

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PATRÍCIA DE LIMAS NOGUEIRA LEMOS LOPES

**A ALTERAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL E A TUTELA
JURISDICCIONAL EFETIVA**

CURITIBA
2010

PATRÍCIA DE LIMAS NOGUEIRA LEMOS LOPES

**A ALTERAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL E A TUTELA
JURISDICIONAL EFETIVA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: **Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart**

**CURITIBA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

PATRICIA DE LIMAS NOGUEIRA LEMOS

A alteração do ônus da prova no processo civil e a tutela jurisdicional efetiva

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



SÉRGIO CRUZ ARENHART
Orientador



CLAYTON MARANHÃO
Primeiro Membro

ELTON VENTURI
Segundo Membro

*Dedico este trabalho aos meus
eternos tesouros, meus filhos, meus
amores, Leticia e Pedro Henrique,
provas da razão do meu existir.*

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart, meu orientador e professor, pela atenção despendida e pelas considerações valiosas que muito acrescentaram a esse trabalho.

Ao Prof. Dr. Clayton Maranhão, pelas lições intelectuais e pela disposição de me apoiar neste estudo.

Ao Prof. Dr. Elton Venturi, também meu professor, pelas claras e incisivas aulas que contribuíram para a formação deste trabalho.

Agradeço aos amigos e colegas de faculdade, pela amizade à Kátia, à Adriana, à Heidy, à Letícia, à Renata, à Thaís e a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram nesta jornada.

Agradecimentos especiais ao meu esposo, e a toda a minha família, meus pais, meu irmão e minhas duas irmãs, e, ao meu sobrinho.

Agradeço a Deus e aos meus filhos, sem os quais nada teria sido possível.

O homem de bem exige tudo de si próprio; o homem medíocre espera dos outros.
Confúcio

RESUMO

O presente trabalho pretende abordar questões inerentes aos fundamentos que possibilitam a alteração do ônus da prova no Processo Civil, sob a perspectiva da persecução da tutela jurisdicional justa e concreta. O ônus da prova tem sido objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial desde os primórdios do direito romano. A adoção do princípio *onus probandi incumbit cui dicit* pelo ordenamento jurídico brasileiro na Consolidação das Leis do Processo Civil, antes da codificação de 1939 reflete a ideologia da igualdade formal. O critério da generalização, as históricas técnicas herdadas de repartição do ônus da prova trazem um “caminho único probatório para a tutela de qualquer direito lesado”¹. Diante do *non liquet*, é de pouca relevância identificar qual parte requereu ou produziu as provas. Importa a verificação de qual das partes tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. Para a formação da convicção e da decisão, poderá o magistrado em dúvida ou não suficientemente convencido, diante da situação de direito material, reduzir as exigências de prova. A prova considerada *crítica* por ter em sua origem fatos de difícil aferição ou de ocorrência incerta, tem sua complexidade reduzida através das presunções, possibilitando ao legislador ou ao magistrado a “conclusão da ocorrência do fato, pela verificação do contexto em que normalmente ele incidiria”².

Palavras chave: Direito Processual Civil; Prova; Alteração do ônus da prova; Tutela jurisdicional efetiva

1 LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: RENOVAR, 2004. p. 94

2 Citação a WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*, cit., p. 229 e ss. *Apud* ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo civil – Aspectos relevantes*. In: **O indício e a prova no direito processual**. São Paulo: MÉTODO, 2005/2006. p. 305.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. PRINCÍPIOS DE TEORIA DA PROVA	3
2.1. Ampla defesa. Contraditório. Devido processo legal	3
2.2. Princípio da necessidade da prova.....	8
2.3. Proibição da prova obtida ilicitamente	9
2.4. Princípio dispositivo	11
2.5. Oralidade e Imediatidade.....	11
2.6. Identidade física do juiz	12
2.7. Princípio da aquisição processual	12
2.8. Livre convencimento motivado	15
3. ÔNUS DA PROVA	19
3.1. Apontamentos históricos	19
3.2. Caracterização do ônus e distinção de figuras correlatas	24
3.3. A essência do ônus da prova	26
3.4. Ônus da alegação do fato e ônus da afirmação do fato. Fatos constitutivos, extintivos, modificativos e impeditivos. Fatos indiretos e os circunstanciais.....	29
4. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	39
4.1. Distribuição do ônus da prova no sistema brasileiro.....	39
4.2. Convenção sobre ônus da prova e a distribuição do ônus da prova de forma distinta	44
4.3. Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor e a inversão do ônus referente à prova em Responsabilidade Civil Médica.....	46
4.4. Momentos da inversão do ônus da prova e o dever de colaboração com a justiça	50
4.5. A distribuição do ônus da prova e a racionalização do tempo no processo	53
4.6. As necessidades do direito material e a redução das exigências do módulo de prova.....	55
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
6. REFERÊNCIAS	60

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar os pressupostos que embasam a alteração do ônus da prova no Processo Civil. Incluiu-se no presente estudo os permissivos do Código de Defesa do Consumidor e dos casos de Responsabilidade Civil Médica. Todavia, a mutação probatória não é apenas a consumeirista via inversão, pois há inúmeras outras situações de direito material, não pré-determinadas ou de difícil determinação, que podem surgir e justificar a exceção quanto à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil (CPC).

Preliminarmente, tratou-se de importantes princípios constitucionais e processuais civis de teoria da prova. A noção de direito fundamental à prova é essencial para se chegar ao direito não menos constitucional à tutela jurisdicional efetiva, atrelada a celeridade do processo. É imprescindível a existência da chamada paridade de armas processual, da máxima amplitude de oportunidades às partes para demonstração das alegações dos fatos que sustentam. A alteração da carga probatória foi estudada a partir das garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Isto porque o poder discricionário do magistrado para adotar a carga dinâmica da prova está adstrito aos referidos princípios constitucionais. Os princípios da solidariedade, da cooperação, da boa-fé processual pautam-se nos da legalidade, contraditório, ampla defesa, motivação, igualdade substancial, adequação e efetividade da medida jurisdicional.

Após, passou-se ao exame do ônus da prova. Os apontamentos históricos se fizeram necessários para o delineamento da origem da regra posta no artigo 333 do CPC de que ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos e ao réu a dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos. Para que se pudesse demonstrar como a adoção universalista do princípio de que a prova incumbe ao autor e ao réu excepcionar prejudica a tutela específica do direito material ao pretender genericamente em todas as hipóteses repartir sempre do mesmo modo o ônus da prova. Esmiuçou-se a distinção entre ônus e obrigação, aproximou-se o conceito de ônus ao de faculdade e ao de dever, para a compreensão de ônus como poder reconhecido à parte processual na direção de um provimento satisfatório. Fez-se a distinção entre o direito

constitucional à prova e ônus da prova, sendo o primeiro a correlação do dever de garantia por parte do Estado ao uso de todos os meios de prova admitidos à adequada tutela de direitos, e o segundo, um poder da parte cujo não-exercício pode acarretar prejuízos à própria parte onerada. Chegou-se a essência do ônus da prova na análise de suas faces subjetiva e objetiva, regra de procedimento e regra de julgamento. Em seguida, classificaram-se os fatos constitutivos, extintivos, modificativos, impeditivos e demonstrou-se a importância de tal classificação juntamente com a explicação do porque não é admissível distribuir o ônus da prova simplesmente a partir da classificação dos fatos. Tratou-se, ainda, dos fatos indiretos e dos circunstanciais, para entendimento do estabelecimento da presunção judicial a partir do indício.

Em capítulo subsequente, foi demonstrada a distribuição do ônus da prova no sistema brasileiro. Mostrou-se que a regra do artigo 333 do CPC, independentemente de o destinatário ser ou não o juiz, não pode ser vista apenas como regra de procedimento da decisão. Expôs-se que, havendo suficiência da verossimilhança de uma específica situação de direito substancial, aplicar a regra do ônus da prova como regra procedimental de decisão pode injustamente gerar improcedência da demanda, vez que o autor não teria se desincumbido do ônus da prova; pode, ainda, erroneamente imputar ao autor a carga da prova da totalidade dos fatos controvertidos ou até mesmo as consequências da demora processual. Quanto à convenção sobre o ônus da prova, observou-se a necessária verificação se não se está tornando excessivamente difícil o exercício do direito da parte; se na situação de direito material é viável efetivamente a demonstração da alegação do fato.

Posteriormente, foi abordada a inversão do ônus da prova no direito do consumidor e na responsabilidade civil médica, para melhor ilustração da crescente aproximação jurisprudencial a modelos objetivistas. Ainda, elucidou-se acerca do dever das partes de colaboração com a justiça, vez que não podem obstar a persecução da tutela jurisdicional justa, sob pena de condenação por litigância de má-fé. Procurou-se demonstrar que tanto a inversão do ônus da prova quanto a redução das exigências de prova tem o condão de facilitar o convencimento judicial¹ de modo a atender o direito material em questão.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 207.

2. PRINCÍPIOS DE TEORIA DA PROVA

2.1. Ampla defesa. Contraditório. Devido processo legal

O artigo 5º, § 2º da Carta da República permite a adoção de direitos fundamentais que não precisam estar explicitados no texto constitucional, basta que decorram do seu regime e de seus princípios. O direito fundamental à prova deriva dos direitos fundamentais ao contraditório e ao acesso à justiça². Intrinsecamente ao sistema constitucional e processual civil é garantia constitucional do devido processo legal e garantia processual dos direitos de ação, de defesa e de contraditório. Externamente, é direito recepcionado por: (i) Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado pelo artigo 8º do Decreto nº 678/69; (ii) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Político, incorporado pelo artigo 14.1, “e”, do Decreto nº 592/92³.

Cambi⁴ afirma que o direito fundamental à prova é instrumental e visa alcançar uma tutela jurisdicional justa. A efetividade do direito à prova depende das partes conseguirem através do instrumento probatório a máxima amplitude de oportunidades de demonstração das alegações dos fatos que sustentam. Não se trata de um direito absoluto, “mas que as regras que venham a limitar o exercício desse direito sejam

² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: PODVIM, 2009. p. 18.

³ “...lembre-se que, na forma do § 3º do art. 5º da CF/88, após a EC n.45/2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Ibid.*, p. 19.

⁴ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2001. p. 169-170.

razoáveis”⁵, pois em havendo colisão com outros valores e princípios constitucionais, há de ser observado o princípio da proporcionalidade conforme o caso concreto⁶.

Sob o viés constitucional, portanto, a garantia do direito de ação ocorre pelo acesso ao devido processo legal, imantado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa. A ampla produção probatória para demonstração das alegações dos fatos controvertidos influirá na formação do convencimento do juiz. O direito à prova não é apenas ônus conforme propugnado pelo artigo 333 do Código de Processo Civil, pois deve ser compreendido enquanto garantia constitucional de proteção da tutela jurisdicional na demonstração das alegações dos fatos relevantes para a demanda e para a defesa, conforme BEDAQUE⁷. A regra geral do artigo 332 do Código de Processo Civil é a de que a parte possa usufruir toda fonte ou meio de prova, respeitados os limites legais e morais⁸.

Tanto o direito à prova quanto o direito à contraprova estão consagrados no artigo 5º, LV da Magna Carta, de modo a concretizar a ampla defesa efetiva e irrestrita⁹. Tendo em vista que “ninguém poderá ser condenado sem antes ser ouvido”¹⁰, é direito da parte contra quem se produziu a prova o conhecimento dela antes de ser utilizada para a convicção do magistrado. Por esta razão não é legítima a prova realizada sem o anterior conhecimento da outra parte e o conseqüente contraditório¹¹. A garantia probatória efetiva é além da possibilidade de produzir prova, a correta consideração e valoração pelo magistrado. As regras permissivas de dispensa do juiz em relação à

⁵ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2001. p. 170.

⁶ CAMBI, Eduardo. *Id.*, p. 170.

⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. In: **Garantia da amplitude de produção probatória**. São Paulo: RT, 1999. p. 168-169.

⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Id.*, p. 168-169.

⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 316.

¹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da.; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 301.

¹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da.; GOMES, Fábio. *Id.*, p. 301.

prova desnecessária têm de ter aplicação com respeito ao contraditório e à ampla defesa, conforme artigos 130 e 407 do Código de Processo Civil¹².

O princípio do contraditório é corolário do devido processo legal, garantido constitucionalmente também pelo artigo 5º, LV da Constituição Federal de 1988. Para que haja contraditório é imprescindível igualdade de armas entre as partes no processo¹³. Não é mais entendido como um direito apenas da defesa, mas como atos e termos processuais bilaterais em que há a possibilidade de adução contrária via alegações e provas¹⁴. Na concepção contemporânea, o contraditório não é simples oferta de oportunidade de participação aos envolvidos processuais, pois é exigível uma participação ativa também do magistrado no trinômio “dirigir-provar-dialogar”¹⁵.

A Carta Magna ao adotar o modelo de Estado Democrático de Direito estampa o contraditório como princípio e veículo de efetivação dos demais princípios democráticos da República dentre os quais a efetiva participação nas funções estatais¹⁶. Litigar com paridade de armas significa por um lado o tratamento igualitário conferido pelo juiz às

¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. In: **Garantia da amplitude de produção probatória**. São Paulo: RT, 1999. p. 170.

¹³ MANGONE, Kátia Aparecida. *Revista de Processo nº 182. vol. 35*. In: **A garantia constitucional do contraditório e a sua aplicação no direito processual civil**. RT, abril 2010. p. 363.

¹⁴ MANGONE, Kátia Aparecida. *Id.*, p. 363.

¹⁵ “...Toda extinção processual deve ser precedida de um debate entre as partes, comandado pelo juiz, porque isso é da essência da garantia constitucional do *contraditório*. A lei é explícita quanto ao contraditório nos casos em que o réu pede a extinção do processo, quer o juiz tenha ou não o poder-dever de fazê-lo *ex officio*. Essa determinação está contida no art. 327 do Código de Processo Civil, pelo qual ‘o juiz mandará ouvir o autor no prazo de dez dias, permitindo-lhe a produção de prova documental’ sempre que o réu haja levantado alguma das arguições definidas no art. 301 – entre as quais estão muitas daquelas destinadas à extinção do processo. Ainda quando nada dissesse a lei a respeito, essa seria sempre uma providência cuja omissão colidiria com a Constituição Federal. Nada diz o direito infraconstitucional quanto ao contraditório prévio à extinção processual a ser imposta de ofício, não a tendo pedido o réu. Mas a abrupta e surpreendente decisão de extinguir o processo, sem ser precedida de manifestação do autor, é de igual modo inconstitucional, porque o princípio do *contraditório*, em sua feição moderna, inclui a exigência de um diálogo do juiz com as partes nessa situação”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. III. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 183.

¹⁶ “...Na visão contemporânea do contraditório, deve ser ressaltado o trinômio informação obrigatória, a possibilidade de reação e a existência do diálogo/participação das partes e o juiz, que decorre do fenômeno da constitucionalização do processo, ressaltando-se a possibilidade de conferir oportunidade às partes de levar ao magistrado suas razões e provas”. MANGONE, Kátia Aparecida. *Ibid.*, p. 365.

partes¹⁷, de modo a não haver discriminações, e por outro, a compensação de eventuais desigualdades existentes no processo¹⁸. Das lições de Cândido Rangel Dinamarco¹⁹ infere-se que:

Todos os poderes e deveres que o juiz exerce e cumpre no processo são sujeitos às regras de legalidade asseguradas pela cláusula *due process of law*. Ao participar em contraditório, ao dar tratamento isonômico às partes e ditar o provimento que neutralizem desigualdades, ao depurar o processo, ao impulsioná-lo avante etc., o juiz exerce poderes sem os quais a jurisdição não é possível, mas também tem o dever de velar pela preservação da efetividade da defesa dos direitos. Para que sejam efetivas as faculdades e poderes das partes no processo, ele deve reprimir ímpetos excessivamente aceleradores, conceder prazos suficientes, respeitar o *direito à prova* e, de um modo geral, manter-se nos limites da legalidade processual²⁰.

¹⁷ “...A doutrina contemporânea defende ‘a paridade de armas’ entre as partes, isto é, o tratamento igualitário dispensado pelo juiz ao autor e ao réu. Discute-se, em doutrina, sobre o papel do juiz no processo civil moderno. Entende uma corrente que ele deve atuar como diretor material do processo, suprindo as deficiências dos mais fracos para restabelecer o equilíbrio quebrado pela diferença econômica ou cultural. Outros sustentam que o princípio da imparcialidade obriga o juiz a manter-se equidistante das partes, impedindo-o de auxiliar ou assistir uma delas. A tendência mais recente é no sentido do fortalecimento dos poderes do juiz para que ele converta em sujeito da relação processual com o poder de determinar, de ofício, provas necessárias, preservando, porém, a imparcialidade e dirimir o processo com segurança e autoridade”. LOPES, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil: parte geral*. vol. I. São Paulo: Atlas, 2005. p. 42-43.

¹⁸ “...assegurar às partes igualdade de tratamento consiste em manter um comportamento sem discriminações e, por outro lado, compensar as desigualdades porventura existentes. Tem essa dupla feição o enunciado do inc. I do art. 125 do Código de Processo Civil, do qual se infere o dever judicial de fazer, de um modo ou de outro, que as partes tenham condições de litigar em situação de *paridade em armas*. Dar tratamentos equilibrado é, no fundo das coisas, uma projeção do dever de ser substancialmente imparcial: o juiz tem o dever de dar prazos iguais a ambos os litigantes (art. 185), iguais oportunidades para se manifestarem sobre documentos ou quaisquer outros elementos de prova que venham ao processo etc. Neutralizar desigualdades é o mais difícil. O juiz as neutraliza quando concede os benefícios da assistência judiciária aos necessitados ou determina de-ofício a realização de uma prova que a parte não tem condições de custear ou produzir”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 234-235.

