

**FÁBIO VINÍCIUS STENCEL**

**O ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

**Monografia apresentada como requisito parcial  
à conclusão do Curso de Direito, Setor de  
Ciências Jurídicas da Universidade Federal do  
Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme  
Marinoni.**

**Curitiba  
2003**

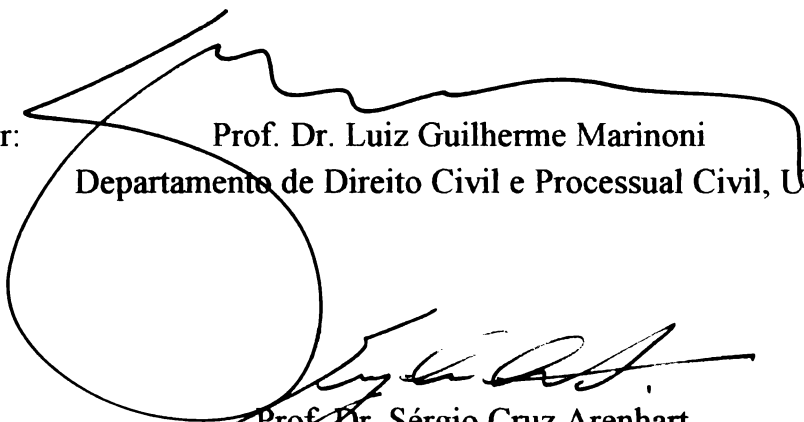
# **TERMO DE APROVAÇÃO**

**FÁBIO VINÍCIUS STENCEL**

## **O ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

**Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná**

Orientador:



**Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni**  
**Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR**

**Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart**

**Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR**



**Prof. Dr. Edson Ribas Malachini**

**Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR**

**Curitiba, 21 de outubro de 2003.**

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>iv</b>
<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>2. DA NECESSIDADE E FUNÇÃO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....</b>	<b>4</b>
2.1. Do Conhecimento das Regras de Direito pelo Magistrado.....	4
2.2. Do Conhecimento dos Fatos pelo Magistrado e das Afirmações de Fato que Exigem Prova.....	6
2.3. Da Função da Prova em Relação aos Fatos que Exigem Prova.....	11
<b>3. O ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE JULGAMENTO E DE PROCEDIMENTO.....</b>	<b>18</b>
3.1. O Ônus da Prova como Regra de Julgamento.....	18
3.2. O Ônus da Prova como Regra de Procedimento.....	23
<b>4. CRITÉRIO DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....</b>	<b>29</b>
4.1. O Critério de Distribuição do Ônus da Prova nos Direitos Romano e Medieval...	29
4.2. Doutrinas Antigas.....	32
4.3. Doutrinas Modernas.....	37
4.4. Doutrinas Atuais: As Concepções de Rosenberg e Micheli.....	43
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>46</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>48</b>

## **RESUMO**

Análise do ônus da prova no Código de Processo Civil brasileiro, com o propósito de se identificar sua função e critério de distribuição. Discorre sobre os elementos que necessitam de prova no processo civil pátrio, apresentando também a finalidade da instrução probatória. Em seguida, dedica-se à apresentação da função do ônus da prova como regra de julgamento e de procedimento, para, por fim, analisar, a partir do estudo do direito positivo e de diversas teorias defendidas ao longo da história, o critério de distribuição do ônus da prova vigente no direito brasileiro.

## 1. INTRODUÇÃO

É preliminar necessária de qualquer trabalho acadêmico/científico a fixação de um objeto de pesquisa e a delimitação de um tema em torno dele. Assim, o presente trabalho tem por objeto o ônus da prova no direito processual civil brasileiro, especificamente sua regulação pelo Código de Processo Civil pátrio. Em relação a esse objeto primeiramente pretende-se identificar sua função e estrutura, e, em um segundo momento, será apresentada a forma pela qual desempenha seu papel no processo.

Nesse intento, a monografia foi dividida em três capítulos. No primeiro deles serão analisadas quais as afirmações de fato e invocações de regras jurídicas que, para estarem habilitadas a formar o convencimento do magistrado que embasa a decisão jurisdicional, exigem prova. Portanto, partiu-se de uma perspectiva publicista do processo, considerando o exercício do poder jurisdicional como sua finalidade. Para tanto a necessidade de prova será estudada em relação aos elementos que impreterivelmente devem ser analisados na sentença. Nesse sentido, utilizou-se a concepção, recorrente na doutrina, de que, no exercício da função jurisdicional, o magistrado desempenha uma dupla atividade: fixa os fatos que serão objeto da apreciação jurisdicional (questão de fato) e aplica o direito a esse conjunto de fatos (questão de direito)<sup>1</sup>.

Observe-se que, como reconhecido pela grande maioria da doutrina, o problema da prova diz respeito sobretudo à questão dos fatos sobre os quais se deve manifestar a decisão jurisdicional<sup>2</sup>. No sistema processual civil brasileiro a prova exerce função excepcional em relação às regras de direito, razão pela qual se optou por concentrar o estudo dessa hipótese em item específico no primeiro capítulo, centrando, após isso, a análise da prova em relação aos chamados fatos do processo.

Entende-se que a exposição dos elementos que dependem de prova no processo civil é imprescindível para o trato do tema referente ao ônus da prova, já que, como se

---

<sup>1</sup> CARNELUTTI, F. *La prova civile*, seconda edizione. Roma: Edizione Dell'Ateneo, 1947. p. 11. CINTRA, A. C. A.; DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P. *Teoria geral do processo*, 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000. p. 347.

<sup>2</sup> SANTOS, M. A. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 15. ed., atualizada. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 273. CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, op. cit., p. 348.

sabe, as regras que distribuem esse ônus processual voltam-se a possibilitar a necessária prolação de uma decisão de mérito pelo magistrado no caso de insuficiência (ou inexistência) probatória. E é justamente em função do conceito de insuficiência probatória que se faz indispensável a análise da função que a prova desempenha no processo em relação aos fatos que dela dependem, à qual foi dedicado o item 3 do primeiro capítulo. Destaca-se que, neste item, considerando o ônus da prova como regra de julgamento, conforme será elucidado no capítulo 2, o estudo foi limitado à função que a prova desempenha em relação, especificamente, ao embasamento da decisão de mérito que põe fim ao processo em determinada instância<sup>3</sup>.

No segundo capítulo serão analisadas as funções que as regras sobre o ônus da prova desempenham no processo. Assim, utilizou-se a tradicional divisão entre o ônus da prova como regra de julgamento e de procedimento.

Nesse sentido, o primeiro item deste capítulo, em uma continuação lógica do que foi exposto anteriormente, ocupar-se-á de demonstrar o papel que as regras sobre o ônus da prova desempenham em relação à sentença. Para tanto, inicialmente será feita abordagem da necessidade de ser proferida decisão jurisdicional mesmo no caso de ausência ou insuficiência probatória em relação a algum dos fatos relevantes da causa, para então demonstrar o papel que as regras sobre ônus da prova assumem nesse sentido. Dessa forma, identificar-se-á o ônus da prova como regra de julgamento<sup>4</sup>.

No segundo item do capítulo dois, será estudado o ônus da prova entendido então como regra de procedimento que orienta a atividade probatória desenvolvida pelas partes no processo. Será destacada a diminuição da importância que esse aspecto do ônus da prova sofreu em virtude de novas tendências do processo civil, notadamente da atual configuração dada ao princípio dispositivo, do reconhecimento de maiores poderes instrutórios ao juiz e da vigência do princípio da comunhão da prova. Diante do exposto, será apresentada qual é a função que o ônus da prova atualmente desempenha como regra de procedimento.

---

<sup>3</sup> Não se considerando, portanto, a função que a prova desempenha em relação a decisões processuais proferidas em outros momentos, como ocorre por exemplo com a antecipação de tutela.

<sup>4</sup> Citam-se apenas como exemplos de autores que utilizam essa denominação: KARAM, M. Ônus da prova: noções fundamentais. *Revista da associação dos magistrados do Paraná*, Curitiba, n.º 14, p. 41/44, 1978. ROSENBERG, L. *La carga de la prueba*. Tradução de: Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956. p. 11/38.

Por fim, o capítulo terceiro será dedicado a uma análise do critério de distribuição do ônus da prova entendido como regra de julgamento, ou seja, a identificar de que forma se define qual das partes arca com as conseqüências de uma instrução probatória inexistente ou ineficaz de determinada afirmação de fato relevante ao processo.

Para tanto, será realizada exposição, que evidentemente não se pretende exaustiva, de algumas das principais teorias que ao longo dos anos tentaram fornecer um critério para solucionar a questão. Ante as peculiaridades defendidas por cada autor, é difícil a tarefa de organizar essas idéias conforme um princípio comum<sup>5</sup>. Entretanto, para efeitos didáticos, tomando como base a exposição formulada por Luiz Eduardo Boaventura PACÍFICO<sup>6</sup>, as doutrinas serão apresentadas em cinco momentos, que são: romano, medieval, antigo, moderno e atual<sup>7</sup>. No decorrer da exposição, será identificada e estudada a corrente que foi consagrada no Código de Processo Civil brasileiro.

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, observe-se o texto de Marco Aurélio Moreira BORTOWSKI, que identifica oito teses referentes à distribuição do ônus da prova. (BORTOWSKI, M. A. M. A carga probatória segundo a doutrina e o código de defesa do consumidor. *Direito do consumidor*, São Paulo, n.º 7, p. 105/109, 1993).

<sup>6</sup> PACÍFICO, L. E. B. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 38/130.

<sup>7</sup> Embora os grupos considerados refiram-se a momentos históricos bem definidos, sendo apresentados em seqüência, o objetivo da exposição não é traçar a evolução histórica das teorias referentes à distribuição do ônus da prova, porque isso demandaria contextualizar cada uma delas com os princípios do sistema às quais se referiam. Pretende-se apenas analisar algumas das mais relevantes teses desenvolvidas sobre o tema em relação ao presente estágio do direito processual civil brasileiro, a fim de identificar um critério geral vigente como regra de julgamento no atual sistema.

## 2. DA NECESSIDADE E FUNÇÃO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

### 2.1. Do Conhecimento Das Regras de Direito pelo Magistrado

Quanto à denominada questão de direito, o que interessa para os objetivos do presente trabalho é determinar a forma pela qual o magistrado conhece as regras jurídicas a serem concretizadas na sentença. Nesse sentido, observa-se que, no direito brasileiro, prevalece o princípio de que cabe ao juiz, independentemente da ingerência de qualquer das partes ou mesmo de terceiros, conhecer as normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto. Assim, como diz o professor Ovídio Araújo Baptista da SILVA, “a regra de direito presume-se conhecida do juiz”<sup>8</sup>. Essa idéia é representada pelo brocado latino *iuria novit curia*.

Com isso pretende-se deixar claro que, como regra geral, no processo civil brasileiro a norma legal que embasa o pedido ou a resposta deduzida pela parte em juízo, e que deve regular a questão a ser decidida, não precisa ser provada quanto à sua vigência e conteúdo<sup>9</sup>. Segundo o já citado professor Ovídio A. B. da SILVA, essa conclusão é confirmada pelo que dispõe o artigo 332 do Código de Processo Civil brasileiro<sup>10</sup>.

Entretanto, no ordenamento pátrio, essa diretriz comporta uma exceção, que está insculpida no artigo 337 do diploma processual civil. Conforme se extrai da leitura desse artigo, o princípio de que o juiz conhece as regras de direito não é inderrogável

---

<sup>8</sup> SILVA, O. A. B. da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**, 5. ed. revista e atualizada, 2ª. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v. 1. p. 341.

<sup>9</sup> Destaque-se entretanto que, quando se afirma que as regras de direito são conhecidas pelo juiz, não se pretende defender a ingênua concepção que exclui a criatividade do magistrado do âmbito da concretização das normas jurídicas (aplicação do direito ao caso concreto). Parece evidentemente superada a idéia de que o juiz, ao exercer a atividade jurisdicional, deve limitar-se a reproduzir os textos legislativos na forma em que foram criados pelos representantes do povo, aplicando-os (ou não) ao caso concreto através de um procedimento silogístico onde a regra jurídica é premissa maior simplesmente reproduzida, por subsunção dos fatos à hipótese abstrata, na decisão do caso. É visível a atividade criativa que o magistrado exerce em relação ao direito positivado, pois a ele cabe interpretar a regra jurídica, podendo-se dizer que efetivamente cria a norma jurídica aplicável ao caso concreto. Nesse sentido já se manifestaram inúmeros autores, valendo mencionar lapidar obra de Mauro Cappelletti: CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?.** Tradução de: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

<sup>10</sup> SILVA, op. cit., p. 341/342. Assim reza o mencionado artigo: “Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

no que se refere ao direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário alegado pela parte. Em relação a essas regras de direito pode ser exigida prova, se assim for determinado pelo magistrado.

A primeira conclusão que se extrai desse dispositivo é a de que, uma vez invocado direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, somente haverá necessidade de se produzir prova em relação a eles se assim o determinar o magistrado<sup>11</sup>.

Em segundo lugar, deve-se destacar que o fundamento da pressuposição de que o juiz conhece as regras de direito, e conseqüentemente da exceção encartada no mencionado artigo 337, é a idéia de que o magistrado deve conhecer o direito positivado que vigora dentro do território que limita a sua competência, e que, por isso, normalmente é objeto de sua atividade. Nesse sentido explica Moacyr Amaral SANTOS:

... se o direito invocado for *estadual* ou *municipal*, se presume conhecido no Estado ou no Município em que vigora, em relação aos quais é *direito comum*. Em tais condições impõe-se a prova do direito estadual ou municipal, quando seja de Estado ou Município diverso daquele em que tenha sede o juízo por onde corre o feito. Tratando-se de direito do Estado ou Município, onde o juiz exerça a jurisdição, sendo ele do seu obrigatório conhecimento, independe de prova. [grifos do autor]<sup>12</sup>

Observa-se que, em relação às regras de direito, conforme expressamente determina o mencionado artigo 337, a função da prova é demonstrar o teor e a vigência das regras invocadas. Assim, em se tratando de direito positivado, teor e vigência são aspectos juridicamente bem definidos, sendo que:

A prova do teor da lei dá-se com a juntada do jornal oficial que a publicou ou de algum documento idôneo, como por exemplo, Revistas de Jurisprudências, cujo conteúdo contenha o texto da lei reclamada.

<sup>11</sup> No entanto, no que concerne à perspectiva do jurisdicionado, é pertinente a observação de ARENHART e MARINONI, segundo os quais: “Isto não quer dizer, é claro, que a outra parte não tenha o direito de impugnar o teor e a vigência do direito alegado. Mesmo o juiz não determinando a prova do teor e da vigência do direito alegado, cabe à parte interessada a prova do contrário que foi suposto pelo juiz, até mesmo em face do seu direito constitucional ao contraditório” (ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. **Manual do processo de conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2001. p.336/337).

<sup>12</sup> SANTOS, M. A. **Comentários ao código de processo civil**, 6. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 4. p. 50.

