. Op. cit., p. 253.

da prova relaciona-se estreitamente com a conservação do princípio dispositivo no processo pelo que respeita à verificação dos fatos”.¹⁴³ “Isso significa que o juiz não pode, via de regra, assumir iniciativas instrutórias, nem andar à busca dos meios que podem lhe parecer úteis à busca da verdade. *Iudex iudicare debet iuxta alligata et probata partium*”.¹⁴⁴

Tais visões, hoje criticadas por parte da doutrina (como será visto a seguir), tiveram impacto central na formação da ciência sobre o ônus da prova. Afinal, uma vez excluída qualquer possibilidade de iniciativa probatória pelo juiz, os fatos poderiam ser provados somente por uma parte, ou pela outra.¹⁴⁵ Daí que, novamente, a completude do material probatório, ou a preocupação com sua qualidade, era somente um problema das partes, pois somente através da atividade dessas era que a “certeza” era alcançada no processo.¹⁴⁶

Imaginava-se, destarte, que as partes eram depositárias das provas, e que onerando adequadamente cada uma delas, seria possível convencê-las, ou estimulá-las a levar as provas a juízo.¹⁴⁷ Caso não as levassem, por quaisquer que fossem os motivos, isso não acarretaria qualquer consequência negativa ao processo em si, notadamente à sua qualidade como tendencialmente orientado à produção de decisões justas: tratava-se, isto sim, de uma preocupação atinente somente às partes (“pior para as partes” se as provas fossem insuficientes, nas já citadas palavras de Chiovenda).

Justamente por isso, aliás, a doutrina da época já desenhava, desde então, uma clara relação entre o princípio dispositivo e o ônus da prova, sustentando que a “teoria do ônus da prova está estreitamente conexa com a conservação do princípio dispositivo no processo, no que diz respeito à apuração dos fatos. Em um sistema que admitisse a busca de ofício da verdade dos fatos, a repartição do ônus da prova não teria significado”.¹⁴⁸

143. BUZARD, Alfredo. Op. cit., p. 19.

144. LIEBMAN, Enrico Tulio. Op. cit., p. 308. Grifo nosso. Vide críticas doutrinárias que seguem, relativas à indevida inclusão da palavra “*partium*” ao final do brocardo.

145. CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile* cit., p. 22.

146. AUGENTI, Giacomo Primo. Op. cit., p. 122.

147. Idem, p. 146 e 225.

148. CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., p. 796. Tais ideias seguem, até hoje, vivas em parte da doutrina pátria, como no seguinte trecho da obra de DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* cit., p. 247-248: “As regras sobre o ônus da prova e sua distribuição constituem uma inerência do princípio dispositivo. Onde se tivesse um processo puramente inquisitivo, não se cogitaria do *onus probandi*, nem das consequências do seu descumprimento, simplesmente porque ao juiz incumbiria a busca da verdade dos fatos e a cooperação das partes seria pelo menos dispensável e sequer haveria como sancioná-la pela omissão de provar”

Esses pensamentos, entretanto, conforme denunciado pela doutrina mais recente,¹⁴⁹ baseiam-se em grande parte em uma recepção equivocada do brocardo “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata*”, com a inclusão da palavra “*partium*” ao final (como reproduzido acima), dando a entender que o juiz só pudesse assistir às atividades probatórias das partes, tendo que ficar neutro.

Tal confusão, que teria começado na doutrina italiana, pelas mãos de Chiovenda¹⁵⁰ (possivelmente pela influência de Wach),¹⁵¹ ganhou, como se pode ver, eco na doutrina processual,¹⁵² tendo importante papel na “neutralização” do juiz.¹⁵³ O brocardo original dizia somente que o juiz não pode julgar de acordo com sua própria consciência, devendo basear-se naquilo que foi alegado e provado.¹⁵⁴ Isto é, não dizia respeito à instrução probatória, mas sim à proibição de que o juiz “substituisse” as provas produzidas por sua consciência.

A doutrina atual, com a “correção” do brocardo, busca demonstrar, assim, que o aporte de provas ao processo não pode ser incluído no princípio dispositivo, nem pode ser limitado pelo princípio de *aportación de parte* (influenciado pelo mencionado erro histórico).¹⁵⁵ Afinal, “os litigantes são livres para dispor dos interesses deduzidos em juízo (ou seja, do objeto do processo), [mas] não o são a respeito do próprio processo, é dizer, seu desenvolvimento, ao conceber-se [esse]

149. PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba. Estudio de la Errónea Recepción del Brocardo Iudex Iudicare Debet Secundum Allegata et Probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Bosch, 2007.

150. CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., p. 725.

151. PICÓ I JUNOY, Joan. Op. cit., p. 53-54.

152. Idem, p. 55 e ss.

153. O equívoco é repetido, por exemplo, em MICHELI, Gian Antonio. Op. cit., p. 161.

154. PICÓ I JUNOY, Joan. Op. cit., p. 36.

155. Isso tem repercussão quanto aos acordos de procedimento previstos no art. 190 do Novo CPC. A interpretação desse texto não pode permitir que as partes tenham o direito, em um processo pautado pela busca da verdade, de simplesmente, por acordo, limitar a cognição do juiz, ou de “forçá-lo” a não admitir uma prova relevante. Simplesmente porque a prova não está exclusivamente à disposição e a serviço das partes. Veja-se que não se trata de um procedimento privado, mas sim de um processo judicial do Estado, apto, inclusive, a gerar precedentes. As partes, como será visto no item seguinte, têm o direito e o dever de produzir provas, e o juiz tem o dever. Quando a instrução pelas partes é insuficiente, o juiz *deve* determinar de ofício a produção de todas as provas relevantes. Parece, de resto, ser essa a interpretação razoável do art. 370 do Novo Código (o antigo art. 130 no CPC/1973). O Código, como se pode ver, dá ao juiz o poder de suprir a inatividade das partes, justamente para que as provas “necessárias ao julgamento do mérito” estejam presentes no momento do julgamento. O processo civil não é somente uma forma de resolver conflitos privados: é a forma principal que tem o Estado de fazer valer o que é prometido pelo ordenamento jurídico, utilizando o seu poder. Não pode, portanto, o Estado contentar-se com uma busca da verdade limitada injustificadamente, que resultaria, tendencialmente, em resultados menos justos.

não somente como instrumento dirigido à tutela jurisdicional de direitos privados, mas, ainda, como função pública do Estado, interessado, portanto, no melhor cumprimento de tal função”.¹⁵⁶

As partes podem, em outras palavras, escolher se querem bater à porta do Judiciário ou não; podem escolher sair do Judiciário (quando há, por exemplo, desistência por uma parte e concordância pela outra) – tudo isso está dentro do princípio dispositivo. Não podem, entretanto, forçar o juiz a deixar de considerar uma prova relevante. As partes não têm esse direito (conforme, inclusive, demonstra o art. 370 do Novo CPC).

Não há, portanto, qualquer contradição entre os poderes probatórios das partes e os do juiz,¹⁵⁷ visto que todos podem e devem contribuir para a formação do material probatório¹⁵⁸ (seja espontaneamente, seja mediante coação, como será visto nos itens que seguem). Tudo isso a fim de que, quando chegar o momento do julgamento, tendencialmente, todos os meios de prova disponíveis sejam levados a juízo.

Por fim, outra questão bastante importante para o objeto deste trabalho, presente na doutrina do século XX e posterior, era justamente o fato da figura do juiz estar colocada como o cerne de toda a apuração dos fatos, como destinatário da prova, fonte imperscrutável do que poderia ser considerado provado e “metro” para análise da “suficiência” do “convencimento”.

Era o juiz quem deveria ser “convencido” sobre os fatos da causa. A prova tinha uma única direção: das partes para o juiz, seu destinatário exclusivo; somente caso não houvesse condições para esse de “formar o próprio convencimento sobre a existência de fatos relevantes”¹⁵⁹ é que se utilizaria o ônus da prova. Nos outros casos, o juiz decidiria com base naquilo sobre o que *se convencerá*.¹⁶⁰

156. PICÓ I JUNOY, Joan. Op. cit., p. 102-103.

157. Idem, p. 106.

158. É, aliás, o que determina claramente o art. 370 do Novo CPC. O juiz determina a produção das provas necessárias, seja a requerimento das partes, seja de ofício. O Código não prevê, em outras palavras, a possibilidade de que provas relevantes não estejam em juízo.

159. MICHELI, Gian Antonio. Op. cit., p. 151; ROSENBERG, Leo. *La Carga de La Prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956. p. 7.

160. É o que se verifica, por exemplo, em GOLDSCHMIDT, James. Op. cit., p. 256: “O fim da prova é lograr o convencimento do juiz. Sendo a verdade que se persegue somente relativa, é dizer, simples *verossimilhança*, deve substituir-se o padrão objetivo para apreciá-la por um subjetivo: o convencimento do juiz”. No mesmo sentido, MICHELI, Gian Antonio. *LOnere della Prova* cit., p. 151: “[O] juiz é posto na condição de pronunciar em todos os casos, mesmo quando não tenha condições de formar seu próprio convencimento sobre a existência dos fatos relevantes”. Ainda, ROSENBERG, Leo. Op. cit., p. 7: “[O] problema do ônus da prova não pode surgir, quando as afirmações das partes não

A questão demonstra, portanto, que para a processualística do século XX, e para muitas importantes vozes da doutrina atual, o sentido de “está provado” significa “o juiz está convencido”. E mais: o grau de suficiência para que algo possa ser considerado provado é dado também pelo juiz, de maneira subjetiva.

O ponto já foi bastante criticado no item 1.2.3, quando se abordou que o sentido emprestado pela doutrina atual para “está provado que *p*” é, atualmente, equivalente a “há elementos de corroboração suficientes no sentido de *p*”, sendo que o grau de suficiência é dado pelo Direito, através dos *standards* probatórios.

Não obstante, para o que interessa no momento, cumpre salientar que, ao conferir ao juiz, subjetivamente, a tarefa de “estar convencido” ou não, além de eliminar-se a possibilidade de erro das decisões judiciais, a qualidade e a completude do material probatório tampouco são alçadas a preocupações centrais.

Afinal, mesmo um conjunto probatório bastante limitado pode causar *beliefs* no juiz; e, não sendo possível, sem um *standard* externo de correção, verificar se tal *belief* pode ser definido como *justified* ou não, pouco importará a qualidade ou a *comprehensiveness* do conjunto probatório.

Em outro exemplo, se o juiz estiver convencido, mesmo contrariando robusto material probatório, que aponte de maneira clara e unívoca em um sentido, a decisão produzida poderá não guardar qualquer relação com os fatos efetivamente ocorridos no mundo real, com uma conseqüente tendência do processo à produção de decisões injustas.

Todo o caldo cultural do século XX, portanto, quando foram desenvolvidas as teorias científicas sobre a prova como ônus, dispensavam ou simplesmente não consideravam como uma preocupação central para a justiça da decisão o incremento do material probatório, sua completude.

2.4 Críticas à doutrina tradicional

É necessário, a seguir, proceder-se com críticas, a fim de demonstrar que e por quais razões a doutrina do ônus da prova não tem condições de propiciar maior completude do material probatório (o que, aliás, como demonstrado no item anterior, sequer era uma prioridade quando da teorização inicial sobre o tema). É o que se passa a fazer a seguir.

se discutem ou quando o tribunal está firmemente convencido da verdade ou falta de verdade das afirmações discutidas”. Na doutrina mais recente, nesse sentido, SENTIS MELENDO, Santiago. *La Prueba. Los Grandes Temas del Derecho Probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979. p. 40; COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4. ed. 4. reimp. Buenos Aires: Ed. B de F, 2010. p. 179 e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova* cit., p. 86-87.

2.4.1 Ônus e possibilidade de recusa de produção de prova contrária a si próprio

A primeira crítica importante à construção tradicional sobre o ônus da prova vai no sentido de que, conforme largamente exposto no item 2.3.1 supra, a atribuição de um ônus traz consigo justamente a possibilidade de recusa, sem cometimento de ilícito (ato contrário ao Direito), da prática do ato “desejado”.

Isso, com relação à prova, quer dizer justamente que, atribuindo um *ônus* da prova, ninguém, nem mesmo o Judiciário, pode forçar o sujeito a produzir prova que não seja de seu “interesse”. O sujeito terá, teoricamente, sempre a possibilidade de simplesmente vir aos autos e informar que pretende correr o risco da não produção da prova.

Afinal, se o legislador afirma que a parte tem um *ônus* de produzir determinada prova, dá ao jurisdicionado duas escolhas lícitas e legítimas: entre produzir a prova, ou não produzir a prova, correndo o risco de sucumbir. Se optar pela segunda, o juiz, ou a parte contrária, não têm autorização legal ou constitucional para exigir que a prova seja produzida.

Não se trata, como se pode perceber, de questão meramente conceitual. Trata-se, isto sim, do fato de que um mesmo ordenamento jurídico não pode determinar que uma conduta seja, para o mesmo sujeito, ao mesmo tempo, um *ônus* e um *dever*.

Levando a questão para outros campos da experiência jurídica, pode-se esclarecer melhor o ponto. O legislador pode atribuir a um sujeito o dever de pagar imposto, imagine-se, sendo esse exigível no mês de fevereiro. O mesmo legislador pode atribuir ao sujeito um *ônus* de antecipar o imposto: o cidadão que quiser antecipar o pagamento, ganhará um desconto de quinze por cento; o que não quiser, por outro lado, não ganhará desconto.

A conduta “desejada”, com a atribuição do *ônus*, é a *antecipação* do recolhimento do imposto, que não se confunde com o próprio dever jurídico de recolhimento: o primeiro é *ônus*, o segundo é *dever*. Ou seja: um sujeito pode escolher licitamente entre pagar o imposto em dezembro, janeiro ou fevereiro. Não pode, por outro lado, *licitamente* escolher entre pagar ou deixar de pagar o imposto em fevereiro.

O que o legislador não poderia, com efeito, seria determinar que o pagamento em fevereiro fosse, ao mesmo tempo, um *ônus* e um *dever*. Justamente porque tal fato configuraria uma contradição lógica: o ato do não pagamento seria, ao mesmo tempo, ilícito e lícito, o que não pode ser aceito.

Retornando ao *ônus* da prova, como já demonstrado nos itens anteriores, as ideias foram construídas sobre a premissa de que a prova deve ser levada ou por uma parte ou por outra; assim, onerando-as seria possível estimulá-las a levar as provas

a juízo.¹⁶¹ Entretanto, a realidade é que, se a prova que a parte detém comprova algo em sentido contrário às suas alegações (ou aos seus “interesses”), essa certamente não terá estímulos concretos, tendo somente um *ônus*, para levá-la a juízo.

Imagine-se o seguinte exemplo: um fornecedor de produtos ingressa com uma demanda contra um centro comercial, alegando que seu veículo sofrera danos enquanto estacionado dentro do estabelecimento. A demanda consiste, portanto, na alegação, por parte do autor, de um fato constitutivo de seu suposto direito (qual seja, dano sofrido em seu veículo) e na negativa de tal fato constitutivo por parte do réu, sem alegação de qualquer fato extintivo, impeditivo ou modificativo. No caso concreto, pois, o *ônus* da prova seria exclusivamente do autor.

