

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO**



ÍTALO BARBOSA LEÔNCIO PINHEIRO

**ÔNUS DA PROVA DO NÃO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES NO DOMÍNIO
DAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL**

**COIMBRA
2014**

ÍTALO BARBOSA LEÔNCIO PINHEIRO

**ÔNUS DA PROVA DO NÃO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES NO DOMÍNIO
DAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL**

Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas.

Menção: Direito Processual Civil.

Orientador: Senhor Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita

**COIMBRA
2014**

Ítalo Barbosa Leôncio Pinheiro

Ônus da Prova do não Cumprimento das Obrigações no Domínio das Ações de Responsabilidade Contratual / Ítalo Barbosa Leôncio Pinheiro – Coimbra, 2014
_____ fls.; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2014.

Bibliografia: f. _____

Orientador: Senhor Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita

1. Prova 2. Ônus da Prova 3. Princípio dispositivo 4. Princípio inquisitório 5. Distribuição do ônus da prova 6. Obrigações 7. Responsabilidade civil

ÍTALO BARBOSA LEÔNCIO PINHEIRO

**ÔNUS DA PROVA DO NÃO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES NO DOMÍNIO
DAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL**

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo
de Estudos em Direito da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra.

Data da defesa: _____

Resultado: _____

Banca Examinadora

Senhor Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Examinador 1
Instituição

Examinador 2
Instituição

COIMBRA
2014

"Que eu não veja obstáculos numa união de corações sinceros. O amor não se turva em águas turvas, nem se curva ante a chuva. Não, é uma luz constante que a tempestade não altera. É a estrela de toda nau errante, de brilho claro, embora sem matéria. Não é joguete do tempo, embora a carne sofra o peso da sua foice. Se isso for falso e provado também, eu não escrevi e nunca se amou ninguém."

Extraído do filme: "Do começo ao fim".

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus, razão de ser da minha vida.

Aos meus pais por serem o firme fundamento de tudo que sou hoje.

A minha irmã, pela sua lealdade e companheirismo. Te amo e sempre te amarei.

Ao meu orientador e Mestre, Senhor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita, pela forma especial com que conduziu a presente orientação e, principalmente, pela humanidade que lhe é peculiar, de cujos ensinamentos me lembrarei por toda minha vida.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

À minha família, por ter esperado com carinho o término do Mestrado.

Aos meus amigos, pela compreensão da minha ausência.

RESUMO

O presente trabalho pretende abordar a temática do ônus da prova do não cumprimento das obrigações nas ações de responsabilidade contratual pelo inadimplemento das obrigações, analisando a sua disciplina no ordenamento jurídico português e brasileiro e considerando os posicionamentos expostos pela doutrina e jurisprudência dos dois países. Em algumas ocasiões são feitas considerações sobre os institutos em outros ordenamentos, como por exemplo, o italiano e o alemão, porém apenas o são a título exemplificativo, sem, no entanto configurar um estudo comparado com estes outros países. O presente estudo é importante no sentido de que não raras as vezes aqueles que submetem seus litígios ao crivo do Poder Judiciário, e até mesmo este último ao ter de decidir, permanecem na dúvida de quem seria o responsável por carrear aos autos a prova do não cumprimento das obrigações em ações que envolvam sua discussão. Partindo-se de uma concepção instrumental do Processo Civil, o presente estudo traz, também, reflexões de direito material, a fim de que uma vez compreendido o âmbito do direito obrigacional, o problema da distribuição do ônus da prova possa ser resolvido com o objetivo de resolver os problemas jurídicos que são inerentes àquele ramo do direito.

Palavras-chave: 1. Ônus da Prova 2. Direito das Obrigações 3. Inadimplemento Contratual 4. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

The present work intends to address the issue of the burden of proof of compliance with the obligations not on the actions of contractual liability for breach of obligations by analyzing its discipline in Portuguese and Brazilian legal system and considering the positions exposed by the doctrine and jurisprudence of the two countries. On occasion institutes considerations are made in other jurisdictions, as for example, the Italian and German, however are only by way of example, without, however set up a comparative study with these other countries. The present study is important in the sense that no rare times those who submit their disputes to the riddle of the judiciary, and even the latter when having to decide, remain in doubt who would be responsible for moving the record evidence of non-compliance with the obligations in actions involving its discussion. Leaving an instrumental conception of Civil procedure, the present study bring also reflections of substantive law, in order that once understood the scope of the right, given by the problem of the distribution of the burden of proof can be resolved in order to solve the legal problems that are inherent to that branch of law.

Keywords: 1. burden of proof 2. Law of obligations 3. Default of contract 4. Civil Liability.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
Cf.	Confira
CPC	Código de Processo Civil
Ibid.	Ibidem (Mesma Obra)
STJ	Superior Tribuna de Justiça /Supremo Tribunal de Justiça
ss.	seguintes
ZPO	Zivilprozessordnung
Op. Cit.	Opus citatum (obra citada)

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não obstante tenha sido considerado, durante um longo tempo, como parte integrante do direito material, sem qualquer independência ou autonomia, o Direito Processual Civil, ao longo de muitos anos, passou a ser concebido, do ponto de vista de sua função jurídica, como um instrumento a serviço do direito substancial (ou material).

Isso significa que, muito embora seja um ramo autônomo da ciência do direito¹, com objeto, sujeitos e pressupostos próprios, o processo mantém uma relação de interdependência necessária com o direito material, na medida em que tem como objetivo a construção de um método adequado à verificação da veracidade e, conseqüentemente, da existência de um direito material deduzido em juízo, a fim de outorgar a competente tutela jurisdicional às situações amparadas pelo ordenamento jurídico.²

Em outras palavras, o Direito Processual Civil é um direito instrumental (ou adjetivo) e suas regras são criadas para atender às peculiaridades da situação jurídica deduzida em juízo através do ato postulatório. Nesta seara, também o processo, enquanto “operação destinada a obter a composição do litígio”³, é concebido como um verdadeiro instrumento de efetiva realização do direito material deduzido em juízo e declarado pelo Poder Judiciário ao término da atividade jurisdicional.⁴

Nas palavras de CARNELUTTI “a voz do processo, portanto, serve para indicar um método para a formação ou a aplicação de lei que visa garantir a bondade do resultado, ou

¹ Sobre a Teoria Geral do Processo, cuja finalidade é definir os conceitos lógico-jurídicos dos institutos essenciais do processo, veja-se a título exemplificativo as seguintes obras: FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8 ed. Milão: CEDAM, 1996. ECHANDÍA, Devis. *Teoría general del proceso*. 3 ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a. CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

² Ver BEDAQUE para quem “Na concepção de direito processual não se pode prescindir do direito material, sob pena de se transformar aquela ciência num desinteressante sistema de formalidades e prazos. Sua razão de ser consiste no objetivo a ser alcançado, que é assegurar a integridade da ordem jurídica, possibilitando às pessoas meios adequados para a defesa de seus interesses.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*, 3ª ed., ver. e ampl., São Paulo, Malheiros, 1995, pp.12/13).

³ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 1, p. 28.

⁴ Diz-se que o processo é um instrumento de “efetiva realização dos direitos subjetivos deduzidos em juízo” porque, a despeito do que acontecia na fase autonomista quando ele era visto praticamente como um fim em si mesmo, sem comprometimento com a justiça da decisão prolatada nos autos, cuja tutela era, não raras as vezes, meramente formal, atualmente ele é tido como um mecanismo destinado à obtenção de um resultado efetivo e justo, ou seja, destinado a dar ao jurisdicionado aquilo que ele tinha direito caso o seu direito subjetivo não tivesse sido violado, tudo isso com a maior brevidade possível (princípio da duração razoável do processo). Além disso deve, também, fornecer todos os instrumentos capazes de executar o comando judicial prolatado através da atividade cognitiva. Ver: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol I, p.2; THEODORO JÚNIOR. *Os Poderes do Juiz em Face da Prova in Revista Forense*, nº 263. Rio de Janeiro: Editora Forense. p. 41.

seja, como um conflito de regulamentação de interesse realmente obter a paz e, portanto, justo e certo”.⁵

Portanto, o estudo moderno do Direito Processual Civil é indissociável das regras de direito material, “que sempre devem ser analisadas para que se saiba em que medida o legislador processual delas sofreu influência”,⁶ mormente no que diz respeito à matéria trazida ao presente estudo, tendo em vista que ela é regulada, tanto pelo Código Civil quanto pelo Código de Processo Civil.

Em um cenário onde o processo está cada vez mais comprometido com a justa composição do litígio e, conseqüentemente, com a busca da verdade real, e não meramente formal, como outrora, o estudo da distribuição do ônus probatório no processo mostra-se de suma importância para o alcance das finalidades que lhe são inerentes, isso porque a verificação da verdade dos fatos tal qual ocorridos, atrelada com outras variantes, como por exemplo, a celeridade do provimento jurisdicional, é *conditio sine qua non*, para que a decisão judicial possa ser reputada como justa.

Na busca para a obtenção de um provimento jurisdicional que lhes seja favorável, os litigantes levam certos fatos ao conhecimento do juiz de tal forma que, não raras as vezes, destoam da realidade da qual ocorreram.

Logo, tendo em vista que o juiz profere seu entendimento através dos fatos que lhe são trazidos, é necessário que as partes demonstrem a existência do direito que pretendem seja tutelado. Como bem afirma FREITAS RANGEL “é, sobretudo, por via da prova produzida, da prova analisada e perscrutada ou com base nas regras da máxima de experiência, que o julgador forma sua livre convicção e decide”.⁷

Com efeito, para MICHELE TARUFFO, as provas são o instrumento colocado à disposição das partes e do juiz “para determinar se os fatos principais do caso trazidos ao processo podem, ou não, serem considerados como verdadeiros, sob a premissa de que no

⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*, tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, vol. I, nº 1, p.22.

⁶ DIDER Júnior, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, 10ª ed. Salvador: JusPodium, 2008, v. I, p.24.

⁷ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 15. Neste mesmo sentido, Nicola Coviello APUD Maria Helena de Almeida Cautela afirma que “a simples afirmação feita pelas partes no seu próprio interesse não pode considerar-se como a expressão duma verdade de facto, pois que o sentimento do egoísmo perturba a clara visão da realidade, ofusca a ideia de justiça, chega mesmo a ser motivo de uma afirmação abertamente contrária à verdade reconhecida como tal”. (CAUTELA, Maria Helena de Almeida. *Elementos para o Estudo do Ônus da Prova: Trabalho apresentado ao Júri do 5º ano [Ciências Jurídicas]*, Coimbra: 1938, p. 6.).

processo é possível, através de critérios racionais, obter uma aproximação adequada da realidade empírica desses fatos”.⁸

Desta forma, para que os fatos sejam reconstruídos no bojo do processo, tal qual ocorreram, as partes têm de provar o conteúdo das afirmações que foram feitas, sob pena de verem suas alegações dadas por inexistentes e, conseqüentemente, obterem uma decisão judicial que lhes seja desfavorável, de forma que o estudo da distribuição do ônus probatório merece ser examinado com maior atenção, tendo em vista que, enquanto regra de julgamento, o julgador irá rejeitar a pretensão da parte sobre quem recaía, no caso concreto, o *onus probandi*.