No que tange à prova da vigência da lei, com a juntada do texto legal temos a data do seu início. Em regra, a lei é permanente, por isso, somente perde a eficácia em razão de uma força contrária à sua vigência.

Assim, presume-se que o texto legal invocado, desde que conhecido o seu teor, esteja vigorando, até prova em contrário, isto é, que tenha ocorrido a sua revogação.<sup>13</sup>

Já quanto ao direito consuetudinário, deve-se entendê-lo como os costumes que são consagrados como regra jurídica<sup>14</sup>, ou seja, que são reconhecidos pelo poder jurisdicional como aptos a produzir efeitos jurídicos.

Caso as normas de direito invocadas que, segundo a determinação do magistrado, necessitem de prova, não restem provadas ao final do período instrutório, o juiz, no momento do julgamento, deve utilizar-se da norma que define o ônus da prova como regra de julgamento, desconsiderando o dispositivo de direito invocado e não provado<sup>15</sup>.

Portanto, conclui-se que, no sistema processual civil brasileiro, as regras de direito aplicáveis ao caso submetido à apreciação jurisdicional presumem-se conhecidas pelo magistrado, exigindo prova apenas as hipóteses contempladas pelo artigo 337 do Código de Processo Civil. Em caso de, exigida prova de regra de direito invocada por uma das partes, não for demonstrada sua vigência e/ou conteúdo, o juiz deve decidir a questão desconsiderando a referida regra.

## **2.2. Do Conhecimento dos Fatos pelo Magistrado e das Afirmações de Fato que Exigem Prova**

No entanto, é quanto às questões de fato que se apresentam as maiores discussões na seara do direito probatório.

É preciso destacar inicialmente que, no exercício da função jurisdicional, o juiz, até mesmo em razão da imparcialidade que deve nortear a sua atividade, é chamado a decidir sobre situações em relação às quais não teve participação, não tendo

---

<sup>13</sup> SANTOS, S. A. S. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional ao devido processo legal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 60.

<sup>14</sup> ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 332 a 363. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 5. t. I. p. 238.

<sup>15</sup> A aplicação das normas referentes à distribuição do ônus da prova como regra de julgamento será explicada no item 3.1.

conhecimento direto dos fatos envolvidos portanto<sup>16</sup>. Assim, em um processo judicial o pressuposto fático que constitui o caso a ser decidido pelo magistrado é decorrente das alegações de fato formuladas pelas partes. Nesse sentido vale destacar as palavras de Carnelutti:

*Per la posizione della situazione di fatto il giudice è tenuto, anzi che strettamente alla realtà, alla affermazione delle parti.*

*La affermazione di un fatto è la posizione di questo come presupposto della domanda rivolta al giudice. In quanto l'atto, che si chiede al giudice di compiere, presupponga la esistenza di un determinato fatto, la richiesta dell'atto medesimo ne implica per necessità la affermazione: affermazione, s'intende, della sua esistenza materiale (Thatsachenbehauptung, Thatsachenanführung). [grifos do autor]*<sup>17</sup>

Portanto, conclui-se que o conhecimento dos fatos submetidos à apreciação judicial depende, inicial e necessariamente, das afirmações que sobre eles são feitas pelas partes em juízo. A partir dessas afirmações, deve o magistrado fixar o conteúdo fático da questão que exige a resposta jurisdicional. Para tanto são identificadas três possibilidades: ou as afirmações de fato devem necessariamente ser consideradas pelo magistrado na sentença, em virtude de serem notórias, incontroversas ou dotadas de presunção legal de existência ou de veracidade; ou devem ser desconsideradas pelo julgador por serem impertinentes, irrelevantes ou impossíveis<sup>18</sup>; ou devem ser provadas por serem controvertidas.

Alguns elementos devem ser destacados a partir desse raciocínio. Primeiramente, tem-se que a prova não se destina a convencer o juiz quanto a fatos, mas sim quanto a afirmações de fato, pois “os fatos não se provam; os fatos existem. O que se prova são as afirmações que poderão se referir a fatos”<sup>19</sup>. Em segundo lugar, observa-se que as provas são orientadas no sentido de formar o necessário convencimento do magistrado para a solução da questão que lhe foi apresentada. Disso se conclui que apenas as afirmações de fato relevantes e pertinentes à causa devem

<sup>16</sup> CAMBI, E. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 51.

<sup>17</sup> CARNELUTTI, op. cit., p. 13/14.

<sup>18</sup> A questão dos fatos impossíveis é mencionada em: CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, op. cit., p. 348.

<sup>19</sup> MELENDO apud SILVA, op. cit., p. 343. Em que pese essa observação, deve-se notar que o próprio Código de Processo Civil brasileiro se refere a prova de fatos, como ocorre, por exemplo, no artigo 332.

constituir objeto de prova<sup>20</sup>. Segundo Ovídio A. Baptista da SILVA, este corolário pode ser extraído do artigo 332 do Código de Processo Civil Brasileiro<sup>21</sup>. Em terceiro lugar, e talvez mais importante, destaca-se que a prova é necessária apenas em relação às alegações de fato controvertidas. Sempre que as partes fizerem afirmações de fato coincidentes ou que a afirmação feita por uma das partes não for contestada pela outra, nos moldes do artigo 302 do Código de Processo Civil, essas afirmações podem ser consideradas pelo magistrado no momento de prolação da sentença ainda que sobre elas não sejam produzidas quaisquer provas.

A colocação de que apenas necessitam de prova as alegações de fato controvertidas explica algumas das situações colocadas no artigo 334 do Código de Processo Civil brasileiro como hipóteses que dispensam a produção de prova<sup>22</sup>. Nessa perspectiva se encaixam as situações previstas nos incisos II e III do referido artigo.

O conceito de confissão, a que se refere o inciso II do mencionado artigo 334, é previsto no artigo 348 do mesmo corpo normativo, podendo ser identificado como a afirmação, por uma das partes, de um fato que lhe é desfavorável e beneficia o seu adversário processual<sup>23</sup>. Observe-se que a confissão não é admitida em todo e qualquer caso. Nesse sentido destaca-se a regra do artigo 351 do Código de Processo Civil, que dispõe que “não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”. Esse dispositivo parece ter seu alcance definido pelo que dispõe o artigo 213 do atual Código Civil brasileiro, que afirma que a confissão não tem eficácia se realizada por quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos

---

<sup>20</sup> ARENHART; MARINONI, *Manual ...*, p. 293.

<sup>21</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 342.

<sup>22</sup> “Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.” Segundo Rodrigo Leonardo XAVIER, todas as hipóteses previstas pelo artigo 334 referem-se a fatos incontroversos (XAVIER, R. L. O conceito de prova e a noção de objeto de prova: considerações a respeito dos juízos de fato no processo civil. *Gênese*, Curitiba, n.º 15, p. 98, jan./mar. de 2000).

<sup>23</sup> “Art. 348. Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é judicial ou extrajudicial.”

confessados<sup>24</sup>. Vale ainda mencionar o artigo 214, também do Código Civil, segundo o qual a confissão pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação<sup>25</sup>.

Já a hipótese prevista pelo inciso III do artigo 334 pode ser estudada a partir da perspectiva da não contestação de afirmações de fato feitas pelo adversário processual.

No sistema processual civil brasileiro afirma-se que as partes têm ônus de impugnação específica das afirmações realizadas por seu adversário processual, sendo, em regra, vedada a contestação genérica<sup>26</sup>. Entende-se que a correta amplitude dessa regra, que em relação ao réu tem previsão legal encartada no artigo 302 de nosso Diploma Processual Civil, foi expressa por CALMONS DE PASSOS ao afirmar que há “...um ônus de impugnação atribuído ao réu, no tocante aos fatos alegados pelo autor, em sua inicial, como igual ônus cabe ao autor quanto aos fatos extintivos e impeditivos postos pelo réu em sua contestação, quando sobre eles tiver que se manifestar (art. 326)”<sup>27</sup>.

Vale notar que existem situações nas quais não é dispensada de prova a afirmação de fato não contestada. Dentre estas hipóteses merecem destaque aquelas previstas nos incisos I a III do artigo 302 do Código de Processo Civil. Assim, embora não contestadas especificamente, não estão dispensadas de prova as afirmações de fato sobre as quais não se admite confissão, como é o caso daquelas referentes a direitos indisponíveis (artigo 351 do C.P.C.). O mesmo ocorre no caso de ausência de instrumento público que a lei qualifique como documento substancial, ou seja, que

---

<sup>24</sup> “Art. 213. Não tem eficácia a confissão se provém de quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados. Parágrafo único. Se feita a confissão por um representante, somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado.”

<sup>25</sup> “Art. 214. A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação.”

<sup>26</sup> Diz-se que a contestação genérica é vedada em regra, porque, diante da previsão do parágrafo único do artigo 302 do Código de Processo Civil, é admitida a sua utilização pelo advogado dativo, curador especial e órgão do Ministério Público. “Art. 302. cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I – se não for admissível, a seu respeito, a confissão; II – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III – se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Parágrafo único: Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.”

<sup>27</sup> CALMONS DE PASSOS, J. J. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1983. v. 3. p. 274. “Art. 326. Se o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opuser impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe o juiz a produção de prova documental.”

integra a própria substância do ato (artigo 366 do C.P.C.<sup>28</sup>). Por fim, observa-se que, para que determinada afirmação de fato seja dispensada de prova em virtude da sua não contestação, é preciso que, além de não ter sido contestada expressamente, não esteja em contradição com a defesa considerada em seu conjunto. Isso porque é possível que, embora a parte não tenha se referido expressamente a determinada afirmação de fato formulada por seu adversário, do conjunto da resposta decorra a negação desse mesmo fato.

Além das afirmações de fato não contestadas ou confessadas, também são dispensados de prova aqueles fatos tidos como notórios e os que são objeto de presunção legal quanto à sua veracidade ou existência.

São fatos notórios, conforme a própria nomenclatura deixa claro, aqueles que são conhecidos por todos, ou que podem ser facilmente conhecidos por qualquer pessoa que possua instrumentos comuns de informação, em determinada região e espaço de tempo<sup>29</sup>. Afirma-se ainda que, além do critério espaço-temporal, podem existir fatos notórios relativamente a determinado grupo de pessoas (classe social ou profissional). Conforme deixa claro o artigo 334 do Código de Processo Civil brasileiro os fatos tidos como notórios são dispensados de prova, entretanto, pode-se questionar a própria notoriedade de determinado fato, caso em que essa notoriedade, e não o fato em si, será objeto de prova.

A respeito dos fatos que são objeto de presunção legal quanto à sua existência ou veracidade deve-se destacar que essa presunção pode ser *iuris et de iure* (também conhecida como presunção absoluta) ou *iuris tantum* (também chamada de presunção relativa). A diferença entre as duas categorias é bastante difundida na doutrina, sendo que, enquanto a presunção absoluta não admite prova em contrário, devendo o fato presumido ser necessariamente considerado pelo juiz na fixação dos aspectos fáticos que formam a questão judicial, a presunção *iuris tantum* admite que se produza prova que a contrarie, somente prevalecendo se tal prova não for produzida ou for insuficiente.

---

<sup>28</sup> “Art. 366. Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.”

<sup>29</sup> ARENHART; MARINONI, *Comentários ao ...*, p. 211.

Entretanto, é muito pertinente a observação de Moacir Amaral SANTOS, que aduz:

por ser legal, a presunção não deixa de ser uma presunção, e, portanto, constituída de três elementos: 1º. o fato conhecido; 2º. o fato desconhecido; 3º. o nexa de causalidade entre o fato conhecido e o fato desconhecido. O fato desconhecido é havido como provado pela lei, que também tem como reconhecido e preestabelecido o nexa de causalidade, mas isto e aquilo somente se verificam quando quem invoca a presunção faça provado o fato do qual ela dimana, isto é, o fato conhecido. Por outras palavras, não há lugar para uma presunção legal senão quando haja prova do fato do qual ela se deduz.<sup>30</sup>

O mais importante em relação às hipóteses previstas pelo artigo 334 do Código de Processo Civil brasileiro é entender que são circunstâncias que determinam a necessária consideração, na sentença, da afirmação de fato a que se referem, a não ser que seja produzida e admitida prova em contrário, como pode ocorrer, por exemplo, no caso da presunção *iuris tantum*<sup>31</sup>. Portanto, não constituem elementos probatórios que devem ser analisados e valorados pelo magistrado, mas sim determinam a atuação do juiz na fixação dos fatos que constituem a causa em julgamento.

De todo o exposto neste item pode-se tirar as seguintes conclusões: o conhecimento, pelo juiz, dos fatos que integram a questão a ser decidida se dá através das afirmações que sobre eles fazem as partes; a fixação dos fatos na sentença depende de prova em relação exclusivamente às alegações de fato controvertidas<sup>32</sup>, relevantes e pertinentes à causa, e que não estejam dispensadas de prova por serem objeto de presunção legal quanto à sua existência ou veracidade, ou por referirem-se a fatos notórios.

---

<sup>30</sup> SANTOS, M. A. apud PACÍFICO, op. cit., p. 163.

<sup>31</sup> Nesse sentido é interessante destacar a posição de Ovídio A. Baptista da SILVA, que diferencia a necessidade de prova do objeto de prova. Afirma o autor: “Na verdade, os fatos notórios e os que venham a ser admitidos como verdadeiros apenas dispensam o procedimento probatório precisamente por serem notórios ou não controvertidos. (...) Como qualquer outro fato, porém, os notórios e os não controvertidos são idôneos, e portanto capazes de constituir objeto de prova” (SILVA, op. cit., p. 342/343).

<sup>32</sup> O que exclui as afirmações de fato confessadas ou não contestadas, ressalvadas as hipóteses em que não se admite confissão, ou das quais a não contestação não gera o efeito de dispensa da prova, conforme visto anteriormente.

### 2.3. Da Função da Prova em Relação aos Fatos a Serem Fixados na Sentença

Delimitadas as afirmações de fato que exigem adequada instrução probatória, importa agora esclarecer qual é a função desempenhada pela prova em relação a esse objeto.

A identificação da função da prova quanto às afirmações de fato feitas pelas partes apresenta maior dificuldade se comparada com a questão da função que ela desempenha em relação às regras de direito. Isso porque, longe de se referir a aspectos juridicamente bem definidos, como é o caso do teor e vigência de regras positivadas, trata-se de uma tentativa de conhecimento de complexos fatos da realidade.

Nesse sentido, a tendência que por muitos anos prevaleceu, e que continua presente na opinião de muitos doutrinadores atuais, é a de que, em relação às afirmações de fato controversas, que constituem, por excelência, o objeto das provas produzidas na esfera civil, a função da prova é possibilitar a sua exata reconstrução lógica no processo. Assim, segundo essa perspectiva, a função da prova seria possibilitar a obtenção (conhecimento) da verdade substancial em relação aos fatos que constituem a causa a ser decidida pelo magistrado<sup>33</sup>.