Durante a produção da prova, o autor demonstra através de fotografias que o réu possui câmeras de segurança. Ao rever as imagens das câmeras, entretanto, o advogado da empresa constata que o vídeo demonstra de maneira cabal que os danos ao veículo do autor foram efetivamente causados dentro do estabelecimento, por um veículo da segurança do próprio demandado.

Se esse fosse o caso, a consequência seria simplesmente que o demandado não levaria a prova a juízo. Em primeiro lugar, porque essa incumbiria justamente ao autor. Sem alegar qualquer fato extintivo, impeditivo ou modificativo, o réu não teria, em princípio, qualquer *ônus* da prova.

Em segundo lugar, mesmo imaginando que o demandado tivesse algum *ônus* – por exemplo, alterando um pouco o caso, se se tratasse de relação de consumo e de uma inversão do *ônus* de provar, com base no preenchimento dos critérios da legislação consumerista vigente – ainda assim não teria esse qualquer razão para levar a prova a juízo.

Afinal, levando a prova, a ação seria muito provavelmente julgada procedente, uma vez que o vídeo demonstraria de maneira cabal que os danos alegados efetivamente teriam decorrido de um ato de um preposto do estabelecimento; assim, a hipótese fática do autor atingiria, a toda evidência, grau de corroboração suficiente.

Por outro lado, não levando a prova, teria o demandado no máximo um “risco”, uma “ameaça”, de que isso ocorresse, seja por conta da inversão do *ônus* da prova, seja por conta da presunção causada pela recusa havida por ilegítima, nos termos do art. 400, I, do Novo CPC (art. 359, II, do CPC/1973)

A “ameaça” trazida pelo *ônus* da prova (ou pela presunção supramencionada) não são concretas; se a parte recusar-se a levar uma prova que lhe desfavorece a juízo, mas o resto do conjunto probatório lhe for favorável, sua recusa muito provavelmente poderá lhe beneficiar. Afinal, os casos cíveis normais são julgados pela ótica do *standard* “preponderância de provas”, de modo que, mesmo com a inver-

161. AUGENTI, Giacomo Primo. Op. cit., p. 225.

são do ônus ou com a presunção prevista no art. 400, I, a parte que se recusa a levar a prova que lhe é desfavorável será beneficiada.

Se é certo, como demonstrado nos itens anteriores, que o ônus dá ao jurisdicionado uma escolha, “respeitando” sua vontade com a chancela da licitude, a consequência do ônus da prova é que o sujeito onerado terá, repita-se, o *direito* de recusar-se a produzir provas; terá o *direito* de ter uma prova e não a levar a juízo; terá o *direito*, para tornar a situação mais caricatural, de, no caso acima, simplesmente peticionar informando ao juiz que possui a filmagem, mas que não tem interesse de levá-la a juízo. Afinal, o que ele terá será um *ônus*, com todas as características delineadas no item 2.3.1 supra.

O ponto é bastante importante: se o Direito confere ao sujeito a possibilidade de, licitamente, fazer uma escolha, o próprio Direito, seja através do Estado-legislador, seja através do Estado-juiz, tem o *dever* de respeitar essa escolha, configurando-se toda e qualquer subtração dessa uma inconstitucionalidade.

A questão fica bastante visível no exemplo do imposto, ventilado acima. Caso o sujeito que tem o dever de recolher o imposto não o faça após o prazo (fevereiro, no exemplo dado), o Estado poderá utilizar sua força para constrangê-lo a pagar: utilizar-se-á, para isso, do Judiciário, inclusive, se necessário, com recurso ao bloqueio *on-line* de valores.

Se o sujeito não *quiser* antecipar o pagamento do tributo, para, com isso, obter desconto de quinze por cento, por outro lado, o Estado não poderá, legitimamente, forçá-lo ou constrangê-lo ao pagamento. Não seria, por exemplo, lícita a aplicação de multa diária para cumprimento do ônus de antecipar o pagamento. Afinal, a conduta do sujeito onerado de proceder com o pagamento não será juridicamente exigível antes de fevereiro, por força do previsto no art. 5.º, II, da CF (que pode ser lido da seguinte forma: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, a não ser que a lei obrigue).

No caso da prova, portanto, ter *ônus* da prova significa que ninguém, nem mesmo o Estado-juiz, estará constitucionalmente autorizado a forçar ou constranger de qualquer forma a parte que não tem interesse em levar uma prova a juízo a fazê-lo. O Estado, em outras palavras, dá duas escolhas lícitas para a parte, não podendo, posteriormente, quando feita a escolha, retirá-la unilateralmente. Não pode, em resumo, usar legitimamente, diante do ônus de provar, de sua força coativa para que um documento ou qualquer outra prova relevante sejam levados ao processo.

No Código de Processo Civil de 1973, apesar do art. 358, I referir a uma suposta “obrigação de exhibir” que impediria a recusa, todo o restante do texto referente à matéria tratava a exibição, no entendimento do STJ, como um ônus para a parte. Basta ver, por exemplo, que, sob a égide do Código de Processo Civil antigo, a única consequência para a parte que não quisesse exhibir seria uma presunção em contrário (art. 359, I). Para o terceiro, por outro lado, o dever aparecia bastante configurado: o art. 362 falava que o juiz daria *ordem* ao terceiro, podendo lançar

mão de mandado de busca e apreensão e força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência.

Isso porque, segundo a ideia carneluttiana baseada no “interesse” – que, conforme demonstrado, guiou a processualística na diferenciação entre ônus e dever – a produção de prova relacionada ao terceiro deveria ser considerada um “imperativo de conduta em benefício alheio”. Presumia-se que o terceiro não teria qualquer “interesse” em produzir a prova, a não ser recebendo ameaças de sanções. Ao contrário da parte, que produziria a prova em “interesse próprio”, configurando para aquela doutrina um ônus.

O STJ, com efeito, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, editou súmula expressamente proibindo a cominação de multa coercitiva para casos de exibição de documentos.¹⁶² Mesmo sem fazer a distinção entre ônus e dever, afirmou a Corte, em um dos casos que serviram de base para o verbete sumular, que as consequências jurídicas para a não exibição de documentos eram aquelas delineadas nos arts. 355 e ss. do CPC então vigente.¹⁶³

A argumentação parece simplista demais, deixando de mencionar o fato de que o sujeito onerado tem a possibilidade de escolha sobre sua intenção de adotar ou não o comportamento previsto na regra, de modo que nem mesmo as Cortes de Justiça podem determinar forçadamente seu cumprimento ou constrangê-lo. Por outro lado, e de maneira contraditória, o mesmo STJ, que entendia pela impossibilidade de aplicação de multa, de acordo com o Código de Processo Civil de 1973, julgava possível a busca e apreensão do documento que a parte pretendia ver exibido.¹⁶⁴

Tal solução, apesar de inegavelmente pragmática, continha um problema insuperável de teoria do direito:¹⁶⁵ ou bem a exibição consiste em um *dever*, po-

162. Súmula 372: “Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”.

163. “Como sabido, a multa cominatória é própria para garantir o processo por meio da qual a parte pretende a execução de uma obrigação de fazer ou não fazer (REsp 148.229/RS, da minha relatoria, DJ 13.10.1998). No caso da cautelar de exibição de documentos, não tem cabimento a imposição da multa cominatória. Há, é certo, questionamento sobre a incidência do art. 359 do CPC”. STJ, REsp 433711/MS, j. 25.02.2003, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 22.04.2003.

164. “Já decidi [o STJ], ainda, que ‘na ação de exibição de documentos não cabe a aplicação de multa cominatória (Súmula 372) e nem a presunção de veracidade contida no art. 359 do CPC (REsp 1094846/MS, rel. Min. Carlos Fernando Mathias, submetido ao rito dos recursos repetitivos). Poderá, em tese, haver busca e apreensão, se comprovado que o réu injustificadamente não atendeu à ordem judicial de exibição, deixando de apresentar documentos que efetivamente estejam em seu poder”. STJ, AgRg no Ag em REsp 341.077 – SP, 3.ª T., j. 27.08.2013, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 07.09.2013.

165. Padece do mesmo problema, em nosso sentir, a ideia de abalizado setor da doutrina, que, sem abandonar a categoria do ônus da prova, critica a Súmula 372 do STJ, enten-

dendo a parte ser coagida, seja através de multa coercitiva, ou de ter sua vontade substituída, através – por exemplo – de busca e apreensão etc., ou bem consiste em um *ônus*, caso em que nem a busca e apreensão, nem a multa, nem qualquer outra utilização da força, técnica ou medida coercitiva serão legítimas.

Cumpra salientar, por fim, que a presunção de veracidade contida no art. 359 do CPC/1973 ou 400, I do Novo CPC não traz à parte beneficiada nem de perto a mesma consequência favorável que lhe traria a produção efetiva da prova, revelando-se um excelente negócio para a parte que se recusa à exibição. Traz, isto sim, apenas um instrumento para que a prova não seja valorada de maneira racional e que, portanto, se tenha maior tendência à produção de decisões injustas.

Isso porque a presunção simplesmente acarreta um “risco”, totalmente abstrato, para a parte que se recusa a exhibir. Para ela certamente valerá a pena correr o risco de *talvez* sucumbir, no lugar de fornecer uma prova contrária a seus “interesses” e ter muito provavelmente uma decisão desfavorável.¹⁶⁶

Ademais, tal presunção, quando avaliada sob o prisma da valoração racional da prova, tem pouca ou nenhuma consequência prática, mormente em casos cíveis, em que o *standard* probatório, como já mencionado, é o de “preponderância de provas”. Afinal, a presunção poderá ser facilmente derrubada por um conjunto que, mesmo com pouca força probatória, permita que se façam inferências em sentido contrário.

Caso a prova fosse levada a juízo, por outro lado, o resultado poderia ser totalmente outro, como demonstrado no final da primeira parte do presente estudo. O elemento de prova que a parte se recusa a levar a juízo poderia, mesmo, ser central para o deslinde do feito, inclusive para a mensuração, por exemplo, da gravidade ou da extensão da responsabilidade civil, como em casos de vícios de engenharia, ou de negligência ou imperícia médica.

Sem levar o elemento de prova a juízo, a parte opta por correr um risco que, em verdade, não se sabe exatamente qual é, tornando-se, como já mencionado, negócio extremamente vantajoso não levar a prova que lhe desfavorece a juízo.

dendo possível a cominação de multa para exibição de documentos. Nesse sentido, vide MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil. Comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 358.

166. Justamente por isso é que o Novo Código de Processo Civil trouxe claramente delineado um *dever* de produção de provas, mesmo para a parte. O art. 400 parágrafo único, do novo diploma, com efeito, permite que o juiz utilize medidas “indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido”. Trata-se de uma espécie de tutela específica do direito à prova, a fim de que o juiz só “desista” da prova quando isso realmente se mostrar inviável, utilizando – somente nesse caso – da presunção contida no art. 400, I.

A consequência prática, em outras palavras, é que a doutrina do *ônus* da prova, adotada pela interpretação que se dava ao Código de Processo Civil de 1973, dava um escudo para que a parte se recusasse a produzir provas que não fossem em seu “interesse próprio”. Se a prova fosse favorável, seria levada a juízo. Se fosse desfavorável, não seria levada.

Com a aprovação do Novo Código de Processo Civil, entretanto, como será abordado no capítulo que segue, confere-se ao juiz uma poderosa ferramenta para tornar o processo mais orientado à busca da verdade. O resultado disso é que, tendo aptidão para forçar as partes à produção de provas que sejam contrárias a seus “interesses”, o processo civil brasileiro amplia a busca da verdade, antes bastante limitada e guiada quase que exclusivamente pela disputa de forças entre as partes. Deixa de contentar-se, em outras palavras, com um processo muito menos orientado à busca da verdade, dando um importante passo na direção de buscar tendencialmente a ideal completude do material probatório.

2.4.2 Da inexistência do dito aspecto subjetivo do *ônus* da prova e da ausência de estímulos concretos e efetivos para a produção de provas

O aspecto subjetivo do *ônus* da prova envolveu desde sua teorização uma série de controvérsias, havendo desde o início (e até hoje) autores que neguem sua existência.

Já foi dito, nesse sentido, que “quando uma prova é levada [aos autos], o problema [relativo ao *ônus* da prova] não surge”;¹⁶⁷ que “essa distinção [entre aspecto *objetivo* e *subjetivo* do *ônus* da prova] não tem relevo: o *princípio de aquisição probatória* torna, de fato, indiferente a proveniência da prova de uma ou de outra parte (ou do juiz, no exercício dos seus poderes instrutórios)”;¹⁶⁸ que o *ônus* da prova entra em cena somente quando “o fato probando não é esclarecido (provado), mas sim definido (resolvido) por regra legal de prova”;¹⁶⁹ tendo, em outras palavras, não a função “de disciplinar a conduta das partes, mas sim a de orientar o julgamento do magistrado”.¹⁷⁰ Assim, chegou-se a pensar “em distribuição subjetiva do *ônus* de afirmar e do *ônus* de provar; porém, em verdade, a distribuição é somente objetiva”.¹⁷¹ Pensar num aspecto subjetivo é um equívoco.¹⁷²

167. AUGENTI, Giacomo Primo. Op. cit., p. 172.

168. TARUFFO, Michele (org.). *La Prova nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 249.

169. FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova civil*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 252.

170. ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro*. Disponível em: [www.academia.edu/attachments/1471882/download_file]. Acesso em: 12.02.2013.

171. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* cit., t. IV, p. 219-220.

172. FERREIRA, William Santos. Op. cit., p. 253.

Em primeiro lugar, porque no ordenamento jurídico brasileiro (assim como na maioria dos ordenamentos modernos de *civil law*) a proveniência da prova não importa.¹⁷³ Pode ser o réu a fornecer prova que corrobore de maneira cabal o fato constitutivo do direito do autor e, nesse caso, mesmo na inércia total do demandante, deverá ele vencer a causa. Pode, por outro lado, ser o autor a comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo de seu próprio direito, caso em que, mesmo diante da inércia do demandado, esse deverá vencer a causa.

No sistema brasileiro, ademais, o próprio juiz é dotado de poderes instrutórios (conforme art. 370 do Novo CPC), de modo que a corroboração das hipóteses fáticas pode, inclusive, provir de uma ordem do magistrado,¹⁷⁴ que redundará na produção de provas determinadas de ofício.

O que determina o resultado de uma demanda, com efeito, é a suficiência de elementos de corroboração a favor de determinada hipótese fática, conforme essa beneficie o autor ou o réu. E tal corroboração das hipóteses fáticas *não tem qualquer relação direta e automática com a atividade das partes*; a prova não é medida em termos quantitativos.