¹⁹ DINAMARCO, 2003, vol. II, p. 235-236.

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 235-236.

Bedaque²¹ afirma que o direito constitucional de ação é o direito ao devido processo constitucional para que a solução dos conflitos se realize conforme a Constituição. O contraditório, como já exposto, visa ampla participação dos sujeitos processuais nos atos preparatórios do provimento final. O influir das partes processuais no resultado do processo é o que confere legitimidade ao ato estatal. A participação ativa engloba o órgão jurisdicional comprometido com o resultado do processo, não mais de neutralidade passiva, mas sob o enfoque da garantia do equilíbrio processual, uma igualdade de oportunidades substancial que não seja meramente formal ou abstrata²². A atuação efetiva do juiz no contraditório assegura mais isonomia na produção da prova²³ e por isso a vertente doutrinária por uma postura instrumentalista do julgador, de reforço ao poder instrutório do magistrado²⁴.

Mangone²⁵ assevera que o contraditório no processo civil não tem a mesma amplitude que há no processo penal, quando comparados os artigos 261²⁶ do Código de Processo Penal e o 319²⁷ do Código de Processo Civil. Note-se que em caso de direitos disponíveis se o réu não apresentar contestação – revelia – tem-se atendido o princípio do contraditório, todavia, o contraditório não pode ser meramente formal, tanto que não se operam os efeitos da revelia quando a ação versar sobre direitos indisponíveis, ainda que o réu não tenha apresentado contestação, conforme artigo 320

²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. In: **Garantia da amplitude de produção probatória**. São Paulo: RT, 1999. p. 170-184.

²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. In: **Garantia da amplitude de produção probatória**. São Paulo: RT, 1999. p. 171.

²³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ibid.*, p. 172

²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ibid.*, p. 173.

²⁵ MANGONE, Kátia Aparecida. *Revista de Processo nº 182. vol. 35*. In: **A garantia constitucional do contraditório e a sua aplicação no direito processual civil**. RT, abril 2010. p. 368

²⁶ Código de Processo Penal: *Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada* (Parágrafo único acrescido pela Lei 10.792/2003).

²⁷ Código de Processo Civil: *Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor*.

do Código de Processo Civil²⁸. O julgamento antecipado da lide não significa também ofensa ao contraditório, vez que oportunizado ao réu manifestar-se anteriormente. Em relação à prova emprestada do processo feita entre terceiros produz efeitos tão somente para as partes litigantes, pois se as partes forem àquelas do processo de origem, no qual foi produzida a prova, não terá havido desrespeito ao contraditório. Mas deve-se mencionar que embora o juiz da nova causa esteja obrigado apenas à eficácia da coisa julgada civil – artigo 935 do Código Civil de 2002 - ou penal e não à hermenêutica dada à prova no outro processo, as partes precisam ter a possibilidade de discutir a prova emprestada, de interpretá-la e deduzi-la na nova ação independentemente do fim obtido no processo originário²⁹.

2.2. Princípio da necessidade da prova

Não é aceitável a rejeição pelo magistrado da produção da prova de fato do qual ele tenha conhecimento privado, pois os fatos afirmados pelas partes têm que ser provados de modo suficiente no processo. Para Bentham³⁰, o magistrado só pode proferir decisão acerca de questão de fato tida por escrito ou provada testemunhalmente e garantido o contraditório. Assim, há dois preceitos que comprovam o princípio da necessidade da prova: “o Juiz só deve decidir com base nos fatos alegados e provados pelas partes; o outro declara que o que não está no processo não está no mundo”³¹. Não significa que o magistrado não pode utilizar as máximas da

²⁸ MANGONE, Kátia Aparecida. *Revista de Processo* nº 182. vol. 35. In: **A garantia constitucional do contraditório e a sua aplicação no direito processual civil**. RT, abril 2010. p. 368.

²⁹ MANGONE, Kátia Aparecida. *Revista de Processo* nº 182. vol. 35. In: **A garantia constitucional do contraditório e a sua aplicação no direito processual civil**. RT, abril 2010. p. 370.

³⁰ BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, Capítulo XVIII, citado por SILVA, Ovídio A. Baptista da.; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 300-301.

³¹ *Id.*

experiência, mas sim que deve estar atento ao que comumente acontece no meio social³².

2.3. Proibição da prova obtida ilicitamente

O artigo 5º, LVI da Constituição Federal veda o uso da prova obtida ilicitamente. O ordenamento jurídico brasileiro proíbe tanto a prova de conteúdo ilícito quanto a obtenção ilícita de prova³³. Entretanto, o texto constitucional não definiu o conceito de prova ilícita. A contaminação da validade da prova obtida de modo ilícito não exclui a assertiva de que os tribunais em situações específicas, a depender do bem jurídico em questão, podem vir a aceitar a prova irregular³⁴.

As regras que excluem o direito à prova situam-se normalmente na fase de admissibilidade, antes da elaboração da prova. Faz-se valoração prévia do que irá integrar o processo e do que será efetivamente considerado pelo juiz. Afastam-se as provas de origem indigna, as produzidas por meios reprováveis e as que possam

³² BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, Capítulo XVIII, citado por SILVA, Ovídio A. Baptista da.; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 300-301.

³³ "...há vários critérios para não se admitir determinado meio de prova. Esses critérios podem recair (i) sobre o objeto da prova (p. ex., se a alegação de fato que se pretende provar não é controvertida), (ii) sobre os meios pelos quais os dados dela decorrentes são inseridos no processo (p. ex., utilização de testemunhas para a demonstração de alegação de fato que exige conhecimento técnico-especializado), (iii) sobre os procedimentos pertinentes à coleta do material probatório (p. ex., produção de prova pericial sem participação das partes ou dos seus assistentes técnicos), (iv) bem como, em alguns casos, sobre o valor da prova produzida (p. ex., testemunha que não presenciou os fatos sobre o qual é chamada a falar, ou que tem interesse na solução do litígio). Tais limitações do direito à prova podem ter razões extraprocessuais (políticas, morais, éticas, religiosas), ou processuais (epistemológicas), quando se vedam provas irrelevantes e impertinentes – as quais representariam um dispêndio de energia necessário para a máquina judiciária e para as partes – ou que sejam capazes de conduzir o magistrado a uma falsa percepção da realidade". DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: PODVIM, 2009. p. 32.

³⁴ Citação a FILHO, Vicente Greco. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989. p.111-112. *Apud* RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 316-317.

conduzir o magistrado a uma errônea cognição dos termos da demanda³⁵. Havendo colisão entre o direito fundamental à vedação da prova ilícita e o direito fundamental à prova³⁶, deve-se optar pela aplicação do princípio da proporcionalidade, considerando-se as circunstâncias do caso concreto.

Observe-se que a admissão da prova ilícita é excepcional³⁷, vez que é defeituosa e se utilizada destacada de alguns critérios, se for o único ou principal fundamento gerará nulidade da decisão³⁸.

³⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: PODVIM, 2009. p. 32.

³⁶ "...é o que se dá, por exemplo, nos casos em que o único meio de prova de que a parte dispõe para demonstrar suas alegações de fato foi obtido ilicitamente. Há, nesses casos, posições as mais variadas: há quem não admita, em hipótese alguma, a prova ilícita; há quem a admita sempre; a quem a admita apenas no processo penal, e desde que em favor do acusado; e há, por fim, quem defenda a aplicação do princípio da proporcionalidade para a solução do conflito". DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Ibid.*, p. 33.

³⁷ "...Nenhuma das partes pode invocar o direito constitucional à prova para justificar a utilização de meios ilícitos, pois a vedação também está prevista na Constituição, cabe ao juiz, exclusivamente, decidir sobre a necessidade e a conveniência da sua produção, sempre à luz dos valores em conflito. Se a conclusão for afirmativa, determinará ele, *ex officio*, a vinda aos autos da prova obtida ilicitamente ou manterá aquela já apresentada. Evidentemente, o julgador só poderá utilizar-se desse poder em caráter excepcional, isto é, apenas quando a produção da prova lhe pareça absolutamente imprescindível para que o escopo do processo seja alcançado. E após rigorosa ponderação dos valores que se contrapõem. Assim, apresentando-se essa situação excepcional, o julgador, ao tomar conhecimento da existência de uma prova, determinaria sua produção, ainda que obtida por meio ilegal". BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. In: **Garantia da amplitude de produção probatória**. São Paulo: RT, 1999. p. 189.

³⁸ "...para que seja admitida, é necessário que sejam atendidos alguns critérios: (i) imprescindibilidade: somente pode ser aceita quando se verificar, no caso concreto, que não havia outro modo de se demonstrar a alegação de fato objeto da prova ilícita, ou ainda quando o outro modo existente se mostrar extremamente gravoso/custoso para a parte, a ponto de inviabilizar, na prática, o seu direito à prova; (ii) proporcionalidade: o bem da vida objeto de tutela pela prova ilícita deve mostrar-se, no caso concreto, mais digno de proteção que o bem da vida violado pela ilicitude da prova; (iii) punibilidade: se a conduta da parte que se vale da prova ilícita é antijurídica/ilícita, o juiz deve tomar as providências necessárias para que seja ela punida nos termos da lei de regência (penal, administrativa, civil etc.); (iv) utilização pro reo: no processo penal, e apenas nele, tem-se entendido que a prova ilícita somente pode ser aceita se for para beneficiar o réu/acusado, jamais para prejudicá-lo". DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Ibid.*, p. 34.

2.4. Princípio dispositivo

O artigo 130 do Código de Processo Civil traz que “cabará ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

A jurisdição tem dentre seus princípios o da indeclinabilidade do juiz, vez que o magistrado não pode deixar de proferir sentença de mérito ainda que se trate de hipóteses de ausência ou insuficiência de prova. O uso das regras de distribuição do ônus da prova pelo magistrado diante do *non liquet*, em princípio tem o caráter da excepcionalidade, vez que é vedado ao juiz o conhecimento de matéria que a lei exija a iniciativa da parte³⁹. Enquanto nas causas concernentes a administração pública de interesses privados – jurisdição voluntária – o juiz tem amplitude e plenitude de investigação, pois vige o princípio inquisitório, podendo o magistrado ordenar a realização de prova sem o consentimento dos interessados⁴⁰.

2.5. Oralidade e Imediatidade

A determinação de que a produção das provas deve ser realizada na audiência de instrução e julgamento tem o condão de aproximar o juiz à prova e de viabilizar rapidez na apreciação probatória, nos termos do artigo 336 do Código de Processo Civil⁴¹. Não deve haver obstáculo entre o juiz e a prova, ou seja, ele tem contato direto durante a colheita, oitiva das testemunhas, esclarecimento dos peritos, nos termos do artigo 446, II do Código de Processo Civil. Esse contato pessoal e imediato só não ocorre quando for necessária, por motivos de economia ou inviabilidade prática, a

³⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 317.

⁴⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ibid.*, p. 318.

⁴¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ibid.*, p. 318.

produção de prova em território ou circunscrição judiciária diferente do foro da causa. Realizar-se-á a prova por precatória ou rogatória, em território nacional ou estrangeiro, respectivamente – artigos 201 e 338 do CPC⁴².

2.6. Identidade física do juiz

O princípio trazido pelo artigo 132 do CPC indica que o juiz que conclui a audiência de instrução e julgamento é o mesmo que vai proferir a sentença de mérito. É um princípio que tem tido sua aplicabilidade reduzida em virtude da ampliação das possibilidades de desvinculação do magistrado trazidas pela Lei 8.637/93⁴³. A Lei 8.637/93 alterou a redação do artigo 132 do CPC estipulando como regra que:

o juiz que termina a audiência de instrução e julgamento é o juiz que deve proferir a sentença de mérito (não mais o juiz que inicia a referida audiência), foi preciso admitir, pelo permissivo do parágrafo único, que, se o juiz julgar necessário, determinará a repetição de provas já produzidas, justamente pela dificuldade de analisar o conjunto probatório, em razão de não ter participado da audiência de instrução e julgamento desde o início⁴⁴.

2.7. Princípio da aquisição processual

A prova depois de trazida e incorporada ao processo não pode ser extraída nem desentranhada, exceto nas hipóteses dos parágrafos 1º e 2º do artigo 1.215⁴⁵ do

⁴² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 319.

⁴³ SILVA, Ovídio A. Baptista da.; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 319.

⁴⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da.; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 319.

⁴⁵ Código de Processo Civil. Artigo 1.215, §1º: *É lícito, porém às partes e interessados requerer, às suas expensas, o desentranhamento dos documentos que juntaram aos autos, ou a microfilmagem total ou*

Código de Processo Civil. A prova torna-se pública e adere ao processo, integra-se ao conjunto probatório, não é mais dispositiva das partes. A sua existência, desde que lícita, e não a sua proveniência é que passa a ter relevância⁴⁶, vez que poderá ter a função de beneficiar inclusive o litigante adversário àquele que produziu a prova⁴⁷.

Na fase de valoração a prova é pertencente ao processo, tendo efeitos comuns e homogêneos para todos os partícipes processuais, é a chamada “homogeneidade e comunhão da eficácia – ou ineficácia – probatória”⁴⁸.

O princípio da aquisição processual – ou comunhão da prova – importa também na fase de admissibilidade, anterior, portanto, às fases de produção e de valoração. Como a prova pertence ao processo e não à parte que a pleiteou, em caso de a parte solicitante da prova pretender desistir da sua produção será preciso que primeiramente o adversário ou seu litisconsorte concorde, e a homologação do juízo. A anuência das partes será do mesmo modo necessária se a prova tiver sido determinada de ofício e o juiz optar pela desistência dela⁴⁹. A prova pode ser relegada se houver justo motivo, fato novo que a transformou inútil ou desnecessária, diante da economia, celeridade e efetividade processual⁵⁰.

Quanto à determinação de provas de ofício há divergência doutrinária acerca da função do juiz, posto que para alguns doutrinadores o juiz seria mero administrador

parcial do feito. § 2º Se, a juízo da autoridade competente, houver, nos autos, documentos de valor histórico, serão eles recolhidos ao Arquivo Público.

⁴⁶ “...a prova não pertence à parte, mas ao processo. É produzida para o processo. Eis o teor do princípio da aquisição processual ou comunhão da prova”. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: PODVIM, 2009. p. 27.

⁴⁷ “...o responsável pela prova, após sua produção, não pode retirá-la do processo ou impedir que o juiz a considere na formação do seu convencimento, sob o argumento de que o resultado lhe é (ao seu responsável) prejudicial ou por estar arrependido de tê-la requerido e produzido. Não é ele (o responsável pela sua produção) o dono da prova”. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Id.*, p. 27.

⁴⁸ “...deve ser atribuído um só valor à prova que, como tal, repercutirá na esfera do seu produtor e todos os outros sujeitos do processo: ou bem a prova demonstra a veracidade da alegação de fato, ou bem demonstra sua inveracidade, afinal não há meia-verdade”. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: PODVIM, 2009. p. 28.

⁴⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Ibid.*, p. 30.

⁵⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Ibid.*, p. 31.

material do processo, sua atuação estaria adstrita ao re-equilíbrio econômico-cultural das partes, enquanto para outros, face o princípio da imparcialidade o juiz deveria se manter equidistante das partes sem auxiliar ou assistir nenhuma delas. Já as vertentes atuais preservam a imparcialidade tendo em vista que pode ser afastado por impedimento ou suspeição conforme artigo 134 do Código de Processo Civil, mas fortalecem os poderes do magistrado ao considerá-lo como sujeito da relação jurídica processual e não mais externo a ela⁵¹.

O já mencionado princípio da aquisição processual é também denominado princípio do ônus objetivo, não sendo sinônimo de ônus objetivo da prova, embora haja inter-relação entre os dois conceitos⁵². O ônus da prova se refere à regra de julgamento a ser aplicada na situação em que as provas foram produzidas de modo insuficiente, tomando-se em conta quem tinha o ônus e não o cumpriu. Já o princípio da aquisição processual⁵³ é condizente a motivada liberdade de julgamento em relação às provas produzidas e acostadas aos autos, não importando quem as produziu⁵⁴.

⁵¹ MANGONE, Kátia Aparecida. *Revista de Processo* nº 182. vol. 35. In: **A garantia constitucional do contraditório e a sua aplicação no direito processual civil**. RT, abril 2010. p. 366-367.

⁵² "...o ônus objetivo entra em campo quando há uma insuficiência probatória e impõe a regra de julgamento desfavorável àquele que tinha o encargo de produzir provas, mas dele não se desincumbiu. Já a aquisição processual, diante de suficiência probatória, franqueia o julgamento favorável ou desfavorável, a qualquer das partes, com base nas provas efetivamente produzidas – desconsiderando quem tinha o ônus de produzi-las ou as produziu". MANGONE, Kátia Aparecida. *Revista de Processo* nº 182. vol. 35. In: **A garantia constitucional do contraditório e a sua aplicação no direito processual civil**. RT, abril 2010. p. 366-367.

⁵³ "...se não importa, para fins de julgamento, quem fez prova (aquisição processual), sendo irrelevante sua "identidade subjetiva", importa quem deixou de fazê-la quando lhe cabia essas tarefa (ônus objetivo)". MANGONE, Kátia Aparecida. *Id.*, p. 366-367.