No entanto, a possibilidade de o homem atingir a verdade substancial é há muito tempo questionada pela filosofia, sendo expressamente negada pelas posturas filosóficas atuais. Nesse sentido, bem observou o professor Ovídio A. B. da SILVA que:

...mesmo no campo das ciências ditas da natureza, 'o conhecimento científico é sempre a reforma de uma ilusão' (GASTON BACHELARD, *A epistemologia*, p. 17), de modo que seria uma pura e pretenciosa ingenuidade imaginar que o processo civil seja instrumento capaz de permitir a determinação da verdade absoluta a respeito dos fatos. Aliás, BENTHAM abre seu célebre tratado de direito probatório afirmando que se deve entender por prova o estabelecimento de 'um fato supostamente verdadeiro' (*Tratado de las pruebas judiciales*, v. 1, p. 19).<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> A fim de demonstrar que essa orientação ainda guia muitos dos atuais doutrinadores do direito, vale destacar trecho de recentíssimo livro de lavra de Sandra Aparecida Sá dos SANTOS, que encerra trabalho monográfico apresentado como requisito para a obtenção de grau de Mestre em Direito. Afirma a autora que "a missão da prova é verificar e esclarecer para chegar à verdade" (SANTOS, S. A. S., *op. cit.*, p. 56.).

<sup>34</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 339. Ainda quanto à impossibilidade de o homem conhecer a verdade, é clássica a lição de Francesco CARNELUTTI, que afirma: "*Perciò la verità di una cosa ci sfugge fino a che noi non possiamo conoscere tutte le altre cose e così non ne possiamo conseguire se non una conoscenza parziale. (...)*"

Se na Teoria Geral do Conhecimento é afirmada a impossibilidade de o ser humano conhecer a verdade, no campo do direito esta constatação se torna ainda mais evidente ante as limitações que o próprio processo impõe à instrução da causa. Nesse sentido, é comum a comparação entre a instrução probatória no processo e a atividade do historiador, sendo conclusão recorrente a de que, enquanto “o historiador é livre na utilização das fontes ao seu dispor e na investigação dos fatos, que nelas se funda, (...) a investigação processual da verdade é juridicamente regulada numa larga medida”<sup>35</sup>. Nesse sentido, destacam-se as limitações quanto aos meios de prova de que o magistrado pode se servir; a valoração legal que existe em relação a alguns meios de prova em casos excepcionais (já que a regra em nosso sistema é a valoração das provas feita, racional e motivadamente, pelo magistrado); e a observação de que a instrução probatória deve ser limitada às afirmações de fatos feitas pelas partes e apenas ao que importa ao julgamento do pedido deduzido em juízo<sup>36</sup>.

Embora evidenciada a imprestabilidade da concepção que, calcada nos princípios do denominado primeiro paradigma filosófico (paradigma do ser), conferia ao processo a função de, através das provas, desvendar a verdade dos fatos submetidos a julgamento, observa-se que o Estado não pode se eximir de exercer a atividade jurisdicional, e para tanto, o magistrado deve, em cada caso, fixar os fatos que servirão de substrato para a decisão tomada<sup>37</sup>. Começou-se então a buscar alternativas para a relação entre verdade e processo.

Passou-se, assim, a reconhecer a verdade formal, identificada com a imagem que se tem dos fatos após decorrido o regular trâmite processual, independentemente de sua identificação ou não com a verdade (material), como suficiente para o processo

---

*Insomma la verità è nel tutto, non nella parte; e il tutto è troppo per noi.*” (CARNELUTTI, F. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di diritto processuale*, Padova, Volume XX, II serie, p. 5, 1965).

<sup>35</sup> ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 6. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1983. p. 90.

<sup>36</sup> CAMBI, op. cit., p. 53/56.

<sup>37</sup> É diante dessa perspectiva que se preferiu utilizar, ao longo do presente trabalho, a idéia de que o juiz não descobre os fatos, mas sim os fixa como predicado necessário da decisão jurisdicional. A expressão “fixação dos fatos na sentença” foi retirada do pensamento de CARNELUTTI no livro *“La prova civile”*, embora aqui a expressão seja utilizada de forma diversa da que consta naquela obra (como verdade formal), conforme ficará claro posteriormente. (CARNELUTTI, *La Prova ...*, p. 29/30).

civil<sup>38</sup>. Assim, o foco da questão foi transferido do conteúdo material da prova para a forma legal que reveste a pesquisa probatória<sup>39</sup>. E é justamente pela observação de que a idéia de verdade formal nada diz quanto à relação entre o resultado da instrução probatória do processo e a verdade dos fatos aos quais se refere, que essa noção é criticada. Nesse sentido, asseverou CARNELUTTI: *“La verità non è e non può essere che una sola; quella che io come altri chiamavo verità formale non è la verità”*<sup>40</sup>.

Diante do exposto, a doutrina procurou nortear a função das provas no processo por um conceito aproximativo em relação à verdade, pelo que surgiu a idéia de que, através das provas, se busca atingir a verossimilhança quanto aos fatos aos quais se refere o processo. Verossimilhança aqui entendida em seu sentido amplo, como grau de aproximação com a verdade, pois, como observou CALAMANDREI: *“tutte le prove, a ben guardare, non sono che prove di verosimiglianza”*<sup>41</sup>, sendo que *“...ogni giudizio di verità (...) non è alla fine altro che un giudizio di più o meno approssimativa verosimiglianza”*<sup>42</sup>.

Em um primeiro momento, essa concepção, influenciada pelo segundo paradigma filosófico, conhecido como paradigma do sujeito, centra a obtenção da verossimilhança em um conceito nitidamente subjetivo, consistente na fixação dos fatos no processo a partir da certeza do juiz em relação a eles<sup>43</sup>.

Embora diante da impossibilidade de se conhecer a verdade através do processo, a melhor solução realmente aparente ser a adoção de um critério aproximativo, traduzido na idéia de verossimilhança, é preciso aferir critérios objetivos

---

<sup>38</sup> Sobre a idéia de verdade formal, novamente é pertinente a lição de Francesco Carnelutti: *“...il risultato della ricerca giuridicamente limitata o disciplinata non è più la verità materiale, o, come si direbbe con un efficace truismo, la verità vera, ma una verità convenzionale, che si battezza per verità formale, in quanto ad essa conduce una indagine regolata nelle forme, o per verità giuridica, in quanto essa è ricercata mediante leggi giuridiche, non solo mediante leggi logiche, e solo per effetto di queste leggi giuridiche si sostituisce alla verità materiale”*. (CARNELUTTI, *La Prova ...*, p. 29).

<sup>39</sup> ARENHART; MARINONI, *Comentários ao ...*, p. 36/37.

<sup>40</sup> CARNELUTTI, *Verità...*, p. 4. Em que pesem as críticas feitas em relação à noção de verdade formal, observa-se que ela ainda é utilizada por alguns autores a fim de diferenciar os objetivos do processo civil em relação aos do processo penal quanto à fixação dos fatos. Nesse sentido destaca-se: CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *op. cit.*, p. 64/67.

<sup>41</sup> CALAMANDREI, P. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. *Rivista di diritto processuale*, Padova, Volume X, parte I, p. 164, 1955.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 191.

<sup>43</sup> Nessa perspectiva se enquadra CARNELUTTI ao afirmar que a decisão judicial se baseia na certeza subjetiva, incluída a fé, do magistrado (CARNELUTTI, *Verità...*, p. 4/9).

para a obtenção dessa verossimilhança no processo, a fim de determinar o seu grau de aproximação com a verdade.

Nesse sentido, em um primeiro momento é fundamental destacar que a verossimilhança, exigida como pressuposto para a decisão jurisdicional, é variável conforme a natureza da decisão (provisória ou definitiva, por exemplo)<sup>44</sup>. Assim, o que interessa para a análise do ônus da prova no processo civil é a verossimilhança exigida para o proferimento de uma decisão final em determinada instância judicial.

A verossimilhança em que se baseia a sentença no processo civil brasileiro deve ser entendida como o grau máximo de aproximação da verdade que, a fim de instrumentalizar a obtenção de justiça<sup>45</sup>, se exige em determinado processo. Embora em nosso sistema processual esse conceito pareça indissociável da idéia de convencimento do magistrado, procura-se fugir de uma noção exclusivamente subjetivista, objetivando-se a obtenção de verossimilhança através da idéia de convencimento racional do juiz, necessariamente calcado na análise das provas trazidas ao processo, destacando-se a função que a participação dos sujeitos processuais assume nesse sentido. Em suma, pode-se afirmar que a objetivação do convencimento do magistrado se dá justamente através da prova e da participação dos sujeitos processuais, incidindo necessariamente na motivação da sentença. Nesse sentido, vale ressaltar:

A tentativa de aproximação da verdade relativa à noção de certeza torna-se possível, caso se entenda que a certeza não é fruto de uma convicção meramente subjetiva, mas, tal como a verdade relativa, deve ser objetivada, mesmo porque toda decisão judicial, ainda que tenha uma inegável dimensão subjetiva, somente se torna válida se é fundamentada (artigo 93, IX, CF), e a motivação nada mais é do que atribuir critérios objetivos à convicção do juiz. Assim, as noções de certeza e de verdade relativa podem ser ambas compreendidas à luz do sistema do livre convencimento probatório, o qual exige uma verificação racional e motivada dos fatos pelo juiz, o que denota e ressalta o caráter objetivo da decisão. Portanto, mediante a convicção judicial, a certeza se aproxima da verdade relativa.

...

A atividade probatória, quando é necessária, serve como critério por excelência, para a objetivação da verdade no processo, uma vez que o termo 'prova' pode expressar todos os

---

<sup>44</sup> Assim, pode-se dizer que a verossimilhança, entendida como critério aproximativo em relação à verdade, comporta diversos graus, correspondentes a diferentes conceitos juridicamente consagrados, como os de possibilidade, verossimilhança *stricto sensu*, e probabilidade. Nesse sentido ver: ARENHART; MARINONI, *Comentários ao...*, p. 50/51 e 61/62.

<sup>45</sup> CAMBI, *op. cit.*, p. 71.

meios de conhecimento necessários para formular uma decisão em torno da veracidade ou falsidade das afirmações relativas aos fatos relevantes da controvérsia.<sup>46</sup>

Entretanto, como dito, também é imprescindível para a objetivação, e sobretudo legitimação, da verossimilhança atingida no processo através da prova, a participação das partes na formação do convencimento do magistrado. Nesse sentido, é possível interpretar a afirmação de ARENHART e MARINONI, que adotam a concepção de construção da verdade do processo (verossimilhança) a partir de uma lógica argumentativa calcada no terceiro paradigma filosófico, ou paradigma da linguagem:

A decisão judicial é legitimada pelo procedimento que a precede. São as formas e as garantias que permeiam o procedimento que permitem que a decisão daí emanada seja legítima e represente, *ipso facto*, a manifestação de um Estado de Direito. E esta legitimação se dá na proporção direta do grau de participação que se autoriza aos sujeitos envolvidos no conflito para a formação do convencimento judicial.<sup>47</sup>

Diante de todo o exposto pode-se retirar as seguintes conclusões: o conhecimento da verdade não pode ser o objetivo do processo, e tão pouco a função da prova, porque impossível; as decisões judiciais se pautam por um critério aproximativo em relação à verdade, consubstanciado no conceito de verossimilhança; a verossimilhança obtida no processo civil é legitimada pelo procedimento que precede sua configuração, sendo objetivada pela necessária análise probatória e pela participação dos sujeitos processuais na formação do convencimento do magistrado.

Considerados os aspectos destacados, é possível unificar os elementos identificados como critério de objetivação da verossimilhança obtida no processo (análise das provas e participação dos sujeitos processuais na formação do convencimento do magistrado), e adotar a idéia de função da prova no processo exposta pelos já citados ARENHART e MARINONI, segundo os quais: “A prova, em direito processual, então, assume a condição de um meio retórico, regulado pela lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais,

---

<sup>46</sup> Ibid., p. 74 e 70. Observe-se que o autor, ao invés de utilizar a noção de verossimilhança, prefere referir à “verdade do processo” ou “verdade relativa”.

<sup>47</sup> ARENHART; MARINONI, *Comentários ao ...*, p. 63.

convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.” [grifo dos autores]<sup>48</sup>

Assim, a função da prova no processo civil é fornecer subsídios a embasar a decisão jurisdicional, convencendo o magistrado da verossimilhança de afirmações de fato feitas por uma parte e que tenham sido controvertidas no processo. Trata-se de meio retórico porque, como não reflete necessariamente a realidade dos fatos, destina-se à fixação deles na sentença através da verossimilhança obtida mediante o diálogo estabelecido entre os sujeitos processuais, ou mais especificamente, entre as partes do processo e o juiz, que é o destinatário das provas.

---

<sup>48</sup> Ibid., p. 64. A adoção dessa concepção implica a assunção do conceito de prova fornecido pelos mesmos autores: “A prova, em direito processual, é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”. (Ibid., p. 72/73). Todavia, a doutrina costuma identificar diversos usos possíveis para o conceito de prova: como atividade que os sujeitos do processo desenvolvem na busca da verossimilhança exigida pelo processo (produção de prova); como meio de que os sujeitos de processo se utilizam nesse mesmo intuito (meio de prova); ou como o convencimento do juiz quanto a determinada afirmação de fato (fato provado). (SILVA, op. cit., p. 337/339. XAVIER, op. cit., p. 97). Entretanto, a utilização da palavra em um ou outro sentido fica clara diante do contexto em que se utiliza, pelo que dispensa maiores divagações.

### 3. O ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE JULGAMENTO E DE PROCEDIMENTO

#### 3.1. O Ônus da Prova como Regra de Julgamento

Considerando o que foi exposto no capítulo precedente, deve-se reconhecer a possibilidade de que, transcorrido todo o procedimento judicial em determinada instância, os elementos probatórios trazidos aos autos não estejam aptos a fundamentar a convicção do juiz quanto aos fatos que dependem de prova, ou seja, que mesmo após transcorrida toda a instrução probatória, o magistrado não esteja apto a formar um suficiente juízo de verossimilhança em relação a determinado fato controverso que constitui a questão a ser decidida.

Nesse sentido, identificam-se três situações possíveis: ou não foi carreada aos autos qualquer prova em relação a determinada afirmação de fato relevante ao conhecimento e julgamento da causa, falando-se, nesse caso, de inexistência de prova, ou as provas constantes dos autos não foram suficientes para formar no juiz a necessária convicção da verossimilhança de determinada afirmação de fato realizada por uma das partes, falando-se então em insuficiência probatória, ou não foi produzida a prova específica exigida por lei.

Em qualquer uma dessas hipóteses, interessa verificar qual é a postura que o magistrado deve adotar a fim de apresentar uma solução à causa. Nesse sentido, a primeira consideração que se faz necessária é a de que, no sistema processual civil brasileiro, não é facultado ao juiz eximir-se de fornecer uma resposta jurisdicional à questão submetida à sua apreciação.