Esse, portanto, é o objetivo do presente trabalho: Desenvolver um estudo interdisciplinar (com contribuições do Direito Civil e do Direito Processual Civil) acerca da distribuição do ônus da prova, mais especificadamente no campo das “ações de responsabilidade contratual”. A presente obra encontra-se dividida em três partes. Inicialmente, foram tecidas considerações gerais sobre a prova. Posteriormente foi elaborado um estudo sobre o ônus da prova e em arremedo de conclusão nos debruçamos sobre o tema principal, o “ônus da prova nas ações de responsabilidade contratual.” Para tanto, utilizou-se o método da revisão bibliográfica.

2 A PROVA

Apesar do tema central do presente trabalho versar sobre o ônus da prova e suas implicações no campo das ações de responsabilidade contratual, achamos por bem traçarmos algumas considerações gerais sobre determinadas questões relacionadas com a prova, por razões de didática e melhor sistematização do estudo, bem como com o intuito de fornecer uma melhor compreensão de seus mecanismos de funcionamento e, conseqüentemente, proporcionar mais elementos para o estudo do ônus da prova.

A despeito do que ocorre com alguns institutos e conceitos jurídico que, muitas vezes, dizem respeito, tão somente, a determinado ramo do direito, como por exemplo, o direito processual civil, a noção de prova, nas palavras de ECHANDIA “não apenas tem relação com todos os setores do Direito, mas transcende o campo geral deste, para estender-se

⁸ Aduz ainda o mencionado autor que “o verdadeiro problema não é se se deve, ou não, buscar a verdade dos fatos no processo, tampouco se a verdade pode ou não ser alcançada, em abstrato, mas compreender qual a verdade dos fatos que pode deve ser estabelecida pelo juiz para que possa constituir o fundamento da decisão” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002, P. 525).

a todas as ciências que integram o saber humano e, inclusive, à prática diária da vida”⁹. Talvez seja esse o motivo pelo qual a terminologia “prova” é utilizado em diferentes sentidos, sendo que o sentido jurídico-processual é o que verdadeiramente importa no curso do presente trabalho.

Com efeito, juridicamente, a palavra “prova” também é utilizada em vários sentidos. Os principais, e que são mais utilizados pela doutrina, são três, muito embora cada um deles seja utilizado, não raras às vezes, em mais de um sentido: A prova como meio; como atividade e a prova como um resultado.¹⁰

ECHANDIA, citando FLORIAN, professa que a noção de provas abarca três aspectos, a saber: a) sua manifestação formal, que seriam “os meios utilizados para levar ao juiz o conhecimento dos fatos, incluindo depoimentos, documentos, indícios, etc.”, em outras palavras, os meios de prova; b) seu conteúdo essencial, “que são as razões ou motivos extraídos desses meios sobre a existência ou inexistência dos fatos”; c) seu resultado subjetivo, que é o convencimento do julgador. Neste sentido, “o juiz conclui se há, ou não, prova de determinados fatos”.¹¹

No mesmo norte, GIOVANNI VERDE citado por GRECO, aduz que “o vocábulo prova alude ao fato representativo (meio ou fonte da representação), ao procedimento através do qual as partes e o juiz trazem ao processo o meio de prova ou ainda ao resultado do procedimento probatório, à representação que dele deriva e ao convencimento que o juiz forma”.¹²

Para VAZ SERRA a terminologia “prova” “é susceptível de vários sentidos, mesmo no seu aspecto jurídico: a) *atividade* processual dirigida aos fins próprios da instrução; b) *resultado* (demonstração da realidade de um facto ou ainda dos dados fornecidos pela

⁹ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de le Prueba Judicial*. 5 ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1981, t.1, p.9.

¹⁰ LEONARDO GRECO, citando MICHELE TARUFFO aduz que este autor “acentua a diversidade de significados de prova (p. 414), ora como demonstração, ora como experimento, e também se refere à sua dimensão polissêmica (p. 421- 423): 1) aquilo que serve ou pode servir para confirmar ou falsificar uma asserção relativa a um fato da causa (meios de prova); 2) o resultado da produção dos meios da prova e da sua avaliação pelo juiz; 3) O meio lógico e gnoseológico e o procedimento”. (GRECO, Leonardo. *O Conceito de Prova*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV. Nº 4 e Ano V, Nº 5; 2003/2004. p. 213). No mesmo sentido: GASTAL, Alexandre Fernandes. *A Suficiência do Juízo de Verossimilhança para a Decisão das Questões Fáticas*. 2006. 203 f. Tese [Doutorado em Direito] – Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul. 2006. p. 24; SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 16.

¹¹ ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de Pruebas Judiciales. Tomo I*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 1984. p. 21.

¹² GRECO, Leonardo. ob. cit., nota 11, p. 228.

atividade probatória); c) *motivos* da prova (razões por que o juiz se convence); d) *meio* de prova (objetos ou pessoas através dos quais o juiz tira os motivos de sua convicção)".¹³

2.1 A prova como meio.

Entendem-se como meios de prova, os elementos hábeis a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos. Neste sentido, o “meio de prova” não se confunde com a própria prova, já que aquele é apenas o caminho, *o iter*, o instrumento através do qual se visa chegar à demonstração dos fatos alegados em juízo.

Ao falar sobre as definições doutrinárias da prova e, conseqüentemente das suas diversas acepções, MANUEL DE ANDRADE refere-se ao meio de prova (instrumento ou fonte de prova) como sendo “o elemento (quid) sensível, através do qual, mediante atividade perceptiva ou simplesmente indutiva, o juiz pode, segundo a lei, formar a sua convicção acerca dos factos (afirmações de facto) da causa”.¹⁴ Neste mesmo sentido, ANTUNES VARELA ao dissertar acerca das diversas espécies de prova, também leciona que os meios probatórios são “os meios fornecidos ao tribunal para formar a sua convicção”.¹⁵

Há quem defenda que o conceito de prova pode ser extraído diretamente da definição dos “meios de prova”, para os defensores dessa corrente, a prova não é atividade, tampouco o resultado oriundo daquela persecução probatória, mas sim o próprio meio ou o fator que conduz a esse resultado, em outras palavras, os meios de prova são verdadeiramente a própria prova. Nas palavras de FREITAS RANGEL “nesta corrente, prova pode ser tudo aquilo que serve para chegar a um determinado resultado, quer seja através de um facto, de uma pessoa, de uma coisa ou uma atividade”.¹⁶

¹³ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Provas – Direito Probatório Material*. Lisboa: 1962, p. 14, nota 17-a.

¹⁴ ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Noções Elementares de Processo Civil*. Nova Edição Revista e Actualizada pelo Dr. Herculano Esteves. Coimbra: Coimbra Editora, 1979. p. 191.

¹⁵ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil – De acordo com o Dec.-Lei 242-85*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 440/441.

¹⁶ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *ob. cit.*, p. 33. O autor critica a presente corrente doutrinária, afirmando que “trata-se, desde já, de uma corrente pouco rigorosa, vaga, generalista que não fornece um conceito científico de prova. Esta é a melhor forma de se fugir a um conceito de prova”. Arremata dizendo, inspirado nos ensinamentos de MANUEL DE ANDRADE anteriormente dispostos, que os meios de prova são apenas um instrumento de prova que permite ao juiz formar sua convicção e que “a prova é atividade e resultado e não ‘vive’ enquanto elemento abstracto no processo, ou seja, não se manifesta, não se realiza e nem tem qualquer utilidade se não se basear nas suas fontes, nos seus instrumentos, em suma, nos seus meios de produção e de realização”.

2.2 A prova como atividade.

Neste sentido, o vocábulo “prova” é utilizado para designar o ato de provar. Em outras palavras, àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem sua alegação. Provavelmente este é o sentido utilizado por MONTERO AROCA¹⁷ ao definir a prova como sendo “a atividade processual tendente a alcançar a certeza, no julgador, a respeito dos dados fornecidos pelas partes, certeza esta que, em alguns casos, será proveniente do convencimento psicológico do juiz e, noutros casos, das normas legais estabeleceram os fatos”.

Enquanto atividade, a prova deixa de ser vista como simples resultado estático e passa a ser vista através de uma realidade dinâmica na qual os litigantes figuram como atores protagonistas em busca de meios através dos quais possam exprimir a veracidade das suas alegações. Nas palavras de OTHMAR JAUERNIG “as partes e o tribunal ocupam-se a conseguir para o tribunal a convicção da veracidade ou falsidade das alegações de facto apresentadas. A atividade aqui desenvolvida chama-se de prova”.¹⁸

De acordo com o artigo 341º do Código Civil Português, “as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos”. No magistério de ANTUNES VARELA pode reportar-se tanto à “atividade das partes, do tribunal ou de terceiros, como referir-se aos elementos objetivos capazes de proporcionarem tal demonstração. Diz-se, no primeiro sentido, que o processo entrou no período de provas, que o autor tem de provar o facto x e o réu, por sua vez, o facto y. Prova, neste caso, é sinónimo de atividade persuasiva da veracidade de certos juízos de facto, pretendendo referir-se às diligências efectuadas com o fim de demonstrar a realidade de determinados factos”.¹⁹

¹⁷ AROCA, Juan Montero. *La Prueba En El Proceso Civil*. 3 ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 39. DIDIER JÚNIOR, a respeito do tema, acrescenta dizendo que “quando se utiliza o vocabulário para designar a atividade probatória ou os meios com que ela se desenvolve, diz-se que se está falando de prova num *sentido objetivo*. Quando ele é utilizado para designar a convicção que as provas produzidas no processo geram no íntimo do julgador, isto é, o resultado que a atividade e os meios probatórios induzem no espírito do juiz, diz-se que se está usando aí o termo prona num *sentido subjetivo*”. (DIDER JÚNIOR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Da Prova, Direito Probatório, Teoria Do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação Dos Efeitos Da Tutela*, 4ª ed. Salvador: JusPodium, 2009, v. II, p.43.)

¹⁸ JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Tradução de F. Silveira Ramos. 25ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 263.

¹⁹ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. ob. cit., p. 434. O autor leciona, também, que em uma ótica mais judicialista, o Código de 1867, em seu artigo 2.404º, definia a prova como “a demonstração da verdade dos factos alegados em juízo” (nota 1). Aduz ainda que utiliza-se “na própria linguagem corrente, o termo prova como significando o resultado (positivo) da atividade instrutória. Assim se diz a cada passo que a prova de certo facto foi feita através da testemunha A” (nota 2). ALBERTO DOS REIS APUD FREITAS RANGEL apesar de também aceitar a prova como “resultado” define esta como o “conjunto de operações ou actos destinados a formar a convicção do juiz sobre a veracidade das afirmações feitas pelas partes”. Nesta mesma esteira, o segundo autor, não desprezando a prova como resultado, afirma que, no domínio processual,

Em arremedo de conclusão, portanto, é possível verificar que quando se trata da prova como “atividade” o foco da análise de seu conceito deixa de ser os meios de prova utilizados no processo, ou até mesmo o próprio resultado da inserção desses meios nos autos, e passa a ser a própria atividade, através da qual os litigantes lançam mão para que os meios de prova venham ao conhecimento do juiz e forme sua convicção, de modo adequado a influir no julgamento. É, em síntese, “o procedimento probatório, com todos os seus atos de proposição, admissão e produção”²⁰.