Se o autor levar dez documentos aos autos e o réu levar cinco, o autor não será necessariamente beneficiado por isso. Afinal, os dez documentos levados por ele podem demonstrar cabalmente a ausência de fundamento de sua demanda, caso em que a ação será julgada improcedente, independentemente de sua diligência e boa vontade.¹⁷⁵ *O processo civil não é uma “competição de boas intenções”, mas sim um procedimento que tem como um de seus fins principais a apuração da verdade, feita de maneira objetiva.*

Não sendo possível vincular qualquer resultado à conduta ou não do jurisdicionado, não há que se falar em ônus jurídico, que pressupõe, conforme abordado no item 2.3.1, que seja atribuída alguma consequência *jurídica* para o caso do sujeito cumprir com o comportamento “desejado”. O *ônus imperfeito*, portanto, não é um ônus jurídico, justamente porque lhe falta o resultado jurídico para vincular (mesmo que de maneira branda) a conduta do sujeito passivo da regra.

No caso do ônus da prova, esse vem também incluído pela doutrina em tal categoria,¹⁷⁶ já que, como é sustentado, “ao contrário do que ocorre com relação

173. ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro* cit.

174. TARUFFO, Michele. *Onere della Prova*. Digesto – Banca di Dati Iperestuale. Torino: Utet, 2008, item 8. No mesmo sentido, TARUFFO, Michele. *La Prova nel Processo Civile* cit., p. 248-249.

175. Tal questão já fora anotada com precisão por BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova cit., p. 75-76.

176. LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Inversão do Ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: Distinção entre institutos afins. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 91. p. 309 e ss. São Paulo: Ed. RT, jan. 2014; GARCIA, André Almeida.

aos demais ônus (de afirmar, por exemplo), o seu descumprimento não necessariamente irá acarretar automaticamente uma consequência desfavorável”.¹⁷⁷

A questão pode ser enfrentada através do já mencionado exemplo: se uma regra jurídica afirmasse que quem contrata um bom advogado tem mais chances de não sucumbir, estaria afirmando uma obviedade prática, mas não atribuindo um ônus jurídico (isto é, em sentido técnico).

A conduta de contratar o bom profissional, como já dito, certamente é um *direito* do sujeito (nos termos do art. 421 e ss. do CC), algo no seu “interesse”, assim como algo que certamente favorecerá o desfecho positivo para esse numa ação judicial; entretanto, nem por isso configura um ônus jurídico. Afinal, a conduta de contratar ou não contratar um profissional competente não possui qualquer consequência *jurídica* atrelada ao comportamento ou à falta dele.

Da mesma forma, dizer que quem produz provas a seu favor tem mais chances de não sucumbir é uma obviedade, mas não um verdadeiro ônus jurídico (nem mesmo um – inexistente – *ônus imperfeito*). A parte tem o “*direito à prova (...)*, de modo que não se pode transmutar este *direito* em *ônus*”;¹⁷⁸ mesmo sendo claro que quem age com maior diligência terá melhores chances de *contribuir* para que a corroboração das hipóteses fáticas que lhe são favoráveis seja procedida, a *produção da prova*, o dito aspecto subjetivo do ônus da prova, não é um *ônus jurídico*.

É que, do comportamento positivo ou negativo do sujeito, ou seja, do comportamento de produzir ou não uma prova em juízo, não advém qualquer consequência jurídica *imediate e concreta*. A produção da prova relevante é um exercício regular de direito, sem qualquer consequência jurídica imediata necessariamente atrelada ao comportamento. “Conforme bem se percebe, o primeiro aspecto desse conjunto de fenômenos [o aspecto subjetivo do ônus da prova] tem relevância muito mais *psicológica* do que *jurídica*”.¹⁷⁹

Da forma, pode-se afirmar, por conseguinte, que não existe no ordenamento jurídico brasileiro qualquer dimensão subjetiva do ônus da prova, nem mesmo um “ônus subjetivo”. Não serve, portanto, o suposto aspecto subjetivo do ônus da prova (inexistente) para propiciar a maior completude do material probatório.

A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. *Revista de Processo*. vol. 208. p. 91 e ss. São Paulo: Ed. RT, jun. 2012. Considerando o ônus de exibição de documentos como imperfeito, MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Op. cit.

177. “Esse ônus, posto que importantíssimo no processo e para a efetividade dos direitos, inclui-se entre aqueles cuja inobservância não determina consequências inevitáveis para o sujeito”. DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil* cit., vol. 3, p. 85. No mesmo sentido, GARCIA, André Almeida. Op. cit.

178. ARENHART, Sérgio. *Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro*, cit.

179. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova cit., p. 75.

2.4.3 Do aspecto objetivo e do juiz como destinatário da regra: da ausência de estímulos jurídicos às partes para a produção da prova

O aspecto objetivo do ônus da prova tampouco está infenso a críticas. Conforme largamente abordado no item 2.3.1 supra, a regra que atribui um ônus dá ao sujeito onerado uma escolha, atribuindo consequências jurídicas para a adoção e para a não adoção do comportamento almejado pela norma, ambas lícitas.

Toda regra que institui ônus, portanto, tem como destinatário o próprio sujeito onerado. Isto é, somente mediante a escolha do sujeito onerado é que será possível determinar se serão aplicadas a ele as consequências da adoção ou da não adoção do comportamento.

O julgador, que exerce sua função exatamente como terceiro imparcial, como ressabido, não possui ônus,¹⁸⁰ mas tão somente deveres ao atuar em um processo. Em outras palavras, a própria figura do juiz no processo é incompatível com a figura do ônus. Daí concluir-se que, se for entendido que a regra de ônus da prova no seu caráter objetivo é dirigida ao juiz, essa não pode significar, para ele, a atribuição um ônus.

É claro, por outro lado, que um único texto legal pode, ao mesmo tempo, atribuir um ônus para um sujeito e um dever para outro,¹⁸¹ dada a inexistência de “correspondência biunívoca dispositivo e norma”.¹⁸² Assim, poder-se-ia sustentar que a regra insculpida no art. 373 do Novo CPC poderia significar um *dever* para o juiz e um *ônus* para as partes. Entretanto, tal solução não parece satisfatória.

Em primeiro lugar porque o aspecto objetivo do ônus da prova é, como mencionado, uma regra de julgamento, entrando em cena no momento da decisão, no momento de avaliar a prova como *resultado*. Isto é, em tal oportunidade, não existe mais qualquer comportamento que a parte possa ou não adotar, e nenhum resultado a que seu comportamento possa ser ligado.¹⁸³ Sem comportamento, ou sem possibilidade de comportamento, não há que se falar em *ônus*.

Em segundo lugar porque, caso se entenda que o aspecto objetivo também tem consequências no momento da instrução da causa, estar-se-á justamente a renovar todos os problemas e imprecisões já relatados no item anterior. Novamente se cairá na questão dos estímulos, uma vez que o “estímulo” dado pelo legislador

180. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., vol. 2, p. 208.

181. “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos* cit., p. 30.

182. *Idem*, p. 31.

183. Todas essas afirmações restam inalteradas mesmo diante da dinamização do ônus da prova, como será demonstrado no item que segue.

para que a parte evite o julgamento pela regra de ônus da prova a seu desfavor não configurará um ônus jurídico, mas uma mera consequência prática do *dever* judicial de utilizar a regra do art. 373 como “critério de desempate”.

Conforme será demonstrado na terceira parte do presente estudo, com efeito, a regra do ônus da prova, prevista, no Brasil, no art. 373 do CPC, nada mais é do que a atribuição de um dever ao juiz de julgar conforme a regra, em caso de insuficiente corroboração das hipóteses fáticas. A parte certamente tem “interesse” em evitar tal julgamento, fazendo valer seu *direito* à prova. Não terá, entretanto, repita-se, um *ônus* jurídico.

Trata-se, de resto, do mesmo que ocorre, por exemplo, quando há empate nas eleições presidenciais e a Constituição, no art. 77, § 5.º, determina que o critério de desempate será a idade dos candidatos. A Constituição atribui um *direito* para o candidato mais velho e um *dever* para a autoridade competente de cancelar o resultado da eleição nesse sentido. Não se pode, entretanto, afirmar que os candidatos à presidência possuem um ônus (jurídico) de serem mais velhos.

O aspecto objetivo do ônus da prova, único existente, conforme demonstrado, não tem, portanto, a função de propiciar a completude do material probatório. Tem, isto sim, a função de fornecer ao juiz um “critério de desempate”, em casos de insuficiente corroboração objetiva das hipóteses fáticas.

Dito isso, o que parece restar claro é que o aspecto objetivo do ônus da prova tampouco tem condições de propiciar a maior completude do material probatório, servindo somente como uma espécie de critério de “desempate” dirigido ao juiz (tal ponto será abordado de maneira mais completa na terceira parte do presente estudo).

2.4.4 Inversões e dinamizações: da ausência de estímulos concretos para o aumento da completude do material probatório

Conforme já mencionado nos itens anteriores, com o passar do tempo a distribuição fixa do ônus da prova passou a mostrar-se insuficiente para estimular as partes a levarem provas a juízo. Ademais, passou-se a notar que essa acabava criando dificuldades por vezes insuperáveis para uma parte, a mais fraca na relação processual. Conforme também já mencionado, surgiram daí primeiramente a doutrina da inversão do ônus da prova e, posteriormente, a da dinamização.

Ambas as soluções, entretanto, conforme será visto a seguir, não são capazes de fornecer estímulos concretos tendentes à maior completude do material probatório.

A inversão do ônus da prova, como aquela prevista no Código de Defesa do Consumidor, primeiramente, traz consigo alguns graves problemas. O primeiro deles, que pode parecer à primeira vista somente de nomenclatura, consiste em algo, em verdade, bastante mais sério. Isso porque o “termo ‘inversão’ consagra a

transferência do esquema legal, imóvel e estático, de um lado para outro, restando mantido, portanto, o generalismo e abstracionismo legal¹⁸⁴; fica, assim, a dúvida: quando um “magistrado decide pela inversão do ônus da prova, passa-se a imputar ao réu, automaticamente, a carga da prova de todos os fatos constitutivos (originariamente imputados ao autor) ou inverte-se apenas parcela desses fatos constitutivos? (...) Como um fornecedor poderia comprovar a inexistência de qualquer vínculo contratual com um consumidor? (...) Sem que o consumidor provasse, pelo menos, a ocorrência de um fato potencialmente danoso, seria justo imputar ao fornecedor a prova sobre a ausência dos fatos constitutivos?”¹⁸⁵

As críticas consistem no fato de que não é possível estabelecer a consequência ou mesmo a amplitude da inversão do ônus probatórios. Nos dois exemplos citados pelo último autor, para o fornecedor seria absolutamente impossível providenciar a prova de um ou de outro.

Considerando que, em geral, o autor tem o ônus da prova do fato constitutivo e o réu o ônus da prova dos fatos impeditivos, extintivos e modificativos, ao inverter o ônus da prova em favor do consumidor-autor, não resta claro se isso quer dizer que o fornecedor-réu passa a ter o ônus de provar os fatos impeditivos, extintivos e modificativos, ou se passa a ter o ônus de provar negativamente, ou seja, de provar que o fato constitutivo do autor não ocorreu. Nenhuma das hipóteses, entretanto, parece satisfatória.

O que ocorre é que a chamada inversão do ônus probatórios, em realidade, nada mais é do que a mudança do “critério de desempate”, ou seja, da mudança do sujeito que sofrerá as consequências pela insuficiente comprovação das hipóteses fáticas. Opera, portanto, no momento em que já houve a instrução probatória, e não durante (no dito aspecto objetivo do ônus da prova, portanto).

Durante a instrução probatória, de resto, a “inversão” dos (inexistentes) “ônus subjetivos” não traz qualquer consequência prática, não servindo de forma alguma para estimular alguém a levar uma prova a juízo que, sem a inversão, não levaria.

Imagine-se que, no exemplo dado nos itens anteriores, sobre os supostos danos causados a um veículo dentro de um estabelecimento, o réu possuísse uma filmagem, na qual fosse possível ver um funcionário da empresa abrindo à força o porta-malas do carro do autor-consumidor – o que significaria prova cabal para que fosse condenada. Sem a “inversão” do “ônus da prova”, a parte demandada não teria qualquer vantagem em levar a prova a juízo: saberia, com efeito, que, levando a prova a juízo, teria chances concretas de sucumbir.

A situação não mudaria minimamente, entretanto, diante da inversão do ônus probatórios. Afinal, a empresa, mesmo com a inversão, seguiria sem estímulos

184. CARPES, Artur. Op. cit., p. 116 e ss.

185. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Op. cit., p. 53.

concretos para levar a prova a juízo. Isso porque, conforme já mencionado, entre “correr o risco” e “ter a certeza” de sucumbir, qualquer demandado preferiria a primeira opção.

O sistema, mesmo diante da inversão do ônus da prova, favorece, portanto, a parte que não colabora com o Judiciário, a quem é deferida a possibilidade de “esconder” uma prova somente pelo fato de desfavorecer-lhe. O “risco”, remoto e não concreto, gerado pelas “ameaças” do (inexistente) “ônus subjetivo”, não são minimamente “persuasivos” para fazer com que o réu escolha trocar uma situação de sucumbência incerta por uma de sucumbência certa. O legislador, em outras palavras, estimula o réu a “apostar” no risco.

Ainda no exemplo do estacionamento, se o consumidor registra um boletim de ocorrência e, posteriormente, ingressa com demanda em face da empresa, alegando que os danos teriam ocorrido dentro do estabelecimento, pela letra fria da lei consumerista, pode-se afirmar certamente que o consumidor, em relação ao estabelecimento, seria hipossuficiente, bem como que suas alegações são “verossímeis” (a verossimilhança, segundo a doutrina,¹⁸⁶ não é aqui entendida em sentido técnico¹⁸⁷). Seria, portanto, o caso, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, de inverter o ônus da prova e, não havendo qualquer prova pelo sim ou pelo não, seria condenado o réu.

Não por acaso, entretanto, a jurisprudência acabou sobrevalorizando o critério da verossimilhança para evitar a inversão do ônus da prova ocorresse em qualquer situação, de modo que, para vencer a causa, bastasse a mera afirmação do consumidor.¹⁸⁸

186. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova cit.*, p. 210 e ss.

187. “A primeira distorção diz respeito ao conceito de verossimilhança, e se verifica quando essa é compreendida como sinônimo de probabilidade, ou seja, como situação na qual um fato não é provado de modo pleno, mas existem elementos para entendê-lo crível. (...) [U]m fato é verossímil não quando há elementos de prova para que se entenda confiável a sua afirmação, mas quando essa parece conforme ao *id quod plerumque accidit*”. TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici cit.*, p. 475 e ss.