É sabido que, em determinado momento da civilização romana, ao juiz era facultado, em caso de não convencido de determinado aspecto fático que integrava a causa, eximir-se de prolatar uma decisão definitiva, alegando *sibi non liquere*<sup>49</sup>. Entretanto, conforme observa KARAM, essa possibilidade de o juiz declarar *non liquet*

---

<sup>49</sup> Segundo PACÍFICO, essa possibilidade existiu nos dois primeiros momentos do direito romano, identificados com a época das *legis actiones* e o período formular. Segundo o autor, declarando o *non liquet*, o juiz eximia-se da necessidade de prolatar uma sentença, sendo então nomeado outro juiz pelo pretor (PACÍFICO, op. cit., p.41).

e eximir-se da necessidade de decidir somente tem sentido em um sistema onde o magistrado exerça uma função exclusivamente privada, não sendo possível em um sistema onde é ressaltado o caráter publicístico do processo<sup>50</sup>.

Em suma, pode-se afirmar que o caráter publicístico do processo se apresenta no fato de que, uma vez provocada a atuação jurisdicional, a solução da questão não mais interessa exclusivamente às partes, havendo um interesse público na adequada atuação do direito estatal. Tal assertiva, no entanto, deve ser entendida corretamente. Não significa, como óbvio, que o Estado possa livremente atuar sobre todas as relações privadas, determinando sua configuração e efeitos. No atual estágio do direito processual civil, a decisão jurisdicional, para se manifestar, depende de provocação legítima (princípio da demanda), e, quanto ao seu conteúdo, é adstrita ao pedido formulado e às afirmações de fato apresentadas pelas partes. Entretanto, uma vez reclamada a atuação jurisdicional, todos os envolvidos na controvérsia fática submetem-se necessariamente à decisão a ser proferida pelo órgão estatal, não se fazendo imprescindível sua concordância com essa ingerência do Estado.

Além disso, e no mesmo sentido, é comum na doutrina uma explanação quanto às formas de solução de controvérsias, dando-se destaque à proibição da autotutela e ao correspondente monopólio estatal da jurisdição. Ou seja, a solução de litígios para os quais os envolvidos não encontram solução acordada (autocomposição) não mais se realiza por meio de uma relação exclusivamente privada, consubstanciada na autotutela (imposição da vontade do mais forte), mas sim pela atuação do poder jurisdicional mediante a provocação de um dos interessados<sup>51</sup>. Assim, a partir do momento em que o Estado proíbe a ação privada como modo de solucionar conflitos de interesse, deve necessariamente oferecer uma contrapartida eficaz aos cidadãos. Essa contrapartida encontra-se no imperioso fornecimento de uma solução adequada pelo órgão estatal.

---

<sup>50</sup> Quanto a esse ponto, o autor destaca o período da *extraordinaria cognitio* no direito romano, onde as questões passam a ser decididas efetivamente por um funcionário/representante do Estado, e não mais por um *iudex* escolhido entre os particulares (KARAM, M. Ônus da prova. *Revista da associação dos magistrados do Paraná*, Curitiba, n.º XXI, p. 24/26, 1980.)

<sup>51</sup> A respeito da proibição da autotutela e do monopólio estatal da jurisdição, bem como das formas alternativas de solução de conflitos aqui não referidas, veja-se: ARENHART; MARINONI, *Manual ...*, p. 23/31. CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, *op. cit.*, p. 19/35.

Dessa forma evidencia-se o porquê de o juiz não poder se eximir de decidir um caso em virtude de não estar convencido quanto a um dos elementos fáticos relevantes que o integram. Entretanto, continua sem resposta a indagação referente à forma pela qual o juiz deve decidir a questão na hipótese de não ter formado o necessário juízo de verossimilhança em relação aos “fatos do processo”.

É justamente para responder a essa questão que se fazem necessárias as regras sobre ônus da prova. Assim, como regra de julgamento, o ônus da prova atua indicando ao juiz o conteúdo da decisão que deve proferir no caso de não restarem suficientemente provados<sup>52</sup> os elementos fáticos relevantes ao conhecimento da questão, ou, nas palavras de ROSENBERG: “*Un non liquet en la cuestión de hecho no significa un non liquet en cuanto a la cuestión de derecho. La función de las normas sobre la carga de la prueba consiste, precisamente, en evitar esto*” [grifos do autor]<sup>53</sup>.

Assim, quanto a determinada afirmação de fato realizada, mas não adequadamente provada, as regras sobre o ônus da prova, encaradas como regras de julgamento, indicam ao juiz em que sentido ele deve fixar o fato como pressuposto da decisão jurisdicional, mediante a indicação de qual das partes deve arcar com as conseqüências da instrução probatória deficiente. Nesse sentido, apresenta-se a sempre precisa exposição do professor Barbosa MOREIRA:

A doutrina moderna, estudando o problema do ônus da prova, assentou uma conclusão muito interessante: as regras que distribuem esse ônus são regras destinadas a ser aplicadas em relação aos fatos que afinal não se provam, que afinal não resultam provados. (...) Aí então, verificando que determinado fato não foi provado, ele terá de imputar a alguém as conseqüências desfavoráveis da falta de prova daquele fato; eis aí para que servem as regras sobre a distribuição do ônus da prova<sup>54</sup>.

O mesmo ocorre em relação às regras de direito invocadas que, conforme determinação do magistrado calcada no artigo 337 do Código de Processo Civil,

---

<sup>52</sup> Vale ressaltar, de acordo com os três conceitos de prova que se costumam apresentar no estudo do direito processual, destacados no item 2.3, que, enquanto o ônus da prova como regra de julgamento se reporta ao conceito de prova como “resultado da atividade probatória, em termos de convicção judicial”, o ônus da prova como regra de procedimento (que será abordado no item 3.2), vincula-se à noção de prova entendida como “atividade de provar”, no caso, a atividade de provar desempenhada pelas partes processuais (PACÍFICO, op. cit., p. 165).

<sup>53</sup> ROSENBERG, op. cit., p. 13.

<sup>54</sup> MOREIRA, J. C. B. O juiz e a prova. *Revista de processo*, São Paulo, n.º. 35. São Paulo, p. 181, 1984.

necessitem de prova. Nesse sentido, e não retirando o efeito do que foi anteriormente dito em relação à especial condição das regras de direito (que, em princípio, presumem-se conhecidas do juiz), é interessante observar que a prova quanto ao seu teor e vigência pode ser considerada uma prova referente a afirmação de fato (afirmação de que determinada norma encontra-se vigente e de que apresenta certo conteúdo). Entretanto, a aplicação do ônus da prova como regra de julgamento parece ser mais simples nesse caso, pois já estão definidos quais os fatos a serem provados (teor e vigência das regras), sendo que, se não provados, devem ser considerados inexistentes, e o juiz deve resolver a questão sem aplicar a regra de direito invocada<sup>55</sup>.

Diante do exposto, fica claro que o ônus da prova como regra de julgamento é passível de aplicação em qualquer processo, pois sempre existe a possibilidade de determinada afirmação de fato realizada por uma das partes não alcançar, no convencimento racional do magistrado, o necessário juízo de verossimilhança para que seja considerada como pressuposto da decisão jurisdicional. Dessa forma, o que importa para a aplicação dessa regra de julgamento é o resultado final da instrução probatória, razão pela qual pode ser aplicada tanto em processos regidos pelo princípio dispositivo quanto pelo princípio inquisitório, pois a ela não interessa a quem se deve a insuficiência probatória, bastando a comprovação de que essa insuficiência existe<sup>56</sup>. É nesse sentido que se refere a um ônus da prova objetivo.

---

<sup>55</sup> O critério de distribuição do ônus da prova entre as partes processuais é objeto de estudo do terceiro capítulo. Observe-se que a distribuição do ônus da prova em relação às afirmações de fato que não se referem à vigência e teor de regras jurídicas não pode ser simplificada na ideia de que se considera inexistente o fato não provado, pois para tanto é preciso definir qual é esse fato. Por exemplo, se o autor pretende cobrar o adimplemento de uma condição contratual celebrada com o réu, e não for provado nem o inadimplemento em que se funda o pedido do autor, nem o adimplemento em que se baseia a defesa do réu, qual fato deve ser considerado inexistente: o adimplemento ou o inadimplemento?

<sup>56</sup> Nesse sentido, KARAM afirma que “o elemento objetivo prescinde de toda a atividade da parte a que incumbe o ônus” (KARAM, *Ônus da prova: noções...*, p. 43). A observação é pertinente porque vários autores, destacando o ônus da prova sob seu aspecto subjetivo (que será analisado no próximo item), entendiam que esse ônus processual limitava-se a demonstrar quem deveria ter produzido a prova, considerando que “a teoria do ônus da prova relaciona-se estreitamente com a conservação do princípio dispositivo no processo, pelo que respeita à verificação dos fatos. Num sistema que admitisse a pesquisa de ofício da verdade dos fatos, não teria significação a repartição do ônus da prova” [grifo do autor] (CHIOVENDA, G. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. v. 2. p. 459). Especificamente sobre a possibilidade de utilização das regras sobre ônus da prova nos processos regidos pelo princípio inquisitório, afirma ROSENBERG: “*En efecto, el dominio de la máxima inquisitiva no impide absolutamente la existencia y la eficacia de las normas sobre la carga de la prueba; pues también en un procedimiento así estructurado puede ocurrir – en la opinión de algunos, hasta con más frecuencia que en un procedimiento regido por la máxima dispositiva –, que un hecho importante no se compruebe como verdadero. Por consiguiente, el juez*

É evidente que a aplicação desse ônus da prova não sofre qualquer prejuízo em virtude de o sistema processual civil brasileiro eleger, no artigo 131 do Diploma de Processo Civil<sup>57</sup>, o mecanismo de persuasão racional do juiz no que tange à valoração da prova. Isso porque, conforme bem observou ROSENBERG, valoração da prova e julgamento são momentos processuais distintos, sendo que o ônus da prova como regra de julgamento se faz necessário<sup>58</sup> quando, mesmo após ter valorado as provas constantes dos autos do processo, o magistrado não se sinta convencido em relação a alguma afirmação de fato que constitua a causa em juízo<sup>59</sup>.

Por fim, interessa observar que, embora o reconhecimento do ônus da prova como regra de julgamento seja mais recente do que a sua concepção como regra de procedimento, a doutrina tem dado cada vez mais destaque àquela função do ônus da prova, o que pode ser explicado até mesmo em virtude da diminuição da importância concedida ao seu aspecto subjetivo (de que se ocupará o item 3.2)<sup>60</sup>. Nesse sentido, não são poucos os autores que chegam a afirmar que o ônus da prova resume-se à sua função como regra de julgamento. Como exemplo dessa última visão, pode-se citar o entendimento de PONTES DE MIRANDA:

O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regula a consequência de se não haver produzido prova. Em verdade, as regras sobre as consequências da falta de prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se falta prova, é que se tem de pensar em se determinar em quem se carga a prova. O problema da carga ou do ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as consequências de se não haver provado.<sup>61</sup>

---

*necesita también aquí alguna indicación sobre la manera cómo debe decidir, ya que el procedimiento no puede terminar con un non liquet...* [grifos do autor] (ROSENBERG, op. cit., p. 25).

<sup>57</sup> “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

<sup>58</sup> Nesse sentido, vale destacar a observação realizada por KARAM, quando afirma que, na hipótese de não estar convencido de determinada afirmação de fato que constitui a causa a ser decidida, “a regra de julgamento não impõe um ônus ao juiz, mas um dever de imperativo cumprimento, cuja inobservância significa a violação da lei” (KARAM, *Ônus da prova*..., p. 52).

<sup>59</sup> ROSENBERG, op. cit., p. 56/57.

<sup>60</sup> PACÍFICO, op. cit., 132/133 e 135.

<sup>61</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao código de processo civil*, 3. ed., com atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. IV. p. 270/271. No mesmo sentido, pode-se enquadrar: MOREIRA, op. cit., p. 181. BEDAQUE, J. R. dos S. *Poderes instrutórios do juiz*, 2. ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 86/87.

### 3.2. O Ônus da Prova como Regra de Procedimento

Em que pesem as posições *supra* referidas, as quais defendem que o ônus da prova exaure seu conteúdo em uma regra de julgamento, a maioria da doutrina continua a afirmar que o ônus da prova também desempenha uma função como regra de procedimento, pautando a atividade probatória desenvolvida pelas partes processuais<sup>62</sup>. Entretanto, parece evidente que esse aspecto subjetivo do ônus da prova teve sua importância e aplicação sensivelmente reduzidas em virtude de novas tendências do direito processual civil, dentre as quais destacam-se a mais atual conceituação do princípio dispositivo, o aumento dos poderes instrutórios do magistrado e a consagração do princípio da aquisição processual (ou princípio da comunhão da prova).

Como definição do aspecto subjetivo do ônus da prova, identificado com a sua função como regra de procedimento, pode-se apresentar a consideração de José Frederico MARQUES, feita logo após o reconhecimento de que o ônus da prova se apresenta sobretudo quando verificada a ausência ou precariedade de provas (referindo-se então ao ônus da prova como regra de julgamento): “Sem embargo disto, os princípios sobre o ônus da prova orientam a atividade processual das partes, visto que lhes mostra a ‘necessidade jurídica de serem diligentes, se pretendem evitar prejuízos e inconvenientes’”<sup>63</sup>.

Já Arruda ALVIM, centra sua concepção de ônus da prova na função que desempenha como regra de conduta para as partes: “As regras do ônus da prova destinam-se aos litigantes do ponto de vista de como se devem comportar, à luz das expectativas (ônus) que o processo lhes enseja, por causa da atividade probatória”<sup>64</sup>.

Diante do exposto, conclui-se que o ônus da prova, entendido como regra de procedimento, indica às partes quais as provas que devem buscar produzir a fim de que

---

<sup>62</sup> Dentre os doutrinadores que reconhecem a existência de um aspecto subjetivo do ônus da prova, pode-se citar: ALVIM, A. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**, 7. ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v. 2. p. 475/485. ARAGÃO, E. D. M. de. **Exegese do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Aide, [s.d.], v. 4, t. 1, p. 85. CAMBI, op. cit., p. 35/36 e 40/41. CHIOVENDA, op. cit., p. 448. KARAM. Ônus da prova, p. 45/56 e Ônus da prova: noções..., p. 41/45 e 49/58. MARQUES, J. F. **Manual de direito processual civil**. Atualizado por: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2. p. 218. PACÍFICO, op. cit., p. 139/142.

<sup>63</sup> MARQUES, op. cit., p. 218.

<sup>64</sup> ALVIM, op. cit., p. 475.

o juiz acolha as afirmações por elas realizadas, e que viabilizam a pronúncia de uma decisão que lhes seja favorável.

Entretanto, a importância que se dá à função do ônus da prova como regra de conduta referente à atividade probatória das partes foi bastante mitigada pela evolução de alguns elementos do direito processual civil.

Nesse sentido, um primeiro aspecto que releva demonstrar é a evolução do conceito de princípio dispositivo. Conforme destaca PACÍFICO, de acordo com a ideologia liberal, vigente no século XIX, o processo era concebido sob uma perspectiva eminentemente privatista, de forma que se entendia que tanto o início da demanda, quanto a própria marcha do processo, incluindo a instrução probatória, interessava exclusivamente às partes envolvidas<sup>65</sup>.