⁵⁴ "...Também denominado de princípio da comunhão da prova e, impropriamente, do ônus objetivo, significa que, uma vez produzida a prova, esta fica incorporada e adquirida pelo seu destinatário: o processo. Com isso, independentemente da parte que a requereu ou a produziu, a prova adquirida pelo processo poderá servir de fundamento à convicção do magistrado para julgar a lide. Em outras palavras, significa dizer que, por tal princípio, o juiz pode julgar em desfavor daquele que requereu e produziu a prova." SILVA, Ovídio A. Baptista da.; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 319-320.

2.8. Livre convencimento motivado

O ordenamento jurídico processual civil brasileiro aderiu ao princípio do livre convencimento motivado do juiz, dado o artigo 131 do CPC, compreendido também como persuasão racional, diferentemente “dos sistemas de livre apreciação (ou da convicção íntima) e da prova legal”⁵⁵. O sistema da persuasão racional é misto, intermediário, pois contém elementos de ambos os sistemas⁵⁶.

São dois os sistemas admitidos em relação a participação das partes e do juiz na atividade probatória. Um é o dos países de *common law*, anglo-saxões, *adversarial system*, imantado pelo princípio dispositivo em que a iniciativa probatória, de coleta, apresentação e alegações das provas é das partes litigantes. Outro é o baseado no princípio inquisitivo, *inquisitorial system*, dos países de *civil law*, Europa Continental e América Latina, no qual são conferidos maiores poderes ao juiz na atividade instrutória⁵⁷. Há um movimento dialético entre o *adversarial system* e o *inquisitorial system*, numa tendência de convergência dos modelos para um equilíbrio entre os

⁵⁵ “...Pelo sistema adotado no direito processual civil brasileiro, não há uma pré-valorização da prova, nem um peso de valor, de modo que o juiz está livre para valorar a prova dentro do conjunto probatório na busca do seu convencimento acerca da lide proposta. Todavia, do mesmo modo que a lei permite a liberdade na valoração, restringe-se aos elementos constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes. Trata-se da aplicação da máxima “o que não está nos autos não está no mundo”, cristalizada no princípio da verdade formal. Isso significa que a valoração das provas pelo magistrado é livre dentro do continente processual. Assim, deve decidir com base no que está presente nos autos (verdade formal). Mais, ainda, o livre convencimento motivado implica na necessidade de fundamentação da decisão, como assevera o art. 93, IX, da CF/88. Justifica-se tal exigência não só para que sejam demonstradas as razões do convencimento do magistrado, mas também para permitir o exercício com plenitude do direito de recorrer da decisão, em atendimento ao princípio da dialética recursal. Conquanto o CPC tenha adotado a regra do livre convencimento motivado, há a previsão da *prova legal* em diversos dispositivos do Código. A *prova legal* se impõe como limitação ao sistema do livre convencimento motivado porque, nesses casos, o fato só pode ser provado pelo modo que a lei estabelecer. Assim, só por meio de certidão de registro civil se prova o estado de pessoa, não sendo lícito ao juiz, porque se trata de prova legal, considerar provado tal fato por outro meio de prova, por mais especial que seja”. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 320-321.

⁵⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da.; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 304.

⁵⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: PODVIM, 2009. p. 20.

poderes das partes e do juiz⁵⁸. No Brasil, sob o viés publicista do processo civil percebe-se uma ampliação dos poderes instrutórios conferidos ao Estado-juiz⁵⁹. A tendência é pela adoção do sistema inquisitivo, concebendo-se a importância da iniciativa probatória oficial⁶⁰, tal como consagrado no artigo 130 do Código de Processo Civil vigente.

A ampliação dos poderes instrutórios do magistrado não fere os princípios dispositivos, da isonomia e nem o da imparcialidade⁶¹. A ênfase na autoridade do juiz, de origem processual inquisitiva, nada tem a ver com regimes totalitários de governo⁶². O chamado processo acusatório, de exaltação dos poderes de iniciativa das partes, exacerba o individualismo, o que o torna deveras ultrapassado diante das perspectivas

⁵⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: PODVIM, 2009. p. 22.

⁵⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Ibid.*, p. 22.

⁶⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Ibid.*, p. 23.

⁶¹ "...a) sobre o princípio dispositivo: tal princípio está intimamente ligado à relação jurídica material veiculada no processo, no sentido de que, versando ela sobre direitos disponíveis, não pode o magistrado impedir que as partes pratiquem ato de disposição de vontade (renúncia, reconhecimento do pedido, transação etc.), cabendo-lhe tão-somente velar pela regularidade desses atos. Assim, "se o pedido da tutela e os limites da prestação são privados, o modo como ela é prestada não o é, isto porque são distintas as relações jurídicas material e processual, razão por que a natureza da relação a ser decidida pelo juiz (relação jurídica material) não influiria nos poderes instrutórios que lhe são conferidos, tendo em vista que estes existem numa outra órbita (relação jurídica processual). Vale aqui, na órbita processual, um outro princípio, que é o inquisitório, "segundo o qual compete ao juiz o poder de iniciativa probatória para a determinação dos fatos postos pela parte como fundamento de sua demanda". B) sobre o princípio da isonomia: as apontadas ofensas a este princípio fundam-se na plena disponibilidade das provas pelas partes, o que é um reflexo do ideal liberal-individualista, que não mais pode ser encarado de modo absoluto, porquanto dissonante da visão social que vem marcando a evolução do ordenamento jurídico. Ademais, a invocação da plena disponibilidade das provas pelas partes pode ser, ao revés do que pretende, um meio, aí sim, de ofensa ao princípio da igualdade substancial, na medida em que, como é cediço, nem sempre as partes têm na prática, as mesmas condições de produzir prova dos fatos que alegam em seu favor, assim longe de representar uma ofensa à isonomia, a atuação positiva do magistrado na investigação probatória pode representar uma atuação da igualdade substancial no processo, com o equilíbrio, *in concreto*, da situação jurídica das partes. c) sobre o princípio da imparcialidade: há ainda quem diga que a persecução probatória pelo juiz retirar-lhe-ia a imparcialidade, o que não é verdade, uma vez que o aumento do seu poder instrutório não favorece, *a priori*, qualquer das partes, proporcionando, tão-somente, uma apuração mais profunda e completa dos fatos que lhe são postos para análise". DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: PODVIM, 2009. p. 23-24.

⁶² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. In: **Garantia da amplitude de produção probatória**. São Paulo: RT, 1999. p. 175.

sociais contemporâneas. A idéia de inércia probatória do juiz não corresponde aos anseios de prevalência da igualdade substancial sobre a formal⁶³ e desatende a finalidade social do processo⁶⁴. A participação veemente do magistrado na instrução do feito, não mais a de mero espectador não viola o contraditório, pelo contrário, garante um contraditório efetivo e equilibrado⁶⁵. A submissão das provas ao contraditório pela atividade judicante e a imposição do dever de motivar as decisões é o que melhor preserva a imparcialidade do magistrado⁶⁶.

É nítida a adoção de uma visão privatista, individualista quanto ao uso dos meios probatórios do modo estampado no artigo 333 do Código de Processo Civil, que demonstra a preocupação tão somente com a isonomia formal⁶⁷. Todavia, não é essa a

⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. In: **Garantia da amplitude de produção probatória**. São Paulo: RT, 1999. p. 176-177.

⁶⁴ "...por isso Barbosa Moreira, atento à finalidade social do processo, conclui pela necessidade de adoção de determinadas diretrizes que, a seu ver, se harmonizam com a preocupação de humanização da justiça e atendem a um dos princípios fundamentais do processo, que é o da igualdade substancial e não apenas formal: acentuação do caráter publicístico do processo, maior adequação de suas regras e institutos aos fins visados, ampliação do papel do juiz e reforço de seus poderes." Citação a MOREIRA, Barbosa. *A base do direito processual civil*, In: *Temas*. Saraiva, 1977. p. 11 e ss. *Apud*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. In: **Garantia da amplitude de produção probatória**. São Paulo: RT, 1999. p. 177.

⁶⁵ "...O contraditório efetivo e equilibrado de que fala a doutrina exige que os litigantes combatam com paridade de armas. Mas a eventual omissão da parte pode decorrer exatamente da inexistência de uma paridade real. Não basta, portanto, a mera oferta de oportunidade. É preciso garantir também o aproveitamento delas por todos, independentemente das desigualdades econômicas ou sociais. Visto desse ângulo, irrelevante a natureza da relação jurídica. Indisponível ou não o direito, deve o juiz participar ativamente da instrução, pois somente assim garantirá um contraditório efetivamente equilibrado". BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. In: **Garantia da amplitude de produção probatória**. São Paulo: RT, 1999. p. 179.

⁶⁶ "... Para que o juiz mantenha a imparcialidade, diante de uma prova por ele determinada, é suficiente que permita às partes sobre ela se manifestar. O perfeito funcionamento do princípio do contraditório é a maior arma contra o arbítrio do julgador. Assim, a concessão de poderes instrutórios ao juiz encontra seu limite natural no contraditório, que impede a transformação da arbitragem em arbitrariedade". BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ibid.*, p. 181-184.

⁶⁷ "...Quando o art. 333 do CPC assevera que ao autor cabe a prova dos fatos constitutivos e ao réu a dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos, e, além disso, que a convenção sobre o ônus da prova é permitida, desde que atendidas as exigências do seu parágrafo único, vê-se que a prova, ou melhor, o uso dos meios probatórios foi colocado sob uma visão privatista, individualista, e sob uma filosofia liberal, onde se observa claramente preocupação com a preservação de uma isonomia formal que pode ser resumida no jargão: "Cada qual que prove seu direito, e por seu direito tens a liberdade de dispor não só do direito, mas dos meios que assegurem a sua comprovação". Essa é uma visão retrospectiva e privatista da prova, até porque relacionada à idéia de ônus. Entretanto, não obstante o art. 333 estar carcomido pela nova postura e pelo novo comportamento do Estado-juiz frente à prova,

concepção adequada a ser adotada em matéria de prova e quanto a atividade do magistrado no processo, seguindo RODRIGUES⁶⁸. Conforme demonstrada anteriormente, a concepção processualística social exige novos contornos aos poderes instrutórios do juiz e ao ônus da prova. Regras publicistas de um Estado Social é que devem imantar a prova e a distribuição do encargo probatório no processo.

o dispositivo seria menos injusto se se entendesse o poder de disposição da prova como algo absolutamente diverso da impossibilidade (técnica, econômica, científica etc.) de se produzir uma prova. Em outros termos, pode-se argumentar que a não produção de uma prova pela parte tanto pode ser resultado de uma situação de disposição de vontade do litigante (que optou por não fazê-la) como também obstáculos dos mais variados tipos (econômicos, técnicos, científicos, sociais, jurídicos), que acabam por impedir ou quiçá obstaculizar a produção da prova, tal como era querida ou como poderia ter sido. Assim, apenas no primeiro caso é que se estaria dando rendimento à filosofia liberal individualista, caso esta ainda fosse a tônica ou modelo de exegese do art. 333 do CPC, no exato sentido de que haveria uma verdadeira autonomia da vontade sobre a prova e, respectivamente, sobre o próprio direito que se alega ter. No segundo caso, tem-se um exemplo que nem mesmo a filosofia liberal individualista reconheceria como legítimo, tendo em vista a ausência do elemento “autonomia da vontade” na situação posta. Não haveria, no referido exemplo, qualquer margem de disposição de direito, ou, no caso dos meios de prova, o pressuposto lógico é que se saiba o que se tem para depois poder dispor”. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 299.

⁶⁸ RODRIGUES, 2003, p. 299.

3. ÔNUS DA PROVA

3.1. Apontamentos históricos

O resgate histórico é necessário para que se possa compreender a universalização de conceitos romanos de ônus da prova⁶⁹.

Há três períodos que se destacam nos primórdios do direito processual romano: o das ações da lei (de 754 a.C. até o fim da República), o formular (de 149-126 a.C. até 342 d.C.) e o *extraordinaria cognitio* (da instauração do principado em 27 a.C. até o término do Império Romano do Ocidente)⁷⁰.

Os períodos das ações da lei e o formular são reunidos na chamada fase *ordo iudiciorum privatorum*, marcada pelo caráter privado da justiça⁷¹ e pela duplicidade de juízo⁷². O cidadão romano e não um magistrado é que decidia o litígio. Ao pretor ou ao magistrado, dotados do poder de jurisdição e com atuação até a formação da litiscontestação⁷³, cabia a fase antecedente, na qual o cidadão apresentava a tutela que desejava obter e que, se considerada pertinente, era analisada na fase subsequente por um cidadão romano escolhido para emanar o parecer⁷⁴. O cidadão romano, um

⁶⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: RENOVAR, 2004. p. 77.

⁷⁰ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000. p. 40.

⁷¹ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Ibid.*, p. 41.

⁷² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Ibid.*, p. 80.

⁷³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Ibid.*, p. 80.

⁷⁴ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Ibid.*, p. 41.

árbitro privado, examinava a controvérsia e as provas produzidas resolvendo o conflito de modo solene via expressões taxativas ou escritas⁷⁵.

Dada a insuficiência das ações da lei⁷⁶ para a tutela de direitos emergidos da expansão do Império Romano⁷⁷ foram gradativamente substituídas pelo sistema formular⁷⁸. Passou-se a admitir que uma das partes e também aquele que decidia o litígio não fosse romano, mas um estrangeiro⁷⁹.

É sabido que o primeiro princípio do direito romano acerca da prova surgiu ainda no período das ações da lei, na época clássica, entendido como “a prova incumbe ao autor”⁸⁰. A aplicação desse princípio é importante porque permite visualizar a equiparação feita entre a tarefa de provar e a posição de autor no processo, ou seja, o autor era identificado como aquele que tem o ônus de provar e o contrário também era admitido no sentido de quem tem a incumbência de provar é autor. Todavia, a posição de autor não significa a assunção da prova⁸¹, pois há outros critérios para além da simples ocupação de um dos pólos processuais.

⁷⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: RENOVAR, 2004. p. 81.

⁷⁶ “... as três primeiras referentes a um procedimento de cognição, a quarta a um procedimento de execução e a quinta um procedimento de defesa (*actio sacramento (in rem e in personam), actio per iudicis postulationem, actio per conditione, actio per manus iniiectionem, actio per pignoris capionem*)”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Id.*, p. 81.

⁷⁷ “... A configuração da segunda parte do período *ordo iudiciorum privatorum*, denominada fase formularia, deu-se por razões históricas, compatíveis com a construção do Império Romano e com as necessidades de ampliação do números de direitos a serem tutelados, que não poderiam mais limitar-se às cinco fórmulas da *legis actiones*”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Ibid.*, p. 82.

⁷⁸ “...segundo GAIO (I, 4, 30), as ações da lei tornaram-se pouco a pouco odiosas. Pois, dada a extrema sutileza dos antigos fundadores do direito, chegou-se a situação de perder a causa quem cometesse o menor erro. Por isso, aboliram-se as ações da lei pela Lei Ebúcia e pelas duas Leis Júlias, levando os processos a se realizarem por palavras fixas, isto é, por fórmulas”. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000. p. 42.

⁷⁹ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Id.*, p. 42.

⁸⁰ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Ibid.*, p. 50-51.

⁸¹ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Ibid.*, p. 51.

Houve a ampliação do poder do pretor, que após a ouvida dos litigantes redigia uma fórmula contendo o direito alegado pelo autor e o pelo réu⁸². A partir da distinção entre o que era direito alegado pelo autor e direito alegado pelo réu, surge a regra genérica de distribuição do ônus da prova em que o réu ao excepcionar transmuda-se na posição de autor assumindo o encargo de provar⁸³. É o segundo princípio romano: “o réu, com relação à exceção, assume a posição e os ônus de autor”⁸⁴. Ao réu excipiente incumbe provar os fatos relativos à exceção. O magistrado estabelecia as desvantagens a serem aplicadas para a parte não cumpridora de seu ônus⁸⁵. O que definia a parte processual a ser onerada com a prova não era a questão de definir autor ou réu, mas a verificação e a individualização de fatos relevantes a provar – *thema probandum* – critério que passou a orientar a distribuição do ônus da prova⁸⁶.

Leonardo⁸⁷ ensina que o período do júízo extraordinário substituiu o procedimento formulário como forma de processo, unificou os júízos numa única instância e representou o viés publicista do processo romano, vez que o juiz deixa de ser apenas árbitro para então conhecer do litígio, colher as provas e julgar a lide⁸⁸. Passa a existir uma hierarquia de valor no sistema de provas. A lei atribui sanções àquela parte que não produziu de modo suficiente provas que lhe incumbia, sendo desnecessário ao outro litigante compensar o desequilíbrio probatório de quem não provou sua alegação⁸⁹. Aumentaram as determinações legais restritivas à interpretação e a valoração das provas, via provas legais predeterminadas ou estabelecimento do

⁸² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: RENOVAR, 2004. p. 83.

⁸³ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000. p. 43.

⁸⁴ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Ibid.*, p. 51.

⁸⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Ibid.*, p. 84.

⁸⁶ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Ibid.*, p. 56.

⁸⁷ LEONARDO, 2004, p. 85.

⁸⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Ibid.*, p. 85.

⁸⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Ibid.*, p. 86.

ônus da prova como regra de julgamento. Com a decadência do Império Romano, no processo germânico o juiz casuisticamente considera as condutas das partes e as situações de fato para determinar qual litigante produzirá a prova. A distribuição do ônus da prova é mantida atrelada às condições pessoais das partes e as respectivas capacidades probatórias⁹⁰.