2.3 A prova como resultado.

Enquanto resultado, a prova está intimamente atrelada à convicção produzida no espírito do julgador acerca do acertamento dos fatos trazidos pelas partes ao processo. É o próprio produto conclusivo oriundo da atividade desenvolvida pelas partes através dos meios de prova. Nas palavras de LEONARDO GRECO, a prova, neste caso, é “o conclusivo acertamento da existência ou não dos fatos probrandos, manifestado em decisão fundamentada pelo julgador com base em todos os elementos anteriores”.²¹

Juridicamente, portanto, são esses os três sentidos mais utilizados pela doutrina para definir a prova no processo.

2.4 Função e objeto do prova.

A todo aquele que se debruça sobre o estudo do tema da prova no processo ou simplesmente sobre este último, vem à mente a questão da função (ou finalidade) da prova e, via de regra, vem consigo a ideia de que a prova destina-se à investigação da veracidade dos fatos jurídicos ocorridos sobre os quais incidirá a norma jurídica abstrata, que deverá regular aquela determinada situação.

Com efeito, a função da prova e, conseqüentemente, dos fatos, ocupa papel de suma importância, principalmente sob a ótica do processo moderno, que tem como um dos seus objetivos fundamentais, a justa composição do litígio (e, portanto, composição condizente com a verdade dos fatos ocorridos no plano material), motivo este que talvez seja a razão pela

ela consiste na “actividade ou o conjunto de operações destinadas à formação da convicção do juiz, sobre a veracidade dos factos controvertidos que foram carreados para o processo pelas partes e que se encontram seleccionados na base instrutória”. (RANGEL, Rui Manuel de Freitas, ob. cit., p. 22/23).

²⁰ GRECO, Leonardo. Ob. cit., p. 229.

²¹ Ibid, p. 230.

qual o legislador processual civil estabeleceu vários procedimentos e regras para a investigação dos fatos no processo de conhecimento, bem como o operador do direito se debruça, na prática, mais sobre a análise dos fatos do que, propriamente, com a discussão das questões de direito.²²

A atenção redobrada que deve ser dada, no processo, à análise dos acontecimentos, consubstancia-se no fato de que os escopos da jurisdição moderna só serão atingidos, em sua totalidade, se o operador do direito fizer a correta aplicação do direito aos fatos ocorridos. Nesta seara, sobre o conhecimento prévio dos fatos para aplicação do direito, CHIOVENDA, ao definir a jurisdição, observa que “toda norma encerrada na lei representa uma vontade geral, abstrata, hipotética, condicionada à verificação de determinados fatos, que, em regra, podem multiplicar-se indefinidamente. Toda vez que se verifica o fato ou grupo de fatos previstos pela norma, forma-se uma *vontade concreta da lei*, ao tempo em que da vontade geral e abstrata nasce uma vontade particular que tende a atuar no caso determinado”.²³

Por esta razão, a descoberta da verdade constitui um dos objetivos fundamentais do processo.²⁴ Através deste, o juiz descobre a verdade dos fatos alegados em juízo e faz incidir sobre eles os efeitos da norma apropriada (juízo de subsunção)²⁵. Neste contexto

²² Sobre o tema, conferir: TWINING, William. *Rethinking Evidence – Exploratory Essays*. Evanston: Northwestern University Press, 1994. O mencionado autor faz referência acerca da opção feita pela doutrina em explorar mais as questões de direito em seus ensinamentos, em detrimento do estudo dos fatos e, portanto, das provas. (TWINING, William. *Rethinking Evidence – Exploratory Essays*, ob. cit., p. 14)

²³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, trad. Paolo Capitanio, Campinas: Bookseller, 1998, p. 18.

²⁴ Como afirmam TARUFFO e MICHELI: “no processo a verdade não constitui um fim em si mesma, contudo insta buscá-la enquanto condição para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado”. (MICHELI, Gian Antonio e TARUFFO, Michele. “*A prova*” in *Revista de Processo*, nº 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez 1979, p. 168). No mesmo sentido conferir, também, Laumem citado por José Carlos Barbosa Moreira. Para o referido autor “A descoberta da verdade só pode ser um meio a serviço de outros fins do processo. Ela não se dá por amor de si mesma, senão que unicamente serve para possibilitar uma decisão justa, isto é, referida a um fato verdadeiro” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “*Alguns Problemas Atuais da Prova Civil*” in *Revista de Processo*, v. 14, n. 53, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 1989, p. 122, nota 2).

²⁵ Note-se que essa é uma visão clássica e que, por sua vez, tem íntima ligação com a tradicional noção que se tem do juiz na solução da causa. Apesar de pertencerem à corrente moderna que amplia os poderes de interpretação do magistrado, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart ao explicarem a matéria dizem que, nesta visão clássica, não é dada ao juiz a oportunidade de interpretar “o direito que deve reger certa situação de direito material. Ao revés, cumpre-lhe apenas apontar a norma jurídica específica, aplicável ao caso, sendo mero mediador entre a situação concreta e o direito material abstrato. É, nas palavras de Montesquieu, *la bouche de la loi*, cuja função é, exclusivamente, dizer a intenção da lei sobre o caso concreto”. Mais à frente, os autores arrematam dizendo que “mantendo-se o direito atual ainda fiel à estrutura normativa herdada do racionalismo iluminista – e compreendendo-se que a atribuição do magistrado é, exclusivamente, a de aplicar o direito objetivo ao caso concreto -, é inexorável a constatação de ser imprescindível a reconstrução dos fatos a fim de que a hipótese prevista na norma seja adequadamente aplicada, e que a medida dessa adequação estaria na maior ou menor aproximação da hipótese descrita na regra com a realidade descoberta.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, pp. 249/251, nota 2). O raciocínio dos eminentes juristas possui nítidos ares iluministas e liberais, preconizado pelas Revoluções do Século XIX que, por sua vez, visavam a proteção do interesse da coletividade contra os abusos da aristocracia que dominava o Poder

LIEBMAN²⁶, por exemplo, assevera que a terminologia “julgar” significa valorar, através do direito vigente, um determinado fato pretérito, determinando, conseqüentemente, a norma concreta que regerá o caso.

Nesta senda, há uma verdadeira reconstrução dos fatos concretamente ocorridos e, só então, convencido das alegações das partes, o juiz aplica a norma anteriormente abstrata que passará a reger aquele fato. Sobre esta reconstrução fática, CARNELUTTI afirma que “a primeira tarefa de julgar é reconstruir o evento, o tribunal não poderia proceder à comparação do fato com a norma antes de tê-lo reconstruído”²⁷.

Judiciário e o Poder Executivo da época. A ideia era a de que se o juiz estivesse cingido a mera análise dos fatos ocorridos, aplicando a estes o direito estabelecido previamente pelo Poder Legislativo (em tese, derivado da vontade popular já que emanado dos representantes do povo), a atuação jurisdicional jamais seria ilegítima, tendo em vista que o juiz seria apenas um executor das diretrizes do Poder Legislativo. Para um maior aprofundamento, conferir: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis: a forma de governo, a federação, presidencialismo versus parlamentarismo/Montesquieu; Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira de Mota*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 165; CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*, vol. I, trad. de José Casais y Santalo, Madrid: Reus, 1922, pp. 90/91; MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-canónica*, trad. de Eduardo L. Suárez, México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 64. Hodiernamente, grande parte dos doutrinadores têm apresentado objeções ao modelo clássico da atuação jurisdicional, sob o entendimento de que com a superação do Estado Liberal e, portanto, da supremacia da lei, bem como com a respectiva elaboração das Constituições, o próprio direito teria passado a ser visto de outro modo, tendo em vista que as normas constitucionais, diferentemente das leis codificadas, não possuiriam a exata prescrição de como as coisas se dariam já que o conteúdo da maioria delas seria aberto. DIDIER JÚNIOR, por exemplo, ao definir jurisdição, afirma que esta atividade estatal é também criativa, na medida em que, ao decidir, o tribunal cria algo novo ante a constatação de que os textos normativos não determinam completamente as decisões dos tribunais e “somente aos tribunais cabe interpretar, testar e confirmar ou não a sua consistência”. O autor acrescenta dizendo que “em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado Constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme à Constituição.” (DIDER JÚNIOR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., v. 1, p. 68/70). No mesmo sentido MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, v.1, p. 99, e CRUZ ARENHART para quem o processo civil moderno deve atualizar-se a fim de corresponder aos novos anseios da sociedade cujas soluções ainda não se encontram positivadas em virtude da demora das alterações legislativas. Para o autor, é necessário “buscar aprimorar o processo também com a evolução na interpretação judicial, com o manejo mais ajustado das técnicas processuais postas à disposição do juiz e com o preenchimento das lacunas legais, sob o vento das garantias constitucionais”. (ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da Prova e Sua Modificação no Processo Civil Brasileiro*. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). *Provas: Aspectos Atuais do Direito Probatório*. São Paulo: Método, 2009, p. 329. Conferir ainda: ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos Sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 71; SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo Constitucional: Nova Conceção de Jurisdição*. São Paulo: Método, 2008; ALEXANDRIA, Jessé de Andrade. *O Juiz é Um Legislador?*, in COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega (org.). *Coletânea De Fato e de Direito/ Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – Mossoró: ESMARN – Região-Oeste*, 2007; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a “Letra da Lei” é Uma Atitude Positivista?* In Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos, vol. 15, n. 1, jan/abr 2010. Disponível em <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acessado em 15 de abril de 2013.

²⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, tomo I, trad. de Cândido R. Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 4

²⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*, Napoli: Morano, 1958, p. 94.

Eis a razão pela qual o processo de conhecimento é de suma importância para a conclusão do processo. É através deste que os fatos sobre os quais o Estado-Juiz é chamado a se pronunciar são descobertos. Em outras palavras, é através do processo de cognição que o juiz conhece os fatos e sobre eles faz incidir a norma correspondente. Como já afirmado em linhas pretéritas, neste campo, a verificação da verdade dos fatos ocorridos é essencial para viabilizar a concretização da norma abstrata²⁸.

Ao lecionar sobre a importância da verdade e da prova no processo, CHIOVENDA expõe que o processo de conhecimento trava-se entre dois extremos, nomeadamente, a demanda e a sentença, através de uma série de atos, sendo que “esses atos têm, todos, mais ou menos diretamente, por objeto, colocar o juiz em condições de se pronunciar sobre a demanda e enquadram-se particularmente no domínio da execução das provas”²⁹. Não se pode negar, porém, que a verdade sempre foi fator de legitimação para o direito processual, mesmo quando sua busca era pautada em fatores meramente formais.