Entretanto, com o crescente reconhecimento da natureza pública do processo, tende-se a evidenciar o interesse público na adequada solução dos casos submetidos à apreciação jurisdicional. Dessa forma, o princípio dispositivo passou a ser interpretado de forma a se referir exclusivamente ao poder de disposição que as partes têm sobre o direito em litígio, o que, processualmente, reflete-se sobretudo no seu poder de determinar o objeto do processo (através do princípio da demanda e da necessária vinculação do provimento jurisdicional ao pedido deduzido em juízo)<sup>66</sup>. Entretanto, não mais se inclui no princípio dispositivo o domínio das partes sobre a marcha processual, englobando a respectiva instrução probatória. Barbosa MOREIRA, após destacar que o processo civil brasileiro não se refere apenas a relações jurídicas disponíveis, tratou do tema da seguinte forma:

... da circunstância de alguém poder dispor da relação jurídica de direito material controvertida, não se infere necessariamente que possa dispor da relação jurídica processual, que é distinta e que vive sob o signo publicístico, e não sob o signo privatístico.  
... ainda que as partes possam dispor de seus direitos, nenhum poder de disposição têm elas sobre o poder do juiz de averiguar o fato. [grifos do autor]<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> PACÍFICO, op. cit., p. 144.

<sup>66</sup> Ibid., p. 147.

<sup>67</sup> MOREIRA, op. cit., p. 180.

Portanto, a instrução probatória do processo não é vinculada ao poder de disposição das partes, do que é consequência inevitável o reconhecimento de um poder instrutório do juiz<sup>68</sup>. Embora ainda existam discussões quanto à viabilidade de se reconhecer poderes instrutórios ao magistrado, as restrições que se apresentam a essa possibilidade, consagrada no artigo 130 do Código de Processo Civil brasileiro, não se justificam, primeiramente porque, como visto, a instrução probatória realizada pelo juiz não constitui qualquer ofensa ao princípio dispositivo, e, em segundo lugar, porque não representa grave risco à imparcialidade do magistrado. Quanto a esse último aspecto, bem observou o já citado Barbosa MOREIRA, que o magistrado não tem como prever o resultado das provas que ele determinar de ofício, e, de qualquer forma, a neutralidade é um mito do processo, inatingível, sendo que o controle da imparcialidade do juiz em matéria probatória deve ser realizado através do contraditório e da análise da necessária motivação da sentença<sup>69</sup>.

Assim, também os poderes instrutórios do juiz destinam-se a retirar das partes o poder de direção sobre o desenvolvimento do processo, destacando-se a função pública da atividade jurisdicional:

A concessão de poderes instrutórios ao juiz significa subtrair das partes o poder de direção formal do processo, que não pode mais ser considerado coisa das partes. A natureza privada da relação jurídica confere à parte o poder de dela dispor. O que se lhe retira é a disponibilidade sobre o continente, sobre o proceder. Instaurado o processo, o modo, o ritmo e o impulso deste estão fora de sua esfera de atuação. Poderão elas, nesse aspecto, ser colaboradoras do juiz. Assim, o modo de buscar a verdade, a escolha dos meios de prova, não deve permanecer em poder das partes, pois embora privado o objeto do processo, a função jurisdicional é pública e como tal deve ser regulamentada.<sup>70</sup>

Ainda dentro dessa perspectiva publicística do processo, deve-se observar que ao órgão judicante, por ocasião da valoração probatória e da subsequente prolação da sentença, não interessa qual das partes trouxe as provas ao processo. Vigem o princípio da aquisição processual ou comunhão da prova, segundo o qual a prova, uma vez

---

<sup>68</sup> Diante do exposto, pode-se concluir, com ARENHART e MARINONI: “Dizia-se antigamente: *judex iudicare, debet secundum allegata et probata a partibus*. Afirma-se hoje: *judex iudicare debet secundum allegata – a partibus*. Isso porque a produção de prova não mais é entendida como monopólio das partes. Os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados, incumbindo-lhe, hoje, lembrar à parte sobre um determinado fato, e, ainda, quando necessário, determinar provas *ex officio*” (ARENHART; MARINONI, *Comentários...*, p. 192).

<sup>69</sup> MOREIRA, op. cit., p. 180/181.

<sup>70</sup> BEDAQUE, op. cit., p. 96.

integrada ao processo, a ele pertence, não mantendo qualquer vinculação com o sujeito (incluindo qualquer das partes e o próprio juiz) que o produziu<sup>71</sup>.

De tudo o que foi exposto, ressalta a impossibilidade de o ônus da prova ser entendido como necessidade jurídica que as partes têm de produzir determinada prova, ou como vinculação da produção das provas de uma afirmação de fato à atividade probatória de uma parte processual específica. Portanto, parece que, atualmente, pode-se reconhecer apenas duas funções ao ônus da prova como regra de conduta das partes: atuar como um efeito reflexo do ônus da prova encarado sob o aspecto de regra de julgamento, no sentido que motiva psicologicamente a parte a produzir prova em relação a determinada afirmação de fato; e apresentar a natureza da atividade probatória desenvolvida pelas partes.

Quanto ao primeiro dos aspectos mencionados, pode ser sintetizado na conclusão apresentada por ECHANDIA:

Quiçá o aspecto mais importante da evolução deste conceito [de ônus da prova] seja o reconhecimento de que é essencialmente uma **regra de juízo** dirigida ao juiz, que lhe indica o modo de decidir o mérito quando falta a prova dos fatos que fundamentam as pretensões e exceções em cada processo; regra que não pertence ao sistema de prova ou tarifa legais, mas ao direito processual. Mas, simultânea e indiretamente, dita regra determina que fatos deve provar cada parte para não resultar prejudicada quando o juiz a aplique, posto que, aplicada a regra, a decisão deve ser adversa a quem deve subministrá-la e, portanto, interessa à parte aduzi-la para evitar as conseqüências desfavoráveis. Por isso, ao falar de ônus da prova, se contempla geralmente o segundo aspecto da noção [como regra de conduta das partes] que, sem dúvida, é tão importante quanto o primeiro [como regra de julgamento]. [grifos do autor]<sup>72</sup>

Quanto à segunda função aventada, o ônus da prova como regra de procedimento indica qual é a natureza da atividade probatória desenvolvida pelas partes. Nesse sentido, interessa distinguir o ônus de outras figuras jurídicas, sobretudo do dever jurídico e do direito subjetivo.

---

<sup>71</sup> MOREIRA, op. cit., p. 181.

<sup>72</sup> ECHANDIA apud KARAM. Ônus da prova, p. 50/51. O único reparo que deve ser feita à citação é quanto utilização da idéia de que aplicada a regra de julgamento, a decisão deve ser adversa a quem “deve” subministrar a prova. De acordo com o exposto, e como decorre do próprio trecho transcrito, a parte não tem dever de subministrar prova específica, apenas sofre as conseqüências da instrução probatória deficiente em relação a determinado fato que é pressuposto da decisão jurisdicional. Então, aqui, a parte que “deveria subministrar a prova” deve ser entendida como a parte que, no momento da sentença, sofre as conseqüências da insuficiência probatória.

Assim, pode-se definir o ônus como uma “espécie de poder da parte que possibilita o agir, livre, segundo interesses próprios, não obstante a existência de norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízos à própria parte onerada”<sup>73</sup>.

Diante do conceito apresentado, três pontos, bastante imbricados, merecem destaque, até porque permitem diferenciar o ônus de outras situações jurídicas: a liberdade de agir conferida ao seu titular<sup>74</sup>, o fato de que o descumprimento do ônus não configura um ilícito, e a observação de que o desempenho de um ônus volta-se à tutela de um interesse de seu próprio titular<sup>75</sup>.

O primeiro desses pontos ressalta dois aspectos: a afirmação de que aquele que exerce o ônus o faz em uma posição jurídica ativa na relação processual, e a idéia de que o exercício do ônus é predicado conferido, e não imposto, ao seu titular. Essa última característica pode ser entendida como decorrência direta do fato de que o ônus refere-se a um interesse do próprio onerado, e tem, como consequência, o fato de que seu descumprimento não configura um ilícito.

Com base nesses pontos, pode-se diferenciar o ônus do dever jurídico e do direito subjetivo.

Ao contrário do que se dá em relação ao ônus, o dever jurídico é uma posição jurídica passiva na relação processual, onde o devedor necessita praticar determinado ato a fim de satisfazer interesse de *outrem* (titular do direito subjetivo), sob pena de incorrer em um ato ilícito. Assim, fica também evidente que o ônus não se confunde com o direito subjetivo, porque enquanto o titular deste último “possui uma ‘pretensão’ ao comportamento de *outrem*”<sup>76</sup>, o exercício de um ônus pressupõe a prática de determinado ato pelo próprio titular do ônus.

Pode-se ainda diferenciar o ônus da faculdade, embora ambos fundamentem-se em um interesse pessoal de seu titular. Assim: “no ônus, contudo, é a lei que determina qual o comportamento a ser adotado e qual o risco em contrariá-lo; na faculdade, por

---

<sup>73</sup> ARENHART; MARINONI, *Comentários...*, p. 186.

<sup>74</sup> PACÍFICO, *op. cit.*, p. 31/34.

<sup>75</sup> AMARAL, F. *Direito civil: introdução*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 195/196. ARENHART; MARINONI. *Comentários...*, p. 184/186. PACÍFICO, *op. cit.*, p. 35/37.

<sup>76</sup> ARENHART; MARINONI. *Comentários...*, p. 185.

sua vez, tal escolha permanece totalmente no foro íntimo da parte, diminuindo a previsibilidade dos efeitos do comportamento”<sup>77</sup>.

Portanto, tem-se que a atividade probatória das partes é um ônus, sendo que cabe empenham-se elas em produzir determinadas provas a fim de evitar a aplicação da regra de julgamento que as desfavoreça. Entretanto, diante de todo o exposto neste item, notadamente o que se refere aos poderes instrutórios do juiz e ao princípio da comunhão das provas, é pertinente a lição do mestre Egas Dirceu Moniz de ARAGÃO:

Nem sempre, porém, o descumprimento do ônus acarretará conseqüências negativas; por isso se diz que há ônus perfeitos e ônus imperfeitos. (...) Exemplo de ônus imperfeito é precisamente o da prova: a parte que não produzir a prova que lhe incumbe, provavelmente (mas não necessariamente) sucumbirá; mas poderá eventualmente não sucumbir (o que qualifica de imperfeito o ônus), porque a lei impõe ao julgador, na apreciação da prova, atender ‘aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes’ (art. 131), e entre eles poderá estar a demonstração que cabia à parte produzir, mas não o fez.<sup>78</sup>

Em suma, não mais se reconhece a necessidade de que as provas sejam produzidas exclusivamente pelas partes, e portanto, não se vincula a produção de uma prova referente a determinado fato à atividade probatória de uma específica parte processual. Assim, o ônus da prova como regra de procedimento tem sua importância reduzida a apresentar a natureza jurídica da atividade probatória das partes e a servir como motivação psicológica a cada parte para que produza determinadas provas a fim de evitar a aplicação da regra de julgamento que lhe é desfavorável.

---

<sup>77</sup> Ibid., p. 186.

<sup>78</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 86. No mesmo sentido: ALVIM, op. cit., p. 477.

## 4. CRITÉRIO DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

### 4.1. O Critério de Distribuição do Ônus da Prova nos Direitos Romano e Medieval

Costuma-se apresentar, como primeiro princípio historicamente definido de distribuição do ônus da prova, aquele consagrado no direito romano, segundo o qual a prova incumbe ao autor. Posteriormente, esse critério foi complementado pela afirmação de que ao réu que apresenta exceção dá-se a qualidade de autor<sup>79</sup>. Dessa forma, se distribuía o ônus da prova de acordo com a posição processual da parte.

Segundo BORTOWSKI, esse critério não é satisfatório por dois motivos: não é correto denominar o réu que excepciona de autor, porque, ao excepcionar, ele não exerce uma ação; e a aceitação desse princípio implicaria em concentrar toda a responsabilidade pela prova na figura do autor<sup>80</sup>, o que não atenderia a uma expectativa de justiça e equidade, tornando, excessivamente difícil a obtenção de tutela por parte do demandante em face da então provável inatividade probatória do demandado<sup>81</sup>. No mesmo sentido, asseverou Munir KARAM:

Este critério tem sido criticado, porque faz recair sobre o autor a prova indiscriminada de todos os fatos que servem de base à sua pretensão e, além disso, recair a prova da ausência de fatos extintivos ou impeditivos. Ademais, os princípios que qualificam de autor ao réu que excepciona não correspondem ao moderno conceito de exceção. O réu que excepciona não exercita ação, mas defesa e só apresenta pretensões quando reconvém.<sup>82</sup>

Evidentemente, no atual estágio do direito processual civil brasileiro<sup>83</sup> esse critério não tem validade como regra universal, apta a regular todas as situações em

<sup>79</sup> PACÍFICO, op. cit., p. 50. Esse princípio era revelado por algumas máximas, valendo destacar : *actore non probante reus absolvitur; necessitas probandi incumbit illi qui agit e reus in exceptione actor est* (KARAM, M. Ônus da prova, p. 21 e 25).

<sup>80</sup> BORTOWSKI, op. cit., p. 105/106.

<sup>81</sup> Em relação a essa crítica, de acordo com o exposto no capítulo anterior, observa-se que, em se adotando o critério romano, o reflexo que a regra de julgamento desempenha sobre a conduta das partes constituiria inconveniente à busca de uma decisão justa no processo. Na mesma linha dos autores mencionados, asseverou ROSENBERG: *“Pues, efectivamente, se quitaria de antemano toda probabilidad de éxito a cualquier demanda judicial, haciéndola con esto imposible, si se exigiera del demandante toda la prueba. Se entregaría el derecho a la buena voluntad del demandado; se llegaría a un estado de inseguridad jurídica que equivaldría a la falta de toda protección”* (ROSENBERG, op. cit., p. 84).

<sup>82</sup> KARAM, Ônus da Prova, p. 57.

<sup>83</sup> A distribuição do ônus da prova no atual direito processual civil brasileiro será abordada no item 4.3.

que se faça necessária a aplicação das regras sobre ônus da prova. Aliás, conforme observa o citado Munir KARAM, já à época de sua concepção no direito romano não era ele aplicável a todos os casos<sup>84</sup>.

O critério de distribuição do ônus da prova no período medieval decorreu de interpretação da famosa lição de Paulo “*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*” aliada a um texto do período imperial romano, atribuído a Diocleciano e Maximiliano, segundo o qual “*Actor, quod asseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, quum per rerum naturam, factum negantis probatio nulla est*”<sup>85</sup>. Dessa forma, a doutrina medieval criou a máxima “*affirmanti non neganti incumbit probatio*”, dando origem ao princípio “*negativa non sunt probanda*”.