Os Glosadores, da Escola de Bolonha, foram os formadores da teoria da distribuição do ônus da prova no processo, pois preocupados além da parte processual onerada com a prova também com o que será provado. No advento do processo canônico a resposta do réu é entendida pela teoria das negativas⁹¹. No direito brasileiro há menção expressa à teoria das negativas nas Ordenações Filipinas⁹², a idéia de que os fatos negativos não podem ser objeto de prova.

Na Idade Média as negativas não deveriam ser objeto de prova, vez que o critério era a qualidade dos fatos afirmados⁹³. Posteriormente, no direito liberal burguês

⁹⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: RENOVAR, 2004. p. 87-88.

⁹¹ Leonardo explica que a negativa *facti* seria a resposta do réu de modo a meramente negar os fatos afirmados pelo autor; a negativa *iuris* o réu negava os elementos da *fattispecie*, ou seja, ele atribuía um efeito à norma de exceção de modo a impedir os efeitos da norma-base do autor; a negativa *qualitis*, negava a qualidade de alguém ou de algo. Para o autor, a teoria das negativas "... foi especialmente importante por superar a idéia de que o juiz avaliaria livremente a inatividade das partes, estabelecendo parâmetros para determinar quem deve sofrer a ausência de prova no processo. Criticou-se a teoria das negativas, no entanto, pela dificuldade de se determinar qual seria o fato negado e qual o afirmado (...) visando superar esta discrepância, passou-se a distinguir o que seriam negativas reais e aparentes. A negativa real seria aquela que, por exemplo, provaria um fato e com isto negaria o outro, enquanto a negativa aparente seria aquela que negaria e provaria o fato mas não prova de pronto o outro. Também o princípio da negativa *non sunt probanda* seria de aplicação duvidosa nos casos em que ao autor cabe provar um fato negativo, como em uma ação de indenização por omissão em que se deve provar que não foi feito aquilo que se deveria fazer". LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Ibid.*, p. 88-90.

⁹² "...as Ordenações do Reino espelham fielmente o legado dos princípios romanos sobre o ônus da prova ao direito brasileiro, por intermédio das ordenações Filipinas, que aqui vigoraram por mais de três séculos, até 1917". PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000. p. 77.

⁹³ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000. p. 78.

é possível encontrar a regra geral de que ao autor incumbe provar o que afirmou e ao réu, num segundo momento, contestar a alegação primária⁹⁴.

A adoção da ideia de o ônus da prova incumbe ao autor – *onus probandi incumbit cui dicit*⁹⁵, no artigo 1315⁹⁶ do Código Civil de Napoleão e, no Brasil, nos artigos 334 e 335 da Consolidação das leis do Processo Civil, anterior a codificação brasileira de 1939⁹⁷ reflete a ideologia de valorização da liberdade dos indivíduos e de igualdade formal, a propugnada necessidade de universalização da filosofia liberal. No processo romano a distribuição do ônus da prova ocorria conforme a demanda do caso concreto e não tinha o caráter de universalização que outrora foi conferido a muitas de suas regras⁹⁸.

A generalização distancia a ação em sentido material e a prestação jurisdicional efetiva, pois as históricas técnicas herdadas de repartição do ônus da prova trazem um “caminho único probatório para tutela de qualquer direito lesado”⁹⁹.

⁹⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: RENOVAR, 2004. p. 91.

⁹⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: RENOVAR, 2004. p. 91.

⁹⁶ “...Art.1315. Aquêlê que reclamar a execução de uma obrigação, deverá prová-la. Reciprocamente, aquêlê que se pretender liberado, deverá justificar o pagamento ou o fato que produziu a extinção da sua obrigação”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Ibid.*, p. 90.

⁹⁷ “... Art. 334. A obrigação da prova incumbe àquelle que em juízo afirma o facto, de que pretende deuzir o seu direito, quer seja o autor, quer seja o réo. (475-C.CCIX). Art. 335. Não se provando o autor sua intenção, deve o réo ser absoluto, ainda que de sua parte nada prove (476 – C.CCX)”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Ibid.*, p. 93.

⁹⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Ibid.*, p. 92.

⁹⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Ibid.*, p. 94

3.2. Caracterização do ônus e distinção de figuras correlatas

A conceituação acerca do ônus foi muito discutida na doutrina. O ônus foi tido como dever, obrigação, sujeição e faculdade.

Carnelutti¹⁰⁰ definiu ônus como espécie de dever em sentido amplo¹⁰¹, a partir da distinção entre obrigação e ônus e da aproximação entre ônus e faculdade:

A liberdade jurídica fica excluída pela sujeição, ou seja, pela necessidade de obedecer ao mandato, não, pelo contrário, pela necessidade de agir de um modo com preferência a outro para a obtenção de um interesse. Basta esta reflexão para compreender a diferença entre o conceito de obrigação e o de ônus e, por outro lado, o parentesco entre a noção de ônus e a de faculdade. Falo de ônus, quando o exercício de uma faculdade aparece como condição para obter uma determinada vantagem; por isso o ônus é uma faculdade cujo exercício é necessário para a obtenção de um interesse. Obrigação e ônus têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade; mas diferem no elemento substancial, porque quando há obrigação, o vínculo se impõe para a tutela de um interesse alheio, e para a tutela de um interesse próprio, quando se tratar de ônus¹⁰².

O gênero *deveres* seria mitigado de modo gradativo pelas espécies de obrigação, ônus e faculdade, representantes da ausência de liberdade do sujeito diante do comando normativo¹⁰³. Da mesma forma que a distinção entre ônus e obrigação é feita pela verificação da possibilidade ou não de a violação do preceito constituir ato

¹⁰⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: CLASSICBOOK, 2000. p. 119.

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 163.

¹⁰² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: CLASSICBOOK, 2000. p. 119.

¹⁰³ "... A sujeição representa total ausência de liberdade do sujeito, que nada pode fazer senão 'sujeitar-se' ao comando normativo. Na obrigação, não obstante a existência de um comando determinando um agir, existe para o indivíduo a liberdade de infringir, sofrendo a sanção correspondente a um interesse de *outrem*, proveniente de um vínculo jurídico. Diante do ônus, o sujeito tem liberdade para agir segundo seus próprios interesses – em conformidade ou em desconformidade. Caso decida desconsiderar o comando normativo, não comete ilícito algum ou sofre qualquer sanção jurídica. Como diz Carnelutti, a pedra de toque para distinguir ônus de obrigação consiste em verificar se a violação do preceito pode ou não ser definida como ato ilícito". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 163.

ilícito, tal idéia auxilia a diferenciação entre ônus e deveres em sentido estrito. Há na relação processual deveres processuais, que uma vez descumpridos caracterizam um ilícito¹⁰⁴. Além da distinção do ônus em relação a obrigação e ao dever em sentido estrito, é preciso compreender que “todo aquele que age, ou deixa de agir, a partir de um ônus, o faz estando em uma posição subjetiva jurídica ativa na relação processual”¹⁰⁵. Marinoni e Arenhart¹⁰⁶ elucidam o seguinte:

Incide em equívoco a doutrina que classifica o ônus como espécie de dever, pois o ônus representa um poder. Porém, o poder proveniente de um ônus é diverso do poder derivado de um direito subjetivo, já que o titular do direito subjetivo, em sua configuração dinâmica, possui uma “pretensão” ao comportamento de outrem, que suporta o correlato dever jurídico específico de comportamento. Lembre-se, como exemplo, da diferença entre o direito à prova, que tem por correlato o dever de o Estado garantir aos jurisdicionados a utilização de todos os meios de prova adequados para a tutela dos direito, e o ônus da prova, poder de a parte produzir prova com a finalidade de convencer o juiz. Nessa linha, fica claro que o exercício do ônus não possui correlação com o comportamento da outra parte, sendo satisfeito com o agir voluntário daquele que detém essa espécie de poder. Mas, por ser espécie de poder da parte, o ônus se assemelha à faculdade. Porém, outras peculiaridades permitem maior precisão ao conceito de ônus. Se no ônus e na faculdade a atuação da parte possui fundamento em um interesse pessoal, no ônus a lei determina o comportamento a ser adotado e o risco em contrariá-lo, enquanto na faculdade tal escolha permanece totalmente no foro íntimo da parte, diminuindo a previsibilidade dos efeitos do comportamento¹⁰⁷.

Os respeitáveis juristas acima citados explicam que o ônus da prova contém intrinsecamente a idéia de que a parte que não produzir a prova que lhe incumbia estará sujeita ao risco de um desfecho adverso, em havendo descumprimento de um dever processual como o da boa-fé há um ilícito, mas ponderam que é errônea a classificação do ônus como espécie de dever. O ônus enquanto espécie de dever representa o poder reconhecido à parte processual, um poder processual da parte na

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 163.

¹⁰⁵ Citação a LEONARDO, Rodrigo Xavier. *O conceito de prova e a noção de objeto de prova: considerações a respeito dos juízos de fato no processo civil*. *Revista de Direito Processual Civil*, n.14, Curitiba: GENESIS. Apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p.163.

¹⁰⁶ MARINONI; ARENHART, 2009, p.164.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 164.

direção de uma situação favorável¹⁰⁸, ou seja, “o descumprimento do ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, mas o aumento do risco de um julgamento contrário”¹⁰⁹. Deste modo, o ônus da prova relaciona a produção da prova com o aumento da probabilidade de convencimento do juiz¹¹⁰.

O direito constitucional à prova diferencia-se do ônus da prova, pois o direito à prova significa a correlação do dever de garantia por parte do Estado ao uso de todos os meios de prova admitidos à adequada tutela de direitos¹¹¹. E, o ônus da prova pode ser compreendido “como espécie de poder da parte que possibilita o agir, livre, segundo seus interesses próprios, não obstante a existência de norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízos à própria parte onerada”¹¹².

3.3. A essência do ônus da prova

O ônus da prova significa um encargo à parte processual e não um dever ou uma obrigação. É encargo que pode vir a representar um prejuízo para aquele que deveria ter exercido o ônus de provar e não se desincumbiu, o que explica a

¹⁰⁸... neste sentido, o exercício de um ônus não possui correlação com o comportamento da outra parte, sendo satisfeito com o agir voluntário daquele que detém essa espécie de poder. Sendo espécie de poder da parte na relação processual, por fim, o ônus assemelha-se às faculdades. Diferenças existem, contudo, impulsionando a precisão do conceito de “ônus”. Tanto no ônus, como na faculdade, a atuação da parte possui fundamento em um interesse pessoal; no ônus, contudo, é a lei que determina qual o comportamento a ser adotado e qual o risco em contrariá-lo; na faculdade, por sua vez, tal escolha permanece totalmente no foro íntimo da parte, diminuindo a previsibilidade dos efeitos do comportamento”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol.V., t. I. São Paulo: RT, 2000. p. 185-186.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 164.

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 165.

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol.V., t. I. São Paulo: RT, 2000. p. 185-186.

¹¹² Citação a LEONARDO. Rodrigo Xavier. O conceito de prova e a noção de objeto de prova: considerações a respeito dos juízos de fato no processo civil. *Revista Gênese de Direito Processual Civil*, v. 14. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol.V., t. I. São Paulo: RT, 2000. p. 186.

necessidade de compreensão acerca da existência de regras de distribuição do ônus da prova¹¹³.

No tocante ao ônus subjetivo, surge a questão de quem e o que deve ser provado¹¹⁴. Deste aspecto subjetivo, extrai-se que as regras de ônus da prova são regras de procedimento, de conduta para as partes vez que seriam destinatárias da norma do artigo 333 do CPC¹¹⁵.

Buzaid¹¹⁶ esclarece que o ônus da prova foi muito abordado pela doutrina sob o viés subjetivo como “a teoria das conseqüências da prova frustrada”¹¹⁷. O autor explica que inúmeras teorias destacaram o ônus da prova como “necessidade de provar para vencer”¹¹⁸. Todavia, para o retro mencionado autor, o ônus é a imposição de ser diligente no processo de modo a evitar prejuízos e danos. O jurista explica que o que se verificava era a quem incumbia o encargo de produzir prova, isso em decorrência do princípio dispositivo e do risco de perda da demanda para a parte não cumpridora do seu ônus¹¹⁹. BUZAID¹²⁰ traz que Leo Rosenberg na obra *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 8ª ed., 1960, p. 555, a partir da distinção feita pelos processualistas austríacos de ônus subjetivo do ônus objetivo da prova¹²¹ :

¹¹³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 324.

¹¹⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 324.

¹¹⁵ “...sob esse prisma, o ônus da prova é tido como uma regra de conduta para as partes, pois as direciona no sentido de indicar quais as alegações de fato que deverão as mesmas provar. Além disso, tem como fim último a solução do litígio, convencendo o magistrado. Assim, a finalidade prática da atribuição da carga probatória é o estímulo da atividade processual das partes (uma espécie de motivação psicológica para que a parte produza determinada prova)”. REIS, Milena Jackeline. *A inversão do ônus da prova no processo civil*. Monografia de Graduação. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2005. p. 16.

¹¹⁶ BUZAID, Alfredo. *Estudos de Direito*. vol. I. São Paulo: SARAIVA, 1972. p. 64-69.

¹¹⁷ BUZAID, Alfredo. *Estudos de Direito*. vol. I. São Paulo: SARAIVA, 1972. p. 64.

¹¹⁸ BUZAID, Alfredo. *Estudos de Direito*. vol. I. São Paulo: SARAIVA, 1972. p. 64.

¹¹⁹ BUZAID, Alfredo. *Estudos de Direito*. vol. I. São Paulo: SARAIVA, 1972. p. 64.

¹²⁰ BUZAID, Alfredo. *Estudos de Direito*. vol. I. São Paulo: SARAIVA, 1972. p. 65-66.

¹²¹ BUZAID, Alfredo. *Estudos de Direito*. vol. I. São Paulo: SARAIVA, 1972. p. 65-66.

Conceitua o ônus da prova como um problema de aplicação do direito, visto que só se pode aplicar uma norma, quando o enunciado hipotético abstratamente formulado pela lei se converteu em realidade concreta, o que não se dá se o magistrado, no pleito, não logrou formar plena convicção. Os inconvenientes dessa incerteza, suporta-os a parte, cujo êxito depende da aplicação do preceito. Daí o seguinte princípio que surge naturalmente: cada litigante sofre o ônus da prova acerca da existência de todos os pressupostos (ainda os negativos) das normas, sem cuja aplicação não vinga a pretensão, isto é, pressupostos das normas que lhes são favoráveis. Por isso, é irrelevante perquirir que fundamentos daqueles pressupostos ficaram duvidosos e também se as partes e o tribunal se preocuparam ou deveriam preocupar-se em esclarecê-los. Aliás, em um procedimento fundado sobre o princípio dispositivo, não interessa que justamente a parte que arca com o ônus tenha produzido a prova, porque o magistrado deve tomar em consideração toda a matéria dos debates; assim o estabelecimento das bases para formar a convicção judicial não é tarefa exclusiva da parte a quem incumbe o ônus da prova; o *que interessa é somente o demonstrado e não quem o demonstrou*. Este aspecto do ônus da prova, que prescinde qualquer atividade das partes para a afirmação dos fatos controvertidos e para o qual só é relevante a existência da dúvida, é designado pela expressão *ônus objetivo da prova*, ou (menos acertadamente) *ônus material da prova*. Tratando-se das partes, fala-se de ônus de direção da prova, ou ônus subjetivo e (menos acertadamente) *ônus formal*¹²².

As regras de ônus da prova devem ser analisadas também sob a ótica objetiva. No Código de Processo Civil brasileiro vigente, o ônus objetivo está estampado no artigo 131 e estabelece a impossibilidade de o magistrado se eximir de julgar. BUZAID sintetiza a problemática do ônus da prova sob duas percepções:

Uma voltada para os litigantes, indagando-se qual deles deve suportar o risco da prova frustrada; é o aspecto subjetivo; e outra voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento. É o aspecto objetivo. O primeiro opera geralmente na ordem privada; o segundo, porém, é um princípio de direito público, intimamente vinculado à função jurisdicional. O primeiro constitui uma sanção à inércia, ou à atividade infrutuosa da parte; o segundo, ao contrário, é um imperativo da ordem jurídica, que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto de serem incertos os fatos, porque não provados adequadamente¹²³.

Assim, a regra do ônus da prova é além de dirigida às partes também serviente ao juiz. É regra de julgamento que serve o magistrado diante da ausência ou

¹²² BUZAID, Alfredo. *Estudos de Direito*. vol. I. São Paulo: SARAIVA, 1972. p. 64-69.

¹²³ BUZAID, Alfredo. *Estudos de Direito*. vol. I. São Paulo: SARAIVA, 1972. p. 64-69.

insuficiência de provas; no caso de as provas adquiridas no processo representarem *non liquet*, não importa a parte que as requereu ou as produziu. Caberá ao juiz verificar qual das partes tem o ônus da prova e dele não tenha se desincumbido. Se verificar que era do autor, tem-se a improcedência da demanda; se do réu, procedência do pedido¹²⁴. O juiz utiliza-a para a formação do seu convencimento, podendo reduzir as exigências de prova diante da circunstância concreta, e, por conseguinte, também para a decisão. Em suma, a regra do ônus da prova é “regra destinada a viabilizar a decisão do juiz em caso de dúvida ou, em outros termos, a dar ao juiz não convencido a possibilidade de decidir”¹²⁵.