A efetividade da tutela jurisdicional é, ao lado da justa composição do litígio, um dos escopos da processualística moderna, consubstanciado em assegurar ao Demandante exatamente aquilo que ele teria caso seu direito não tivesse sido violado, dispondo dos meios de tutela adequados, em consonância com as normas de direito substancial, no menor espaço de tempo e com o mínimo de esforço possíveis.³⁰

Essa busca pela efetividade da tutela jurisdicional fez brotar a necessidade de buscar-se a verdade dos fatos tal qual ocorridos no plano material a fim de que, conforme mencionado, aquele que teve seu direito violado pudesse ter do Estado a possibilidade de retornar ao *status* que antecedeu aquela perturbação, em outras palavras, a busca pela efetividade, entre outras coisas, fez surgir a necessidade da busca pela verdade material em detrimento da busca formal. Mas nem sempre foi assim.

²⁸MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*, op. cit., p. 249.

²⁹CHIOVENDA, Guisepe, op. cit., 1998, v. 1, p. 72.

³⁰Neste sentido, ver a seguinte obra: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas Sobre o Problema da Efetividade do Processo*, in Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques, Saraiva, 1982, São Paulo/SP, pp. 203 e seguintes. Estudo publicado também em *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, Saraiva, 1984, São Paulo/SP, pp. 27 e seguintes. Ver também, do mesmo autor: *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, in Doutrinas Essenciais de Processo Civil, v. 1, p. 877-883, Revista dos Tribunais, 2011; DIDER Júnior, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, op. cit., p. 40; BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. ALBINO ZAVASCKI, em posicionamento semelhante afirma que “o direito fundamental à efetividade do processo – que denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos”. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia Social da Prestação Jurisdicional*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 122, abr./jun. 1994, p. 294).

Durante algum tempo, a doutrina processual distinguiu a forma pela qual o processo civil e o penal lidavam com o tema da verdade. Defendia-se que, por lidar com bens mais relevantes, o processo penal deveria trabalhar com a verdade substancial, enquanto que o processo civil satisfar-se-ia com a verdade formal. A distinção entre ambas pautava-se pela possibilidade ou não de participação ativa do juiz na instrução do processo, bem como do correlato papel das partes. Na verdade formal, não era permitido que o juiz atuasse de forma ativa na produção das provas, ao passo que, na verdade material, autorizava-se a ele ordenar a realização das provas.

Argumentava-se que, lançando mão da prerrogativa de utilização da verdade formal, o juiz poderia proferir decisões dissociadas da realidade, com base em elementos probatórios insuficientes para o total esclarecimento dos fatos, utilizando-se da ponderação das cargas probatórias atribuídas aos litigantes. A pesquisa em face da verdade material exigiria daquele que se debruça sobre os fatos uma análise muito mais profunda. Nesta, é necessário sopesar todos os elementos de prova, “não existindo provas absolutas e sendo necessário sempre pesquisar, inclusive com o auxílio do magistrado que tem disponibilidade sobre as provas do processo”.³¹

Diferentemente da noção de verdade substancial, não há, na verdade formal, a necessidade de identificação absoluta do conceito extraído com a essência do objeto. Ou seja, aquela última identifica-se muito mais com uma “ficção” da verdade. Obedecidas as regras do ônus da prova (como anteriormente explicitado) e decorrida a fase instrutória da ação, o juiz entende que a reconstrução histórica promovida no processo foi completa, considerando o resultado obtido como verdade — mesmo que saiba que tal produto está longe de representar a verdade sobre o caso em questão. Nela, a confissão é suficiente, a revelia, por vezes basta e a recusa em depor também é bastante.³²

Em outras palavras, no conceito de verdade material (ou real) a ênfase está no fato, sendo a verdade o fato refletido, e na verdade formal a ênfase está na ideia ou não representação discursiva, assim, nas palavras de Arruda Alvim “a verdade formal, ao

³¹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Verdade Material e Verdade Formal: Antiga Distinção ou Moderna Concepção?* In Revista CEJ, Brasília, Ano XVI, N. 56, Jan./abr., 2012, p. 92.

³² Sobre o tema: BARROS, Marco Antônio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31. Como analisava CARNELUTTI, “o resultado da busca juridicamente limitada ou regulada não é, pois, a verdade verdadeira, e sim, uma verdade convencional, que se denomina verdade formal, porque conduz a uma indagação regulada nas formas, ou verdade jurídica, porque se a busca mediante leis jurídicas e não somente mediante leis lógicas, e unicamente em virtude dessas leis jurídicas substitui a verdade material.” (CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. Trad. Lisa Pari Scarpa. 4ª ed., São Paulo: BookSeller, 2005, p. 47).

contrário da substancial, é aquela refletida no processo, e juridicamente apta a sustentar a decisão judicial”.³³

Com o passar dos anos, o processo evoluiu do conceito privatístico que o direito romano forjava (*ordo iudiciorum privatorum*) para um caráter acentuadamente publicístico³⁴ e, conseqüentemente a função jurisdicional deixou de ser apenas um meio de propiciar instrumentos aos litigantes para solução dos conflitos e passou, também, a desempenhar relevante missão de ordem pública na pacificação social sob o império da lei.

Com essa transmutação, a distinção entre a verdade formal e material perdeu seu brilho. Isso porque, nesse modelo de processo moderno o interesse em jogo é tanto das partes como do juiz e da sociedade em cujo nome atua. Atuação esta pautada pela busca da boa atuação jurisdicional e efetividade do provimento que compõe o litígio e, conseqüentemente, mais próxima possível da realidade dos fatos ocorridos no plano material. Mediante o processo, civil ou penal, pretende-se obter a reconstrução fatural o mais próxima possível da realidade, sendo que o melhor conhecimento possível dos fatos relevantes constitui, em qualquer um daqueles, pressuposto de boa decisão.

Sob este aspecto é que, como bem salientou RUI PORTANOVA “a adoção plena no processo civil do princípio da verdade real é uma consequência natural da modernidade publicística do processo. Assim, a par de não se admitir o princípio dispositivo rígido [...] cada vez mais aumenta a liberdade na investigação da prova, em face da socialização do Direito e da publicização do processo, razão que levou Lessona a afirmar que ‘em matéria de prova todo progresso está justamente em substituir a verdade ficta pela verdade real’”.³⁵

Ainda na obra de CARNELUTTI é possível observar a crítica que o autor faz à dicotomia existente entre a busca da verdade material e a formal quando diz que a verdade é uma só e, quando há a coincidência entre a verdade material e a formal, está-se diante de uma verdade, caso contrário, aquilo que foi encontrado no processo seria uma não verdade.³⁶

Também CHIOVENDA critica a ideia de verdade formal ao afirmar que “juridicamente a vontade da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade da lei. Nem esta

³³ ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Dogmática Jurídica e o Novo Código de Processo Civil*. in *Revista de processo*, nº 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar. 1976, p. 99.

³⁴ Sobre a evolução da natureza jurídica do processo, conferir: ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. Ed. 8. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 153; CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. Op. cit., p. 298; ALVES, Jones Figueirêdo. *A Verdade Material Como Novo Paradigma do Processo Civil Moderno. Aplicação Tópica e Significante ao Princípio da Justa Composição do Conflito* in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 2 (2013), nº 08. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 7635, nota 16.

³⁵ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 1.ed., 2ª tiragem, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 199.

³⁶ CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. Trad. Lisa Pari Scarpa. Op. cit., p. 48.

afirmação do juiz pode chamar-se uma verdade formal: frase que supõe um confronto entre o que o juiz afirma e o que poderia afirmar; o direito não admite esta confrontação, e nós ao buscar a essência de uma instituição jurídica devemos colocar-nos no ponto de vista do direito.”³⁷

Afirmar que o processo civil trabalha apenas com a verdade formal, significaria dizer que o juiz cível se contenta com uma meia verdade enquanto que o do processo penal necessitaria da verdade inteira para decidir, o que é, sem dúvida, uma grande inverdade ou não condizente com a verdade. É dizer, o primeiro desvalorizaria o esclarecimento dos fatos ocorridos na realidade, autorizando-nos a concluir que, para ele, todos os esforços empreendidos a fim de reconstruir os acontecimentos seriam inúteis e dispensadas seriam maiores indagações acerca dos eventos.³⁸

É imperioso destacar que ao defender a tese de que as partes envolvidas no processo devem sempre buscar a verdade material, ou em outras palavras, utilizar todos os meios de prova a fim de chegar à realidade mais próxima possível dos fatos que deram ensejo à lide, não se está querendo dizer que os litigantes atingirão a verdade absoluta ou a certeza dos fatos tal qual ocorridos na realidade, ante a constatação de que o conceito de verdade e certeza são absolutos, razão pela qual em algumas situações não é possível ter a segurança de tê-las atingido em qualquer processo. O que se obtém é um elevado grau de probabilidade no que diz respeito aos fatos e a subsunção destes às normas apropriadas, capaz de gerar segurança jurídica naqueles envolvidos no processo.³⁹

A questão da busca da verdade absoluta é algo que aflige não apenas os filósofos desde a antiguidade, mas, ao mesmo tempo, é um dilema enfrentado cotidianamente pelos magistrados, seja pelo conhecimento limitado do homem acerca das matérias que o rodeia, seja porque, diferente daquilo que ocorre nas ciências experimentais, a atividade de

³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 96.

³⁸ BETTIOL observa ainda que a verdade legal não seja a verdade substancial, não há uma diferença ontológica radical entre o processo civil e o penal porquanto ambos são instrumentos da verdade, sendo preciso fazer um esforço pela busca desta. Por esses motivos, a teoria da verdade formal vem perdendo, paulatinamente, força no seio do processo civil. (BETTIOL, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*. Padova: Cedam, 1966, p. 202)

³⁹ Neste sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. Op. cit., p. 318. Oportuno lembrar aqui a decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, no Habeas Corpus nº 155.149-RJ (2009/0233468-0) da lavra do então Ministro Félix Fischer, no qual, ao citar o jurista português FIGUEIREDO DIAS, afirma que “a verdade material que se busca em processo penal não é o conhecimento ou apreensão absoluta de um acontecimento, que todos sabem escapar à capacidade do conhecimento humano; tanto mais que aqui intervêm, irremediavelmente, inúmeras fontes de possíveis erros...” Ensina, ainda, que a verdade material deve ser entendida em duplo sentido: “no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo ‘absoluta’ ou ‘ontológica’, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço mas processualmente válida”. (STJ. 155.149-RJ (2009/0233468-0). Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, DF. Julgado em 29/04/2010).

investigação judicial dirige-se a acontecimentos passados, cuja reconstituição só pode ser obtida através de meios indiretos. Some-se a isto, o fato de que, na tentativa de persuadir o magistrado acerca da veracidade de suas alegações, os litigantes, muitas vezes, utilizam formas ardilosas na manipulação dos meios de prova ⁴⁰, o que torna a verdade, em si, muitas vezes inatingível.

Ora, sabendo que a demonstração da realidade a que objetiva a prova não está configurada em uma operação lógica (como nas ciências exatas), tampouco através da observação direta ou da reconstituição dos fatos (como por exemplo, nas ciências médicas ou nos exames realizados nos laboratórios das ciências naturais) seu resultado, muitas vezes, não origina uma certeza absoluta no espírito do julgador (capaz de excluir a possibilidade de o fato não ter ocorrido ou o ter de forma diversa). “A prova visa apenas, de acordo com os critérios de razoabilidade essenciais à aplicação prática do Direito, criar no espírito do julgador um estado de convicção, assente na certeza relativa do facto” ⁴¹.