Assim, no chamado direito comum vigente à época medieval, prevaleceu um critério de distribuição do ônus da prova baseado na qualidade dos fatos afirmados, conforme fossem positivos ou negativos. Observe-se que não se trata de livrar do ônus de prova aquele que simplesmente nega um fato afirmado por seu adversário, mas sim aquele que afirma um fato negativo. E aqui se encontra a primeira objeção que pode ser feita a esse critério, afirmando-se que decorreu de equivocada interpretação da citada lição de Paulo. Nesse sentido, PUGLIESE defende aquela que parece ser a mais acertada interpretação do referido texto, em contraposição ao sentido que a ele foi dado no período medieval:

*Qui negat*, em contraposição a *qui dicit*, não quer dizer ‘quem alega um fato negativo’, mas sim ‘quem nega ou contesta o quanto afirmado pelo adversário’ e, por conseguinte, *qui dicit* não é ‘quem afirma um fato positivo’, mas ‘quem afirma um fato qualquer’. Em outros termos, o elemento positivo ou negativo está na conduta da parte, e não no fato por ela afirmado.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> KARAM. Ônus da Prova, p. 23 e 25. PACÍFICO, com base em ensinamentos de PUGLIESE, chega a afirmar a superação, por meio da casuística, do referido princípio no direito clássico romano (PACÍFICO, op. cit., p. 54/56).

<sup>85</sup> PACÍFICO, op. cit., p. 59/60. No mesmo sentido: KARAM. Ônus da Prova, p. 32. Com relação ao referido texto do período imperial romano, PACÍFICO apresenta a tradução para o espanhol, realizada por Alejandro de BACARDÌ, às fls. 171 do livro *Cuerpo del Derecho civil*: “*Confesando el actor que no puede justificar sus aserciones, el convenido no está obligado a hacer prueba alguna, porque naturalmente el que niega um hecho no necessita pruebas*” (PACÍFICO, op. cit., p. 60).

<sup>86</sup> PUGLIESE apud PACÍFICO, op. cit., p. 63.

Entretanto, é quanto ao próprio conteúdo do referido critério, e não à sua origem, que se apresentam as mais importantes críticas, que servem como obstáculo intransponível à sua aceitação. Inicialmente, é CHIOVENDA quem apresenta empecilho à aplicação do referido princípio ao observar: “Qual é o fato positivo, qual é o fato negativo? Qual é a afirmativa, qual a negativa? Via de regra, toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação, quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados **contrários** ou **diversos** dessa coisa” [grifos do autor]<sup>87</sup>.

A crítica definitiva ao critério baseado na natureza dos fatos afirmados (positivos ou negativos), a qual demonstra que não é adotado no atual estágio do direito processual civil brasileiro, encontra-se na observação de que há fatos negativos que exigem prova, podendo inclusive ser fundamento da demanda deduzida em juízo pelo autor, e não apenas matéria de defesa. Nesse sentido, Alfredo BUZAID, com base no Código Civil de 1916 cita exemplos de fatos negativos que exigem prova no sistema jurídico brasileiro: “Na *condictio indebiti* (Cód. Civil, art. 964), deve provar-se que aquilo que se pagou não é devido. Na ação de indenização por omissão culposa, deve-se provar que não foi feito pelo réu aquilo que lhe cumpria fazer. Na ação de prescrição de servidão, deve provar-se o não uso (Cód. Civil art. 710)”<sup>88</sup>.

Na atualidade, a adoção dos fatos negativos como critério para o reconhecimento da ausência de necessidade de prova, e, em consequência, de distribuição de ônus de prova, limita-se às negativas indefinidas. Vale destacar as palavras de Rogério Lauria TUCCI:

Inclina-se a doutrina processual, na atualidade, com inegável acerto, à convicção de que a máxima *neganti non sunt probanda* restou verdadeira, tão somente, com relação às negativas indefinidas, cuja prova, como por igual das afirmações indefinidas, se tem como impraticável

---

<sup>87</sup> CHIOVENDA, op. cit., p. 446.

<sup>88</sup> BUZAID apud KARAM, Ônus da Prova, p. 34. É interessante notar que a citada lição de BUZAID reproduz exemplos dados por CHIOVENDA (CHIOVENDA, op. cit., p. 447). No novo Código Civil brasileiro, Lei 10.406/02, a *condictio indebiti* está prevista no artigo 876, enquanto o dispositivo que fundamenta a dita ação de prescrição de servidão é o artigo 1.389. Com relação a esse último artigo, a atual redação é ainda mais clara, para os efeitos ora pretendidos, do que a que constava do Código Civil de 1916. Assim rezava o antigo Código: “Art. 710. As servidões prediais extinguem-se: ... III – pelo não uso, durante 10 (dez) anos contínuos.” Já o artigo correspondente na Lei 10.406/02 encontra-se nos seguintes termos: “Art. 1.389. Também se extingue a servidão, ficando ao dono do prédio serviente a faculdade de fazê-la cancelar, mediante a prova da extinção: ... III – pelo não uso, durante 10 (dez) anos contínuos”.

(...); é tão difícil provar que nunca se esteve em determinada praia, assim como que se toma banho todos os dias.<sup>89</sup>

Em suma, constata-se que o critério adotado pelo direito romano, segundo o qual o ônus da prova recai sobre o autor, sendo o réu considerado autor em relação às exceções que apresenta, é criticado pela impropriedade técnica de conferir a qualidade de autor ao réu que excepciona e porque, fazendo recair o ônus da prova sempre sobre o demandante, não atenderia a um princípio de justiça e equidade.

Entretanto, vale observar que à denominação “exceção” são atribuídos diversos significados na doutrina, sendo que o Código de Processo Civil brasileiro reservou a expressão para definir a via processual utilizada para a alegação dos vícios processuais da incompetência relativa, do impedimento e da suspeição do juiz<sup>90</sup>. Todavia, em se entendendo a palavra exceção no sentido pretendido por CHIOVENDA, como as defesas materiais indiretas apresentadas pelo réu (alegação de fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor)<sup>91</sup>, não é errado concluir, conforme será confirmado pela exposição constante no item 4.3, que o nosso Código de Processo Civil consagrou o princípio de que o ônus da prova é imputável ao réu apenas em relação às exceções que apresenta.

Já o critério baseado na natureza positiva ou negativa das afirmações de fato realizadas efetivamente não vigora no direito brasileiro, porque, como demonstrado, há afirmações de fato negativas que exigem prova.

## 4.2. Doutrinas Antigas

Superadas as concepções romana e medieval, a doutrina esmerou-se em encontrar um critério geral satisfatório em relação à distribuição do ônus da prova. Assim, sobretudo no século XIX, surgiram diversas teorias, dentre as quais serão

<sup>89</sup> TUCCI *apud* PACÍFICO, *op. cit.*, p. 65.

<sup>90</sup> SANTOS, M. A., *op. cit.*, p. 185/191. ARENHART; MARINONI, *Manual...*, p. 131/134. Segundo o Código de Processo Civil brasileiro: “Art. 304. É lícito, a qualquer das partes argüir, por meio de exceção, a incompetência (art. 112), o impedimento (art. 134) ou a suspeição (art. 135).”

<sup>91</sup> ARENHART; MARINONI, *Manual...*, p. 133/134.

resumidamente expostas, no presente item, as formuladas por BENTHAM, FITTING, GIANTURCO e WEBBER.

A nota marcante das doutrinas desenvolvidas nesse período é a referência a um critério de normalidade a fim de definir qual das partes é onerada pela prova de determinado fato, embora cada autor utilize esse critério de forma peculiar. Inicialmente, entretanto, interessa destacar a particular tese de BENTHAM, que, embora não faça menção ao princípio da normalidade, é enquadrada na categoria das doutrinas antigas por ser contemporânea a elas.

BENTHAM utilizava basicamente dois princípios para a distribuição do ônus da prova: a idéia de que *“se deve proteger o autor, pois este só proporia uma ação quando convencido de sua justiça”*<sup>92</sup>, e a atribuição do ônus de provar, feita casualisticamente pelo juiz, à parte que tiver melhores condições de fornecer a prova. O primeiro dos critérios não encontra ressonância na realidade, que o justifique como regra geral<sup>93</sup>, e o segundo foi criticado por ROSENBERG, que, em nome da segurança jurídica, defende a necessidade de se encontrar um critério legal de distribuição:

*“El individuo que decide libremente según la justicia, decide conforme con sus sentimientos, y no de acuerdo con principios. Desaparecería toda seguridad jurídica. Pues la justicia se manifiesta en cada cabeza de modo distinto. La sentencia así lograda parecería arbitraria a las partes, y tal vez no estuvieran tan equivocadas al respecto. Sólo la justicia acrisolada a través de los siglos y configurada por el legislador, sólo la propia ley puede ser pauta y guía para el juez.”*<sup>94</sup>

Não cabe aqui discutir se a idéia de BENTHAM, ou mesmo a crítica formulada por ROSENBERG, são oportunas. Interessa apenas constatar que o critério sugerido não foi adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro, que consagrou a distribuição legal do ônus da prova entre as partes, não deixando sua fixação a cargo do juiz.

Nas demais teorias que serão abordadas em relação a esse período, como já referido, é possível encontrar um elemento comum, que é a utilização do princípio da normalidade, de acordo com as configurações que cada autor lhe forneceu. Embora WEBBER tenha sido o primeiro a formular um critério de normalidade como guia para

---

<sup>92</sup> BORTOWSKI, op. cit., p. 107.

<sup>93</sup> Id.

<sup>94</sup> ROSENBERG, op. cit., p. 85.

a distribuição do ônus da prova, sua tese será exposta apenas ao final do item, por se entender que foi ela de grande influência nas teorias modernas, sobretudo na caracterização dos fatos constitutivos e impeditivos de direito.

Dessa forma, interessa inicialmente expor a teoria desenvolvida por FITTING. Esse autor toma como pressuposto a idéia de que o objeto da prova é constituído pelos fatos, porque é através deles que se verifica a existência de um direito. Defende ainda que a ausência de prova em relação a um fato implica que ele não possa ser tomado como existente; e considera a conceituação de ônus da prova como necessidade prática, e não dever jurídico, que uma parte tem de produzir provas a fim de que o juiz considere determinado fato por ela alegado. A partir disso, formula basicamente dois princípios atinentes ao ônus da prova. Primeiro, sustenta que só a afirmação de uma mudança de estado necessita de prova, porque a permanência de um estado jurídico se pressupõe. Em segundo lugar, e talvez mais importante, defende que “quem pede tutela jurisdicional deve alegar e provar os fatos que produzem o direito reclamado, ou seja, os pressupostos da norma-regra. Ao demandado cumpre provar os outros fatos que são pressupostos da norma-exceção”<sup>95</sup>.

É na última observação que se percebe a utilização do princípio da normalidade como critério para determinar a distribuição do ônus da prova, embora FITTING procure utilizá-lo de maneira objetiva, identificando a normalidade ou não nas próprias disposições do direito positivo:

...para estabelecer quais são as normas-regra e as normas-exceção, considera as relações de fato que ocorrem na vida. Ou seja, determinada relação de fato considerada *normal, regular*, consubstancia o pressuposto fático de uma norma-regra. As situações divorciadas da normalidade, ao contrário, regulam-se pelas normas-exceção. Assim, a maioridade e a sanidade são relações normais, porque só para a menoridade e para a enfermidade a lei estatui regras especiais; sendo normal a comerciabilidade das coisas, é necessário estabelecer somente quais são as coisas que estão fora do comércio etc.

Desse modo, a característica do normal consiste em que o ordenamento não ressalte a normalidade de modo especial, porquanto disposições especiais são necessárias apenas para as situações que dela se afastam. [grifos do autor]<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> BORTOWSKI, op. cit., p. 106.

<sup>96</sup> PACÍFICO, op. cit., p. 88.

A doutrina de FITTING é criticada por GIANTURCO, que afirma que o primeiro dos princípios enunciados por aquele autor, baseado em interpretação da máxima romana *affirmanti, non neganti, incubit probatio*, não encontra respaldo no Direito Romano. Quanto ao segundo dos princípios enunciados, aduz que a distinção entre normas-regra e normas-exceção não é essencial ao problema do ônus da prova, pelo que a idéia poderia ser resumida ao seguinte: “*Chi ha interesse all’applicazione di una norma giuridica deve provarne i presupposti di fatto*”<sup>97</sup>. Entretanto, em suas próprias considerações sobre a distribuição do ônus da prova, embora procurasse um critério universalmente válido, ao considerar que, faltando prova de um fato que deva necessariamente ser considerado na sentença, deve-se tomar em conta a “possibilidade mais provável” (que seria o normal), também não conseguiu fugir do princípio da normalidade, embora em sentido diverso daquele utilizado por FITTING<sup>98</sup>.

Pode-se concluir que, enquanto FITTING refere-se a um princípio da normalidade contemplado nas próprias normas positivadas, GIANTURCO defende que o ônus da prova deve ser utilizado (fixado) pelo juiz de acordo com a observação da normalidade segundo as regras da experiência. Ambas as posições são passíveis de crítica.

A idéia de FITTING pode ser criticada justamente porque, ao afirmar que o princípio da normalidade encontra-se encartado nas próprias normas positivadas, conforme elas destaquem ou não a especialidade da situação que contemplam, estabeleceu que cada norma tem apenas uma natureza (ou regra ou exceção, conforme se refira a uma situação normal ou não, destacada na norma). Ocorre que, assim como os fatos, também as normas podem assumir diferentes funções em face da demanda judicial a que se referem, sendo que uma mesma norma pode ser evocada pelo autor em determinado processo e pelo réu em um processo distinto, o que impede que ao se qualificar um dispositivo como, por exemplo, norma-exceção, se vincule o ônus da

---

<sup>97</sup> GIANTURCO, L. apud PACÍFICO, op. cit., p. 91. Observe-se que essa afirmação aproxima-se bastante das teorias formuladas por ROSENBERG e MICHELI, as quais serão expostas no item 4.4.