188. “Agravamento regimental no recurso especial. Ação de indenização. Inversão do ônus da prova. Verossimilhança das alegações. Ausência. Reexame de provas. Súmula 7/STJ. 1. Mesmo em caso de relação de consumo, a inversão do ônus da prova não é automática, cabendo ao magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, em conformidade estabelece o art. 6.º, VIII, do referido diploma legal. 2. Rever apreciação desses pressupostos é inviável por óbice da Súmula 7/STJ. 3. Conforme sedimentada jurisprudência do STJ, o boletim de ocorrência policial não possui força probante suficiente para fundamentar a alegação da parte. Precedentes. 4. Agravamento regimental desprovido” (STJ, 3.ª T., AgRg no REsp 1216562/SP, j. 04.09.2012, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 10.09.2012). No mesmo sentido, o TJRS já afirmou: “No caso dos autos, a parte autora não comprovou os fatos constitutivos de seu direito. Assim, não há que se falar em inversão do ônus

O que se verifica, entretanto, é que o recurso à “verossimilhança” esconde o fato de que a inversão do ônus da prova acaba não desempenhando qualquer função; com essa, de fato, não é possível *estimular* uma parte a produzir prova contra si mesma, ou, nos termos clássicos, prova contrária aos seus “interesses”. Daí que de nada adianta promover modificações e inversões do ônus da prova se seguir-se utilizando a categoria do ônus, que justamente dá escolha lícita ao sujeito da regra de recusa à entrega do material probatório.

A inversão do ônus da prova funciona, portanto, somente para alocar de maneira diferente os riscos pela insuficiente corroboração objetiva das hipóteses fáticas, preferindo o legislador que, em caso de insuficiente corroboração, seja o fornecedor a sucumbir, e não o consumidor. Não tem, destarte, qualquer influência sobre a completude do material probatório.

Analisada a inversão do ônus da prova, cumpre, a seguir, analisar a dinamização do ônus da prova, verificando que essa não encontra melhor sorte quanto ao desejável estímulo às partes em relação à produção de provas e à completude do material probatório, exatamente pelas mesmas razões.

A dinamização positivada no art. 373, §§ 1.º e 2.º, do CPC traz a vantagem de promover a especificação de quais são os fatos serão objeto da dinamização, pou-

da prova”. O julgamento veio assim ementado: “Apelação cível. Responsabilidade civil. Negativa de crédito. Fatos constitutivos. Alegação de abordagem excessiva. Ônus da prova. Art. 333, I, do CPC. Ausência de prova dos fatos constitutivos inversão do ônus da prova. Descabimento. Improcedência mantida. 1. Não tendo a parte autora comprovado os fatos constitutivos de seu direito, não estão presentes os pressupostos do art. 6.º, VIII, do CDC, sendo inviável a inversão do ônus da prova. 2. Ausência de prova cabal para comprovação do fato alegado. O Boletim de Ocorrência – porquanto produzido unilateralmente – não serve como prova suficiente para comprovar os fatos constitutivos de seu direito. Da mesma forma, a nota fiscal acostada somente comprova que a autora compareceu no estabelecimento da ré para efetuar compras. 3. Diante do quadro apresentado, é de ser mantida a improcedência da demanda. Apelo desprovido. Unânime” (TJRS, ApCiv 70053700258, 9.ª Câm. Civ., j. 10.04.2013, rel. Iris Helena Medeiros Nogueira). Em outra oportunidade, assim se manifestou a Corte gaúcha: “Apelação cível. Responsabilidade civil. Boletim de ocorrência. Dano moral não caracterizado. 1. Inversão do ônus da prova. Impossibilidade. Inviável que se acolha a pretensão quanto à inversão do ônus da prova em sede recursal, mormente quando ausente seus pressupostos verossimilhança e hipossuficiência. 2. Dano moral não caracterizado. Não há falar-se em ilicitude na conduta da empresa demandada que, agindo no exercício regular de um direito, levou a efeito ocorrência policial dando conta da não devolução de fitas locadas em seu estabelecimento, baseando-se em recibo firmado pelo requerente. Hipótese em que o apelante não logrou produzir provas quanto à injustiça do ato da ré, tendo desistido da prova pericial, única que seria capaz de minimamente amparar sua pretensão. Juízo de improcedência mantido. Apelação improvida”. TJRS, ApCiv 70012631156, 10.ª Câm. Civ., j. 15.12.2005, rel. Paulo Roberto Lessa Franz.

pando tal ideia de parte da série de críticas feita acima, quanto à impossibilidade de determinação sobre qual fato recai a dinamização etc.

Não obstante, novamente aqui se está supostamente diante de *ônus*, que, conforme mencionado exaustivamente, comporta necessariamente a possibilidade de recusa na produção pela parte que o detém (ou, nesses casos, que passa a deter).

Com efeito, da mesma forma que ocorre com a inversão, a dinamização não traz qualquer “benefício” ou acréscimo para o conjunto probatório. Com dinamização ou sem dinamização, o conjunto probatório será rigorosamente o mesmo. Afinal, a parte que detém uma prova contrária à sua versão dos fatos não a levará aos autos; a que detém uma que corrobore com sua versão a levará.

Ademais, também aqui está presente a questão sobre não ser o (inexistente) ônus subjetivo o que é dinamizado, operando-se somente uma mudança da regra de julgamento em caso de insuficiente corroboração.

Note-se o ponto: novamente, a *conduta* da parte de levar ou não uma prova a juízo não traz qualquer consequência necessária e direta sobre sua sucumbência ou não. Afinal, como já dito à exaustão, o que determina a vitória ou a derrota em juízo é a suficiência de elementos de corroboração em favor das hipóteses fáticas do autor ou do réu, e não a (in)atividade das partes.

A parte, se detivesse somente *ônus* da prova, como já referido inúmeras vezes, levaria a juízo as provas que lhe favorecem e somente essas; justamente pela falta de estímulo concreto (e jurídico) para levar mais provas a juízo do que levariam naturalmente. O risco de sucumbir na demanda será maior levando o elemento de prova a juízo do que não levando; isto é, valerá sempre a pena correr o risco de sucumbir do que ter praticamente “certeza”.

Dinamizando o ônus da prova, sem a previsão de um verdadeiro dever, não se estaria, com efeito, a promover uma instrução mais completa do feito, visto que, transferindo o ônus de uma parte para outra, a nova onerada teria sempre a possibilidade (bastante concreta, de resto) de optar licitamente por não levar a prova que lhe é desfavorável a juízo.

O que fazem os parágrafos do art. 373, em verdade, repita-se, é distribuir de maneira diversa o risco pela insuficiente corroboração, o “critério de desempate”, e não a (inexistente) “regra de instrução”. Ao invés de vencer o mais idoso, ganhará o menos idoso (para usar o exemplo das eleições); ao invés de sucumbir o réu, sucumbirá o autor.¹⁸⁹

189. O ponto será retomado no próximo capítulo, mas vale frisar, desde logo, que a atribuição fixa do critério de desempate parece melhor promover a calculabilidade com relação aos litígios, isto é, de modo que a parte possa ter ideia prévia sobre se vale ou não a pena litigar. Aumentaria, também, a capacidade de aceitação da decisão por par-

Não obstante, como já salientado, a dinamização, sozinha (sem a previsão de um dever de provas), não tem minimamente o condão de promover uma melhor instrução da causa, tornando o processo mais *truth-oriented* e, por consequência, tendencialmente mais justo. O material probatório será rigorosamente o mesmo.

Por fim, cumpre referir que a dinamização feita sem previsão legal, como era sugerido pela doutrina até o advento do Código de Processo Civil de 2015,¹⁹⁰ parece uma solução perigosa. Efetivamente, parece não haver dúvidas no atual estágio da ciência jurídica no sentido de que nem sempre é necessária lei para a alteração de interpretações sobre regras. Como reconhecido pela doutrina, e já mencionado, um mesmo texto legal pode conter diversas normas diferentes,¹⁹¹ sendo que, com o tempo, é possível que os tribunais entendam que a interpretação dada ao texto deva ser alterada, criando-se outra norma.

Todavia, a doutrina adverte que “a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação”.¹⁹² E segue: “há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem”.¹⁹³

Havendo previsão em lei somente de distribuição fixa (como ocorria com o Código de Processo Civil de 1973), a dinamização judicial viria em franco prejuízo da segurança jurídica, tanto individual quanto geral, não podendo ser tolerada. As partes, com efeito, não saberiam mais a qual regra obedecer e, em âmbito geral, a circunstância seria facilmente reproduzível em outros casos, fazendo da excepcionalidade a *ordinariedade*.¹⁹⁴

No sistema do Código de Processo Civil de 1973, com efeito, o julgamento conforme o art. 333, em caso de insuficiente corroboração, configurava um verdadeiro *direito* da parte, no sentido de que, em caso de insuficiente corroboração, o critério legal fosse respeitado. Não era possível ao juiz – inclusive por força da

te daquele em que o critério de desempate incidir de maneira negativa. Isso tudo sem falar que não é a toa que os critérios de desempate, nas mais variadas experiências humanas, são sempre fixados antes do início do procedimento. É assim tanto dentro do direito, em casos de eleições presidenciais, de concursos públicos etc., mas também fora, em competições esportivas, competições televisivas etc. Sobre calculabilidade, vide ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 126.

190. CARPES, Artur. Op. cit., p. 108.

191. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos* cit., p. 31.

192. Idem, p. 32.

193. Idem, *ibidem*.

194. Abordando a impossibilidade de superação constante de regras, vide ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos* cit., p. 114 e ss.

previsão constitucional de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, conforme art. 5.º, II, da CF – suprimir tal direito subjetivo do jurisdicionado.

Cumpre referir, ademais, que a distribuição fixa do ônus da prova, quando única existente no texto legal, como todas as regras jurídicas, visa a solucionar problemas de coordenação (no sentido de que providencia um “authoritative settlement”),¹⁹⁵ expertise (no sentido de importar “uma redução do erro na tomada de decisões individuais através da superioridade de expertise moral e fática do *authoritative decision-maker*”¹⁹⁶), eficiência (no sentido de “redução de custos na tomada de decisões”)¹⁹⁷ e, principalmente, de segurança jurídica.¹⁹⁸

Permitir a superação constante de uma regra que prevê a distribuição fixa do ônus da prova (como era sugerido com o Código de Processo Civil de 1973 e como é defendido por parcela da doutrina em países que não adotaram legislativamente a dinamização), seria, por conseguinte, justamente reavivar todos os problemas de coordenação, expertise, eficiência e segurança jurídica que a regra originalmente visava a solucionar. Isso tudo, em nosso sentir, sem ganhos efetivos, como se espera já demonstrado.

195. ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. Op. cit., p. 14.

196. Idem, p. 15.

197. Idem, *ibidem*.

198. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. esp. p. 122-123.

DO ÔNUS AO DEVER DE PROVAR

Uma vez assentadas as premissas de que decisão baseada em “fatos” que não ocorreram é decisão injusta, é imperioso constatar que evitar que a decisão seja baseada na regra de julgamento do “ônus” da prova deve ser uma prioridade de qualquer processo que vise a ser justo.

Tendo-se demonstrado nos itens anteriores, como se espera, que as doutrinas baseadas no ônus, inclusive de inversão e dinamização, em nada contribuem para o aumento do material probatório, cumpre, a seguir, verificar uma potencial forma de rearranjo da atividade probatória, para, mediante a utilização de *deveres* jurídicos, efetivamente estimular as partes a contribuírem com a completude daquele.

3.1 Da reestruturação do “aspecto subjetivo”: da necessidade de deveres de produzir provas

Conforme já demonstrado nos itens anteriores, as premissas do direito processual civil contemporâneo são totalmente distintas daquelas que faziam parte do contexto cultural em que foram desenvolvidas as primeiras teorizações científicas sobre o ônus da prova. É necessário, portanto, retomar alguns dos raciocínios feitos anteriormente, a fim de demonstrar que a existência de *deveres* de prova atende melhor as exigências do Estado Constitucional brasileiro.

Em primeiro lugar, nesse sentido, foi dito que atualmente a epistemologia reconhece a importância da verdade; da mesma forma, a processualística, mormente no âmbito internacional, reconhece que o processo deva ser *truth-oriented*, o que acarreta a necessidade de busca da tendencial completude do material probatório; e isso, por conseguinte, passa a ser um objetivo central tanto do legislador como do juiz.

Da mesma forma, para a doutrina atual (no âmbito mundial) um fato pode ser considerado provado somente diante da existência *objetiva* de elementos suficientes de corroboração, fazendo com que o convencimento subjetivo, a crença do juiz, não esteja mais no centro do procedimento probatório. Isso porque o consenso não faz verdade, sendo necessário que o processo busque ao máximo que as provas demonstrem a veracidade ou falsidade das hipóteses fáticas mediante a verificação de correspondência com o mundo real.

Por fim, atualmente não se reconhece mais que o processo seja desenvolvido exclusivamente no interesse das partes. Pelo contrário, parece claro que a “descoberta da verdade atende não apenas ao interesse da parte, mas também ao interesse do Estado que presta jurisdição”.¹

E tal busca pela verdade, como também demonstrado, não pode ser limitada pela vontade das partes. Uma vez superado o equívoco histórico do brocardo “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata*”, eliminando-se a ideia que sugerisse algum monopólio das partes quanto à instrução probatória,² não restaram quaisquer razões para impedir que o juiz exercesse a função do autêntico buscador da verdade dentro do processo.

A doutrina atual, assim, reconhece no juiz, por excelência, “o sujeito a quem compete a função epistêmica fundamental, ou seja, a apuração da verdade dos fatos”.³ Isso, como já mencionado, não significa ligar o “estar provado” ao convencimento subjetivo do juiz, mas sim que o juiz deve promover a busca da verdade tanto de maneira imediata, sendo dotado de poderes instrutórios para determinar de ofício a produção de provas, seja mediando a atividade das partes, possuindo ferramentas para determinar o aporte de provas ao processo.

Quanto ao primeiro ponto, portanto, diversos ordenamentos jurídicos modernos conferem ao juiz o poder de determinar a produção de provas de ofício,⁴ entendendo que tal não fere de maneira alguma o princípio dispositivo; isso uma vez que “a determinação das provas pertence à dimensão epistêmica do procedimento, ou seja, à técnica do processo, e não ao princípio dispositivo em sentido próprio”.⁵

A necessidade de que o juiz busque a verdade, entretanto, como mencionado, significa mais do que isso; importa desenhar um procedimento de modo que o resultado do processo não dependa exclusivamente das partes, de “suas iniciativas e escolhas táticas”.⁶

Em outras palavras, é chegado o momento de constatar que a produção de provas determinadas de ofício pelo juiz (já reconhecida no art. 130 do CPC brasileiro anterior, de 1973, e presente também no art. 370 do Novo CPC) mostra-se insuficiente para promover a completude tendencial do material probatório, visto

1. YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 149.

2. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 204.

3. Idem, p. 200.

4. Idem, p. 202.

5. Idem, p. 204.

6. Idem, p. 203.

que, em muitos casos, a prova pode encontrar-se na esfera jurídica de uma das partes, restando, a princípio, inacessível.

As soluções de atribuir supostamente um *ônus* da prova para a parte (mesmo que com possibilidade de inversões e dinâmizações, como facultado pelo art. 373 do Novo CPC) são inidôneas para o fim de promover uma busca da verdade com maior qualidade.

Isso porque não servem de verdadeiros estímulos jurídicos para que a parte produza uma prova quando essa lhe é desfavorável; e nisso, diga-se de passagem, nada há de estranho. O papel da parte e do seu respectivo advogado no processo não configura “uma função epistêmica, pela fundamental razão de que as iniciativas e as atividades das partes não são direcionadas no sentido da busca e da descoberta da verdade”.⁷

Não se trata, note-se bem, de qualquer desprestígio ou “antipatia” à função do advogado,⁸ mas de simples constatação no sentido de que, sendo o advogado (e a própria *parte*, como o próprio nome sugere) um sujeito parcial, não tem (e nem pode ter) preocupação direta com a busca da verdade.