O processo passa a ser compreendido, então, como um ambiente de “riscos” no qual a certeza, propriamente dita, quanto às proposições factuais e, conseqüentemente, quanto ao direito aplicado à querela, somente surgirá quando o exercício do poder jurisdicional for positivado com a sentença porque, só então, é que as partes terão certeza da existência dos direitos e obrigações afirmados ou negados. Conseqüentemente, conforme ensina

⁴⁰ Sobre a boa fé e a verificação da verdade, pesquisar: RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil*, op. cit., p. 65; STAMFORD, Artur. *Certeza e Segurança Jurídica: Reflexões em Torno do Processo de Execução*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. v.36. n.141. p.257-69. jan./mar. 1999; SOARES, Fernando Luso. *A Responsabilidade Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 159.

⁴¹ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*, ob.cit., p. 435/436. Os autores aduzem ainda que “os factos que interessam ao julgamento da causa são muitas das vezes ocorrências concretas do mundo exterior ou situações do foro espiritual, que pertencem ao passado e não podem ser reconstruídas nos seus atributos essenciais”. Mais adiante complementam dizendo que a “demonstração de factos desta natureza, com a finalidade do seu tratamento jurídico, não pode visar um estado de certeza lógica, absoluta, sob pena de o Direito falhar clamorosamente na sua função essencial de instrumento de paz social e de realização da justiça entre os homens”. Para ANSELMO DE CASTRO “deve entender-se que se encontra demonstrada a realidade do facto desde que se atinja aquele grau de certeza que as pessoas mais exigentes da vida reclamam para dar como exacto um certo facto” (CASTRO, Artur Anselmo de. *Lições de Processo Civil – Coligidas e Publicadas por Abílio Neto e Revistas Pelo Professor*. Vol. III. Coimbra: Livraria Almedina, 1973, p. 106/107). No mesmo sentido: SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Provas*, ob. cit., p. 26, nota 32; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. ed. 2. São Paulo: Malheiros, 2002, v. I, p. 143; ZANETI JR, Hermes. *O problema da Verdade no Processo Civil: Modelos de Prova e de Procedimento Probatório*. In Revista de Processo, ano 29, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 337; RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil*, ob. Cit., p. 116. Para maiores esclarecimentos consultar as seguintes obras: TARUFFO, Michele. *Modelli di Prova e di Procedimento Probatorio* in Rivista di Diritto Processuale, ano XLV, abr.-jun.1990, p. 421/448; CALAMANDREI, Piero. *Verità e Verossimiglianza Nel Processo Civile in Rivista di Diritto Processuale*, vol. X, p. 164/192, 1955; CALAMANDREI, Piero. *Estudios Sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1986, p. 317 e ss; CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, Vistos Por Um Advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1997, p. 125.

DINAMARCO, “a certeza proporcionada pelo exercício consumado da jurisdição coincide com a segurança jurídica”.⁴²

In casu, mesmo a exigência de “um grau de probabilidade tão elevado” da veracidade dos fatos, em conformidade com o afirmado por VAZ SERRA, não implica na imunidade de riscos no processo, sob pena de inviabilização dos juízos, como bem demonstrado por SILVA MURITIBA e LAZZARINI LEMOS ao afirmarem que “há de se ter em mente que, em não sendo possível uma utópica busca da verdade e de uma justiça infalível, tais juízos devem se orientar pragmaticamente pela vontade de a todo custo administrar os conflitos e seus riscos, com base nos procedimentos instituídos pelo direito e nas leituras da realidade exterior efetuadas através dele”.⁴³

Para THEODORO JÚNIOR, muito embora a verdade real, em sua substância absoluta seja um ideal inatingível em virtude da limitação do conhecimento humano “o compromisso com sua ampla busca é o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental. E é, com o espírito de servir à causa da verdade, que o juiz contemporâneo assumiu o comando oficial do processo integrado nas garantias fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito”.⁴⁴

Cabe ao julgador, sem dúvidas, uma árdua tarefa que está necessariamente condicionada pelos limites do conhecimento humano, não devendo ter a obsessão de descobrir a “verdade absoluta” a todo o custo, até porque no exercício do seu múnus, o magistrado não deixa de estar sujeito aos condicionalismos que o direito probatório vai colocando no decorrer de sua atividade cognitiva.

Já decidiu o Tribunal da Relação do Porto que a vivência social e o conhecimento da realidade da vida do julgador, “ainda que consubstanciando sempre uma certa margem de risco relativamente ao apuramento da verdade, mas com o qual se deve conviver, sempre temperam a decisão sem excessivos dramatismos e sem descuidar os cuidados que sempre se impõem, e assim outro sistema que não este, que tem plena consagração no princípio da livre apreciação da prova e convicção do julgador, que não admitisse esta margem de risco sempre

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, ob. cit., p.236/237.

⁴³ MURITIBA, Sérgio Silva; LEMOS, Julio Cesar Lazzarini. *Crítério da Proporcionalidade da Concessão de Medidas de Urgência de Caráter Antecipatório* (§2º, do art. 273, do CPC): *Considerações Zetéticas e Dogmáticas in* ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Orgs.). *Inovações Sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 431).

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Processo Justo: O Juiz e Seus Poderes Instrutórios Na Busca Da Verdade Real in* Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, n. 80, p. 71/85, nov. 2009.

conflituaria com direitos fundamentais ou poderia conduzir a situações de verdadeira denegação de justiça”.⁴⁵

Como já explicitado, o juiz moderno tem uma participação efetiva no processo, pautada, obviamente, por parâmetros que a norma e o bom senso determinam.⁴⁶ De há muito, o magistrado deixou de ser um mero aplicador da lei e passou a interpretá-la, bem assim tudo aquilo que lhe é trazido através do processo, principalmente no que diz respeito ao exame do conjunto probatório carreado aos autos pelas partes (e por si).⁴⁷

Neste cenário, apesar de ser um dos sujeitos da relação processual, a função por ele exercida não pode ser confundida com aquela desenvolvida pelos litigantes haja vista que não assume uma condição de contraditor, mas de terceiro, responsável pela condução equilibrada do processo, mormente no que diz respeito à regularidade na produção dos significantes probatórios. Além disso, sua função também é a de expedir, em nome do Estado, o provimento com força imperativa, respeitado o devido processo legal, levando em consideração os argumentos construídos ao longo do procedimento.

Especificadamente quanto à função julgadora, o juiz, limitado que está aos seus conhecimentos humanos e aos elementos probatórios trazidos para sua apreciação, deve lançar mão de sua vivência social e do conhecimento da realidade da vida (bem como alcançado pela vida) para, em confronto com a reconstrução fatural alcançada no processo (que, como sedimentado, nem sempre conduz à certeza absoluta da verdade) dar o provimento jurisdicional final da lide.⁴⁸

⁴⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto. Processo nº 0222985. Relator: Marques de Castilho. Data do Acórdão: 06/05/2003. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

⁴⁶ CARVALHO, Amilton Bueno. *O juiz e a Jurisprudência – Um Desabafo Crítico in* Revista de Estudos Criminais, ITEC, Porto Alegre, n. 7, 2002, p. 13-18; ROSA, Alexandre Moraes da. Decisão no processo penal como bricolage de significantes. Tese (Doutorado em Direito). UFPR, Curitiba, 2004, p. 268. Disponível em: <<http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br>>. Acesso em: 08 set., 2013.

⁴⁷ PERELMAN, citado por PETZOLD PERNÍIA afirma que na concepção atual do direito, o juiz não tem mais o limitado papel de simplesmente ser uma boca pela qual se fala a lei. Hodiernamente, a lei não constitui todo o direito, mas é o instrumento que guia o juiz no cumprimento de sua tarefa, qual seja, a solução dos casos que lhe são trazidos. (PERNÍIA, Hermann Petzold. El juez y la interpretación de la ley *in* Revista de La Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, n. 69, 1988, p. 76).

⁴⁸ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil*, op. cit., p. 116. O Juiz pode (e deve) também utilizar as regras de experiência no momento de julgamento. Para MAIA FILHO essa possibilidade “harmoniza-se com a maximização do valor que modernamente se atribuiu ao juiz na condução do processo judicial, superando-se aquela famosa fase anterior, em que se afirmava (e com inteira razão) que o desenvolvimento da instrução processual se assemelhava em tudo e por tudo a um autêntico duelo entre as partes litigantes, do que o julgador era um observador privilegiado, sem dúvida, mas essencialmente e quase sempre passivo”. (MAIA FILHO, Napoleão Nunes. As regras da experiência comum na formação da convicção do juiz *in* Revista dialética de direito processual, São Paulo, n. 17, p. 59-75, ago. 2004). Sobre a utilização das regras de experiência, consultar: TOSTA, Jorge. *Manual de Interpretação do Código Civil: As Normas de Tipo Aberto e os Poderes do Juiz*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 94.

De fato, os fatores exógenos que circunscrevem a análise da prova produzida, no momento do julgamento da lide, são, não raras as vezes, cruciais na forma como o juiz e(ou) o tribunal irá se portar diante do conjunto probatório ou, em outras palavras, a atenção que vai lançar para cada prova produzida e, portanto, na avaliação final que irá fazer desta, para efeito de dar um certo fato como provado ou não provado.

E isso ocorre porque a decisão judicial, além do caráter objetivo que possui, também é um ato do sentir humano e da sua complexidade enquanto ser humano. O julgamento é um ato do “sentire”, ou, “o sentir do juiz”, de crença naquilo que foi demonstrado no processo. Neste diapasão, o seu resultado está sujeito a diferentes variáveis projetadas sobre o processo, como por exemplo, as vivências pessoais do juiz, seus gostos e desgostos, suas crenças, a sua realidade de mundo, entre outros fatores. Desse modo, a atividade julgadora consiste na realização de uma avaliação puramente pessoal, de convencimento próprio, limitado, não somente à condição de ser humano, como também às regras jurídicas previstas em lei.⁴⁹

É impossível exigir do juiz que ele decida a lide sem a sua subjetividade, em outras palavras, distanciado de suas vivências e experiências adquiridas como ser no mundo haja vista que o entendimento que ele tem de si mesmo (e dele no contexto em que vive) é um atributo do ser humano que o faz diferente das máquinas ou de qualquer objeto inanimado, de cujo conteúdo ele não pode (e na verdade, não consegue) fugir no ato de julgar.⁵⁰

Tudo que foi exposto nos leva a concluir que a interpretação do caso concreto e das provas carreadas ao processo é influenciada e orientada – e não poderia deixar de ser – pela pré-compreensão particular e individual do intérprete, no caso, o juiz, a partir de suas experiências de vida e de suas orientações pretéritas.

Como é sabido, a atividade jurisdicional é exercida por um terceiro imparcial, ou seja, é da própria essência da atividade jurisdicional que ela seja exercida por alguém estranho ao conflito de interesses (terceiro, aspecto objetivo) e desinteressado dele (subjetivamente

⁴⁹ Ver a seguinte obra: GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. *O Mito da Neutralidade na Motivação das Decisões Judiciais: Aspectos Epistemológicos* in Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 102, p. 288-307, jun. 2006.