<sup>98</sup> PACÍFICO, op. cit., p. 90/92. A expressão “possibilidade mais provável” é utilizada por PACÍFICO a fim de demonstrar a utilização do princípio da normalidade nas idéias de GIANTURCO referentes à distribuição do ônus da prova, e é aqui utilizada nesse mesmo sentido.

prova de seus pressupostos à específica posição processual de réu. Nesse sentido, vale utilizar as palavras de ROSENBERG:

*se entiende que esa relación recíproca de los preceptos jurídicos es por completo relativa y que sólo tiene importancia al litigarse sobre este derecho. Es posible que en un proceso por un derecho distinto, la relación de las normas sea diferente; la norma que es constitutiva en uno puede en el otro surtir efecto excluyente como fundamento de un contracrédito con que se pretende compensar; la norma que es impeditiva o destructiva aquí puede ser constitutiva de la demanda allí*[grifos do autor]<sup>99</sup>

Além disso, a idéia de que somente a afirmação de uma mudança de estado necessita de prova, porque a permanência de um estado jurídico se pressupõe, que inclusive foi defendida por outros autores, como BETHMANN-HOLLWEG<sup>100</sup>, mereceu a crítica de CHIOVENDA:

Não é, todavia, exato que *se presuma* que um estado jurídico continua a durar. Conhecem-se, antes, estados jurídicos, como a obrigação, que surgem para extinguir-se, e então seria mais justo falar-se de presunção de extinção. Estatisticamente, o mais provável é que uma dívida tenha sido do que não tenha sido paga. E nos estados jurídicos a regra é o movimento, a mudança, mais que a imobilidade. Há, além disso, casos em que por certo o autor deve provar, não só que um *estado* de coisas *surgiu*, mas que *dura atualmente* (como, na reivindicação, a posse atual do réu); casos, portanto, em que não teria cabimento a presunção que se pretende aplicar.[grifos do autor]<sup>101</sup>

Já em relação ao critério fornecido por GIANTURCO, parece ser intransponível a crítica apresentada por ROSENBERG no sentido de que o princípio da normalidade, fundado na observação de regras da experiência, não pode servir como critério para a distribuição do ônus da prova porque não incide no momento da sentença, mas sim no de apreciação da prova<sup>102</sup>. Ou seja, a normalidade de determinada circunstância de fato (a consideração daquilo que normalmente ocorre, da “possibilidade mais provável”) é utilizada pelo magistrado a fim de formar sua convicção em relação à respectiva afirmação de fato. Assim, o ônus da prova como regra de julgamento atua em momento posterior, quando, mesmo após considerada a

<sup>99</sup> ROSENBERG, op. cit., p. 95.

<sup>100</sup> PACÍFICO, op. cit., p. 86.

<sup>101</sup> CHIOVENDA, op. cit., p. 446/447.

<sup>102</sup> ROSENBERG, op. cit., p. 115/116. Além de destacar a referida posição de ROSENBERG, PACÍFICO afirma que o princípio da normalidade, extraído das regras da experiência, exerce importante função na atividade legislativa (PACÍFICO, op. cit., p. 108/111).

normalidade dos fatos segundo regras da experiência, o magistrado não obteve o necessário grau de convencimento quanto a determinada afirmação de fato.

Por fim, interessa considerar a teoria de WEBBER, que, conforme já destacado, foi o primeiro autor a identificar o princípio da normalidade como critério para a distribuição do ônus da prova.

Após estabelecer a idéia de que quem procura fazer valer um direito é obrigado a provar os fatos incertos que constituem seu pressuposto, WEBBER afirmou que, para tanto, basta a prova das condições essenciais do direito, porque a ausência das condições gerais, que são presumidas, deve ser provada pelo réu<sup>103</sup>. Assim, para esse doutrinador constituiria ônus da prova do autor os pressupostos fáticos do direito pretendido, identificados com as condições essenciais para a caracterização desse direito, enquanto ao réu incumbiria a responsabilidade pela prova da ausência das condições gerais das quais o mesmo direito depende, que a princípio são presumidas. Em suma, WEBBER defendia que ao autor não incumbe provar todos os aspectos necessários à existência e exercício de seu direito, bastando a prova das condições essenciais, sendo que as gerais, cuja ausência implicaria na inexistência ou inefetividade do direito, são presumidas presentes, incumbindo ao réu a prova de sua ausência. Dessa forma, parece ser possível identificar em WEBBER o germe da caracterização dos fatos impeditivos, da forma como foram conceituados pelas teorias modernas, expostas no item seguinte, cujo ônus da prova recai sobre o réu.

### **4.3. Doutrinas Modernas**

Como momento subsequente às chamadas doutrinas antigas, identificam-se as concepções de distribuição do ônus da prova desenvolvidas com base na natureza constitutiva, impeditiva, modificativa ou extintiva dos fatos, que são reunidas sob a nomenclatura de doutrinas modernas.

---

<sup>103</sup> PACÍFICO, op. cit., p. 85.

Essa concepção teve grande repercussão doutrinária e legislativa, sendo inclusive adotada como regra geral no ordenamento brasileiro através da regra consubstanciada no artigo 333 do Código de Processo Civil.

As referidas teorias foram desenvolvidas sobretudo por obra dos doutrinadores italianos, a partir do artigo 1.312 do Código Civil daquele país, o qual dispõe que “quem demandar a execução de uma obrigação, terá de prová-la, e quem pretenda estar liberado da mesma, terá a seu encargo provar o pagamento ou o fato que tenha produzido a extinção de sua obrigação”<sup>104</sup>.

Inicialmente, interessa notar que, na busca de um critério geral para a distribuição do ônus da prova, a tendência da doutrina foi identificá-lo a partir do interesse das partes nos fatos a serem considerados pelo juiz<sup>105</sup>. Com base nessa noção, a doutrina tentou vincular a responsabilidade de cada parte pela prova à natureza dos fatos que alegam em juízo. Assim, procurou-se identificar o interesse de cada parte em determinado fato a partir de seu conteúdo, o que deu origem ao princípio lastreado na repartição dos fatos em constitutivos, extintivos, impeditivos e modificativos.

Nessa perspectiva se insere a doutrina de CHIOVENDA, que, após asseverar que a distribuição do ônus da prova se fixa por uma razão de oportunidade e em função do princípio de igualdade das partes, afirma que “o encargo de afirmar e provar se distribui entre as partes, no sentido de deixar-se à iniciativa de cada uma delas fazer valer os fatos que ela pretende considerados pelo juiz, ou, em outros termos, que *tem interesse* em que sejam por ele considerados como verdadeiros”<sup>106</sup>.

Na tentativa de identificar quais sejam as alegações de fato cuja responsabilidade da prova recai sobre cada uma das partes processuais, CHIOVENDA

---

<sup>104</sup> CARNELUTTI, F. **Sistema de direito processual civil**. Tradução por: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 2. p. 133/134. Na referida disposição do Código Civil Italiano é visível a influência exercida pelo Código Civil Napoleônico, que, em seu artigo 1.315 “estabeleceu o princípio legal segundo o qual quem demanda a execução de uma obrigação deve prová-la; e quem pretende liberar-se deve provar o pagamento ou o fato que produziu sua extinção” (PACÍFICO, op. cit., p. 94/95). Desse artigo, que se refere a uma situação específica, a doutrina extraiu um princípio geral, baseado na natureza dos fatos, quanto à distribuição do ônus da prova (CARNELUTTI, *Sistema...*, p. 134. No mesmo sentido: PACÍFICO, op. cit., p. 94).

<sup>105</sup> Interesse esse que, conforme será visto ainda nesse item, assume feições diferentes para cada autor considerado.

<sup>106</sup> CHIOVENDA, op. cit., p. 448. Observe-se que o autor, ao se referir à iniciativa probatória das partes, dá preponderância ao ônus da prova como regra de conduta de acordo com uma perspectiva que vinculando determinadas provas à iniciativa probatória de uma das partes, está superada, como visto no item 3.2.

procura formular um princípio geral de distribuição do ônus da prova de acordo com a natureza dos fatos judicialmente relevantes. Assim, partindo da idéia de que o interesse do réu em alegar determinado fato e de produzir prova quanto a ele apenas surge “quando o autor já provou fatos idôneos para constituir um direito a seu prol, de sorte que o juiz teria de acolher-lhe a demanda, se a parte contrária não afirmasse e provasse fatos que se lhe oponham”<sup>107</sup>, e que, nesse sentido, a mera negação de um fato<sup>108</sup> afirmado pela outra parte não impõe qualquer ônus da prova ao adversário que a negou, conclui que: “o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes produzir o efeito que lhes é natural”<sup>109</sup>.

CARNELUTTI, embora por motivos um pouco diversos, também chega à conclusão de que a distribuição do ônus da prova se dá de acordo com a natureza (constitutiva, impeditiva, extintiva) dos fatos que se referem ao direito pleiteado em juízo. Afirma o professor italiano: “quem pretende, tem de provar o fato ou fatos constitutivos, e quem excepciona, o fato ou fatos extintivos e a condição ou condições impeditivas”<sup>110</sup>.

Para chegar a essa conclusão, CARNELUTTI utiliza um critério teleológico. Observando que a distribuição do ônus da prova refere-se não ao poder de provar das partes, mas sim a qual das partes assume o risco pela inexistência de prova ou instrução probatória deficiente<sup>111</sup>, o autor pretende identificar o critério para a referida distribuição com base em uma regra de experiência que estabeleça qual das partes tem melhores condições de fornecer prova em relação a cada fato, entendendo que só assim o ônus da prova atenderia à finalidade do processo, que é a composição justa do litígio<sup>112</sup>. Assim, afirmando que o critério de distribuição do ônus da prova no direito

---

<sup>107</sup> CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 448/449.

<sup>108</sup> Que não se confunde com a afirmação de um fato negativo.

<sup>109</sup> CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 452/453. Interessa notar que CHIOVENDA reconhece que o ônus da prova quanto aos fatos extintivos de um direito, por disposição de lei (artigo 1.312 do Código Civil italiano), recai sobre o réu (*Ibid.*, p. 457).

<sup>110</sup> CARNELUTTI, *Sistema...*, p. 134.

<sup>111</sup> *Id.*

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 132.

italiano se funda no interesse quanto à afirmação, CARNELUTTI chega ao princípio *supra* transcrito, baseado na natureza dos fatos<sup>113</sup>.

Entretanto, CARNELUTTI não dota o referido princípio de validade universal, admitindo que sofre derrogações dentro do próprio direito italiano<sup>114</sup>.

Como já referido, o critério de distribuição do ônus da prova fundamentado na natureza dos fatos (constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos) em relação à posição processual de cada parte foi adotado como regra geral pelo Código de Processo Civil brasileiro em seu artigo 333, que assim dispõe: “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

É comum, a fim de se conceituar teoricamente os fatos constitutivos, extintivos e impeditivos, utilizar a definição formulada por CHIOVENDA<sup>115</sup>. Assim, pode-se dizer que são fatos constitutivos aqueles que “dão vida a uma vontade concreta da lei e à expectativa de um bem por parte de alguém”<sup>116</sup>, por sua vez, os fatos extintivos são aqueles que “fazem cessar uma vontade concreta da lei e a conseqüente expectativa de um bem”<sup>117</sup>, enquanto os fatos impeditivos são constituídos por “um fato de natureza negativa, a saber, a falta de uma das circunstâncias que devem concorrer com os fatos constitutivos a fim de que estes produzam os efeitos que lhes são peculiares e

---

<sup>113</sup> Interessante notar que CARNELUTTI refere-se ao interesse à afirmação e não ao interesse à prova. Isso porque o autor considera que apenas o interesse à afirmação é unilateral, podendo ser atribuído a apenas uma das partes do processo e assim servir de critério para a distribuição do ônus da prova, enquanto o interesse à prova é bilateral (Ibid., p. 131/132). PACÍFICO aduz que tal afirmação consubstancia crítica à idéia de CHIOVENDA, que utilizaria a noção de interesse à prova. Para BETTI, entretanto, também o interesse à afirmação é bilateral, pelo que defende que a distribuição do ônus da prova deve pautar-se pelo ônus (e não interesse) da afirmação, considerado em seu viés material, que permite identificar fatos constitutivos, cuja prova incumbe ao autor, circunstâncias impeditivas e fatos modificativos e extintivos, cuja prova é de responsabilidade do réu, sendo que a diferenciação entre fatos constitutivos e circunstâncias impeditivas se daria através do princípio da normalidade (PACÍFICO, op. cit., p. 96/102). No direito brasileiro, a utilização do ônus da afirmação como critério para a distribuição do ônus da prova é totalmente inviável, pois não coincidem. Nesse sentido, ARENHART e MARINONI, citam como exemplo os fatos notórios e aqueles que constituem objeto de presunção legal, que, apesar de deverem ser afirmados por uma das partes para serem considerados na sentença (havendo ônus da afirmação, portanto), não necessitam de prova, conforme exposto no item 2.2 (em conseqüência, não constituindo qualquer ônus da prova), do que se conclui que: “O ônus de provar a alegação do fato, desta forma, difere claramente do ônus da afirmação do fato que deve vir indicado na causa de pedir ou no fundamento apresentado pela parte” (ARENHART; MARINONI, *Comentários...*, p. 187).

<sup>114</sup> CARNELUTTI, *Sistema...*, p. 136.

<sup>115</sup> Assim o fazem: ARAGÃO, op. cit., p. 90/91. ARENHART; MARINONI. *Comentários...*, p. 187/188.

<sup>116</sup> CHIOVENDA apud ARAGÃO, op. cit., p. 90.

<sup>117</sup> Ibid., p. 91.

normais”<sup>118</sup>. Entretanto, especificamente quanto aos fatos impeditivos, é pertinente a observação de ARENHART e MARINONI, no sentido de que “os fatos impeditivos não integram os elementos da *fattispecie*. O fato impeditivo pode ser identificado com a inexistência de um pressuposto de eficácia; embora permanecendo o fato no exterior da *fattispecie*, a sua incidência opera no seu interior”<sup>119</sup>.

Ainda quanto aos fatos impeditivos como pressupostos negativos dos fatos constitutivos, vale citar a lição de ROSENBERG:

*...los presupuestos de la norma impeditiva deben darse antes de que las circunstancias definidoras de la norma constitutiva se hayan realizado completamente, de modo que los presupuestos de ambas normas existan, por así decir, simultáneamente en el preciso momento que es decisivo para el nacimiento del derecho. Así, los presupuestos de la norma impeditiva se manifiestan, en cierto modo, como presupuestos negativos del fundamento del derecho, pues ellos no deben existir si ha de nacer el derecho. [grifos do autor]*<sup>120</sup>

Por fim, a lei brasileira contempla mais uma categoria de fatos, que não é destacada pelos doutrinadores italianos citados. Trata-se dos fatos modificativos, que são aqueles que “pressupõem válida a constituição do direito, mas tendem a alterá-lo”<sup>121</sup>.

Entretanto, apesar de as categorias de fatos serem bem definidas teoricamente, observam-se casos onde sua verificação *in concreto*, e conseqüentemente a distribuição do ônus da prova, é duvidosa<sup>122</sup>. Isso porque, conforme observa SILVA MELERO, o caráter constitutivo, impeditivo, extintivo ou modificativo de um determinado fato não

<sup>118</sup> Id.

<sup>119</sup> ARENHART; MARINONI. *Comentários...*, p. 188.

<sup>120</sup> ROSENBERG, op. cit., p. 112.

<sup>121</sup> ARENHART; MARINONI, *Comentários...*, p. 188.

<sup>122</sup> Ao fazer essa afirmação, Arruda Alvim sugere um critério complementar, muito semelhante ao critério defendido por BENTHAM (*supra* 4.2), a ser adotado nessas hipóteses: “Casos haverá em que se poderá ter dúvida a respeito da distribuição, *in concreto*, do ônus da prova. Um dos critérios preconizados é o de, então, atentar-se para a facilidade com que um litigante faria a prova do fato que lhe interessa, e, correlatamente, a extrema dificuldade que essa mesma prova acarretaria se fosse feita pelo outro litigante. Afigura-se-nos que a hipótese que se segue é exemplo da adoção desse critério. Assim, é que, com acerto, já se decidiu que a prova sobre o fato de não ser culposa a conduta hospitalar, em ação de indenização por responsabilidade de hospital compete a este, mormente quando seus arquivos não estão em ordem e a parte contrária já apontou falhas” [grifos do autor] (ALVIM, op. cit., p. 484).