3.4. Ônus da alegação do fato e ônus da afirmação do fato. Fatos constitutivos, extintivos, modificativos e impeditivos. Fatos indiretos e os circunstanciais

O que se prova no processo são as alegações e não os fatos¹²⁶. Importa a prova da alegação dos fatos principais e não dos secundários¹²⁷. O ônus da prova da alegação do fato exclui os fatos objeto de uma presunção legal e os fatos notórios¹²⁸. Mas, se o fato for indício de outro fato ou argumento de prova, deverá o magistrado

¹²⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 324.

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 174.

¹²⁶ “...é a alegação, e não o fato, que pode corresponder ou não à realidade daquilo que se passou fora do processo. O fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso, já que este existe ou não existe. É a alegação do fato que, em determinado momento, pode assumir importância jurídico-processual e, assim, também ter relevância em termos processuais a demonstração da veracidade da alegação do fato”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol.V., t. I. São Paulo: RT, 2000. p. 186.

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol.V., t. I. São Paulo: RT, 2000. p. 185-186.

¹²⁸ “...também não importam, para o efeito do ônus da prova da alegação do fato, os fatos que constituem o objeto de uma presunção legal, embora tais fatos devam vir afirmados pela parte interessada. Ocorre o mesmo no que concerne aos fatos notórios, uma vez que não tem a parte o ônus de provar a alegação do fato, mas apenas o ônus de afirmar o fato na causa de pedir”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol.V., t. I. São Paulo: RT, 2000. p. 187.

considerar tal fato ainda que este fato não tenha sido trazido na causa de pedir, poderá conhecê-lo de ofício¹²⁹. Nem todo fato afirmado deve, portanto, ser provado. O ônus da afirmação do fato na causa de pedir não se confunde com o ônus de provar a alegação do fato.

Chiovenda¹³⁰ traz que os fatos constitutivos são os que conferem vida “a uma vontade concreta da lei e à expectativa de um bem por parte de alguém”¹³¹. Os extintivos “fazem cessar uma vontade concreta da lei e a conseqüente expectativa de um bem”¹³². São exemplos de fato constitutivo empréstimo, testamento, ato ilícito e matrimônio. E, ilustra-se o fato extintivo com o direito a termo, a satisfação do termo como extintivo natural do direito; se o termo for interrompido por fato novo superveniente então haverá o reforço ao fato constitutivo¹³³.

Os fatos impeditivos são explicados por CHIOVENDA¹³⁴ como de natureza negativa, ou seja, eles surgem quando faltam as circunstâncias essenciais para a produção dos efeitos normais dos fatos constitutivos. Em outras palavras, em relação ao surgimento de um direito há circunstâncias elementares que são a sua causa eficiente, os fatos constitutivos, e há aquelas que são sua causa concorrente, circunstâncias que concorrentemente com o fato constitutivo possibilitam que o fato constitutivo produza seus normais efeitos para que o direito possa ter vida. Se faltar as

¹²⁹ “...em resumo, devem constituir ônus da prova da alegação do fato apenas os fatos que devem ser provados, e nunca os que dispensam a prova. 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”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol.V., t. I. São Paulo: RT, 2000. p. 187.

¹³⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1ª ed. vol. I. Campinas: BOOKSELLER, 1998. p. 22.

¹³¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1ª ed. vol. I. Campinas: BOOKSELLER, 1998. p. 22.

¹³² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1ª ed. vol. I. Campinas: BOOKSELLER, 1998. p. 22.

¹³³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1ª ed. vol. I. Campinas: BOOKSELLER, 1998. p. 22.

¹³⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1ª ed. vol. I. Campinas: BOOKSELLER, 1998. p. 23.

causas concorrentes, então essa falta constitui o fato impeditivo¹³⁵. O estudioso retro mencionado traz que em determinadas hipóteses:

A incapacidade, a violência, o dolo, o erro, a simulação, a ilicitude, a má-fé, a qualidade de coisa perdida funcionam como fatos *impeditivos* do direito; e da mesma forma toda circunstância que obste a um fato produzir o efeito que lhe é normal, que constitua a razão de sua existência. Sem embargo, nos fenômenos jurídicos essa relação entre as várias circunstâncias concorrentes de sua existência pode depender de um elemento que o torna relativo, e é o arbítrio do legislador. É assim que, em verdade, representa difícil questão de interpretação de cada norma jurídica investigar se uma circunstância jurídica se deva reputar fato constitutivo ou a circunstância oposta como fato impeditivo. Por exemplo: há casos em que a lei considera a boa-fé como *fato constitutivo* a provar pelo autor (CC, arts. 116, 452, 933, 2.137), para que a tradição feita por quem não seja proprietário transfira a propriedade, porque em tais casos a boa-fé justifica a derrogação de um princípio geral; ao passo que, em outros casos, considera a má-fé como *fato impeditivo*, cuja prova incumbe ao réu (CC, art. 707 cit.), e em outros casos, ainda, considera a má-fé como *fato constitutivo*, cuja prova compete ao autor (CC, arts. 336 e 449). Em qualquer caso, convém recordar que tanto a presença dos fatos constitutivos quanto a ausência dos impeditivos são igualmente necessárias à existência do direito¹³⁶.

Note-se que os fatos impeditivos não são integrantes da *fattispecie*, ainda que incida no seu interior podendo ser identificado como “inexistência de um pressuposto de eficácia”¹³⁷. Outro exemplo de fato impeditivo é alegação do réu fundada em exceção de contrato não cumprido, com fulcro no artigo 1.092 do Código Civil¹³⁸.

Quanto aos fatos modificativos, têm como requisito a válida constituição do direito e a alteram, como no caso da moratória concedida ao devedor¹³⁹. Assim, os fatos constitutivos concretizam a vontade da lei e a expectativa em relação a um bem, enquanto os extintivos encerram essas vontade e expectativa, os modificativos alteram

¹³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1ª ed. vol. I. Campinas: BOOKSELLER, 1998. p. 23.

¹³⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1ª ed. vol. I. Campinas: BOOKSELLER, 1998. p. 24-25.

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol.V., t. I. São Paulo: RT, 2000. p. 187.

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol.V., t. I. São Paulo: RT, 2000. p. 189.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol.V., t. I. São Paulo: RT, 2000. p. 188.

a constituição do direito reconhecidamente válido. E, no caso dos fatos impeditivos¹⁴⁰, eles não impedem que a *fattispecie* do fato constitutivo se forme e também não a integram; o que o fato impeditivo faz é tornar ineficaz a *fattispecie* do fato constitutivo ou impedir a produção de seus efeitos¹⁴¹. A atuação do fato impeditivo é externa em relação a eficácia do fato constitutivo, “ou melhor, impede que a *fattispecie* produza efeitos ainda que os seus elementos constitutivos estejam presentes”¹⁴².

A correta identificação do fato como constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo é essencial para (i) adequada distribuição do ônus da prova; (ii) entendimento da técnica da condenação com reserva que tenha a finalidade de repartir o tempo do processo conforme a distribuição de tal ônus¹⁴³.

A correta identificação de um fato como constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo é relevante e importante, conforme anteriormente exposto, para a adequada distribuição do ônus da prova, para o entendimento da tutela antecipatória pautada em abuso de direito de defesa, e, no caso de serem controversos tão somente os fatos passíveis de serem provados pelo réu¹⁴⁴. Importa, ainda, para a compreensão do sentido da contraprova. No caso do réu que não apresenta contestação ao fato constitutivo, e sim defende fato que pode impedir a produção dos efeitos do fato constitutivo, ou fatos que modifiquem ou cessem o direito, é incabível suscitar a contraprova, vez que o fato constitutivo não foi contestado. A contraprova é pertinente quando o autor fez prova do fato constitutivo ou haja argumento suficiente para a prova de sua existência; refutando o réu acerca da inexistência de fato alegado e

¹⁴⁰ “... De acordo com a doutrina chiovendiana, as circunstâncias de fato que têm por escopo específico dar vida a um direito e que normalmente produzem esse efeito podem ser chamados de *fatos constitutivos*. Porém, para que essas circunstâncias possam dar vida a um direito, devem se apresentar outras, cuja falta impede que o direito possa ter vida. Quando falta uma das circunstâncias que devem concorrer com os fatos constitutivos há um fato impeditivo. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 165-166.

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 166.

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 166.

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol.V., t. I. São Paulo: RT, 2000. p. 188-190.

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 167.

pretensamente provado pelo autor, o demandado pode, independentemente de a prova do autor ter sido admitida, requerer a contraprova¹⁴⁵.

Mas distribuir a carga probatória classificando os fatos não é o meio mais apropriado, pois não se pode esvair a busca pela ação em sentido material, não se pode renegar o direito material tutelado, sob pena de se recair no universalismo do procedimento ordinário¹⁴⁶. A equação de distribuir o ônus probatório e os riscos do processo deve ter como pilar a ação em sentido material, tendo-se como exemplos a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor e a atuação jurisprudencial no processo do trabalho¹⁴⁷.

Frise-se que distribuir o ônus da prova a partir da classificação dos fatos “distribui os riscos do processo e o ônus da prova sem qualquer atenção para o que ocorre no plano de direito material e na realidade da vida”¹⁴⁸.

Ainda, é possível perquirir no processo civil se uma das partes pode não provar um fato que alegou, ou, fazer prova de algo que não alegou, caracterizando-se a diferenciação entre ônus da prova e ônus da alegação. O artigo 334 do CPC traz que os fatos notórios, os afirmados por uma parte e que a parte adversa os confessa, os

¹⁴⁵ “... Perceba-se que não é pela razão de que ao autor incumbe o ônus da prova do fato constitutivo que o réu não poderá produzir prova em relação a ele. O réu tem o ônus de contestar de forma adequada e especificada os fatos alegados na petição inicial, podendo requerer a produção de prova, ou a contraprova, para demonstrar a inexistência do fato alegado pelo autor. É lógico afirmar que a contraprova somente tem razão de ser quando o autor produziu alguma prova do fato constitutivo, ou existe algum argumento de prova capaz de evidenciar a sua existência. Acontece que na contestação, ou mesmo momentos antes da audiência preliminar, o réu apenas pode saber que foi admitida. Por isso, o réu pode requerer contraprova, mesmo que a prova requerida pelo autor ainda não tenha sido admitida”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 168.

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol.V., t. I. São Paulo: RT, 2000. p. 190.

¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol.V., t. I. São Paulo: RT, 2000. p. 187.

¹⁴⁸ “...A distribuição do ônus da prova não pode deixar de considerar as especificidades das situações de direito material. Para tanto, além das presunções legais relativas, são importantes normas particulares ligadas a determinadas situações de direito substancial que prevejam uma distribuição do ônus da prova diferenciada em relação à regra geral do art. 333 ou a possibilidade de atenuação do rigor dessa regra ou ainda a possibilidade de inversão do ônus da prova. Além disso, nada impede, na ausência dessas normas, que o próprio juiz, considerando a situação de direito material controvertida, trate de forma particularizada a questão do ônus da prova, logicamente, justificando o seu procedimento”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 167-168.

reconhecidos processualmente como incontroversos e os que têm em seu benefício presunção legal de existência ou de veracidade independem de prova, pois “há fatos que devem ser alegados, mas não precisam ser provados, e outros que não precisam ser alegados e podem ser provados”¹⁴⁹.

Há uma confusão em relação aos fatos notórios quando não se distingue a conformação da afirmação de fato enquanto componente da pretensão e afirmação de fato como regra de experiência. O fato notório integra a pretensão, aquilo que se pretende obter mediante a afirmação do fato, e por esta razão deve ser alegado, mas não provado¹⁵⁰. Já o fato indiciário por exemplo, mesmo não tendo sido alegado pode, de ofício, na audiência preliminar ou em momento posterior na fase instrutória, ser fixado como controvertido, desde que justificada a decisão. Isso porque o fato indiciário, por ser regra de experiência da qual o juiz lança mão para decidir o litígio, parece com uma regra de direito, uma regra de juízo. Já o fato notório não se caracteriza como regra de experiência; ele integra a pretensão e por esta razão basta que seja alegado¹⁵¹.

Demonstrar os fatos constitutivos, extintivos, modificativos e impeditivos é o “caminho direto para convencer o juiz acerca das alegações das partes”¹⁵². Todavia, a prova direta do fato principal pode se tornar tão difícil que se faça necessária para a sua comprovação provar, através dos indícios, os fatos indiretos e os circunstanciais¹⁵³.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 169.

¹⁵⁰ “... A confusão que aí ocorre é fruto da ausência de distinção entre afirmação de fato, como componente da pretensão, e regra de experiência, que nada mais é do que uma regra de juízo. Quando um fato constitui uma regra de experiência essa é uma regra da qual o juiz se vale para julgar o litígio e, assim, os fatos que lhe dão conteúdo. Nessa perspectiva, a regra de experiência tem semelhança com uma regra de direito. Ao contrário, o fato notório faz parte da pretensão e, por isso, deve ser deduzido”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 169.

¹⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 169.

¹⁵² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 327.

¹⁵³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 327-329.

Arenhart¹⁵⁴ destaca que não é incomum a prova indiciária compor os únicos elementos circunstanciais de que dispõe o magistrado para o julgamento do caso¹⁵⁵.

O indício é um mecanismo utilizado para a prova de fatos que são difíceis de verificar, ou que têm sua ocorrência no futuro. São exemplos ações de reparação por dano moral e as ações preventivas¹⁵⁶. O indício pode ser entendido com uma modalidade de prova indireta, vez que a partir de um fato conhecido e provado deduz-se outro fato, que é o *fato probando*¹⁵⁷. Todavia, há autores que consideram errôneo equiparar o indício aos outros meios de prova¹⁵⁸.

¹⁵⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo civil – Aspectos relevantes*. In: **O indício e a prova no direito processual**. São Paulo: MÉTODO, 2005/2006. p. 301.

¹⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo civil – Aspectos relevantes*. In: **O indício e a prova no direito processual**. São Paulo: MÉTODO, 2005/2006. p. 301.

¹⁵⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: PODVIM, 2009. p. 56.

¹⁵⁷ “...Em verdade, porém, não se cuida de meio de prova, mas de operação mental que conduz á aceitação de uma fato independentemente de prova. Frederico Marques ressalta, com propriedade, que os indícios, por si sós, nada provam. Eles constituem elementos dados como provados, a partir dos quais, por meio de presunções, se alcançam os *fatos probandos*. Com efeito, os indícios constituem sinais, vestígios ou circunstâncias que, isoladamente, são insuficientes para demonstrar a verdade de uma alegação. Submetidos, porém, á análise e raciocínio do juiz, podem conduzir à prova pretendida. A seu turno, as presunções constituem raciocínios, deduções e não propriamente meio de prova. Em certas hipóteses, as presunções são estabelecidas pelo próprio legislador (ex.: presunção de culpa em ação de indenização decorrente de dano causado por animal). São, assim, chamadas presunções legais. Em outros casos, as presunções decorrem da observação do que comumente acontece (*quod plerumque accidit*) e, por isso, são denominadas de presunções simples (ou *hominis*) como a presunção de sinceridade no pedido de retomada de imóvel. Umas e outras podem ser absolutas (não admitem prova em contrário) como, por exemplo, a prova da fraude na alienação de bem penhorado, ou relativas (podem ser destruídas por prova contrária) como a já citada presunção de sinceridade. Discute-se se a norma do art.319 do CPC consagra, ou não, uma presunção. Em rigor técnico, não se trata de presunção, isto é, raciocínio que, a partir de um fato provado, chega a outro, que se pretende demonstrar, mas de consequência estabelecida pelo legislador para o caso de ausência de contestação. De qualquer modo, porém, doutrina e jurisprudência não tem emprestado caráter inflexível a essa norma, podendo o juiz deixar de fazer incidir seu comando se o contrário resultar da análise do conjunto dos autos”. LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2006. p. 66-67.

¹⁵⁸ “...o que o indício tem em comum com um documento ou com o depoimento de uma testemunha é a circunstância de que todos são pontos de partida. Enquanto, porém, o documento ou o testemunho são *unicamente* pontos de partida, o indício, repita-se, já é, ao mesmo tempo, um ponto de chegada. Não, ainda, o ponto final; mas um ponto, sem dúvida, a que o juiz chega mediante o exame e a valoração do documento ou do depoimento da testemunha. O indício, para resumir, é ponto de partida em confronto com a presunção, e é ponto de chegada em confronto com a prova documental ou testemunhal. Tanto basta, a nosso ver, para que seja impróprio colocá-lo no mesmo nível destas.” Citação a BARBOSA MOREIRA. José Carlos. *As presunções e a prova. Temas de direito processual. 1ª série. 2. ed.* São Paulo: Saraiva, 1988. p. 59. *Apud* ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo civil –*

Pontes de Miranda¹⁵⁹ ensina que não é admissível a confusão entre presunções e indícios:

Presunções simples ou de fato são assunções para além dos dados da prova, feitas, ao contacto com fatos (*presunções facti*), pelo juiz, como homem (*presunções hominis*). É a experiência dele, derivada do que sabe sobre as coisas, das suas relações de coexistência ou de causação, ou de duração, ou de localização, que as estabelece; não os próprios motivos de prova. É a convicção, por fraca que seja; portanto, subjetiva. Se, para transformarmos as presunções em meios de prova, ou em motivos de prova, chamamos presunções aos fatos de que se tiram as presunções, então trocamos o subjetivo em objetivo, o que é lamentável em direito e em qualquer ciência: os fatos são *indícios*. Confundir indícios e presunções é retomar no que tanto se exprobara ao direito canônico¹⁶⁰.