⁵⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Repensando a Interpretação Constitucional* in Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica. Ano I, Vol. I, nº 05, Agosto/2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 02 de Setembro de 2013. ALMEIDA PRADO ao falar sobre a dificuldade de integrar o ‘sentimento’ da psique do coletivo do ocidente, bem como as consequências daí advindas, como por exemplo, a rigidez mental, o racionalismo exagerado e a supervalorização do pensamento em detrimento da emoção conclui que “o direito, como prestação jurisdicional, não apenas seguiu essa propensão (que se verificou em quase todos os ramos do saber), mas o fez de modo exacerbado. Explica-se: nas decisões judiciais a desqualificação do sentimento intensifica-se porque um dos instrumentos de trabalho dos magistrados é a lei – regra, abstrata de conduta imposta à observância geral – , que pertence ao mundo da racionalidade, muito distanciado da emoção”. (PRADO, Lídia Reis de Almeida. *Racionalidade e Emoção na Prestação Jurisdicional*. In: ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. Campinas: Millennium, 2002, p. 44.).

imparcial, ou seja, que não pode ter interesse em que qualquer das partes saia vitoriosa ou não do processo, sob pena de ser considerado impedido ou suspeito de julgar a causa).

É importante, neste aspecto e diante de tudo o que vem sendo escrito, mencionar que a neutralidade do juiz não pode ser confundida com a sua imparcialidade. Tal distinção é imprescindível a fim de se evitar a conclusão precipitada de que o julgador deixaria de ser imparcial no processo por decidir com base em suas convicções pessoais, trazendo consigo suas experiências e vivências.

Criou-se um verdadeiro mito, no seio judiciário, de que o juiz teria de ser neutro em relação à causa, consubstanciado na possibilidade de ser desprovido de vontade inconsciente e na predominância, no processo, do interesse das partes e não do interesse geral de administração da justiça. Em outras palavras, que o juiz nada teria a ver com o resultado da instrução processual.

Traz-se aqui, em termos de elucidação da questão posta, o brilhante ensinamento de DIDIER JÚNIOR ao escrever acerca da impossibilidade de se confundir a neutralidade com a imparcialidade. O mencionado jurista afirma que “ninguém é neutro, porque todos têm medos, traumas, preferências, experiências, etc. Já disse o poeta que nada do que é humano é estranho ao homem (Terêncio, ‘Homo sum, humani nihil a me alienum puto’). O juiz não deve, porém, ter interesse no litígio, bem como deve tratar as partes com igualdade, garantindo o contraditório em paridade de armas (fair hearing, como dizem os americanos): isso é ser imparcial”.⁵¹

Admitir que ao julgar o magistrado decide a lide de forma puramente objetiva, neutra, imparcial e sem emoção seria irracional e, porque não utópico. Enquanto ser humano, ele está propenso a influências de toda ordem que moldam suas percepções das coisas e das pessoas, de tal forma que sua subjetividade é transferida para as suas decisões, dentro, obviamente, dos contornos legais.⁵²

Como já afirmado, a palavra “sentença” tem sua raiz na “sentire”, ou seja, sentir. Daí a associação com o sentimento. Em outras palavras, até mesmo etimologicamente falando a

⁵¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I, p. 67.

⁵² FACCHINI NETTO utiliza-se dos ensinamentos de CALAMANDREI, em “*La Crisi Della Giustizia*”, transcrevendo o seguinte trecho do autor italiano, com a finalidade de demonstrar a humanização do juiz: “O juiz não é somente juiz: é um cidadão, isto é, um homem que vive em sociedade, que tem certas opiniões e certos interesses comuns como outros homens. Não vive só; está ligado por vínculos de solidariedade e de convivências: é inquilino, é locador, ou proprietário de sua casa; é solteiro ou casado; é filho de comerciante ou de agricultores; pertence a uma igreja ou talvez, embora não o diga, identifica-se com um partido. Seria possível que todas essas condições pessoais não repercutam de alguma forma sobre suas decisões? Seria possível que, no seu raciocínio, justiça e política não entrem jamais em contato?” FACCHINI NETTO, Eugênio. “*E o Juiz Não é Só de Direito...*” (ou “*A Função Jurisdicional e a Subjetividade*”). ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. Campinas: Millennium, 2002, p. 406/407.

sentença está mais relacionada com sentimento e vontade do que com cognição e razão ⁵³, na verdade, ambas coexistem no momento de decidir, tornando-se indispensável que haja um perfeito equilíbrio entre os elementos objetivos e a subjetividade, a fim de se garantir a racionalidade exigida pelo direito. ⁵⁴

Desta forma é que se conclui dizendo que a subjetividade é ineliminável da função jurisdicional já que ninguém consegue sair de si próprio e afastar completamente todos os condicionamentos existenciais no momento de decidir, tanto que a doutrina moderna tem se resignado a aceitar esse fato e, ao invés de discutir se o juiz cria direito ao utilizar aquela carga subjetiva, tem procurado discutir os limites de tal criatividade e tentado encontrar técnicas que possam ajudar no equilíbrio de sua utilização.

Com isso, repita-se, a utilização da subjetividade no momento do julgamento não implica, necessariamente, a quebra da imparcialidade do juiz, uma vez que ela está cingida ao tratamento isonômico das partes litigantes, bem como a verificação da falta de interesse do magistrado no que diz respeito à procedência do pedido em favor de qualquer dos litigantes.

O juiz, enquanto representante do Estado deve ter interesse na boa administração da justiça, bem como na justa composição do litígio, mormente por ter o Estado chamado para si a função de solucionar os conflitos de interesses⁵⁵, levando a almejada paz social à coletividade, mas jamais pode ter pretensão de que alguma das partes saia vitoriosa, sob pena de ser considerado impedido ou suspeito de julgar a lide.

⁵³ Conferir também a seguinte obra: CAPPELLETTI, Mauro. *Reflexões Sobre a Criatividade Jurisprudencial no Tempo Presente. Processo, Ideologias e Sociedade*. Elício de Cresci Sobrinho (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008, v.1.

⁵⁴ FREITAS RANGEL fala em “perfeita simbiose”. (RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil*, op. cit., p. 165). No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de Uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 288; POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *Reflexos da Crise do Conhecimento Moderno na Jurisdição: Fundamentos da Motivação Compartilhada no Processo Penal*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2005. No mesmo sentido, PAMPLONA FILHO e CHARLES BARBOSA aduzem que o juiz até consegue se desvencilhar dos elementos externos (ou políticos) no momento do julgamento, mas jamais das influências internas, ou seja, de suas convicções, preconceitos, tradição, etc, porque estes são sentimentos que não se colocam à disponibilidade da racionalidade para fins de sua neutralização, antes, são componentes indissociáveis de sua estrutura. Afirmam, com isso, que o que há no processo “são seres humanos que, com seus medos e frustrações, delegam as decisões acerca de suas incompatibilidades a outro ser humano ou, a um colégio de homens, que, também com seus medos e frustrações, possuem sobre si a difícil missão de produzir, sob a luz do ordenamento jurídico e dos valores presentes na sociedade, uma solução marcada pelas influências internas que atuam sobre a própria falibilidade humana”. (PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. *Reflexões Filosóficas Sobre a Neutralidade e Imparcialidade no Ato de Julgar in* Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 77, nº 3, jul/set 2011, p. 252).

⁵⁵ Nas palavras de Mauro Cappelletti, este chamamento do Estado em detrimento da vingança privada significa “que os povos renunciaram em confiar à força e à vingança a proteção ou a reintegração dos direitos subjetivos substantivos, para confiá-la, pelo contrário, ao sujeito imparcial, o juiz, que opera em um procedimento disposto e ordenado pelas normas e pelos costumes”. (CAPPELLETTI, Mauro. *O Processo Civil no Direito Comparado*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 20)

Exige-se do juiz, isto sim, a observância dos princípios constitucionais e infraconstitucionais no campo processual, de modo que haja uma boa prestação jurisdicional, pautada no respeito ao devido processo legal.

As regras do devido processo legal são imperativos a serem observados pelo juiz porque servem de meio para a tentativa de promoção do justo possível e a fruição do direito ao contraditório e à ampla defesa (corolários do *due process of law*) e representam verdadeiras vigas mestras do processo que permitem que as partes declinem idôneos elementos de convicção a fim de dar suporte à pretensão judicializada.

Como reflete CARNELUTTI ao escrever sobre a função das partes no processo “a parcialidade deles é o preço que se deve pagar pela imparcialidade no juiz durante o processo; é o milagre do homem em superar a sua própria parcialidade, conseguindo não ser parte, não tomando partido”.⁵⁶ A reflexão se alinha com o pensamento de CALAMANDREI quando diz que “imparcial deve ser o juiz, que está acima dos contendores; mas os advogados são feitos para serem parciais, não apenas porque a verdade é mais facilmente alcançada se escalada de dois lados, mas porque a parcialidade de um é o impulso que gera o contraimpulso do adversário, o estímulo que suscita a reação do contraditor e que, através de uma série de oscilações quase pendulares de um extremo a outro, permite ao juiz apreender, no ponto de equilíbrio, o justo”.⁵⁷

Conclui-se, portanto, em conformidade com os ensinamentos de PAMPLONA FILHO e CHARLES BARBOSA que o que se objetiva com a discussão acerca da imparcialidade do juiz “é a garantia da preservação da paridade de armas, de modo que as partes não sejam, de forma alguma, prejudicadas no seu direito às devidas oportunidades para apresentarem seus elementos de sustentação, de travarem o diálogo processual isonômico e de terem suas teses examinadas por um juiz assim dito imparcial. Em palavras outras, que se deixem as contradições fluírem à luz do princípio do *Due Process of Law*, no curso de uma

⁵⁶ CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. [Tradução, José Antônio Cardinali], 1995, CONAN. Disponível em: <<http://new.pensamientopenal.com.ar/04092007/doctri06.pdf>>. Acesso em 10 de setembro de 2013, p. 58/59.

⁵⁷ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juizes, Vistos Por Um Advogado*, ob. cit., p. 126. Para NELSON NERY JÚNIOR a imparcialidade também está ligada ao princípio do juiz natural. Segundo ele “a garantia do juiz natural é tridimensional. Significa que: 1) não haverá juízo ou tribunal ad hoc, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm o direito de se submeter a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial”. (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios de Processo na Constituição Federal*. Ed. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 126). LOURIVAL SEREJO ensina que “a imparcialidade de que trata o presente capítulo é, a princípio, uma postura técnica, processual, do juiz que está acima das disputas pessoais das partes. Sua atuação deve ser equidistante dos interesses em litígio. Essa imparcialidade implica, também, o compromisso ético de coligar elementos suficientes para esclarecer a verdade dos fatos, com objetividade, idoneidade, sem qualquer favoritismo ou preconceito”. (SEREJO, Lourival. *Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional*. Ed. 1. Brasília, DF: ENFAM, 2011, p. 37). Ver também: PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Ed. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 161.

dialética processual, que privilegie, sobretudo, a entrega de cada um, aquilo que, de fato, lhe pertence”.⁵⁸

De uma análise dos argumentos anteriormente expostos, é possível afirmar que a prova, em si, não tem como objeto a reconstrução dos fatos que servirão de suporte para a incidência da regra jurídica abstrata que deverá reger o caso concreto.