Se à parte (e ao advogado) é dada, pois, a possibilidade de escolha, como ocorre com a atribuição de um *ônus*, ela optará (sempre *licitamente*) por aportar ao processo somente as provas que lhe são favoráveis, deixando de fora, por outro lado, aquelas que lhe são desfavoráveis; isso tudo, frise-se, sem que qualquer sanção possa ser atribuída diretamente a seu comportamento.

A questão central é que, sem um dever verdadeiro de produção de provas, dá-se às partes o “direito” de não levar a juízo uma prova que lhe desfavorece, sendo, portanto, natural que ela se valha desse, já que seu intuito final em juízo é vencer a demanda. Afinal, quanto menos elementos de prova contrários às suas versões forem levados ao processo, melhor para a parte, que terá maiores chances de não sucumbir.

A consequência é que, se outras provas apontarem em seu favor – e mesmo que a prova não levada a juízo pudesse sozinha demonstrar cabalmente o contrário – a parte será mesmo beneficiada, transformando-se o não aporte da prova desfavorável em algo bastante valioso para a parte que promove a ocultação; o processo, por sua vez, sem o dever de prova, seria tendencialmente menos justo, já que contaria com uma busca bastante limitada da verdade, que dependeria da vontade e das vicissitudes das partes.

7. Idem, p. 197.

8. Tal suposto desprestígio, a nosso ver inexistente, é criticado por CAVALLONE, BRUNO. In *difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*. *Rivista di Diritto Processuale*. vol. LXV. n. 1. p. 6. Milano: Cedam, jan.-fev. 2010.

Um procedimento epistemicamente direcionado, por outro lado, deve necessariamente ser “estruturado de modo a contrastar – ou pelo menos a minimizar – a tendência das partes de distorcerem a verdade”;⁹ isto é, de desenvolver procedimentos que possam não só permitir que o juiz tenha condições de buscar a verdade com poderes instrutórios de ofício, mas também de regular a atividade das partes de modo a não permitir que essas “atrapalhem” ativa ou passivamente esse seu mister.

É necessário, portanto, que o legislador dê ao juiz a possibilidade de “estimular as partes a produzirem provas que ele mesmo considera relevantes e que as partes não tenham produzido”,¹⁰ mas tudo isso de maneira coativa, sem dar escolhas. Em outras palavras, estimular com meios jurídicos, concretos e efetivos, que podem ser utilizados somente diante de um correlato *dever* (e não um *ônus*) da parte.

Isso porque o *dever* de produzir provas tem, esse sim, como consequência a ampliação do material probatório, já que obriga as partes a produzirem provas que, sem o *dever*, não produziriam; ainda, dá condições ao juiz de combater o *ilícito* criado pela parte que se recusa a aportar o documento determinado, através de imposição de multa, busca e apreensão etc.¹¹

O Novo Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 400, parágrafo único, ao permitir que o juiz lance mão de “medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido”, não só promove a revogação expressa da Súmula 372 do STJ,¹² mas dá importante passo em direção à ampliação do material probatório, ao não deixar dúvidas sobre a exibição ser um verdadeiro *dever*.

É que, na vigência do Código Processo Civil de 1973, com a Súmula 372, a jurisprudência entendia que a consequência para a não exibição era somente

9. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade* cit., p. 197.

10. *Idem*, p. 202.

11. O dever de prova em procedimento “preparatório” já fora pensado por YARSHALL, Flávio Luiz. *Op. cit.*, p. 332 e ss., que sustenta a possibilidade de antecipação da prova (sem o requisito da urgência exigido pelo Código de Processo Civil de 1973), defendendo a autonomia desse e configurando, quanto à prova antecipada, um verdadeiro *dever* de colaboração das partes. A solução foi adotada pelo Código de Processo Civil de 2015, no art. 381, II e III. Entretanto, apesar de reconhecer que o “desatendimento do ônus de provar não acarreta consequências desfavoráveis apenas para uma das partes, mas em alguma medida, para o interesse público que está presente no processo”, o autor entende que o verdadeiro *dever* não apareceria no processo “declaratório” (“de mérito”), na vigência do CPC de 1973, uma vez que aí não se poderia “sobrepôr o interesse estatal ao da parte interessada; tão somente apareceria nas providências preliminares ou antecipadas (*op. cit.*, p. 174).

12. “Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória.”

aquela prevista no art. 359, qual seja, a de admitirem-se “como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar”. Com isso, o ordenamento jurídico simplesmente “desistia” de insistir em que todos os esforços fossem envidados a fim de que a prova relevante fosse levada a juízo.

As decisões reiteradas do STJ, com efeito, posteriormente cristalizadas na súmula referida, adotavam muito provavelmente a interpretação do Código de Processo Civil de 1973 no sentido de que a prova era coisa que dizia respeito somente às partes (seguindo a ideia chiovendiana) e que a exibição, portanto, era um ônus: o não aporte da prova em juízo não configurava ilícito, não podendo, por isso, haver a imposição de multa (medida coercitiva, que, como mencionado anteriormente, não pode ser utilizada para forçar alguém a “cumprir” seu ônus). Tanto a adoção quanto a não adoção do comportamento esperado (levar a prova a juízo) eram lícitas, mas, no caso da não exibição, havia a consequência do art. 359. Algo típico do ônus.

O Código de Processo Civil de 2015, por outro lado, não deixa dúvidas sobre a exibição ser um *dever*. Em caso de não adoção do comportamento esperado (levar a prova a juízo), resta configurado um ilícito, podendo o juiz utilizar a força do direito para “dobrar a vontade” da parte resistente. Assim procedendo, o legislador brasileiro não mais permite que o juiz, autêntico buscador da verdade, se contente com que a parte, sem qualquer justificativa, simplesmente não leve uma prova relevante a juízo. Dá a ele, com efeito, ferramentas concretas, idôneas e eficientes para que a resolução do conflito por regras de julgamento seja efetivamente a *ultima ratio*.

E tais disposições significam uma concretização muito mais efetiva do direito à prova das partes, promovendo-se, ainda, um procedimento muito mais *truth-oriented* e, portanto, tendencialmente mais justo.

Afinal, como já demonstrado, a atribuição do dever (para as partes) configura técnica legislativa muito mais “incisiva” e, portanto, mais idônea para que determinado comportamento (como o aporte de determinada prova ao processo) seja adotado.

O que se está sustentando, note-se bem, não é que as partes, na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devam passar a colaborar entre si,¹³ mas sim que o juiz, autêntico buscador da verdade no processo civil do Estado Constitucional, passa a ter o poder-dever para *determinar e exigir* a produção das provas relevantes, tendo as partes, em geral, um correlato *dever* de levar a juízo as provas determina-

13. MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista do TST*. vol. 78. n. 1, jan.-mar. 2012. Brasília. Disponível em: [www.tst.jus.br/documents/1295387/4235912/Processo+Justo,%20colabora%C3%A7%C3%A3o+e+%C3%B4nus+da+prova?version=1.1]. Acesso em: 14.03.2014.

das. Repita-se: não por força de um *ônus*, mas sim por força de um verdadeiro *dever* jurídico.

Afinal, o juiz, dentro do Estado Constitucional, deve ser equipado pelo legislador com ferramentas idôneas ao cumprimento também do seu dever de auxílio para com as partes,¹⁴ ou seja, “o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de *ônus* ou deveres processuais”.¹⁵ Daí porque a exibição, conforme art. 396 do CPC, pode ser determinada mesmo de ofício.¹⁶

E a produção de provas relevantes é, entre outras coisas, um *direito* de cada uma das partes, que pode ser exercido por essas de modo mais ou menos eficiente, mas que, conforme demonstrado, não configura de forma alguma, no sistema brasileiro, um “ônus” da prova (em sentido técnico), por todas as razões expendidas ao longo do presente trabalho.

A configuração de um verdadeiro *dever* de produzir provas atribuído às partes, mediante ordem judicial, faz com que a parte *obrigada* a fornecer uma prova não se possa beneficiar da própria desídia, sendo-lhe retirada a “escolha lícita” sobre levar ou não a juízo uma prova que lhe é desfavorável.

Sua desobediência, destarte, caracteriza um verdadeiro ilícito, podendo não só acarretar sanções, mas também a utilização de técnicas coercitivas, para que sua vontade seja dobrada, ou sub-rogatórias, para que seja substituída (entre outras).

Atribuindo às partes o *dever* de produzir provas, quando assim determinado pelo juiz, ademais, essas passam a ter verdadeiros estímulos jurídicos para que não valha a pena “arriscar” com a não produção da prova, ao contrário do que ocorre, como demonstrado, com a inversão ou a dinamização de *ônus* (que promovem ameaças que não fazem com que a parte produza qualquer prova que não produziria naturalmente). Mesmo que a prova seja desfavorável, repita-se, a parte não terá opções a não ser a levar a juízo a prova que possui.

Soluciona-se, assim, de maneira muito mais eficaz o problema que a dita “dimensão subjetiva” do “ônus” da prova e as doutrinas sobre inversões e dinamizações pretendiam solucionar, promovendo-se maior completude do material probatório, uma vez que, em determinados casos, essa parece a única solução

14. MITIDIÉRO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 114.
15. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 67.
16. O art. 397, que fala em “pedido formulado pela parte” não invalida tal afirmação. O texto do artigo refere-se às hipóteses em que houver pedido de exibição formulado pela parte. Caso o juiz constate de ofício a relevância de uma prova, nos termos do art. 370, deverá lançar mão de seu poder-dever de instrução, a fim de que, conforme art. 396, ordene que a parte exhiba o documento ou coisa.

possível para que seja levada aos autos uma prova que, diferentemente, não compareceria.

Isso tudo de modo não só a propiciar, tendencialmente, decisões mais justas, mas também de fazer com que seja desnecessário “mexer” nos “ônus” probatórios¹⁷ (isto é, no critério de “desempate” para casos de insuficiente corroboração de hipóteses fáticas).

Tal solução, ainda, resolve o problema, levantado nos itens anteriores, de falsamente ligar o resultado da demanda à atividade das partes, como ocorre com a ideia de “aspecto subjetivo do ônus da prova”. A questão da produção da prova, a *atividade*, como é desejável que seja, fica totalmente desligada do *resultado* da demanda.

Afinal, como também demonstrado, o que determina quem vence e quem sucumbe em um processo judicial, ao fim e ao cabo, não é a atividade das partes, mas sim a existência de elementos de corroboração suficientes. Tudo isso independentemente de quem foi o sujeito responsável pelo aporte de uma ou de outra prova ao juízo.

Trata-se, com efeito, daquilo que Chiovenda¹⁸ e Dinamarco¹⁹ já previam, ou seja, que conferindo ao juiz poderes de investigação sobre os fatos da causa, não haveria mais sentido e falar-se em um *ônus* de produzir provas, por não ser algo ligado necessariamente a uma atividade da parte.

Trata-se, portanto, de momentos diferentes o da produção de provas, o da valoração dessas e o das consequências por eventual insuficiente corroboração das hipóteses fáticas. A produção da prova não tem ligação direta, necessária e automática com sua valoração; muito menos com a eventual insuficiência de corroboração.

Apesar da inovação no ordenamento jurídico estar surgindo somente em 2015, o *dever* de prova já existe em alguns ordenamentos jurídicos, como no processo civil estadunidense, pelo mecanismo do *discovery* (muitas vezes mesmo sem a necessidade de intervenção judicial).²⁰ Trata-se de procedimento através do qual uma parte pode “compelir seu oponente ou um terceiro a revelar [*disclose*] informações que estiverem em seu poder e que forem relevantes para a ação”.²¹

17. Em sentido análogo, TARUFFO, Michele (org.) *La Prova nel Processo Civile* cit., p. 256-257.
18. A passagem já foi citada no ponto 2.3.2, supra, de modo que se evita reproduzir novamente; CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 796.
19. A passagem já foi citada no ponto 2.3.2, supra, de modo que se evita reproduzir novamente; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 247-248.
20. TARUFFO, Michele; HAZARD, Geoffrey C. *American Civil Procedure*. New Haven and London: Yale University Press, 1993. p. 114.
21. JOLOWICZ, John A. *On Civil Procedure*. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 41.

A doutrina estadunidense reconhece, com efeito, a utilização de tal instituto não só para a preservação de provas e fixação dos pontos controversos, mas também para que seja possível a uma parte a obtenção de informações sobre fatos relevantes e documentos da parte contrária,²² salientando que, sem adequadas normas de *discovery*, as regras do procedimento [*pleading*] seriam inoperantes [*unworkable*] nas condições modernas,²³ uma vez que “é lugar comum que as demandas são ganhas ou perdidas antes do julgamento [*trial*]”.²⁴

Mesmo com as inúmeras limitações que o instituto veio sofrendo ao longo da história, mormente com as reformas do ano 2000,²⁵ o escopo do *discovery* não só segue bastante amplo (“*for good cause, the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action*”, segundo a *Rule 26 (b) (1) das Federal Rules of Civil Procedure*), como, segundo a doutrina, segue sendo utilizado da mesma forma.²⁶

Seja como for, atualmente, para poder aproveitar-se totalmente do instituto, a parte deve receber a autorização judicial,²⁷ uma vez que o órgão pode determinar um procedimento de *discovery* mais amplo do que aquele tipicamente previsto na regra legal,²⁸ assim como pode, por outro lado, sancionar abusos na utilização do instituto,²⁹ como ocorre quando esse é pretensamente transformado pela parte em uma “*fishing expedition*”.³⁰

Trata-se, como é incontroverso, de equipar o juiz com ferramentas para que possa verdadeiramente *ordenar* que uma parte apresente determinada prova, podendo os resultados do *discovery* ser utilizados em eventual *trial*³¹ (com a condição de que a prova não seja matéria de sigilo – por exemplo, profissional – e de que guarde relevância com o objeto da ação³²).

A parte que desobedecer à ordem judicial, que consubstancia para essa um verdadeiro *dever*, estará sujeita a gravíssimas sanções,³³ incluindo, entre outras

22. FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. 4. ed. St. Paul: Thomsom West, 2005. p. 398.

23. MORGAN, Edmund. *Some Problems of Proof Under the Anglo-American System of Litigation*. New York: Columbia University Press, 1956. p. 29.

24. Idem, *ibidem*.

25. FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. Op. cit., p. 400.

26. Idem, *ibidem*.

27. Idem, *ibidem*.

28. Idem, *ibidem*.

29. TARUFFO, Michele; HAZARD, Geoffrey C. *American Civil Procedure* cit., p. 118.

30. FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. Op. cit., p. 400.

31. TARUFFO, Michele; HAZARD, Geoffrey C. *American Civil Procedure* cit., p. 117.

32. FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. Op. cit., p. 399.

33. Idem, p. 425.

coisas, de acordo com a *Rule 37 (b) (2) (A)*, a limitação dos seus direitos à prova e ao contraditório (ii) e a configuração de *contempt of court* (vii).