Para Didier Junior, Braga e Oliveira:

Se se quiser salvar a dicção normativa, pode-se dizer que o legislador autorizou expressamente a prova indiciária. É que, em sentido lato, pode-se afirmar que o indício é um meio de prova, já que a partir dele se elabora uma presunção judicial. Quando o legislador se refere à presunção, na verdade está a referir-se ao indício. Confunde-se indício com presunção, aliás como fazia o direito canônico – é vício legislativo secular. Frise-se: O CPC-73, corretamente, não regulou a presunção. A razão é simples. Se se trata de presunção legal, estamos diante de normas legais que devem ser aplicadas pelo juiz como regras de julgamento: ou que invertem o ônus da prova (aditem prova em contrário; presunções legais relativas) ou que tornam irrelevante a discussão sobre o fato presumido (presunções legais absolutas). Se for o caso de presunção judicial, qualquer dispositivo legal é ocioso ou inútil: não se pode, por lei, autorizar, limitar ou proibir o juiz de pensar¹⁶¹.

Os autores acima mencionados explicam que há uma relação silogística entre fato conhecido – indício – e o fato que se pretende provar. O silogismo entre o fato geral e o fato base pode se operar de dois modos: a) constante: aquele que se tem

Aspectos relevantes. In: **O indício e a prova no direito processual.** São Paulo: MÉTODO, 2005/2006. p. 308.

¹⁵⁹ MIRANDA, 1997, p.326.

¹⁶⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* t. V. Rio de Janeiro: FORENSE, 1997. p. 326.

¹⁶¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil.* Salvador: PODVIM, 2009. p. 58.

como verdadeiro em todos casos particulares, rege-se por uma lei natural sendo que aqui não há presunção e sim certeza, sendo o resultado conclusão; b) ordinário: aquele que se apresenta como verdadeiro para a maioria dos casos particulares, aquilo que ordinariamente ocorre, e aqui ao invés de certeza ou evidência há verossimilhança e o resultado é a presunção¹⁶².

A presunção não é nem meio e nem fonte de prova. A presunção é atividade do juiz durante o exame de provas – presunção judicial¹⁶³, ou do legislador na criação de regras jurídicas – presunções legais¹⁶⁴. O estudo das presunções judiciais serve para a demonstração de como o uso da prova indiciária pode afastar o uso imoderado das presunções legais e da prova direta impossível¹⁶⁵. A prova dita *crítica*, aquela que tem em sua gênese fatos de difícil aferição ou de ocorrência incerta¹⁶⁶, tem sua

¹⁶² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: PODVIM, 2009. p. 59.

¹⁶³ “...A idéia das presunções judiciais parte do exame de que o conhecimento de certos fatos pode ser induzido da verificação de um outro fato, ao qual, normalmente, aquele primeiro está associado. Ou seja, partindo-se da convicção de ocorrência de um certo fato (indício), pode-se, por raciocínio lógico, inferir a existência de outro fato (objeto a ser provado), já que, comumente, um decorre do outro ou devem, ambos, acontecer simultaneamente. Com base nesta raiz(...) é que se admite a utilização de uma fato para a prova de outro”. ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo civil – Aspectos relevantes*. In: *O indício e a prova no direito processual*. São Paulo: MÉTODO, 2005/2006. p. 305.

¹⁶⁴ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: PODVIM, 2009. p. 57.

¹⁶⁵ “...vedando-se o uso da prova indiciária e também sem recorrer às presunções legais, corre-se o risco de sempre cair na vala comum da absolvição de instância por falta de prova. Como sabido, embora este recurso seja usual no processo penal – tendo ainda incidência em algumas situações do processo civil (como nas ações coletivas) –, representa ela a maior demonstração da falha no desenvolvimento da atuação judicial. Carnelutti, com efeito, veementemente critica esta figura, considerando que ‘entende-se até que o juiz possa ter esta tentação; entende-se, ao contrário, menos que, no campo do processo penal o legislador lhe autorize a ceder à tentação. A assim chamada absolvição por insuficiência de provas, com efeito, não é uma rejeição de escolher; e portanto denuncia, como disse várias vezes, o insucesso da administração da justiça. Entre o sim e o não, o juiz, quando absolve por insuficiência de provas, confessa a sua incapacidade de superar a dúvida e deixa o acusado na condição em que se encontrava antes do processo: acusado por toda vida’. ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo civil – Aspectos relevantes*. In: *O indício e a prova no direito processual*. São Paulo: MÉTODO, 2005/2006. p. 304.

¹⁶⁶ “...as presunções assumem papel relevante neste campo, prestando-se por vezes como uma espécie de ‘redução do módulo de prova’, aplicando técnica de diminuição das exigências legais e judiciais sobre a solidez das provas apresentadas que se têm como necessárias para assumir um fato como verossímil”. ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo civil – Aspectos relevantes*. In: *O indício e a prova no direito processual*. São Paulo: MÉTODO, 2005/2006. p. 305.

complexidade reduzida através das presunções para que seja possível a montagem de um raciocínio capaz de conduzir o legislador ou o magistrado “à conclusão da ocorrência do fato, pela verificação do contexto em que normalmente ele incidiria”¹⁶⁷.

O raciocínio do juiz é que estabelece a presunção judicial. Por conseguinte, ela é construída na consciência do julgador. Uma vez conhecido o indício o raciocínio é desenvolvido e a presunção estabelecida¹⁶⁸. Todavia, o indício, fato-base, deve estar provado¹⁶⁹.

¹⁶⁷ “...Por outras palavras: verificando o legislador ou o magistrado que a prova de certo fato é muito difícil ou especialmente sacrificante, poderá servir-se da idéia de presunção (seja legal ou judicial) para montar um, raciocínio capaz de conduzi-lo à conclusão da ocorrência do fato, pela verificação do contexto em que normalmente ele incidiria. Este poderoso instrumento, como se observa, é importante aliado do processo para a prova de fatos de difícil verificação ou de incerta ocorrência (como os fatos futuros, no caso das ações inibitórias)”. Citação a WALTER, Gerhard. Libre apreciación de la puebra, cit., p. 229 e ss. *Apud* ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo civil – Aspectos relevantes*. In: *O indício e a prova no direito processual*. São Paulo: MÉTODO, 2005/2006. p. 305.

¹⁶⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: PODVIM, 2009. p. 59.

¹⁶⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: PODVIM, 2009. p. 59.

4. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

4.1. Distribuição do ônus da prova no sistema brasileiro

O artigo 333 do Código de Processo Civil traz que ao autor cabe provar os fatos constitutivos¹⁷⁰ do seu direito e ao réu os fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito do autor. Se as provas do fato constitutivo do direito do autor forem duvidosas ou insuficientes haverá improcedência do pedido. Não obstante, se o réu reconhece que o fato constitutivo do direito do autor existe, ainda que lhe oponha modificação, impedimento ou extinção, tem-se a incontrovérsia dos fatos reconhecidos pelo réu, não cabendo mais ao autor o ônus da prova e sim ao réu mediante as exceções substanciais¹⁷¹. Ambas as partes devem ter a oportunidade de se manifestar pela via processual adequada: contestação e réplica. Caso permaneça insuficiente o conjunto probatório, o magistrado proferirá decisão desfavorável àquele que tinha o ônus da prova, nos termos do artigo 333 do CPC, posto que não se aplica ao processo civil o princípio *in dubio pro reo*¹⁷².

Nos termos do artigo 333 do Código de Processo civil, como já dito, o autor tem que provar os fatos constitutivos do direito que ele afirma. Tal regra não estabelece que o autor prove a inexistência de fatos impeditivos, modificativos ou de extinção do seu direito¹⁷³.

¹⁷⁰ "...são aqueles que correspondem à consequência jurídica pretendida pela parte. Em outras palavras, são aqueles que, tendo ocorrido no mundo fenomênico, se encaixam perfeitamente à hipótese material abstrata prevista na lei. Assim, fato constitutivo do autor são os fatos por ele alegados, que, por se subsumirem nas hipóteses abstratas da lei, são capazes de gerar consequência jurídica pretendida pela parte". RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 324-325.

¹⁷¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 324-325.

¹⁷² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 325.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 159.

Na Alemanha não há qualquer regra parecida com a do artigo 333 do CPC. Todavia, embora não haja previsão tal qual a do artigo 333 do CPC, a distribuição do ônus da prova entre as partes segue idêntico raciocínio. Naquele país há o que se consignou de *Normentheorie*¹⁷⁴, ou seja, como inexistente regramento exposto no tocante a divisão do ônus da prova, o ônus da prova é tido como destinado a auxiliar o juiz diante do estado de dúvida¹⁷⁵. A dúvida que se refira a fato constitutivo terá de ser suportada pela parte autora, o restante pelo réu¹⁷⁶.

A regra do artigo 333 do CPC, independentemente de o destinatário ser ou não o juiz, não pode ser vista apenas como regra de decisão. Para que o ônus da prova seja regra de decisão o magistrado, em momento antecedente, passou pela fase do convencimento e aí sim restou em estado de dúvida¹⁷⁷.

A fase de convicção, portanto, é anterior ao estado de dúvida, e neste sentido é possível compreender que ao juiz compete não só a consideração da natureza dos fatos em questão, e nem apenas a avaliação de quem tem a incumbência da prova de tais fatos, “mas também a natureza da situação concreta a ele levada para julgamento”¹⁷⁸. Tem-se como exemplo as lesões pré-natais, em que é inexigível do autor, para a procedência do pedido ressarcitório, a prova de que a doença do recém-nascido se deu em virtude de acidente à época da gestação¹⁷⁹. Na situação exposta, o que há é a suficiência da verossimilhança de uma específica situação de direito substancial, o que difere do caso de o juiz restar em dúvida¹⁸⁰. Caso fosse aplicada a

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 160.

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 160.

¹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 160.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 160.

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 161.

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 161.

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 161.

regra do ônus da prova como regra de decisão, ter-se-ia a improcedência da demanda, vez que o autor não teria se desincumbido do ônus da prova¹⁸¹.

A regra do ônus da prova além de ser dirigida ao juiz é também dirigida às partes para que tenham ciência prévia do cabimento da prova dos fatos constitutivos ao autor e dos impeditivos, modificativos e extintivos ao réu¹⁸². A ciência prévia de a quem incumbe o ônus da prova é fundamental, ainda que possa haver julgamento favorável pautado em provas produzidas de ofício ou pela parte adversária¹⁸³. Num primeiro momento o artigo 333 do Código de Processo Civil é aplicável como norma de julgamento vez que o magistrado, nesta linha, aplica a norma quando não há provas suficientes ao esclarecimento das alegações e a ausência de prova direciona-se àquele que tem a incumbência de provar¹⁸⁴. A aplicação do artigo 333 do Código de Processo Civil como regra dirigida à parte consoante abaixo exposto:

Se a prova não tem que ser produzida por uma parte, mas a inversão do ônus da prova pode recair sobre ela, esta inversão deve ocorrer na 'audiência preliminar', evitando-se assim que a parte – que inicialmente não tem o *onus probandi* – seja injustamente surpreendida na sentença¹⁸⁵.

¹⁸¹ ... Quando se fala que a regra do art. 333 importa para a formação do convencimento, deseja-se dizer que ela pode ser atenuada diante de determinadas situações de direito substancial. Perceba-se que, ao se admitir que a técnica da verossimilhança tem a ver com a formação do convencimento judicial, fica fácil explicar por que o juiz, ao considerar o direito material em litígio, não deve se preocupar com a prova de determinados fatos, considerados de impossível esclarecimento. Se o juiz, para decidir, deve passar por um contexto de descoberta, é necessário que ele saiba não apenas o objeto que deve descobrir, mas também se esse objeto pode ser totalmente descoberto. Apenas nesse sentido é que o convencimento, considerado como expressão do juiz, pode ser compreendido. Ou melhor: o convencimento judicial somente pode ser pensado a partir do módulo de convencimento próprio a uma específica situação de direito material, pois o juiz somente pode se dizer convencido quando sabe até onde o objeto do seu conhecimento abre oportunidade para o convencimento". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 161.

¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 162.

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 162.

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol.V., t. I. São Paulo: RT, 2000. p. 183.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol.V., t. I. São Paulo: RT, 2000. p. 183.

A prova é indispensável para consecução da razão de quem tenha realmente razão, o que apenas pode ser auferido por uma investigação completa em que não haja tutela nem *infra* ou *extra petita*, mas tão somente a tutela justa¹⁸⁶. A iniciativa probatória do magistrado não é substitutiva a das partes. O que se pretende, até pelo princípio do contraditório, é que as partes e o juiz constantemente dialoguem entre si e colaborem com a busca da justiça e da concreção do direito material¹⁸⁷.

Marinoni e Arenhart¹⁸⁸ delineiam que cada caso concreto exige um convencimento face peculiaridades que importam na formação da convicção judicial. Faz-se imperioso entender a regra do ônus da prova conforme o direito material, tal qual a convicção, que será uma convicção de certeza ou uma convicção de verossimilhança. Pode ainda a convicção ser de verossimilhança e não ser de dúvida. Isso significa que a regra do ônus da prova não serve apenas para a decisão quando há dúvida. É serviente também para a formação do convencimento mesmo que verossímil. Os autores supra indicados prelecionam que:

O juiz que decide com base em verossimilhança não está em estado de dúvida; ao contrário, ele está convencido de que a verossimilhança basta diante das circunstâncias do caso concreto. É claro que o juiz pode reduzir o rigor da regra do ônus da prova na decisão. Mas aí já terá se convencido da verossimilhança. Lembre-se, como argumento, que, embora se dê ao réu a oportunidade de produzir prova para tentar demonstrar a inexistência do fato constitutivo – a chamada contraprova –, não se pode admitir que o réu produza prova para demonstrar que um determinado fato que interessa ao autor não pode ser esclarecido, quando a dúvida, em relação a ele, não impedir a formação da convicção de verossimilhança. A não admissão dessa prova, como é óbvio, faz parte do raciocínio judicial que se destina a formar o convencimento, de modo que a sua racionalidade não pode sequer ser aferida quando desligada da convicção inerente à específica situação de direito material em litígio¹⁸⁹.

¹⁸⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 304-305.

¹⁸⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 306.

¹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, 2009. p. 160-164.

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 162.

O **esclarecimento dos fatos pelo juiz é um dever**, podendo o magistrado utilizar toda prova produzida independente de quem as tenha produzido¹⁹⁰. Não se trata de um Estado-juiz acima das partes, nem de uma centralização na atividade da jurisdição¹⁹¹, mas sim de um resgate da dimensão retórica e dialética do processo, em que haja **cooperação das partes com o órgão judicial e do órgão judicial com aquelas**¹⁹².

¹⁹⁰ “... De acordo com o art. 130 do Código de Processo Civil, ‘caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, **determinar as provas necessárias** à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente **protelatórias**’. Como se vê, o juiz tem o poder – de acordo com o sistema do Código de Processo Civil brasileiro –, quando os fatos ainda não lhe parecerem esclarecidos, de determinar prova de ofício, independentemente de requerimento da parte, ou desta já ter perdido a oportunidade processual para tanto. O juiz, portanto, tem o dever de esclarecer o fato, aplicando o art. 130 do Código de Processo Civil, e só após julgar com base na regra do ônus da prova. Se o juiz tem o dever de esclarecer o fato, julgando o mais próximo possível daquilo que ocorreu, não há como se indeferir a possibilidade de o juiz determinar a prova de ofício, somente após julgando com apoio na referida regra do ônus da prova. Não há como vincular o êxito da causa à proveniência da prova, uma vez que, conforme demonstrado, o juiz pode determinar a prova de ofício. Ademais, figurando o princípio da aquisição processual das provas, o juiz pode se valer de qualquer prova produzida, não importando se um fato constitutivo resta demonstrado por uma prova produzida pelo réu, ou se, ainda por exemplo, um fato impeditivo é demonstrado por uma prova produzida pelo autor”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol.V., t. I. São Paulo: RT, 2000. p. 202-203.

¹⁹¹ TAVARES, Fernando Horta; DUTRA, Elder Gomes. *Revista de Processo nº 181*. vol. 35. In: **Técnicas diferenciadas de sumarização procedimental e cognição exauriente: das providências preliminares, julgamento antecipado do processo e do procedimento monitorio**. RT, março 2010. p. 66.

¹⁹² “...Recupera-se, assim, o valor essencial do diálogo na formação do juízo, fruto da cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. Essa consequência, por outro lado, reforça-se pela percepção de uma democracia mais participativa, com um conseqüente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual. Ora, a idéia de cooperação há de implicar juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, mas também a recuperação do caráter isonômico do processo com a participação mais ativa das partes. O diálogo assim estimulado substitui com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso de atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa. Esse objetivo só pode ser alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal dentro no processo de formação da decisão, dentro de uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes”. CARPES, Artur Thompsen. *Revista de Processo nº 179*. vol. 35. In: **A nova redação do art. 522 do CPC (Lei 11.187/2005) e o recurso cabível da decisão acerca da dinamização dos ônus probatórios**. RT, janeiro 2010. p. 93.

4.2. **Convenção sobre ônus da prova e a distribuição do ônus da prova de forma distinta**

Consta do parágrafo único do artigo 333 do CPC a possibilidade de as partes convencionarem sobre o ônus da prova. A validade desta regra está adstrita a causas patrimoniais e disponíveis, sob pena de nulidade.