é algo implícito a esse fato, mas sim uma característica assumida em face de determinada relação<sup>123</sup>.

Nesse sentido, o professor DINAMARCO chega a afirmar que:

...a incapacidade do agente é fato impeditivo quando alegada pelo réu, em defesa, na ação em que o autor quer fazer valer um contrato: e é assim porque o contrato terá deixado de produzir os efeitos programados, caso realmente seja incapaz o agente. Mas a mesma incapacidade é fato constitutivo do direito de quem tiver vindo a juízo, como autor em pedido de ação anulatória deste: é da concreta ocorrência desse fato que emerge a *sanctio juris* consistente na retirada de eficácia do contrato impugnado.<sup>124</sup>

Assim, em face da análise do caso concreto, surgem situações em que o demandante deve provar um fato que teoricamente seria considerado impeditivo, extintivo ou modificativo, mas em relação ao qual o ônus da prova recai sobre o autor, em virtude de esse fato constituir o fundamento do pedido realizado em juízo. Pode-se dar como exemplo, um pleito de nulidade de ato jurídico em virtude de ter ele sido celebrado com menor incapaz. Nesse caso, a incapacidade do menor é um fato impeditivo por definição, pois consubstancia a ausência de uma circunstância (capacidade dos contratantes) que deve concorrer com o fato constitutivo (celebração do contrato) para possibilitar o nascimento de um direito (direitos decorrentes do contrato, como um crédito por exemplo). Entretanto, no referido pleito, a incapacidade do menor é o pressuposto normativo que fundamenta a demanda do autor, razão pela qual a ele incumbe o ônus da prova. Nesse sentido, pode-se entender a crítica formulada por KARAM ao afirmar que “o erro fundamental desta teoria consiste em atribuir sempre ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos e sempre ao réu provar os fatos extintivos ou impeditivos”<sup>125</sup>.

Diante dessa situação, observa-se que a vinculação do ônus da prova a determinada parte processual de acordo com a distinção teórica entre fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos de direito, embora abranja a

---

<sup>123</sup> SILVA MELERO apud PACÍFICO, op. cit., p. 104. No mesmo sentido se manifesta o professor Egas D. M. de ARAGÃO: “Os tratadistas fazem questão de afirmar que a distinção entre esses fatos jurídicos é bastante difícil em certos casos, *maxime* porque, dependendo de quem, dentre os envolvidos no litígio, haja tomado a iniciativa de comparecer na posição de autor, inverte-se a qualificação” (ARAGÃO, op. cit., p. 90).

<sup>124</sup> DINAMARCO apud PACÍFICO, op. cit., p. 104.

<sup>125</sup> KARAM, Ônus da prova, p. 59.

grande maioria dos casos, não abarca todas as possibilidades de distribuição do ônus da prova.

Diante dessas considerações, a doutrina procurou distribuir o ônus da prova, não conforme a natureza teórica dos fatos em si, mas de acordo com os pressupostos das regras de direito material das quais as partes pretendem extrair determinados efeitos jurídicos, pelo que surgem as atuais concepções quanto ao critério de distribuição do ônus da prova, representadas sobretudo pelas posições de ROSENBERG e MICHELI.

#### 4.4. Doutrinas Atuais – As Teorias de Rosenberg e Micheli

As mais atuais concepções do critério de distribuição da responsabilidade pela instrução probatória deficiente ou inexistente procuram relacionar-se com as normas de direito material. Nesse sentido, a doutrina costuma destacar as posições expressas por ROSENBERG e MICHELI<sup>126</sup>.

É famosa a enunciação de ROSENBERG quanto ao ônus da prova:

*De este modo, obtenemos el principio de la carga de la prueba: aquella parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la prueba con respecto a que las características del precepto se dan en el acontecimiento real, o – dicho más brevemente – soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos del precepto jurídico aplicable. [grifos do autor]<sup>127</sup>*

Assim, diferentemente do que se verificou com as teorias modernas, ROSENBERG não afirma a distribuição do ônus da prova de acordo com os fatos envolvidos, mas sim de acordo com as normas de direito das quais as partes pretendem extrair os efeitos jurídicos que lhes são favoráveis.

<sup>126</sup> Nesse sentido: PACÍFICO, op. cit., p. 113/130. BORTOWSKI, op. cit., p. 107/109. KARAM, Ônus da prova, p. 60/62.

<sup>127</sup> ROSENBERG, op. cit., p. 11. Em momento posterior, ao tratar especificamente da distribuição do ônus da prova, o autor reafirma seu entendimento: “La parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin que se aplique un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la afirmación y de la prueba de que las características definidoras de ese precepto están realizadas en los hechos. No nos expondremos a falsas interpretaciones, si en lugar de esa fórmula decimos brevemente: cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de la norma que le es favorable (= de la norma cuyo efecto jurídico redunde en su provecho) (Ibid., p. 91).

De certa forma, a doutrina de MICHELI vem completar e esclarecer a de ROSENBERG, ao afirmar que, embora a distribuição do ônus da prova deva dar-se com base nas regras de direito material envolvidas, também é preciso levar em conta o critério processual. Mas isso não se dá vinculando abstratamente o ônus da prova em relação a uma específica regra de direito a uma parte processual determinada (autor ou réu), mas sim fixando-o de acordo com a posição das partes em relação aos efeitos pretendidos por meio do processo.

Assim, a distribuição do ônus da prova é fixada por MICHELI nos seguintes termos:

a repartição do ônus da prova é estabelecida precipuamente pela posição ocupada pela parte em relação ao efeito jurídico pedido: tal relação é determinada pelo direito material, enquanto este disciplina a *fattispecie* legal, e pelo direito processual, enquanto se tenha presente o perfil unilateral adotado por cada um das partes no processo, isto é, a situação processual posta em prática pela parte que formula uma própria demanda em juízo.<sup>128</sup>

Em que pesem as posições que identificam as referidas doutrinas como a melhor solução para o problema da distribuição do ônus da prova, embora não se possa afirmar que incorrem elas em erro, parece que não fornecem critério suficientemente bem definido para a solução dos casos concretos. Isso porque, afirmar que a cada parte incumbe o ônus da prova em relação às normas de direito que militam em favor dos efeitos jurídicos que pretendem, não é critério suficiente a menos que se defina o que constitui uma norma. Em um exemplo banal: o não pagamento é pressuposto da norma que permite ao autor pretender a execução de uma dívida ou o pagamento é pressuposto da norma que fundamenta o efeito jurídico pretendido pelo réu de reconhecimento da inexistência da dívida?

ROSENBERG ao afirmar que no direito verificam-se diversas normas que influem umas sobre as outras, exercendo diferentes papéis em relação ao mesmo conjunto de fatos, e, nesse sentido, identificando normas constitutivas, impeditivas, destrutivas e exclusivas de direito, de forma que podem atuar simultaneamente em face

---

<sup>128</sup> MICHELI apud PACÍFICO, op. cit., p. 121.

de um mesmo caso apresentado em juízo,<sup>129</sup> não fornece um critério seguro como resposta, já que, da mesma forma como verificado em relação aos fatos nas doutrinas modernas, a identificação da natureza de uma norma em face de uma caso concreto pode ser problemática.

Diante do exposto, conclui-se que as atuais doutrinas referentes à distribuição do ônus da prova centram-se nas normas de direito material envolvidas conjugadas com os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes, independentemente da posição processual que ocupem. Ou seja, a parte têm o ônus da prova em relação aos pressupostos fáticos da norma que embasa o efeito jurídico que pretende obter ou ver reconhecido através do processo. Entretanto, essas teorias não respondem de forma adequada à questão de saber o que caracteriza uma norma, de forma que se possa identificar se determinada afirmação de fato constitui pressuposto da norma embasa o efeito jurídico pretendido por uma parte ou (tomada em seu oposto) pela outra.

---

<sup>129</sup> Nesse sentido, destaca: *“De ahí que un caso que corresponde a los presupuestos de hecho de un precepto jurídico, no se encuentra, sin embargo, regulado por esta norma sino por otra que se opone a la primera, no admitiendo su aplicación, cuando se cumplen también los presupuestos de esta última norma”* (ROSENBERG, op. cit., p. 92).

## 5. CONCLUSÃO

De tudo o que foi exposto, podem-se tirar algumas conclusões.

Inicialmente, verifica-se que a atividade do juiz ao exercer a função jurisdicional compreende tanto a fixação dos fatos que constituem a causa a ser decidida quanto o conhecimento e aplicação do direito a esse substrato fático.

As regras de direito, em princípio, presumem-se conhecidas pelo magistrado (*iuria novit curia*), razão pela qual dispensam qualquer prova. Exceção a esse princípio encontra-se encartada no artigo 337 do Código de Processo Civil, sendo que o juiz pode determinar a necessidade de se provar o teor e a vigência das regras de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário invocadas por uma das partes. Em não se provando esses aspectos, o ônus da prova como regra de julgamento incide sobre o caso, determinando que a questão seja resolvida sem a consideração das regras invocadas e não provadas.

A fixação dos fatos que formam o caso a ser decidido normalmente se dá pela convicção do juiz formada através das provas. Nesse sentido, dentro de um processo onde todas as partes devem esmerar-se para demonstrar a verossimilhança de suas afirmações, as provas assumem papel de meios retóricos aptos a embasar o convencimento jurisdicional, pelo que se procura impedir que a fixação dos fatos pelo magistrado se dê exclusivamente a partir de uma convicção exclusivamente subjetiva.

Quanto à função que as regras sobre o ônus da prova desempenham, conforme visto, atuam sobretudo como regras de julgamento, indicando ao magistrado os elementos em que se deve basear a sua decisão no caso de ausência ou insuficiência de provas em relação a determinado fato importante ao conhecimento da questão. Como regra de conduta, o ônus da prova serve apenas para definir a natureza da atividade probatória das partes, diferenciando-a de outras figuras jurídicas, como o dever jurídico e o direito subjetivo. A influência que o ônus da prova tem sobre a atividade probatória desenvolvida pelas partes no processo é meramente indireta, atuando como motivação psicológica à parte para que busque produzir as provas que, no caso de serem

insuficientes, por ocasião da aplicação do ônus da prova como regra de julgamento inviabilizariam a obtenção de decisão que lhe fosse favorável.

Quanto à distribuição do ônus da prova, é preciso, inicialmente, fixar qual a função que exerce. Nesse sentido, coerentemente com o que se afirmou a respeito da função do ônus da prova, vale adotar a irretocável observação de CARNELUTTI:

Distribuição, está dito, não do *poder de provar*, que, como dissemos, pertence igualmente a cada uma das partes com respeito a qualquer fato do pleito, mas ao *risco da falta de prova*: se o juiz encontrar na instrução elementos para se convencer de que um fato existe ou não, sua convicção se forma sem influência alguma dos princípios sobre o ônus da prova; o juiz recorre apenas a estes princípios, quando a instrução não lhe oferecer elementos de convicção; então o juiz resolve a dúvida às custas da parte a quem incumbe o ônus. [grifos do autor]<sup>130</sup>

Portanto, o critério de distribuição do ônus da prova não serve para determinar qual das partes deve produzir a prova em relação a determinado fato, mas sim qual delas é prejudicada, na fixação dos fatos na sentença, pela ausência ou insuficiência probatória.

O sistema jurídico brasileiro consagra a distribuição do ônus da prova conforme a natureza do fato, incidindo sobre o autor o ônus da prova em relação aos fatos constitutivos de seu direito e sobre o réu quanto aos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. Essa orientação, contemplada no artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro, embora sirva como regra geral, englobando a grande maioria dos casos que se apresentam, pode sofrer derrogações na hipótese de, por exemplo, o autor basear sua demanda em um fato teoricamente considerado impeditivo, recaindo então sobre ele o ônus da prova quanto a esse fato.

Por outro lado, também a doutrina, até o presente momento, não obteve sucesso em encontrar um critério de distribuição do ônus da prova que seja aplicável em absolutamente todos os casos. Trata-se de questão que ainda aguarda resposta.

---

<sup>130</sup> CARNELUTTI, *Sistema...*, p. 135.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, A. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**, 7. ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v. 2.

AMARAL, F. **Direito civil: introdução**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARAGÃO, E. D. M. de. **Exegese do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Aide, [s.d.]. v. 4, t. I.

ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. **Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento**, arts, 332 a 363. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 5. t. I.

\_\_\_\_\_. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2001.

BEDAQUE, J. R. dos S. **Poderes instrutórios do juiz**, 2. ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

BORTOWSKI, M. A. M. A carga probatória segundo a doutrina e o código de defesa do consumidor. **Direito do consumidor, São Paulo, nº. 7**, p. 101/118, 1993.

CALAMANDREI, P. Verità e Verosimiglianza Nel Processo Civile. **Rivista di diritto processuale**, Padova, Volume X, parte I, p. 164/192, 1955.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1983. v. 3.

CAMBI, E. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?**. Tradução de: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARNELUTTI, F. **La prova civile**, seconda edizione. Roma: Edizione Dell'Ateneo, 1947.

\_\_\_\_\_. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di diritto processuale**, Padova, Volume XX, II serie, p. 4/9, 1965.

\_\_\_\_\_. **Sistema de direito processual civil**. Tradução por: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 2.

CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. v. 2.

CINTRA, A. C. A; DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P. **Teoria geral do processo**, 16. ed.. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000. p. 347.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**, 6. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1983.

KARAM, M. Ônus da prova. **Revista da associação dos magistrados do Paraná**, Curitiba, n°. XXI, p. 17/79, 1980.

\_\_\_\_\_. Ônus da prova: noções fundamentais. **Revista da associação dos magistrados do Paraná**, Curitiba, n°. 14, p. 41/59, 1978.

MARQUES, J. F. **Manual de direito processual civil**. Atualizado por: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MOREIRA, J. C. B. O juiz e a prova. **Revista de processo**, São Paulo, n.º. 35, São Paulo, p. 178/184, 1984.

PACÍFICO, L. E. B. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários ao código de processo civil**, 3. ed., com atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. IV.

ROSENBERG, L. **La carga de la prueba**. Tradução de: Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956. p. 11/38.

SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 15. ed., atualizada. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao código de processo civil**, 6. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 4.

SANTOS, S. A. S. **A inversão do ônus da prova como garantia constitucional ao devido processo legal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, O. A. B. da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**, 5. ed. revista e atualizada, 2ª. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.

XAVIER, R. L. O conceito de prova e a noção de objeto de prova: considerações a respeito dos juízos de fato no processo civil. **Gênesis**, Curitiba, n.º. 15, p. 95/106, jan./mar. de 2000