Apesar do legislador brasileiro de 2015 ter pensado em um dever de provas para dentro do processo (ou em demanda “preparatória”), é possível (e desejável), assim, a criação de deveres também extraprocessuais de prova.

Exemplo de dever extraprocessual pode ser dado pela Res. Anatel 632/2014, que prevê às companhias de telefonia, em seu art. 26, não só o *dever* de gravar todas as ligações procedidas pelos consumidores à central de relacionamento, mas também de disponibilizar o áudio ao consumidor, sem qualquer custo e em um prazo máximo de dez dias. Trata-se tal disposição claramente de verdadeiro *dever* de prova, anterior e desvinculado de qualquer ação judicial.

Soluções como essa configuram, em nosso sentir, uma forma de concretizar com bastante efetividade o direito à prova, desde que o legislador ordinário se ocupe de prever verdadeiros deveres materiais de produção e pré-constituição de prova, podendo aplicar multas e outras medidas sancionatórias e coercitivas para tutelar tal produção.

Em relações materiais como de consumo, por exemplo, cuja proteção é exigida por regra constitucional, o legislador eficazmente poderia prever um *dever* de conservação de documentos escritos, filmagens, registros etc., obrigando o fornecimento de tais documentos em benefício do consumidor, sob pena de multas a serem aplicadas por órgãos ou agências reguladoras dotadas pelo legislador de tal poder, sem necessidade de ação judicial.

Seja como for, entretanto, a atribuição de *deveres* de produção de provas, quer antes da instauração de um processo, quer durante, constitui técnica mais efetiva do que a atribuição ônus, propiciando, quando em juízo, maior completude do material probatório (na medida em que provas relevantes que não seriam levadas a juízo passam a ser) e promovendo, assim, um procedimento mais *truth-oriented* e mais orientado, em outras palavras, à produção de decisões justas.

3.1.1 Da natureza constitucional do dever de produzir provas; o direito fundamental à prova, sua eficácia vertical e sua eficácia horizontal mediada pela vertical

O direito fundamental à prova, como os demais dotados de fundamentalidade no ordenamento constitucional brasileiro, tem reconhecida para si não só uma dimensão subjetiva – no sentido de que “ao titular (...) é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses (...) perante o destinatário (obrigado)”³⁴ –, mas também uma dimensão objetiva, isto é, uma “eficácia em todo o ordenamen-

34. SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 178.

to jurídico”,³⁵ fornecendo “diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”.³⁶

A perspectiva objetiva do direito fundamental à prova faz com que não só o legislador e o juiz sejam considerados vinculados à sua promoção, através da chamada *eficácia vertical*, mas, em alguma medida, e com toda a complexidade que o tema comporta, também os particulares. Ou seja: o Estado sendo vinculado verticalmente, de maneira direta, pelo direito fundamental à prova dos jurisdicionados, e os particulares sendo vinculados horizontalmente, através de mediação vertical, isto é, de maneira indireta.

A primeira dessas afirmações, sobre o fato do Estado-legislador e Estado-juiz terem verdadeiro *dever* de promoção e realização do direito fundamental à prova dos jurisdicionados, através da chamada *eficácia vertical*,³⁷ não apresenta maiores dificuldades: afinal, “desde os actos normativos típicos (leis, regulamentos) às várias medidas administrativas ou decisões judiciais, passando pelas próprias intervenções fácticas, nenhum acto das entidades públicas é ‘livre’ dos direitos fundamentais”.³⁸

Trata-se, ademais, da já mencionada necessidade de que o Estado-legislador organize os procedimentos de forma a equipar o Estado-juiz para que esse confira a máxima efetividade ao direito fundamental à prova, tendo presente a “compreensão constitucionalmente ‘referenciada’ do direito processual e do direito organizatório dos tribunais”,³⁹ ou seja, a conformação do procedimento às exigências do processo justo.

Afinal, especificamente sobre o direito à prova, conforme largamente demonstrado (inclusive em outra sede),⁴⁰ processo sem ligação teleológica da prova com a verdade, sem busca adequada dessa, sem um procedimento verdadeiramente *truth-oriented*, não é processo justo, não sendo apto para atender as necessidades impostas pelo Estado Constitucional.⁴¹

35. Idem, p. 168.

36. Idem, *ibidem*.

37. SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *B. Cient. ESMPU*, Brasília, a. 4. n. 16. p. 193-259, esp. p. 195. Jul.-set. 2005. Disponível em: [http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-16-2013-julho-setembro-de-2005/direitos-fundamentais-e-direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais].

38. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 439.

39. Idem, p. 446.

40. PAULA RAMOS, Vitor de. Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*. ano 38. vol. 224. p. 41-61. São Paulo: Ed. RT, 2013.

41. “A proposta deste curso é a seguinte: a constituição, informada pelos princípios materiais do constitucionalismo – vinculação do Estado ao direito, reconhecimento e garan-

Dificuldades um tanto maiores aparecem quando do dimensionamento da chamada *eficácia horizontal*, isto é, da vinculação dos particulares (problema que não ocorre só com o direito fundamental à prova, mas com todos os demais). Afinal, apesar do art. 5.º, § 1.º, da CF referir a uma “aplicabilidade imediata”, sem alguma restrição subjetiva explícita (isto é, sem afirmar que se aplicam somente aos órgãos públicos), não há qualquer menção expressa quanto à forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Em outras palavras, se por um lado é certo que a dimensão objetiva e a chamada *eficácia irradiante*⁴² dos direitos fundamentais lança efeitos entre todos os componentes do ordenamento jurídico,⁴³ é também certo que o particular não tem, em todos os casos, o dever de contribuir para a realização dos direitos fundamentais de seus pares na mesma medida e da mesma forma que o Estado.

A doutrina vem apontando, assim, que a existência e o grau de vinculação dos particulares dependerá das características do direito fundamental em questão, com a tendência à criação de *soluções diferenciadas*.⁴⁴ A chamada *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais poderia, assim, ser dividida em cinco grupos:⁴⁵ quando (i) a *eficácia horizontal* é expressamente consagrada na Constituição; (ii) a *eficácia horizontal* é realizada pela mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada; (iii) a *eficácia horizontal* é imediata e operada pela mediação do juiz; (iv) há “poderes privados” (como associações, empresas, igrejas e partidos) e “*eficácia*

tias de direitos fundamentais, não confusão de poderes e democracia – é uma *estrutura política conformadora do Estado*”. E segue: o “Estado Constitucional é ‘mais’ do que Estado de direito”. Baseia-se na legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação”, assim como na “legitimidade de uma ordem de domínio” e “legitimação do exercício do poder político”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 87 e ss.

42. SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., p. 173.

43. O STF, sem pretensão de encerrar o problema, já se manifestou quanto à *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais em geral no sentido de que as “os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. STF RE 201819/RJ – Rio de Janeiro, rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 27.10.2006. Grifos nossos.

44. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1289. É que existem direitos diante dos quais o problema nem se coloca, como é o caso daqueles que têm como destinatário única e exclusivamente os órgãos estatais (“como ocorre, por exemplo, com os direitos políticos, assim como no caso do direito à nacionalidade (...)”) e dos direitos que têm como “destinatários (ao menos também) entidades privadas e os particulares em geral”, tendo como exemplos a inviolabilidade do domicílio e os direitos do trabalhador. Em outros, o problema não só se coloca, como é, como mencionado, bastante complexo. SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., p. 203.

45. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1289 e ss.

horizontal” e (v) há núcleo irredutível da “autonomia pessoal” (quando não há possibilidade de eficácia horizontal sem verdadeiro confisco da autonomia pessoal).

O dever das partes de produzir provas, no ordenamento jurídico brasileiro, não poderia, portanto, incluir-se nos grupos (i), (iv) ou (v), visto que não há consagração expressa na Constituição, nem mácula, em tese, ao núcleo irredutível da “autonomia pessoal” (ressalvando-se os limites delineados nos itens seguintes). Abstratamente, portanto, o dever de provas poderia ser inserido tanto no grupo II como no III. O legislador poderia ter optado (ou optar, no caso da criação de futuros deveres de prova) por criar um dever diretamente para o privado (como seria, por exemplo, o caso do dever extraprocessual, ilustrado com as gravações de centrais de atendimento ao consumidor), ou criar um dever mediado pelo juiz (como é o caso do art. 400, parágrafo único, do Novo CPC).

A configuração de tais deveres no âmbito legal, portanto, não só propicia maior completude ao material probatório, tornando o processo civil tendencialmente mais orientado à busca da verdade (e, portanto, tendencialmente mais justo), mas faz com que o direito fundamental de cada uma das partes seja atuado de maneira muito mais eficiente.

3.1.2 Da ausência de qualquer direito fundamental à não produção de provas desfavoráveis no âmbito cível

Uma possível (e inconsistente, a nosso ver) objeção à construção de um verdadeiro dever de produzir provas pode advir de uma impressão, bastante difundida, segundo a qual haveria, no ordenamento jurídico brasileiro como um todo (inclusive no âmbito civil, portanto), um suposto direito constitucional de não produção de provas em próprio desfavor. Tal ideia, apesar de ser aparentemente adotada no art. 379 do Novo CPC, necessita ser desmistificada.⁴⁶

O direito de não produção de provas, no âmbito penal, possui origem no *privilege against self-incrimination*, isto é, ao direito de não autoincriminação. Esse, por sua vez, possui raízes históricas (um “*murky topic*” na doutrina⁴⁷) provavelmente na Inglaterra, a partir do século XIII,⁴⁸ “em oposição ao assim chamado juramento *ex-officio* imposto pelos oficiais eclesiásticos na tentativa de descobrir violações ao direito ou ao costume eclesiástico”,⁴⁹ tendo surgido também tal resistência em procedimentos similares utilizados pela coroa.⁵⁰

46. “Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte (...)”

47. LANGBEIN, John. The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law. *Michigan Law Review*. vol. 92. p. 1047-1085, esp. p. 1072, mar. 1994.

48. MORGAN, Edmund. *Basic Problems of Evidence*. Ann Arbor: Institute of Continuing Legal Education, 1961, p. 144.

49. Idem, *ibidem*.

50. Idem, *ibidem*.

Com o juramento *ex-officio* a “corte instruía o acusado (...) no sentido de que ele deveria jurar responder quaisquer questões que a corte dirigisse em seguida a ele”.⁵¹ A máxima *nemo tenetur prodere seipsum* (ou “ninguém pode ser obrigado a se autoacusar”)⁵² auxiliava a tornar clara a “linha entre as duas esferas da obrigação Cristã. O dever do crente de confissão penitencial não autorizava a instituição de procedimentos criminais contra ele”.⁵³ Em outras palavras, ele “podia confessar um pecado a um padre sem ser obrigado a confessar ofensas puníveis por juízes e promotores”.⁵⁴

Não se sabe exatamente como essa resistência transformou-se, mais tarde, em um direito de alguém “formalmente acusado de determinada ofensa recusar-se, em uma corte de *common law*, a responder a uma pergunta que demandasse uma resposta incriminadora”.⁵⁵

Seja como for, em meados do século XVIII, nenhuma pessoa na Inglaterra poderia ser obrigada a fornecer respostas incriminadoras nas seguintes circunstâncias: “(a) sob juramento, diante de um tribunal oficial buscando informações, ou (b) sem juramento, diante de um magistrado investigando uma acusação contra ele, ou (c) sob juramento como testemunha ou similar em uma corte de *common law* ou *chancery*”.⁵⁶

Na história americana, a doutrina considera provável que o direito já fosse bastante reconhecido antes de 1789,⁵⁷ vindo a ser, posteriormente, reconhecido pela *Fifth Amendment à Federal Constitution*. O texto de tal emenda não deixa dúvidas sobre o âmbito de aplicação da proteção: “[n]inguém (...) poderá ser compelido, em nenhum caso criminal, a ser testemunha contra si mesmo” [*No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*].

A doutrina estadunidense aponta pelo menos três aspectos da aplicabilidade do *privilege against self-incrimination* ou *right to silence*:⁵⁸ (i) a pessoa não tem o dever de revelar informações que a possam expor a processos criminais; (ii) os *factfinders* não podem retirar qualquer consequência adversa para a parte que se recusar a falar em sua defesa ou responder a questões durante o interrogatório policial; (iii) havendo uma confissão obtida de maneira involuntária (como, por

51. LANGBEIN, John. Op. cit., p. 1073.

52. Idem, p. 1072.

53. Idem, *ibidem*.

54. Idem, *ibidem*.

55. MORGAN, Edmund. *Basic Problems of Evidence* cit., p. 144.

56. Idem, *ibidem*.

57. Idem, *ibidem*.

58. STEIN, Alex. Self-Incrimination. *Encyclopedia Of Law And Economics*. vol. 10. fev. 2011. Edward Elgar Publishing Limited, p. 366-385. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=1759454]. Acesso em: 19.03.2014.

exemplo, se o suspeito não for avisado sobre seu direito ao silêncio e sobre a possível utilização de suas falas contra si mesmo – os conhecidos *Miranda rights*), essa não pode ser utilizada como prova no julgamento.

O direito à não autoincriminação não se aplica, entretanto, em procedimentos que não são criminais,⁵⁹ ou em que a regulação legal é exclusivamente civil.⁶⁰ O risco de incriminação deve, ainda, ser real,⁶¹ a fim de que o *privilege* tenha aplicabilidade.

No ordenamento jurídico brasileiro a clareza com que é redigido o texto constitucional não pode mesmo deixar dúvidas sobre o âmbito de aplicação do direito ao silêncio: art. 5.º, LXIII – “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.⁶² Trata-se da mesma previsão do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (internalizado no Brasil pelo Dec. 592/1992), no seu art. 14, 3, g⁶³ e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (internalizado no Brasil pelo decreto número 678/1992).⁶⁴

O STF, como não poderia deixar de ser, reconhece, em tal texto um direito à não autoincriminação, ou *nemo tenetur se detegere*, com suas consequências para os processos criminais assim definidas: o “privilegio contra a autoincriminação – *nemo tenetur se detegere* –, erigido em garantia fundamental pela Constituição (...) importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal (...)”.⁶⁵ E segue, em outra oportunidade, “O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intraorgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova ‘ex propria auctoritate’, não podendo, dentre outras limitações

59. ALLEN, Ronald J.; MACE, M. Kristin. The Self-Incrimination Clause Explained and its Future Predicted. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2003. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=480143 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.480143]. Acesso em: 19.03.2014.

60. Idem, p. 14.

61. Idem, p. 16.

62. Grifo nosso.

63. “Durante o processo, toda a pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) A não ser obrigada a prestar declarações contra si própria nem a confessar-se culpada.”