O artigo 333 do CPC é dispositivo, sua alteração deve respeitar determinados limites, vez que “será nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”¹⁹³.

Exceto as acima mencionadas duas hipóteses de nulidade de convenção sobre a distribuição de ônus da prova de forma distinta da propugnada pela regra do artigo 333 do CPC, serão admitidas outras convenções que distribuam o ônus da prova de modo diverso do constante da norma em estudo, vez que tal convenção representa “verdadeiro negócio jurídico processual”¹⁹⁴. Basta que estejam presentes os requisitos de validade de negócio jurídico, quais sejam, capacidade das partes¹⁹⁵, objeto lícito¹⁹⁶ e forma consoante a lei¹⁹⁷.

¹⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 199.

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 199.

¹⁹⁵ “...Desde que os sujeitos (partes) sejam capazes – capacidade de ser parte e capacidade de estar em juízo – e desde que intervenham neste acordo todas as partes que serão atingidas pela distribuição distinta do ônus da prova é viável realizar-se essa modificação. Sublinhe-se, todavia, que esse acordo poderá, eventualmente, ser invocado – para afastar os efeitos da possível sentença desfavorável – por terceiros prejudicados, ainda que intervenientes no processo, quando, por sua incidência, a defesa dos seus interesses puder vir a ser afetada. Em tais casos, demonstrando a ocorrência do prejuízo em virtude da modificação convencional do ônus da prova, o terceiro poderá afastar o efeito da intervenção (art.55, I, CPC), exigindo reapreciação judicial de suas alegações”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 200.

¹⁹⁶ “...Quanto à licitude do objeto – para este negócio processual -, tem-se que qualquer causa, ressalvadas as hipóteses apresentadas no parágrafo do art. 333, autoriza a elaboração do acordo. Também não permitem a elaboração da modificação as relações de consumo sempre que esta “inversão” venha em prejuízo do consumidor (art. 51, VI, CDC). Outrossim, não admitem modificação do ônus da prova as situações em que normas ditadas no interesse público (e, portanto, de caráter cogente) atribuem o ônus de certa prova a alguém. Como se está diante de regra de conteúdo impositivo (inafastável pela vontade das partes), obviamente não terá cabimento a modificação

Ressalte-se que, não há, entretanto, a definição no inciso II do parágrafo único do artigo 333 do CPC para o que seja *tornar excessivamente difícil* a uma parte o exercício do direito. Por ser este um conceito jurídico indeterminado, o juiz resolve casuisticamente¹⁹⁸ e atendendo a disposição de que a convenção sobre o ônus da prova não pode incidir sobre direito indisponível e não deve tornar excessivamente difícil à parte o exercício do seu direito¹⁹⁹:

Tal convenção, como é evidente, não torna incontroverso um fato, pois não recai sobre fato algum, mas apenas sobre o ônus da prova. *A parte que adquire mediante convenção o ônus da prova assume o risco da dúvida, ou melhor, o risco de não ser capaz de convencer o juiz sobre a existência de um fato que, antes da convenção, deveria ser provado pela outra parte.* entretanto, assumir o risco da dúvida não significa eliminar a possibilidade de o juiz determinar prova de ofício, uma vez que, conforme já vimos, o juiz não tem o seu convencimento limitado à atividade da parte que possui o ônus probatório. De modo que a parte que assume o ônus da prova somente sofre o efeito derivado do risco da dúvida quando o juiz não se convence. Ora, o fato de o juiz ter o poder de determinar prova de ofício não quer dizer que sempre lhe será possível determiná-la, ou mesmo que, quando possível, essa prova sempre será capaz de convencê-lo da existência do fato²⁰⁰.

É necessário, portanto, quanto à convenção sobre o ônus da prova, a observância de que não se trata de direitos indisponíveis, de que não se está tornando excessivamente difícil²⁰¹ o exercício do direito da parte, verificar se a convenção

convencional do ônus da prova". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 200.

¹⁹⁷ "... Em relação à forma da modificação convencional, a lei não impõe modo predeterminado. Admite-se que essa modificação seja veiculada por qualquer forma. Poderá essa convenção ser realizada dentro do processo ou fora dele; poderá constar de contrato, como cláusula específica (a fim de prevenir futura demanda, ou facilitar a condição de uma das partes), ou poderá ser objeto de pacto específico; poderá versar sobre várias afirmações de fato ou apenas sobre algum dos pontos do processo. Não há, enfim, limite formal para tal convenção". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 200.

¹⁹⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 325-326.

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *PROVA*. P. 202.

²⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 202.

²⁰¹ "...Excessivamente difícil não é o mesmo que impossível, já que é evidente – e assim não precisaria estar escrito em norma alguma – que a convenção não pode tornar impossível o exercício do direito. No caso em que a convenção é inserida em um contrato de adesão não é difícil concluir sobre sua

admissível impede a determinação de prova de ofício, bem como se na situação de direito material é viável efetivamente a demonstração do fato²⁰².

4.3. Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor e a inversão do ônus referente à prova em Responsabilidade Civil Médica

No Código de Processo Civil a regra de distribuição do ônus da prova é *ope legis*. Já a inversão do ônus da prova é *ope judicis*, posto que realizada pelo juiz, conforme as máximas da experiência, quando preenchido um dos requisitos legais de sua ocorrência: hipossuficiência ou verossimilhança das alegações.

O artigo 6º inciso VI do Código de Defesa do Consumidor consagra o princípio da isonomia real. A qualquer direito do consumidor, tanto aos coletivos em sentido amplo quanto aos individuais puros, é aplicável “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”²⁰³. É regra de julgamento que beneficia o consumidor pela inversão do ônus da prova diante de *non liquet*²⁰⁴. O consumidor inicia no processo já em desvantagem, conforme o disposto no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor. Cabe ao fornecedor provar que não incide esta presunção relativa. Quanto

abusividade, pois destinada a dificultar a eventual situação processual do aderente”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 203.

²⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 203

²⁰³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 326.

²⁰⁴ “ O juiz, com efeito, pode e deve levar em conta o elemento de convicção trazido aos autos, independentemente da circunstância de havê-lo trazido, na espécie, a parte a quem incumbia o *onus probandi*, ou a parte adversa. Numa palavra: a origem da prova é, em princípio, irrelevante para a valoração respectiva. A doutrina costuma expressar essa idéia dizendo que as regras sobre o ônus da prova constituem, no fundo, regras *de julgamento*, das quais se vale o órgão judicial, por não lhe ser dado cingir-se a um *non liquet*, exatamente nos casos em que de certo fato, relevante para a decisão da causa, *não se obteve prova alguma*”. Citação a MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – primeira série*. 2 ed. São Paulo: SARAIVA, 1988. p. 61. *Apud* NETO, Miguel Kfourir. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002. p. 80.

à regra do artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor de que sempre cabe ao fornecedor “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina” cumpre observar que não se trata de inversão, mas de determinação legal²⁰⁵.

Em relação à análise dos atos médicos, aplica-se a responsabilidade subjetiva pela verificação do comportamento culposo²⁰⁶. Os médicos são profissionais liberais, não estão alcançados pelas normas do direito consumerista em relação aos atos terapêuticos²⁰⁷. Inclusive nos casos de culpa presumida se está diante de responsabilidade subjetiva, pois se refere ainda à prova da culpa.

A regra geral, do modo exposto, é a de que cabe ao consumidor ou a seu representante, enquanto destinatário do serviço, como no caso da prestação médica, por exemplo, produzir a prova do defeito, do dano e do nexo causal. Entretanto, o juiz pode decidir pela inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

A jurisprudência tem desconsiderado o clássico encargo de demonstração de culpa médica pela vítima-paciente. Muitos julgados invertem o ônus probatório, alargando o nexo causal e a admissão de presunções. Tem sido crescente a aproximação a modelos objetivistas.

Kfouri Neto²⁰⁸ traz em suas lições julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *Agravo de Instrumento nº 99.305-4/6 – Relator Juiz Ênio Santarelli Zuliani – RF 348/317*, que inverteu o ônus da prova com base no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, do qual se denota o anseio de inovação na questão da produção de prova médica em ações que tratam da responsabilidade dos profissionais da área de saúde²⁰⁹. Questiona-se a culpa, face maior proximidade a realidade das

²⁰⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 327.

²⁰⁶ NETO, Miguel Kfouri. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002. p. 165.

²⁰⁷ NETO, Miguel Kfouri. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002. p. 166.

²⁰⁸ NETO, Miguel Kfouri. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002. p. 166-167.

²⁰⁹ NETO, Miguel Kfouri. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002. p. 166-168.

vítimas do dano injusto, consoante artigo 196 da Constituição Federal²¹⁰. Pode haver inversão do ônus probatório porque não é dado ao paciente provar os termos técnicos. É natural, com base no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor pedir a inversão do ônus probatório na defesa do paciente.

Não obstante, o doutrinador acima referido, contrapõe que a adoção da responsabilidade sem culpa no âmbito médico poderia representar a conversão da prestação do serviço médico em obrigação de saúde e vida sempre. Estar-se-ia a desconsiderar a própria natureza humana, a dor, a doença, a morte, fatores que o médico busca devidamente aliviar ou evitar, mas que não dependem exclusivamente de sua atuação²¹¹. Já nos casos de inversão do ônus da prova em ações ajuizadas contra o hospital e o médico, o feito requer instrução com prova documental, testemunhal e pericial para se verificar se a relação é de subordinação ou mero vínculo entre o profissional e o estabelecimento²¹².

Tem sido prática recorrente nos Tribunais que os juízes durante a audiência de conciliação e saneamento, conforme o artigo 331 do Código de Processo Civil, acolham o pleito da parte autora de inversão do ônus da prova, pois não há obstáculo legal para aplicação da responsabilidade objetiva, artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, em relação ao estabelecimento hospitalar. Mas com a cautela devida o *onus probandi* deve ser invertido após as partes terem carreado aos autos suas alegações e indicações de provas correspondentes. Desta forma, o magistrado ao ter diante de si um pedido de inversão de ônus probatório:

a) indefere o pedido, imprimindo à colheita da prova o tratamento que lhe parecer mais adequado, segundo o estado da lide, afastada a pura e simples inversão, antes do início da produção probatória; b) se entender presentes os

²¹⁰ Do Julgado extrai-se que é permitido “inverter o ônus da prova (art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90). A autora da ação não necessita provar que ficou paraplégica ao procurar remédio para uma dor que parecia torcicolo. Os profissionais (pessoas físicas e jurídicas) que assumiram a obrigação de conferir um tratamento justo à paciente é que necessitam provar que não erraram e que a paraplegia era inevitável. A eles incumbe a explicação da consequência. A autora apresenta apenas sua condição física atual como requisito probatório”. NETO, Miguel Kfourir. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002. p. 167.

²¹¹ NETO, Miguel Kfourir. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002. p. 168-169.

²¹² NETO, Miguel Kfourir. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002. p. 169-170.

mesmos pressupostos que o autorizariam a antecipar a tutela pretendida (art. 273, CPC), poderá excluir do pólo passivo o médico ou o hospital – este, se cabalmente provado, desde logo, inexistir vínculo empregatício ou qualquer outra relação de preposição; ou c) desde logo alerta os réus para que tragam aos autos toda a prova que lhes for possível, porquanto, como detentores de conhecimentos científicos dos quais não dispõe o autor, incumbir-lhes-á participar ativamente do esforço probatório²¹³.

Convém melhor elucidar acerca das cargas probatórias dinâmicas e cargas probatórias compartilhadas. É o deslocamento da posição da parte quanto ao ônus da prova; por decisão do juiz as posições podem variar tornando o sistema dinâmico²¹⁴. Atribui-se a prova a quem estiver em situação mais favorável para provar, o médico com os respectivos conhecimentos científicos. É a mobilidade de adaptação a casos particulares²¹⁵. A teoria das cargas probatórias dinâmicas é uma exceção à norma legal de distribuição do ônus da prova, só sendo passível de utilização quando as regras legais que regem o encargo probatório forem manifestamente inadequadas ao estabelecimento da verdade²¹⁶. O juiz pode transferir ao demandado a produção de prova documental ou até pericial de aspecto científico relevante para o desfecho do caso. Ou pode também estabelecer que ambas as partes tragam provas de um mesmo fato, ainda que via de regra essa incumbência seja apenas do autor²¹⁷.

A imposição da carga probatória deve recair sobre a parte que possa suportá-la com menos transtornos. A carga probatória é compartilhada numa visão de que não basta o médico passivamente eximir-se com a afirmação de que o encargo probatório não lhe diz respeito. O empenho de ambas as partes para o deslinde processual deve

²¹³ NETO, Miguel Kfourir. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002. p. 173-174.

²¹⁴ NETO, Miguel Kfourir. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002. p. 137.

²¹⁵ “...No processo dispositivo, o juiz deverá decidir segundo o alegado e provado pelas partes. A prova se direciona ao juiz, destina-se a convencer o julgador. Por isso, somente a ele competirá valorar se os fatos alegados, em sentido positivo ou negativo, foram provados. Todavia, caso a prova não tenha sido produzida satisfatoriamente, o juiz estará autorizado a atenuar a rigidez das regras legais da distribuição do ônus da prova”. Citação a CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: EJE, 1986. vol. III, p. 331 e ss. *Apud* NETO, Miguel Kfourir. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002. p. 79.

²¹⁶ NETO, Miguel Kfourir. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002. p. 138.

²¹⁷ NETO, Miguel Kfourir. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002. p. 139.

ser relevado para que haja efetiva paridade material. Na audiência de conciliação e saneamento, conforme o artigo 331, CPC, o juiz pode precisar o objeto da prova e convocar as partes a auxiliá-lo na tarefa de elucidar melhor o caso²¹⁸.

4.4. Momentos da inversão do ônus da prova e o dever de colaboração com a justiça

A audiência preliminar é o momento processual em que o juiz deve conferir às partes a máxima possibilidade de discussão via diálogo, antes da fixação dos pontos controvertidos²¹⁹ e das provas necessárias serem deferidas²²⁰.

São três os momentos fundamentais do procedimento probatório: proposição, deferimento e produção da prova pelo juiz. A competência para propor as provas, via de regra, é das partes, sendo para o autor na petição inicial e para o réu na contestação. É admissível, no caso de não serem documentos indispensáveis a propositura da ação, o requerimento antes ou depois do despacho saneador. Em caráter excepcional, face o

²¹⁸ NETO, Miguel Kfourir. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002. p. 146.

²¹⁹ "...A fixação dos pontos controvertidos tem os objetivos de: i) racionalizar o desenvolvimento do processo, de maneira que não se perca energia com fatos não controvertidos; ii) facilitar a compreensão das provas necessárias e adequadas; e iii) abrir oportunidade à antecipação da tutela relativa a parcela do pedido ou a um dos pedidos cumulados incontroversos. Como é óbvio, não é possível ampliar ou alterar a causa de pedir na audiência preliminar. Assim, não é cabível fixar como controvertido um fato relevante que não compõe a causa de pedir ou a defesa de mérito indireta. Mas o juiz pode fixar como controvertido qualquer fato indiciário, relativo aos fatos relevantes afirmados, ainda que não tenha sido alegado na petição inicial ou na contestação, além de evidentemente poder determinar a produção de prova de ofício. Não há razão para se fixar como controvertido um fato indiciário que não possa contribuir para o julgamento do mérito. Por isso, somente um fato ligado ao fato relevante e capaz de influir sobre a solução do litígio pode ser fixado como controvertido. Contudo, se na fase instrutória o juiz perceber que um fato indiciário, inicialmente não fixado como controvertido, deve ser esclarecido, nada impedirá a determinação de prova de ofício em relação a ele. Entretanto, convém lembrar que, antes da produção da prova, será preciso dar à partes oportunidade de falar sobre a importância da elucidação do fato e da adequação da prova". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 172.

²²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 172.

princípio dispositivo, admite-se a proposição de ofício pelo juiz, nos termos dos artigos 130, 343 e 355 e seguintes do Código de Processo Civil²²¹.

A mera proposição da prova não representa a sua produção, visto que deve ser deferida pelo magistrado no despacho saneador, se o procedimento for o ordinário. No despacho saneador, como já mencionado, o juiz fixa os pontos controvertidos que são objetos da prova a ser produzida, conforme artigo 331, § 2º do CPC²²². No caso de ser pleiteada após o despacho saneador, observadas as permissões legais, o momento da admissão será o da deliberação do juiz acerca do requerimento²²³. Exceto a prova documental que é incorporada ao processo logo seja produzida, as demais serão produzidas após serem admitidas. As provas periciais, por exemplo, serão realizadas no prazo estipulado pelo magistrado e antes da audiência de instrução e julgamento. Já o depoimento das partes ou das testemunhas ocorre durante a audiência pelo princípio da imediatidade do juiz, tratado no capítulo 2, item 2.5.

Todavia, há situações em que o momento da colhida da prova é anterior ao regular, sendo necessário assegurar a prova através de sua produção em momento antecipado, nos termos do artigo 846 do CPC. O Código traz inadequadamente essa ação definida como ação cautelar de assecuração de provas. A melhor nomenclatura é "ação de assecuração de provas"²²⁴. São distintas a produção antecipada de provas e a ação cautelar de assecuração das provas para sua futura produção. A ação cautelar de assecuração de provas é aquela anterior a demanda satisfativa, ou seja, elas podem ou não ser recebidas pelo magistrado, assim como podem ou não ser produzidas. A garantia do processo cautelar é simplesmente de que a prova possa ser produzida em processo principal. Diferentemente da produção antecipada de provas em que a produção de prova ocorre de imediato²²⁵.