64. “Art. 8.º, 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

65. STF, HC 80.949-9/RJ, 1.ª T., j. 30.10.2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.2001.

de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio (‘*nemo tenetur se detegere*’), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio (...)”.⁶⁶

Não há dúvida, tampouco para a doutrina pátria, quanto ao fato de se tratar de um direito fundamental ligado ao processo penal, já se tendo afirmado que o “princípio *nemo tenetur se detegere* consagrou-se como direito fundamental com o surgimento e a gradativa consolidação do Estado Democrático de Direito, fundamentando-se como importante diretriz principiológica, tendo em vista sua ampla dimensão e abrangência no direito processual penal”.⁶⁷ Ainda, que como “se vê, os dois instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos *complementam* a Constituição Federal no que diz respeito ao direito a não cooperar na própria incriminação. Enquanto esta garante ao preso o direito de permanecer calado, aqueles dois instrumentos instituem garantias processuais penais outorgando ao acusado os direitos de não depor contra si mesmo e nem de confessar-se culpado”.⁶⁸

Quanto ao processo civil, em outras palavras, simplesmente *inexiste no ordenamento jurídico brasileiro algum direito, mormente fundamental, de não produção de provas contra si próprio*, não podendo tal argumento servir como limite para a construção de um dever de produzir provas, mesmo quando essas forem potencialmente prejudiciais ao obrigado.

Gize-se o ponto: não existe na Constituição, ou no ordenamento jurídico brasileiro (ao contrário do sugerido pelo art. 379 do Novo CPC) qualquer dispositivo ou fundamento para que se vede ao legislador a possibilidade de instituição de procedimentos de busca da verdade no âmbito cível que determinem à parte o dever de produzir determinada prova. Daí que a referência do mencionado art. 379 deve ser interpretada de maneira restritiva, somente para casos com possíveis consequências sérias de autoincriminação.⁶⁹

Isso porque a aplicabilidade do *nemo tenetur se detegere* para limitar o dever de prova no processo civil dá-se, portanto, somente quando a mesma hipótese fática em debate na esfera civil puder acarretar riscos reais de incriminação, ou seja, trazer consequências desfavoráveis para o sujeito na esfera penal. Fora disso,

66. STF, HC 94173/BA, 2.ª T., j. 27.10.2009, rel. Min. Celso de Mello, DJ 27.11.2009.

67. MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. Princípio Nemo Tenetur se Detegere no Estado Democrático de Direito. *Revista dos Tribunais*, vol. 941, p. 145, mar. 2014.

68. SALOMÃO, Helóisa Estellita. O Direito Humano de não Cooperar na Própria Incriminação, A Proteção ao Domicílio e a Fiscalização Tributária. *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário*, vol. 8. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 1057 e ss.

69. Vai nesse sentido o enunciado 51 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(art. 378; art. 379) A compatibilização do disposto nestes dispositivos c/c o art. 5.º, LXIII, da CF/1988, assegura à parte, exclusivamente, o direito de não produzir prova contra si em razão de reflexos no ambiente penal”.

não haverá qualquer razão para sustentar a impossibilidade de atribuição pelo legislador e pelo juiz de um verdadeiro *dever* de produzir provas.

Feito tal esclarecimento, no item seguinte serão enfrentados, por outro lado, diversos direitos fundamentais que, estes sim, podem servir de fundamento para barrar, ou restringir em determinadas circunstâncias, o dever de prova.

3.1.3 Dos possíveis limites do dever de produzir provas⁷⁰

Uma vez que o direito à prova tem a estatura de direito fundamental, somente outros direitos fundamentais poderão servir de limite à produção da prova. O tema certamente merecerá aprofundamento muito maior e detalhado do que aquele que o escopo do presente trabalho pode permitir. Entretanto, será importante pelo menos desenhar alguns limites iniciais, sem pretensão de exaustividade e sem pretensão de que os limites aqui desenhados possam ser vistos em uma relação de “tudo ou nada” com o dever de produzir provas. O objetivo do presente item é o de permitir delimitar a amplitude do debate sobre o dever de produzir provas.

Um primeiro limite ao dever de produzir provas facilmente identificável é a impossibilidade de forçar alguém a submeter-se a exame que envolva o próprio corpo, diante do direito fundamental à integridade física e psíquica. Tal direito, como reconhecido pela doutrina, diz respeito a “intervencões na estrutura física e psíquica da pessoa humana que não têm por consequência a morte ou que não colocam efetivamente em risco a vida no sentido da sobrevivência física”,⁷¹ guardando “estreita conexão com a dignidade da pessoa humana”.⁷² O STF, aliás, já se manifestou sobre a impossibilidade de submissão compulsória a exame de DNA pelo menos em duas oportunidades.⁷³

70. As ideias do presente capítulo foram apresentadas, ainda em estágio seminal, no artigo PAULA RAMOS, Vitor de. Cargas y deberes probatorios de las partes en el nuevo CPC brasileño. In: _____; CAVANI, Renzo (coords.). *Prueba y Proceso Judicial*. Lima: Instituto Pacífico, 2015.

71. SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 371.

72. *Idem*, p. 376.

73. “DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do *habeas corpus* na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende – de resto, apenas para obter prova de reforço – submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria”. STF, HC 76.060, 1.^a T., j. 31.03.1998, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 15.05.1998. “Discrepa, a mais não poder, de garantias

Outro limite constitucional, é o direito fundamental à vida privada (privacidade e intimidade), que, segundo a doutrina, consiste “no direito de se estar só e se ser deixado só (*the right to be let alone*), no sentido, portanto, de um direito a viver sem ser molestado pelo Estado e por terceiros no que toca aos aspectos da vida pessoal (afetiva, sexual etc.) e familiar”.⁷⁴

Em primeiro lugar, cumpre destacar que tal direito só poderá servir de limite para evitar uma “devassa” da vida pessoal de alguém, ou para evitar as conhecidas “*fishing expeditions*”, isto é, circunstâncias em que o objetivo real da busca não é a produção da prova, mas sim a obtenção às avessas de informações privadas. Em todos os casos em que houver exposição de detalhes da vida privada, será possível, ademais, em tese, que o juiz determine o tratamento sigiloso das informações.

Em segundo lugar, cumpre referir que, em algumas situações, será justamente a intimidade do sujeito que estará em discussão, como em casos de Direito de Família, como disputas por guarda de filhos, paternidade etc. Nesses casos, a limitação por conta da proteção da vida privada não parecerá mesmo razoável.

A proteção da vida privada depende, ainda, do “próprio modo de vida individual”,⁷⁵ uma vez que “pessoas com vida pública, tais como artistas e políticos naturalmente são mais expostas”.⁷⁶ Daí a doutrina referir a possibilidade de maior limitação a tal proteção, desde que isso, por outro lado, não acarrete sua anulação.⁷⁷

Da mesma forma, o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio poderá servir de limite ao dever de produção de prova. Está protegido por tal direito, segundo a doutrina, “todo aquele espaço (local) delimitado e separado que alguém ocupa com exclusividade, seja para fins de residência, seja para fins profissionais”.⁷⁸

constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos”. STF, HC 71.373, Plenário, j. 10.11.1994, rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, DJ 22.11.1996. O relator para o acórdão, aliás, registrou em seu voto: “Senhor Presidente, jamais pensei que, tendo assento no STF, pudesse defrontar-me com um quadro de tão extravagante – sob a minha óptica e com a devida vênia dos Senhores Ministros que me antecederam – abuso de poder, a implicar inegável constrangimento para o Paciente”.

74. SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* cit., p. 393.

75. *Idem*, p. 396.

76. *Idem*, *ibidem*.

77. *Idem*, *ibidem*.

78. *Idem*, p. 405.

A própria regra constitucional do art. 5.º, XI, entretanto, já traz uma autolimitação, que pode e deve ser utilizada para temperar a proteção dada por tal direito (e, portanto, quando diante do direito fundamental à prova, e o respectivo dever de produzir provas). Trata-se da expressão final, de que salvo “durante o dia, por determinação judicial”.

Tal expressão confere expressamente ao juiz o poder de, mediante exame das circunstâncias do caso concreto, permitir as autoridades a procederem a invasão do domicílio, de modo que a proteção do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, assim, dependa da relevância do direito material posto em juízo e das demais questões envolvidas no litígio.

Quanto às pessoas jurídicas, ainda, cumpre referir que a proteção “alcança apenas os espaços físicos indispensáveis ao desenvolvimento das atividades essenciais da pessoa jurídica sem estar sujeita a intromissões de terceiros”.⁷⁹ Dessa forma, no caso das pessoas jurídicas, a proteção sofrerá limitações de modo mais fácil.

Por fim, novamente ressaltando a inexistência de pretensão de exaustividade no elenco de limites aqui procedidos, cumpre referir o limite imposto pelo direito ao sigilo profissional, previsto no art. 5.º, XIV, da CF.

Esse limite é reconhecido, também, pela *Rule 26 (b) (1)* das *Federal Rules of Civil Procedures*, que menciona expressamente estarem dentro do escopo do *discovery* justamente as questões “*nonprivileged*”, sendo isso explicado pela doutrina pelo fato de que “[e]ncorajar confiança nessas relações é tido como mais importante do que conferir acesso total a essa informação para fins do litígio”.⁸⁰

O que é importante notar, entretanto, é que os sigilos do médico, do advogado (do cirurgião-dentista etc.) somente têm razão de ser para proteção da intimidade e da vida privada do próprio paciente/cliente. Não será possível, portanto, que o médico, o advogado, ou outro profissional com dever de sigilo, defendendo-se em demanda proposta pelo próprio paciente/cliente, oponha contra esse mesmo o segredo profissional, a fim de escudar-se da produção de provas que puderem lhe prejudicar.

Por fim, cumpre referir que é possível também, como já referido, o desenho de ferramentas para, em determinados casos, limitar a publicidade quanto a informações levadas ao processo.

Se o juiz determina que uma prova seja levada ao processo, sendo essa indispensável à instrução (art. 370 do CPC) em uma demanda que envolva, por exemplo, menores, constatando-se em tal prova potencial para macular o direito à intimidade de algum dos envolvidos, podem ser desenvolvidas ferramentas de sigilo inclusive para a parte contrária; exemplo disso poderia dar-se com a determinação de que a parte que requereu a prova assinasse um termo de sigilo.

79. *Idem*, p. 407.

80. FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Op. cit.*, p. 406.

Como se pode ver após a sumária exposição de alguns limites constitucionais, o tema deverá ser amplamente debatido, não só em sede doutrinária, mas também em sede jurisprudencial, a fim de que se verifiquem as hipóteses em que o dever de prova deverá ceder em face de outros direitos fundamentais.

Seja como for, entretanto, mesmo que o dever de produzir provas venha a sofrer (desejáveis) limitações, espera-se ter demonstrado sua importância e idoneidade no sentido de promover uma maior completude do material probatório, tornando-se o processo tendencialmente mais *truth-oriented* e, portanto, mais justo.

3.2 Da reinterpretação do “aspecto objetivo”: dever judicial de julgamento em desfavor da parte que detinha o risco da demanda em caso de não corroboração dos fatos

Pelas diversas razões expendidas ao longo dos itens anteriores, demonstrou-se que o suposto aspecto “subjetivo” do “ônus” da prova não se trata de um ônus e não está vinculado do resultado da demanda, bem como que o dito aspecto objetivo não tem o condão (nem a pretensão, aliás) de propiciar a maior completude do material probatório, uma vez que, não sendo gravadas por um dever de produzir provas, as partes levam ao processo somente as provas que lhes favorecem.

A regra do ônus da prova, encontrada, no Brasil, no texto do art. 373 do CPC, portanto, não configura uma regra de *instrução*, mas tão somente uma *regra de julgamento*, entrando em jogo exclusivamente no momento do julgamento da causa. Isso porque não se pode confundir a *atividade* de provar com o *resultado* da prova.

A *atividade*, isto é, o aporte de material probatório ao processo, pode ser feita por qualquer das partes ou, hoje em dia (em grande parte dos ordenamentos processuais) por determinação do juiz. Uma parte pode levar uma prova a juízo que contrarie frontalmente suas alegações. Nesse caso, a *atividade* probatória terá sido exercida pela parte, digamos, autora, mas a causa será julgada em favor do réu; isso porque o *resultado* da prova indicará a corroboração objetiva dos fatos que favorecem o réu, independentemente de a *atividade* probatória ter sido exercida pelo autor.

Não seria, de resto, nem mesmo lógico pensar que, em um sistema que atribui poderes-deveres para o juiz de instrução da causa, colocando-o como a figura epistêmica do processo, fosse possível decidir a causa com base na verificação de qual parte teria “falhado”; isto é, ligar a atividade das partes ao resultado. Com efeito, “uma vez que um oficial responsabiliza-se pela obtenção das provas, não é mais apropriado – mesmo que comum – justificar *factual findings* em termos de ônus não satisfeitos ou requerimentos não preenchidos pelos litigantes. Se algum

dos protagonistas do processo falhou em satisfazer um ônus deverá ser o próprio *fact finder* oficial”.⁸¹

Veja-se, portanto, nesse ponto, que, equipando o juiz com poderes instrutórios (como aqueles do art. 370 do CPC brasileiro) e com a possibilidade de ordenar no caso concreto a produção de determinada prova (nos termos do art. 400, parágrafo único, do CPC, com todos os limites previamente mencionados), à regra do art. 373 será reservada uma função bastante residual, já que muito menor será o número de casos de insuficiente corroboração.

Mesmo assim, tal hipótese poderá ocorrer, de diversas formas. É possível, por exemplo, que não existam provas que favoreçam o autor e nem que favoreçam o réu. Podem existir casos em que não haja qualquer prova que favoreça uma das partes, e provas que corroborem de maneira *insuficiente* as hipóteses fáticas que favorecem a outra. Pode ser que as hipóteses fáticas que favorecem ambas as partes sejam corroboradas de maneira igualmente insuficiente pelas provas.

O que é importante notar é que o legislador brasileiro, como sabido, atribui, como regra geral, o *risco pela insuficiente corroboração* dos fatos constitutivos para o autor e dos fatos impeditivos, extintivos e modificativos para o réu, com a possibilidade de alteração desse critério, por força dos parágrafos do art. 373.⁸² Essa última proposta não tem o condão de alterar o fato de que a regra do art. 373 só entrará em cena em caso de insuficiente corroboração das hipóteses fáticas, isto é, quando a instrução da causa *falhar em seu escopo principal de buscar a verdade*; algo que, de resto, só será constatado no momento da valoração (posterior logicamente à admissão e à produção).

Sem entrar em debates sobre qual desses critérios abstratamente possíveis seria mais justo, o que importa salientar é que tanto a regra da atribuição fixa do “ônus” da prova, do *caput* do art. 373 do CPC, quanto a regra dinâmica, dos parágrafos do art. 373, nada mais configuram do que um verdadeiro “critério de desempate”, como ocorre, no exemplo já referido, quando há empate nas eleições presidenciais e a Constituição, no art. 77, § 5.º, determina que o mais velho vencerá.

81. DAMAŠKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven and London: Yale University Press, 1986. p. 121.

82. A atribuição fixa do critério de desempate melhor promoveria a calculabilidade com relação aos litígios, isto é, de modo que a parte possa ter ideia prévia sobre se vale ou não a pena litigar. Aumentaria, também, a capacidade de aceitação da decisão por parte daquele em que o critério de desempate incidir de maneira negativa. Isso tudo sem falar que não é a toa que os critérios de desempate, nas mais variadas experiências humanas, são sempre fixados antes do início do procedimento. É assim tanto dentro do direito, em casos de eleições presidenciais, de concursos públicos etc., mas também fora, em competições esportivas, competições televisivas etc. Sobre calculabilidade, vide ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 126.

A Constituição, com efeito, reconhece que, em certos casos, não será desejável seguir investindo recursos e tempo para a “descoberta” da vontade popular na eleição. A disputa, de tão acirrada, não terá condições de apontar claramente para um candidato ou para outro.

Assim, reconhecendo indesejável que o país siga demorando na definição do nome de seu presidente, a Constituição atribui um *direito* para o candidato mais velho de, em caso de empate, ser considerado eleito, e um correlato *dever* da autoridade competente de cancelar o resultado da eleição nesse sentido.

O critério de desempate dado pelo Direito, nos diversos casos em que isso é necessário, pode ser mais ou menos aleatório, dependendo daquilo que está em jogo. Pode ou não, em outras palavras, basear-se em alguma regra de experiência. Assim, por exemplo, é uma máxima de experiência que o candidato mais velho tende a ser mais experiente e, portanto, mais apto a governar. O sorteio, por outro lado, não tem qualquer relação com regras de experiência, mas mesmo assim é bastante utilizado.

Entretanto, seja em um caso, seja em outro, o que é importante notar é que a escolha do mais velho não quer dizer que candidatos mais velhos, ou aqueles que ganham o sorteio, contem com maior apoio popular, ou sejam mais capazes; muito menos que o candidato tenha um *ônus* de ser mais velho ou mais “sortudo”. Significa, isto sim, simplesmente que, em determinado momento, o Direito entende ser mais importante deixar de lado a “busca” pela vontade popular e dar um critério para que, de alguma forma, o país possa ter algum presidente eleito.

Com a regra do art. 373 (mesmo em casos de dinamização), portanto, ocorre rigorosamente a mesma coisa. O legislador *ordena* ao juiz que, esgotados todos os esforços probatórios, inclusive a utilização dos poderes instrutórios de ofício e as *ordens* de produção de prova, julgue não mais com base na busca da verdade, naquilo que ocorre no mundo lá fora, mas sim em um critério preestabelecido, que nada tem a ver com essa.

Nesse caso, assim como no das eleições, prefere o legislador não fazer uso de critérios aleatórios, como o sorteio, entendendo que atribuindo os riscos de tais formas estar-se-ia promovendo uma distribuição mais justa desses. Assim, via de regra, o réu, de acordo com o *caput* do art. 373 do CPC, tem, também (como o candidato mais velho à presidência no caso de “empate”), o *direito* de ser considerado vencedor da demanda se a hipótese fática que beneficiaria o autor não restar comprovada de maneira *suficiente*. E o juiz tem o correlato *dever* de assim julgar, deixando de lado a busca da verdade e colocando fim à controvérsia da forma determinada pelo legislador.

O fato do “ônus” da prova ser um *dever* imposto ao juiz já fora notado pela doutrina (mesmo que falando de uma suposta necessidade de que os fatos fossem “tidos por inexistentes”, algo que, a rigor, não ocorre), na condição de uma verdadeira *imposição* do legislador ao juiz de que julgue em determinado sentido: “(...) as consequências da incerteza [*rectius*, da insuficiente corroboração das hipóteses

fáticas] são estabelecidas somente por uma regra processual que impõe ao juiz de sustentar inexistentes os fatos não amparados por prova”.⁸³

O que é interessante notar, para o escopo do presente trabalho, entretanto, é que a regra de julgamento do “ônus” da prova não é, portanto, uma resposta automática para a “inesclarecibilidade” (*rectius*, ausência de corroboração objetiva das hipóteses fáticas *sub judice*), mas apenas uma das possíveis soluções.

Em tese, afinal, diante da ausência de resultados apontando em um sentido ou em outro, diversos poderiam ser, abstratamente (e sem entrar no mérito de qual desses seria mais justo), os critérios para “desempate” em uma ação judicial. A parte financeiramente mais fraca, a parte mais idosa, a parte mais jovem, a parte com maior instrução, a parte com menor instrução etc., um “sorteio”, um “par ou ímpar” etc.

Não se está, obviamente, aqui sugerindo que o legislador devesse prever uma regra de julgamento baseada em um sorteio; está-se, isto sim, pretendendo chamar a atenção para o fato de que o critério de desempate da regra do “ônus” da prova, seja qual for, configura um momento em que, sem ter condições de estabelecer os fatos através da valoração racional, o processo *desiste da busca da verdade*, preferindo que o risco seja alocado a um ou a outro sujeito.⁸⁴

83. AUGENTI, Giacomo Primo. *L'Onere della Prova*. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1932. p. 172. A existência de tal “critério de desempate”, de modo geral, é visto pela doutrina com ligação muito clara com a proibição do *sibi non liquere*, considerando-se essa “o último refúgio para evitar o *non liquet*” (DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação da tutela*. 8. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2013. vol. 2, p. 83.). Seria “necessário individualizar critérios que consintam que a controvérsia seja resolvida quando não resulte prova a existência dos fatos principais. Tais critérios são constituídos das regras que disciplinam o *ônus da prova*” (TARUFFO, Michele; FERRI, Corrado; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Lezioni sul Processo Civile. I. Il Processo Ordinario di Cognizione*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006. p. 438). Tal ligação, entretanto, é questionada por Pugliese, que sustenta que no Direito Romano clássico, em que ainda era possível o juramento de *sibi non liquere*, o ônus da prova já existia e era juridicamente vinculante; tal juramento, assim, seria somente uma das ferramentas disponíveis para o *iudex*, e talvez a mais drástica delas, uma vez que era, segundo sustenta, perfeitamente possível o recurso às normas de ônus da prova (PUGLIESE, Giovanni. *Per l'individuazione dell'Onere della Prova nel Processo Romano Formulare. Studi in Onore di Giuseppe M. de Francesco*. Milano: Giuffrè, 1957. vol. 1). Para o romanista a existência do *sibi non liquere* “não excluía objetivamente o ônus da prova”, visto que a consequência do *sibi non liquere* era justamente a substituição do *iudex* que o jurara por outro *iudex*; diante do novo *iudex* ou órgão colegiado “a necessidade da prova repropunha-se em toda sua plenitude”.

84. A opção do legislador consumerista (art. 6.º, VIII, do CDC), de prever a “inversão” do “ônus” da prova, com efeito, significa apenas que esse preferiu que os casos de insuficiência de corroboração das hipóteses fáticas corresse, preenchidos os requisitos legais, sob risco do fornecedor, dando ao juiz o *dever* de, em caso de não atingimento dos *standards* probatórios, julgar em favor do consumidor.

Entendendo mais importante resolver o litígio de alguma forma do que deixar as partes no estado de incerteza jurídica (mesmo correndo o risco de afastar-se da verdade), o legislador fornece um critério legal com um correlato *dever* para o juiz. Tal decisão, por regra de julgamento, entretanto, é por natureza tendencialmente menos justa do que uma tomada com base na valoração racional dos elementos de juízo. A utilização da regra de julgamento, portanto, seja qual for, deve ser evitada ao máximo.

Não obstante, a regra do “ônus” da prova só determina as consequências do litígio quando não há suficiente corroboração das hipóteses fáticas,⁸⁵ no momento determinado pelo legislador. Caso contrário, se alguma hipótese fática restar *suficientemente corroborada* (isto é, provada), as consequências serão impostas pelas regras de direito material,⁸⁶ não sendo necessário recurso ao “ônus” da prova.

Isto é, quando o art. 927 do CC diz que quem causar dano a outrem será obrigado a indenizar e, em um dado processo, resta *provado* que Pedro causou um dano a João, a consequência de condenar Pedro será determinada pelo direito material; não pelo “ônus” da prova.

Por outro lado, quando não há provas suficientes, não é possível confirmar nem a versão do autor, nem a versão do réu, nem qualquer outra. Basta utilizar uma analogia para verificar o ponto: com uma radiografia desfocada, não é possível a um médico nem afirmar que houve uma fratura, nem que não houve. Ele simplesmente não tem elementos suficientes.

Da mesma forma, se nenhuma prova é produzida, não é possível considerar provado nem que Pedro bateu no carro de João, nem que Pedro *não* bateu no carro

85. Tal pensamento é fruto de sólida crítica formulada por JORDI FERRER BELTRÁN no seminário apresentado em Girona em 14.06.2013.

86. Verde, com base em tal ideia, chega mesmo a negar qualquer conteúdo normativo à regra de julgamento em questão, afirmando ser essa uma consequência lógica do próprio Direito: “Pode-se, então, começar a acreditar que a exigência de uma regra de julgamento nasce não da necessidade de autorizar o juiz a decidir no mérito mesmo em caso de incerteza sobre o fato, mas da convicção de que seja necessária uma regra desse tipo para tornar possível ao juiz pronunciar a improcedência dos pedidos cujos pressupostos de fato não tenham sido provados. (...) [A] função da regra de juízo não deveria ser a de impedir ao juiz de pronunciar sentenças de *non liquet*, mas deveria concretizar-se naquela que podemos definir como consequência de uma escolha de civilidade, visto que se proíbe ao juiz de considerar existentes fatos de que não lhe tenha sido ofertada prova plena e convincente”. E acrescenta: “[J]ustamente considerando as situações concretas em que poderia ter relevo a natureza e, antes ainda, a existência da assim chamada regra de julgamento, tem-se a confirmação de que essa regra é um derivado de exigências sistemáticas e conceituais, sendo totalmente carente de conteúdo normativo”. VERDE, Giovanni. *L'Onere della Prova nel Processo Civile*. Napoli: Jovene, 1974. p. 27 e 125. A ideia de Verde, entretanto, parece fazer sentido somente se tiver-se por base a premissa de que “estar provado” é o mesmo que “ser verdadeiro”, hipótese já refutada na primeira parte do presente estudo.

de João. É rigorosamente o que ocorre em qualquer outra área da vida humana: quando dois times de futebol empatam em 0 a 0, simplesmente não é possível dizer quem deve ganhar.

A questão pode ficar mais clara em um caso de ação declaratória de união estável, em que o homem sustenta a existência da relação e a mulher sustenta a sua inexistência. Imaginando que nenhuma das partes produza provas, que o juiz não consiga utilizar seus poderes instrutórios de maneira exitosa etc., ou mesmo que, por qualquer outra razão, haja corroboração insuficiente das hipóteses fáticas, ao fim do processo simplesmente não haverá qualquer base para a decisão calcada nos fatos.

A regra de ônus da prova significará, assim, simplesmente o momento em que o Direito – decidindo ser melhor acabar com a incerteza, mesmo correndo o risco de uma decisão injusta – dá um critério ao juiz para acabar com o “empate”.

Tal regra, como não poderia deixar de ser, é *dirigida ao juiz*, mas tem consequências indiretas às partes, no sentido de que, havendo insuficiente corroboração, a parte beneficiada pela regra fica com um verdadeiro *direito* de não sucumbir. A parte que detiver o risco da insuficiente corroboração certamente empreenderá maiores esforços para que os fatos que lhe beneficiam resem comprovados, da mesma forma que a parte que tem urgência na resolução de determinado conflito empreenderá maiores esforços para que o processo caminhe em marcha acelerada.⁸⁷ Nem uma hipótese nem outra, entretanto, conforme exaustivamente abordado, configuram verdadeiros *ônus* jurídicos.

Isso significa que, com o que aqui se propõe, não se pretendeu eliminar a importância das partes no procedimento probatório, mas tão somente afirmar que, mediante a criação de *deveres* de produzir provas (conforme art. 400, parágrafo único, do CPC), fazendo com que as partes não possam escolher não aportar uma prova ao processo, o sistema tem maiores condições de ser *truth-oriented*, na medida em que propiciará uma maior completude do material probatório.

Procedendo dessa forma, como demonstrado, o “ônus” da prova nada mais será do que uma regra de julgamento, dirigida ao juiz (mesmo nos casos de dinamização, autorizados pelos parágrafos do art. 373 do CPC), a ser utilizada nos casos em que, mesmo diante de ordens judiciais, não tiver havido suficiência de corroboração objetiva das hipóteses fáticas.

A regra de julgamento, entretanto, terá função ainda mais residual (visto que na maioria dos casos será possível a apuração dos fatos através de métodos racionais), devendo ser evitada ao máximo. Afinal, sua aplicação acarreta, como visto, resultados tendencialmente menos justos, por se afastarem tendencialmente da busca da verdade.

87. Em sentido contrário, entendendo que “encarar as regras sobre ônus da prova exclusivamente sob um prisma objetivo – como regras de julgamento – é desconsiderar o papel que elas desempenham sobre o comportamento das partes no processo e mesmo antes dele”, vide YARSELL, Flávio Luiz. Op. cit., p. 66.

CONCLUSÕES

1. A verdade existe e é objetiva, não sendo determinada pela linguagem ou pelo consenso, mas sim pelo “mundo lá fora”, isso é, por correspondência da assertiva que se pretende verificar com o que efetivamente ocorreu no mundo real.

2. O direito é necessariamente *merit-based*, isto é, possui critérios externos para a verificação da justiça de uma decisão. Assim, só será justa a conclusão pela assertiva de que “Pedro matou Maria” se Pedro efetivamente tiver matado Maria.

3. O processo deve buscar a verdade, reconhecendo-se uma ligação teleológica entre prova e verdade.

4. “Estar provado” não significa nem “ser verdadeiro” e nem “o juiz estar convencido”, mas simplesmente “existirem elementos de corroboração suficientes”, sendo o grau de suficiência dado pelo direito, através dos *standards* probatórios.

5. A prova deve ser valorada de maneira racional.

6. Seja na proposta de Haack, na epistemologia em geral, ou na de Ferrer Beltrán ou na de Ho, essas últimas com referência específica ao direito, restam preservadas, como é desejável que seja, as possibilidades de reconhecimento de erros, diferenciando-se o “estar provado” do “ser verdadeiro”.

7. As soluções permitem, ao mesmo tempo, que alguns conhecimentos possam ser considerados mais corroborados do que outros, dependendo o grau de corroboração de fatores objetivos.

8. Um procedimento epistêmico qualquer (como o processo, portanto) pode ser mais ou menos *truth-conducive*, na medida em que tenha maiores ou menores condições de gerar *justified beliefs*.

9. A doutrina atual entende que o mero respeito às regras e direitos relativos ao procedimento não bastam para que o processo possa ser considerado justo.

10. Para que a decisão possa ser considerada justa são necessários pelo menos: (a) correta escolha e interpretação da regra jurídica; (b) apuração adequada dos fatos relevantes do caso; (c) emprego de um procedimento válido e justo para chegar à decisão.

11. O direito ao processo justo, assim como o direito à prova, são dotados tanto de fundamentalidade material quanto formal no ordenamento jurídico brasileiro, devendo o legislador organizar procedimentos que visem de maneira séria à busca da verdade.

12. Sendo a verdade um *standard* externo de correção da decisão, a maior acuidade da apuração dos fatos, deve balizar a avaliação das instituições, regras,