²²¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 321.

²²² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 321.

²²³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 321.

²²⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 322.

²²⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 322.

Quanto ao momento processual de inversão do ônus da prova, fora das hipóteses trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, tem-se que pode ser na audiência preliminar, se no mínimo houver a possibilidade de a prova ser produzida pelo réu, ou na sentença, quando for impossível a elucidação do fato constitutivo pelas duas partes, a depender da consideração pelo magistrado dos fatos integrantes da lide, até os incontroversos e as regras de experiência²²⁶. A inversão do ônus da prova na sentença também é possível se: a) o réu estiver em posse de documento essencial à prova documental ou pericial e se recusar a trazê-lo a juízo; b) se umas das partes, injustificadamente, recusar-se a colaborar com uma determinada prova, como a recusa ao comparecimento na perícia médica, sendo tal comportamento a base da inversão; c) se terceiro demonstrar-se relutante à colaboração com a prova²²⁷.

As partes têm o dever de colaborar com a justiça, não podem obstar a persecução da tutela jurisdicional justa. É o que exige o artigo 340²²⁸ do Código de Processo Civil, devendo as partes aduzir suas razões de direito de modo ético e moral, sob pena de ser condenada de ofício por litigância de má-fé²²⁹.

²²⁶ “...Resumindo: *em regra*, o juiz deve procurar uma convicção de verdade e, por isso, deve julgar com base na regra do art. 333 em caso de dúvida, vale dizer, quando o autor não o convencer da existência do fato constitutivo. Porém, particulares situações de direito material exigem que o juiz *reduza as exigências de prova*, contentando-se com uma convicção de verossimilhança. Nesses casos, *ainda que ao autor possa produzir prova*, o próprio direito material demonstra que o processo, para tratá-lo de maneira adequada e efetiva, não pode exigir mais do que uma convicção de verossimilhança. Ao lado disso, há situações em que ao autor é impossível, ou muito difícil, a produção da prova do fato constitutivo, *mas ao réu é viável, ou mais fácil, a demonstração da sua inexistência, o que justifica a inversão do ônus da prova*. Ademais, há casos em que a prova é impossível, ou muito difícil, para ambas as partes, *mas a impossibilidade de esclarecimento do fato constitutivo deve pesar sobre o réu, quando a inversão do ônus da prova também se impõe*. A inversão do ônus da prova, em princípio, *deve ocorrer na audiência preliminar*, para dar à parte oportunidade de produzir a prova. Mas, no caso em que *a inesclarecibilidade do fato constitutivo pode ser imputada ao réu*, a inversão do ônus da prova pode ocorrer na sentença”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 189-190.

²²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 190.

²²⁸ Código de Processo Civil. Artigo 340: *Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte: I – comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II – submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária; III – praticar o ato que lhe for determinado.*

²²⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 330.

4.5. A distribuição do ônus da prova e a racionalização do tempo no processo

No Estado Moderno vige a proibição à auto tutela²³⁰. O Estado detém o monopólio da jurisdição e assim confere aos particulares o direito de ação, devendo os sujeitos processuais, assim compreendido também o magistrado, o dever de atuação diligente²³¹. O artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – representa garantia a todos do direito a uma prestação jurisdicional efetiva²³². O direito a sentença deve ser compreendido não somente como decorrência de atos procedimentais corretos ao longo do processo, mas como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, sendo que a tutela jurisdicional deve ser oportuna e em alguns casos preventiva²³³.

Já foi questionada, em doutrina passada, a existência de um direito constitucional à tutela preventiva. O direito a liminar não era tratada como direito apreciável pelo Poder Judiciário, ao contrário de hoje que há preocupação com a ameaça a um direito. Nestes termos, contemporaneamente a tutela jurisdicional é capaz

²³⁰ “...O Estado Moderno, como assinalou ORSUCCI, não só subtrai, em grande parte, dos interessados, a resolução privada dos litígios, como ainda lhes impõe limites à atividade individual no curso do processo, para que este ande com regularidade e rapidez”. Citação a ORSUCCI, Píer Luigi Pollera. *Limiti all’Attività Processuale delle Parti*, p. 10 e 11. *Apud* MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1ª ed. vol. II. Campinas: MILLENNIUM, 2000. p. 345.

²³¹ “...Às partes, a lei impõe *ônus processuais*, com o que as impele a praticar os atos de movimentação do procedimento para evitar prejuízos futuros. Aos sujeitos do processo, que atuam em nome do Estado, atribui a lei *deveres funcionais* mesclados com imposições de ordem processual, para que realizem, em prazos determinados, os atos que lhes estão afetos. Ao juiz, grava a lei com obrigações processuais e deveres de fiscalizar o transcurso dos prazos e de dirigir disciplinarmente os atos operativos dos auxiliares do juízo. Por fim, através da preclusão, a ordem legal obsta que o processo retorne a estádios já superados de seu movimento procedimental. Vê-se, pois, que o impulso processual *ex officio* é obtido mediante a estruturação do procedimento, os *ônus processuais*, os deveres e obrigações dos órgãos estatais, os prazos e a preclusão”. MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1ª ed. vol. II. Campinas: MILLENNIUM, 2000. p. 344-345.

²³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho Fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra Editores, 2007. p. 220.

²³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Id.*, p. 220.

de impedir a violação do direito²³⁴. O direito a tutela jurisdicional efetiva está relacionada não só a tutela antecipatória, mas também a duração do processo conforme o uso racional do tempo processual por parte do demandado e do juiz²³⁵.

A tutela antecipatória requerida sob o fundado temor de dano – art. 273, I, 461, § 3º e 461-A do Código de Processo Civil; art. 84, Código de Defesa do Consumidor – que seja irreparável ou de difícil reparação é uma das espécies, vez que há também a pautada no abuso do direito de defesa – art. 273, II, Código de Processo Civil – e em parte incontroversa da demanda – art. 273, § 6º, Código de Processo Civil –, as quais tem elo com a distribuição da carga de tempo do processo²³⁶. Faz-se necessário racionalizar o tempo do processo, permitindo decisões sobre o mérito no seu curso, se presentes abuso do direito de defesa ou parte incontroversa da demanda²³⁷, pois não é cabível ao autor o ônus da demora processual nestas duas hipóteses.

O artigo 333 do Código de Processo Civil ao estabelecer que em relação ao fato constitutivo a carga da prova incumbe ao autor, e, quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo a carga é do demandado, determina qual parte deve instruir a causa e, portanto, requer mais tempo do processo²³⁸. Desta forma, se o referido código legal estipula que compete ao demandado provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, o mesmo critério serve para a distribuição do tempo do processo²³⁹.

Ao tratar do abuso do direito de defesa, o ilustre jurista Luiz Guilherme Marinoni²⁴⁰ propõe raciocínio a partir da distribuição da carga da prova. Se os fatos constitutivos estão evidenciados não há porque o autor suportar o tempo que o

²³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho Fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra Editores, 2007. p. 221.

²³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho Fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra Editores, 2007. p. 224.

²³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Id.*, p. 225.

²³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Id.*, p. 225.

²³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibid.*, p. 225.

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibid.*, p. 256.

²⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho Fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra Editores, 2007. p. 220-260.

demandado utilizará para demonstrar os fatos alegados na defesa²⁴¹. Assim, da mesma maneira que é injusto imputar ao autor a carga da prova da totalidade dos fatos controvertidos, “também parece irracional que a este sempre seja atribuído o tempo de duração do processo, sem que seja possível uma repartição imediata”²⁴².

A técnica antecipatória permite a realização antecipada do direito, sem que o tempo do processo serviente ao demandado seja suportado tão somente pelo autor²⁴³. A tutela antecipatória do § 6º do artigo 273 do CPC, representa a necessidade de tutela de direitos evidentes, que não exigem mais esclarecimentos probatórios no curso do procedimento²⁴⁴. O direito a prestação jurisdicional “é fundamental para a própria efetividade dos direitos, toda vez que estes últimos, frente a situações de ameaça ou agressão, sempre dependam de sua plena realização”²⁴⁵.

4.6. As necessidades do direito material e a redução das exigências do módulo de prova

Para além das hipóteses amoldadas ao artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, há inúmeras situações de direito material, nas quais também é dado ao juiz, independentemente de previsão normativa, o poder de inverter o ônus da prova ou mesmo atenuar o “rigor na aplicação da regra do ônus da prova, contentando-se com a verossimilhança”²⁴⁶. Tanto a inversão do ônus da prova quanto

²⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho Fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra Editores, 2007. p. 256.

²⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho Fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra Editores, 2007. p. 257.

²⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibid.*, p. 257.

²⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibid.*, p. 260.

²⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibid.*, p. 226..

²⁴⁶ ... Basta pensar nas chamadas atividades perigosas ou na responsabilidade pelo perigo, e nos casos em que a responsabilidade se relaciona com a violação de deveres legais, quando o juiz não pode aplicar a regra do ônus da prova como se estivesse frente a um caso “comum”, exigindo que o autor

a redução das exigências de prova tem o condão de facilitar o convencimento judicial²⁴⁷. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²⁴⁸ ensinam que:

Da mesma forma que a regra do ônus da prova decorre do direito material, algumas situações específicas exigem o seu tratamento diferenciado. Isso pela simples razão de que as situações de direito material não são obviamente uniformes. A suposição de que a inversão do ônus da prova deveria estar expressa na lei está presa à idéia de que essa, ao limitar o poder do juiz, garantiria a liberdade das partes. Atualmente, contudo, não se deve pretender limitar o poder do juiz, mas sim controlá-lo, e isso não pode ser feito mediante uma previsão legal da conduta judicial, como se a lei pudesse dizer o que o juiz deve fazer para prestar a adequada tutela jurisdicional diante de todas as situações concretas. Como as situações de direito material são várias, deve-se procurar a justiça do caso concreto, o que repele as teses de que a lei poderia controlar o juiz. Esse controle, atualmente, somente pode ser obtido mediante a imposição de uma rígida justificativa racional das decisões, que podem ser auxiliadas por regras como as da proporcionalidade e suas sub-regras. Se não é possível ao legislador afirmar, como se estivesse tratando de situações uniformes, que o juiz deve sempre aplicar a regra do ônus da prova, também não lhe é possível dizer que apenas uma ou outra situação de direito material pode permitir a sua inversão²⁴⁹.

A imposição do ônus da prova ao autor para que demonstre o direito pode tornar tão difícil ou inviável a realização de prova do fato direto que será preciso a admissão da prova por presunção e a inversão de tal ônus. Além disso, conforme o direito material em estudo, exemplifique-se as lesões pré-natais, far-se-á necessário demonstrar a causalidade do dano com a lesão²⁵⁰. A prova da causalidade está

prove a causalidade entre a atividade e o dano e entre a violação do dever e o dano sofrido. Ou seja: *não há razão para forçar uma interpretação capaz de concluir que o artigo 6º do CDC pode ser aplicado, por exemplo, nos casos de dano ambiental, quando se tem consciência de que a inversão do ônus da prova ou a redução das exigências de prova têm a ver com as necessidades do direito material e não com uma única situação específica ou com uma lei determinada.* Além disso, não existe motivo para supor que a inversão do ônus da prova somente é viável quando prevista em lei. Aliás, a própria norma contida no art. 333 não precisaria estar expressamente prevista, pois decorre do bom senso ou do interesse na aplicação da norma de direito material, que requer a presença de certos pressupostos de fato, alguns de interesse daquele que postula a sua atuação e outros daquele que não deseja vê-la efetivada⁷. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 186-187.

²⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 207.

²⁴⁸ MARINONI; ARENHART, 2009, p. 187.

²⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 187.

²⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 207.

delimitada no campo do conhecimento humano, da possibilidade plena de seu esclarecimento, ou seja, “não há como exigir prova plena da causalidade quando o conhecimento humano não pode explicá-la; tal exigência implicaria em negar, de uma só vez, o direito à tutela jurisdicional e o próprio direito material”²⁵¹.

Casos que tratem de específicas situações de direito material como lesões pré-natais mencionadas, os casos de seguro, de atividades perigosas ou as hipóteses de violação do dever jurídico de proteção e segurança justificam a redução das exigências de prova ou de convicção de certeza, podendo o juiz decidir pela procedência da demanda a partir da convicção de verossimilhança²⁵². Há situações de direito material que podem pautar a não exigência pelo juiz do cumprimento do ônus da prova do fato constitutivo pelo autor, tendo em vista que “nessas situações o próprio direito material não exige prova plena ou não se concilia com a aplicação da regra do ônus da prova”²⁵³.

Embora haja realidades concretas que sequer sejam suficientes para a convicção de verossimilhança, pois desprovidas de qualquer peculiaridade, há outras em que não apenas a verossimilhança é bastante para formação da convicção, como também ensejam a inversão do ônus da prova. Via de regra a inversão do ônus da prova é regra dirigida às partes; conferirá à parte que em princípio não detém o *onus probandi* a oportunidade de produzir a prova. Para que a inversão do ônus da prova não represente ao invés de uma transferência de ônus uma perda, considera-se que a sua admissibilidade deve ocorrer mediante a observância da possibilidade de o réu elucidar a inexistência do fato constitutivo. Todavia isso não quer dizer que o autor deva suportar a produção probatória na situação de dúvida. A situação de direito material pode justificar a imposição do ônus ao réu porque a prova da inexistência do fato constitutivo: a) é mais fácil ou mais viável para o réu; b) não pode ser suportada pelo

²⁵¹ “... A convicção judicial deve pensar a causalidade *na perspectiva da possibilidade do seu pleno esclarecimento*. Quando essa possibilidade não é plena, não há como exigir uma “convicção de certeza”, bastando a “verossimilhança”. Do contrário, não haveria como dar tutela jurisdicional ao direito material, negando-se, no caso, a própria peculiaridade das lesões pré-natais”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 208.

²⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 188.

²⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 188.

autor diante de específicas situações de direito material em que a produção probatória é difícil para ambas as partes; c) o réu ao violar uma norma de prevenção ou de proteção assume o risco não só da produção do dano, mas também o ônus da prova que possa esclarecer a causalidade entre a violação e o dano²⁵⁴.

²⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 189.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As palavras do jurista argentino Jorge W. Peyrano são as que melhor explicam o sentido do estudo feito até aqui: “as regras vigentes acerca da distribuição da carga da prova, que não obstam a iniciativa probatória do tribunal, devem ser preservadas como viga mestra na matéria, sem prejuízo de sua prudente flexibilização para melhor adaptação as circunstâncias do caso concreto”²⁵⁵ (tradução nossa). Não há neste trabalho a pretensão de esgotar o tema e nem de elucidar todas as hipóteses passíveis de alteração do ônus probatório no processo civil, até porque seria tarefa inviável. Não se consegue antever a totalidade das hipóteses que ensejam o uso da exceção à regra do artigo 333 do CPC. Procurou-se, humildemente, demonstrar que além das situações de inversão do ônus da prova albergadas pelo Direito do Consumidor, há outras passíveis de redução da exigência do módulo de prova ou de redução da exigência da convicção de certeza. Os pressupostos da alteração do ônus da prova são, em especial: a ocorrência da violação do dever jurídico de proteção e segurança; a assunção do ônus da prova capaz de aclarar o nexo de causalidade entre a violação e o dano; a convicção de verossimilhança suficiente; a inexigibilidade da causalidade plena quando implicar em negação do direito à tutela jurisdicional efetiva e em violação do próprio direito material.

²⁵⁵ PEYRANO, Jorge W. *Cargas probatórias dinâmicas*. Buenos Aires: RUBINZAL. p. 91.

6. REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo civil – Aspectos relevantes*. In: **O indício e a prova no direito processual**. São Paulo: MÉTODO, 2005/2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. In: **Garantia da amplitude de produção probatória**. São Paulo: RT, 1999.

BUZAID, Alfredo. *Estudos de Direito*. vol. I. São Paulo: SARAIVA, 1972.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: CLASSICBOOK, 2000.

CARPES, Artur Thompsen. *Revista de Processo nº 179*. vol. 35. In: **A nova redação do art. 522 do CPC (Lei 11.187/2005) e o recurso cabível da decisão acerca da dinamização dos ônus probatórios**. RT, janeiro 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1ª ed. vol. I. Campinas: BOOKSELLER, 1998.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: PODVIM, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. III. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. São Paulo: Malheiros, 2003.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: RENOVAR, 2004.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2006.

LOPES, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil: parte geral*. vol. I. São Paulo: Atlas, 2005.

MANGONE, Kátia Aparecida. *Revista de Processo nº 182*. vol. 35. In: **A garantia constitucional do contraditório e a sua aplicação no direito processual civil**. RT, abril 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol.V., t. I. São Paulo: RT, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho Fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra Editores, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1ª ed. vol. II. Campinas: MILLENNIUM, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V. Rio de Janeiro: FORENSE, 1997.

NETO, Miguel Kfoury. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002.

PEYRANO, Jorge W. *Cargas probatórias dinâmicas*. Buenos Aires: RUBINZAL.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000.

REIS, Milena Jackeline. *A inversão do ônus da prova no processo civil*. Monografia de Graduação. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da.; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: RT, 2002.

TAVARES, Fernando Horta; DUTRA, Elder Gomes. *Revista de Processo nº 181. vol. 35*. In: **Técnicas diferenciadas de sumarização procedimental e cognição exauriente: das providências preliminares, julgamento antecipado do processo e do procedimento monitorio**. RT, março 2010.