Percebe-se que a finalidade da prova é, antes de mais, convencer o juiz de quem merece o provimento jurisdicional favorável, através de uma decisão justa. Em outras palavras, a finalidade da prova é “prestar-se como peça de argumentação, no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-Jurisdição, sobre qual das partes deverá ser beneficiada, com a proteção jurídica do órgão estatal”.⁵⁹

Como é de conhecimento, a decisão judicial é legitimada pelo procedimento que a precede. Ou seja, as formas e garantias presentes ao longo do procedimento permitem que a decisão judicial seja legítima e represente, de fato, a manifestação de um Estado de Direito. E esta legitimação está umbilicalmente interligada com a efetiva participação das partes litigantes na formação do convencimento judicial. Desta forma, esta participação ocorre, em linhas gerais, através das alegações e comprovações. Às partes é permitido, não somente afirmar as situações de fato e de direito que fundamentam suas pretensões, mas também (e principalmente) provar ao magistrado que tais afirmações são verossímeis.⁶⁰

Com efeito, a importância fundamental do direito probatório ocorre pelo fato de que nada pode ser pleiteado em juízo (pelo menos não com êxito), se o destinatário do pretense direito não possuir um mínimo de embasamento probatório, objetivando corroborar suas alegações. Muito embora em alguns processos as partes discutam apenas o direito material aplicado ao caso, em muitos outros (ou na maioria, como já foi dito em linhas pretéritas) o conflito dos litigantes versa acerca das arguições baseadas em fatos, onde é imprescindível a demonstração dos mesmos a fim de que o juiz possa apreciá-los.⁶¹

⁵⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. *Reflexões...* ob. cit., p. 264.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, ob. cit., p.

⁶⁰ Como já afirmou MARIA HELENA DE ALMEIDA CAUTELA “proposta uma acção em juízo, as partes, têm necessariamente de fazer afirmações, levar ao conhecimento do juiz certos factos, com base no quais este, feito um juízo valorativo, decidirá [...] não basta provocar a atividade jurisdicional afirmando factos de relevância jurídica; a simples afirmação não é suficiente para os dar como existentes. Uma outra necessidade se impõe às partes que pretendem a proteção do Estado e as obriga a ir mais além: é preciso demonstrar, fornecer as provas da existência do direito que pretendem que seja tutelado”. (CAUTELA, Maria Helena de Almeida. *Elementos para o Estudo do Ónus da Prova*, p. 4/6).

⁶¹ Pensar o contrário seria, na visão de MARIANA BORGES REMATOSO “possibilitar a instalação de um verdadeiro caos jurídico, no qual bastaria que determinada pessoa fizesse uma simples alegação e, consequentemente, se beneficiaria dos direitos atinentes à mesma”. (RETAMOSO, Mariana Borges. *A (in)eficácia da prova emprestada in Revista de Direito Privado*, ano 11, nº 41, jan/mar 2010, p. 153).

Nesta perspectiva, muito mais do que tentar reconstruir os fatos, a prova assume, nas palavras de MARINONI “um papel de argumento retórico, elemento de argumentação, dirigido, a convencer o magistrado de que a afirmação feita pela parte, no sentido de que alguma coisa ocorreu, merece crédito”⁶².

Note-se que estamos aqui falando da prova como uma atividade desenvolvida pelas partes (ou, subsidiariamente pelo juiz) e neste campo, diferente daquilo que ocorre quando ela é tomada como meio ou resultado (conforme já tratado neste trabalho), a mesma assume um mecanismo processual destinado a transmitir ao julgador o convencimento acerca da ocorrência dos fatos narrados pelos litigantes, de tal forma que ele possa proferir uma decisão justa e que a eficácia da prestação jurisdicional seja garantida.

Interessante é a posição de THEODORO JÚNIOR quando se refere que provar “é conduzir o destinatário do ato (o juiz, no caso dos litígios sobre negócios jurídicos) a se convencer da verdade acerca de um fato. Provar é conduzir a inteligência a descobrir a verdade”.⁶³ O ensinamento do processualista brasileiro encontra supedâneo nas lições de CHIOVENDA que, adentrando na definição do que seria prova em sua época, afirmava que “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo”.⁶⁴

No decorrer natural do processo cada uma das partes procura convencer o juiz da realidade dos fatos alegados em juízo e que, obviamente, lhe sejam favoráveis. O autor procurará lançar mão de meios probatórios a fim de corroborar com as alegações dispostas na peça preambular no intuito de resguardar um direito subjetivo ou se opor a uma violação do mesmo. Por outro lado, o réu irá tentar demonstrar a inexistência dos fatos ou a sua insuficiência para que o mérito da ação seja analisada ou ainda convencer o julgador da existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão autoral.

Com efeito, leciona FREITAS RANGEL que “a finalidade da prova é ajudar a formação da convicção do tribunal sobre a veracidade de uma afirmação de facto alegada pelas partes em juízo”.⁶⁵ Em que pese as críticas à parte do posicionamento de LIEBMAN feitas por aquele autor em sua obra, este traz importante ensinamento do processualista italiano que aqui merece ser transcrito. Segundo ele, “para as partes provar significa firmar a convicção do Juiz sobre a existência ou inexistência de factos relevantes no processo. Para o

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, ob. cit., p.

⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. 3, t. II, p. 381/382.

⁶⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...* vol. 2, p. 91. Ver também SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. ed. 26. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. II, p. 373.

⁶⁵ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. ob. cit., p. 39.

juiz a atividade probatória tem o fim de levar ao conhecimento da verdade, acerca desses mesmos factos. A atividade probatória não tem uma finalidade unitária. De uma maneira mais sugestiva o juiz importa-se com a verdade, as partes importam-se com o juiz”.⁶⁶

Ora, se em conformidade com os argumentos já vergastados neste trabalho, ficou assentado que algumas vezes não é possível chegar à absoluta certeza dos fatos ocorridos no passado em virtude de todas as vicissitudes que o tema da ‘verdade’ abrange, tem-se que as partes e o juiz devem investigar os fatos do modo mais amplo permitido pelos naturais limites cognitivos de um processo judicial, com o objetivo de estabelecer uma compreensão plena dos elementos relevantes para a decisão da causa, razão pela qual a finalidade da prova é, antes de tudo, formar essa convicção no espírito do julgador.

Acerca da função da prova CARREIRA ALVIM sustenta, por sua vez, que “a prova cumpre também uma função que é formar a convicção (do juiz) sobre a veracidade ou não dos fatos alegados pelas partes. Primeiro, cria a certeza quanto à existência dos fatos e, depois, esta certeza, tornada inabalável pela exclusão de todos os motivos contrários, faz-se convicção. Então, diz-se que um fato está provado, ou seja, formou-se no espírito do juiz a certeza quanto à sua existência ou veracidade”.⁶⁷

Em arremedo de conclusão cite-se o disposto no artigo 341º do Código Civil português cujo conteúdo arremata que “as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos”. Com efeito em um conceito mais judicialista, o Código Civil de 1867, definia a prova como “a demonstração da verdade dos factos alegados em juízo”. Daqui, pode-se perceber que toda a investigação processual é resultante dos fatos afirmados pelas partes sobre determinados acontecimentos e tem como finalidade última demonstrar a veracidade desses fatos já alegados.

Desta forma, a demonstração da realidade dos fatos a que o legislador fez alusão, conforme exhaustivamente exposto, tem a finalidade de convencer o juiz ou tribunal daquilo que o litigante expôs é a verdade, a fim de que seja formado nele uma convicção que possa trazer-lhe um resultado favorável na lide.

⁶⁶ Ibid, p. 41/42. O autor entende que a concepção de LIEBMAN é equivocada e desajustada da verdadeira essência e natureza da prova porquanto este cinde a atividade probatória ao afirmar que ela não teria uma finalidade unitária. (Ibid, ibidem, p. 42).

⁶⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*, ob. cit., p. 261.

Veja-se no mesmo sentido o teor do artigo 607º, nº 5, do Código de Processo Civil português que, ao legalizar o princípio da livre apreciação das provas, estipula que o juiz deve apreciar “livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto”.⁶⁸

No que diz respeito a qual seria o objeto da prova, os processualistas têm divergido um pouco entre si. A breve explanação acerca desta dissensão é importante para o entendimento expandido sobre o ônus da prova uma vez que está relacionada ao conteúdo probatório manejado pelas partes no intuito de convencer o julgador da veracidade de suas alegações e, conseqüentemente, se desvencilhar do possível encargo resultante da precariedade de prova.

A referida divergência reflete-se na questão de que alguns doutrinadores têm entendido que o objeto da prova seria os próprios fatos, enquanto que outros ensinam que seu objeto seriam as alegações feitas pelos litigantes sobre os fatos ocorridos.

O artigo 332 do Código de Processo Civil brasileiro dispõe que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.” No mesmo sentido, o artigo 334 do mesmo diploma processual, ao tratar das matérias que prescindem de prova, estipula que “não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontrovertidos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”. Note-se, neste ponto, que, mais uma vez, o legislador brasileiro fala sobre “fatos” e não sobre “alegações de fatos”.

Por sua vez, o Código de Processo Civil português, em seu artigo 410º (destinado a tratar sobre o objeto da instrução) especifica que “a instrução tem por objeto os temas de prova enunciados ou, quando não tenha de haver lugar a esta enunciação, os factos necessitados de prova”. A exemplo do Código brasileiro, ao descrever os fatos que não carecem de alegação ou prova, o código lusitano também afirma, em seu artigo 412º, que “não carecem de prova nem de alegação os factos notórios, devendo considerar-se como tais os factos do conhecimento geral”.

Segundo THEODORO JÚNIOR “são, pois, os fatos litigiosos o objeto da prova”.⁶⁹ Cumpre notar que, mais uma vez, o Código de Processo Civil brasileiro prescreve que o juiz fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova (art. 331, §2º e 451) ao ensejo de

⁶⁸ FREITAS CÂMARA dispõe que os elementos de prova “deverão contribuir para a formação da convicção do juiz sobre a veracidade das alegações feitas pelas partes quanto à matéria fática”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2011, p. 389.

⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, ob. cit., p. 457.

que para EDUARDO CAMBI “ponto é todo e qualquer fundamento de fato ou de direito invocado pelas partes ou, eventualmente suscitado pelo juiz”.⁷⁰

A posição de EDUARDO CAMBI assemelha-se à de THEODORO JÚNIOR e se fundamenta porque, segundo ele, “o juiz está preocupado, sobretudo, em determinar se os fatos, aos quais os litigantes se apoiam, têm algum fundamento. (...) O depoimento das testemunhas, por exemplo, recai sobre os fatos que perceberam, independentemente de quais tenham sido as afirmações das partes, as quais as testemunhas podem ignorar. (...) Além disso, os fatos a serem provados que integram o ônus da prova em sentido subjetivo, são distribuídos não em razão das afirmações ou negações das partes, mas dos fatos que a norma jurídica, a ser aplicada, contempla como pressuposto para que surtam seus efeitos jurídicos”.⁷¹

Com efeito, em apêndice escrito por AUGENTI no livro “A prova civil”, de autoria de CARNELUTTI, aquele autor assevera que o tema do objeto da prova foi um dos quais o pensamento deste evoluiu mais profundamente desde que escreveu seu primeiro livro. Segundo AUGENTI, o conceito de prova de CARNELUTTI esteve, inicialmente, nitidamente dominado por uma visão civilista do processo: “as partes afirmam como objeto da comprovação e, portanto, da prova (...) esta visão é superada quando no Sistema (I, p. 674) se põe como objeto da prova o fato em vez da afirmação. Se distingue nele, todavia, isso sim, entre objeto mediato, que é o fato, e o objeto imediato, que é a afirmação”.⁷²

SENTÍS MELENDO, por sua vez, entende que o aquilo que se prova no processo são as afirmações feitas pelas partes que, por seu turno, podem se referir a fatos. No entanto, os fatos em si não são objeto de prova, por simplesmente existirem. O autor esclarece que as partes levam ao conhecimento do julgador afirmações, verdadeiras ou falsas, sobre aquilo têm conhecimento, requerendo que o juiz verifique se estas afirmações coincidem com a realidade. Para ele, o objeto da prova são as afirmações, enquanto que o objeto destas são os fatos.⁷³

⁷⁰ CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil – Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 270.

⁷¹ Ibid. p. 297/298. Nesse mesmo passo é o ensinamento de KIELMANOVICH para quem o objeto da prova no processo são os fatos e não as afirmações. Entende o autor ser equivocada a tese que defende que somente as afirmações ou alegações (como por exemplo, as alegações de vontade) são suscetíveis de serem consideradas verdadeiras ou falsas, ainda que os fatos por si só, permaneçam imutáveis e imunes ao processo (KIELMANOVICH, J. L. *La Prueba en el Proceso Civil: Cuestiones de Derecho Probatorio Nacional y Comparado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985, p. 55).

⁷² CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*, ob. cit., p. 266

⁷³ SENTÍS MELENDO, Santiago. *La Prueba: Los Grandes Temas Del Derecho Probatorio*. Buenos Aires: Europa-America, 1979, p. 12. Com o autor também está FRIEDRICH STEIN para quem o objeto da prova seria, na maioria dos casos, as afirmações das partes uma vez que o juiz só teria contato direto com o fato na inspeção ocular. (STEIN, Friedrich. *El Conocimiento Privado Del Juez*. Traducción Andrés de la Oliva Santos. Colômbia: Editorial Temis, 1988, p. 10).

Também CASTRO MENDES ensina que apesar de comumente se dizer que o objeto das provas são os fatos, as afirmações ou alegações de fato é que o são tendo em vista que apenas estas podem ser consideradas como verdadeiras ou falsas. “Sumo rigore, ‘um facto verdadeiro’ é um pleonasmo; ‘um facto falso’ uma contraditio in terminis ou in adjecto (é o mesmo que ‘um facto não facto’)”.⁷⁴

Não obstante a sentença ficar circunscrita ao pedido do litigante em virtude do princípio da demanda, o mesmo não acontece com os argumentos e com os meios de prova. O juiz não está preso às alegações das partes, formando livremente seu convencimento a partir dos elementos informativos trazidos ao processo.

FREITAS CÂMARA faz uma distinção acerca do sentido técnico-jurídico daquilo que se compreende por “certeza” e “convicção” e diz que “enquanto a certeza é objetiva, sendo uma qualidade do fato, a convicção é subjetiva, e se forma na mente do juiz”.⁷⁵

O entendimento do mencionado autor coincide com o dos anteriores, compreendendo ser o objeto da prova as alegações acerca dos fatos na medida em que aquela não tem a finalidade de criar a certeza dos fatos, mas formar no juiz a convicção de tal certeza. Consequentemente, segundo ele é mais razoável “afirmar que o objeto da prova é constituído pelas alegações das partes a respeito dos fatos. As alegações podem ou não coincidir com a verdade, e o que se quer com a produção da prova é exatamente convencer o juiz de que uma determinada alegação é verdadeira”.⁷⁶

⁷⁴ CASTRO MENDES, João de. *Direito Processual Civil*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1974, v. 3, p. 268/269. VAZ SERRA também cita CASTRO MENDES para dar exemplo do conflito existente entre as correntes doutrinárias que tratam do objeto da prova já que para VAZ SERRA o objeto imediato das provas são, pelo menos em regra, “factos (materiais, actos ou negócios jurídicos) de que resultam efeitos jurídicos, e cuja prova, portanto, é necessária para demonstração do direito que se faz valer”. O mencionado autor aduz ainda que “parecendo embora exacto que, em rigor, o objeto da prova é constituído por uma representação intelectual apresentada como correspondendo à realidade (isto é, uma afirmação, proposição ou versão), essa representação deve, quanto possível, coincidir com a realidade, destinando-se a traduzi-la, assim se explicando que, na linguagem corrente, nas leis e nos escritos jurídicos se considere ter a prova por objeto a demonstração da verdade dos factos (como diz o art. 2.404.º do nosso Código Civil) ou até os factos tout court”. (SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Provas*, ob. cit., p. 18, nota 24-a). Ver ainda VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual...*, ob. cit., p. 439/440).

⁷⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas, ob. cit., p. 390.

⁷⁶ Ibid. p. 392. No mesmo sentido MARINONI, para quem “o fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso, já que existe ou não existe. É a alegação do fato que, em determinado momento, pode assumir importância jurídico-processual e, assim, assumir relevância a demonstração da veracidade da alegação do fato” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso...*, v. 2, ob. cit., p. 262. Também DINAMARCO afirma que “provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, assim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prova-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes”. (*Instituições de Direito Processual Civil*. ed. 2. São Paulo: Malheiros, 2002, v. III, p. 58). Para OTHMAR JAUERNIG o objeto da prova são alegações de fato e “(...) só raramente, os factos são, num sentido rigoroso, objeto de prova”. (JAUERNIG, Othmar. ob. cit., p. 268/269).

Como foi possível verificar, grande é a celeuma existente entre os doutrinadores acerca daquilo que seria o objeto da prova no processo. No entanto, em que pese todos os argumentos expostos, ao que tudo indica o legislador brasileiro e português adotou o posicionamento de que o objeto da prova são os fatos, e não as alegações ou afirmações destes (artigos 332º e 334º do Código de Processo Civil brasileiro e artigos 410º e 412º do Código de Processo Civil português).

3 ÔNUS DA PROVA

A distribuição do ônus da prova no processo apresenta-se como um tema que detém estreita ligação com a prestação jurisdicional, tendo em vista que o resultado final do processo (com a sentença que põe termo à lide) se manifesta não apenas como elemento de interesse das partes litigantes, mas também da própria administração da justiça e sofre grande influência das regras e da forma como o encargo probatório é distribuído no caso concreto.

Como já foi sedimentado neste trabalho, toda pretensão tem por fundamento um fato (ou alegação de um fato). Ao propor a ação, o autor afirma ter ocorrido um determinado fato, o qual, no entanto, pode não corresponder à verdade. O réu, por sua vez, pode opor uma afirmação contrária, negar a veracidade das alegações autorais ou aduzir um fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito deste, cujo teor pode também não condizer com a verdade. Cabe às partes lançar mão de elementos probatórios tais que convençam o julgador da verossimilhança das suas alegações objetivando a obtenção de êxito no término do processo.

Desta forma, proposta a ação, as partes têm interesse em oferecer ao julgador todos os elementos de prova possíveis a fim de que seja dado um provimento legítimo a respeito da controvérsia, capaz de por fim ao conflito de interesses, obtendo um pronunciamento que lhes seja favorável.⁷⁷

Já foi dito que sobre as partes recai, além do ônus das afirmações (sem as quais é impossível o Estado-juiz conhecer os fatos, posto estar adstrito àqueles que foram alegados

⁷⁷ Neste sentido, RENAULT GODINHO ensina que “a ideia básica sobre o ônus da prova é, em síntese, o aproveitamento que a parte pode ter ao produzir a prova que, em princípio, traga-lhe benefício, servindo ao juiz para o julgamento da causa quando houver dúvidas sobre os fatos relevantes”. (GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais in CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Ed. 2. Salvador: JusPodium, 2007, p. 299). DEVIS ECHANDÍA ao fazer a distinção entre o objeto da prova, *thema probandum* e ônus da prova, ensina que este último determina aquilo que cada parte tem interesse em provar para a obtenção de êxito no processo ou, em outras palavras, quais os fatos que necessitam ser provados para que sirvam de fundamento às suas respectivas pretensões. (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio...*, ob. cit., p. 74).

pelas partes, nos contornos em que proposta a lide) o ônus de demonstrar a veracidade das respectivas alegações, sendo o “pedido” e a “demonstração” atividades cuja necessidade é constante no decorrer de uma ação.

Nas palavras de ALMEIDA CAUTELA, se as partes querem que os fatos por si aventados sejam dados como existentes, elas têm de provar os respectivos conteúdos, configurando-se a prova “a primeira condição para que um direito possa ter eficácia plena, visto que ter um direito e não ter as condições suficientes para o provar, é ter um direito ao arbítrio da outra parte”.⁷⁸

Na verdade, a questão do ônus da prova, e mais especificadamente, a forma como ele é repartido entre as partes provoca, no processo, implicações bem mais profundas do que aquelas que usualmente se supõe.

Como afirmado anteriormente, ao evoluir da autotutela para a jurisdição, ou seja, “de uma justiça privada para uma justiça pública”⁷⁹ o Estado chamou para si a função (ou o poder dever) de prestar a jurisdição. Ao afastar a solução dos conflitos pelos próprios particulares, ele vedou de modo geral a autodefesa. Provocado, o Estado – através dos juízes – age em substituição às partes objetivando a eliminação, de forma imparcial, dos conflitos de interesses.

Uma vez que detém em suas mãos um “poder-dever”, o Estado não pode, em respeito ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, omitir-se desta e deixar de pôr fim ao litígio (com a respectiva sentença) sob a alegação de insuficiência de provas ou de dúvida insanável a respeito da controvérsia dos fatos, tal qual o juiz romano, a quem era possibilitado o julgamento a partir do juramento “*sibi non liquere*”, ou em outras palavras, sob a alegação de que “não havia conseguido formar uma opinião segura sobre a causa”.⁸⁰

⁷⁸ CAUTELA, Maria Helena de Almeida. ob. cit., p. 6/7. Para OTHMAR JAUERNIG, o ônus da alegação (ou ônus de fundamentação) diz respeito a quais são as alegações que devem ser feitas pelas partes a fim de evitarem desvantagens processuais, como por exemplo, a perda do processo. Para o autor, o ônus da alegação e o ônus coincidem, pelo menos em princípio. “O ônus da alegação mostra a sua real importância apenas quando não for formulada a alegação necessária para fundamentar a acção ou a exceção. A falta da alegação prejudica a parte cuja pretensão não tem sucesso sem essa alegação”. (JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*, ob. cit., p. 272). Para VAZ SERRA apesar de o ônus da prova não se confundir com o ônus da alegação (afirmação ou dedução), ambos coincidem substancialmente “visto, em princípio, ser onerado com a prova quem o é com a alegação (*Código de Processo Civil*, art. 519.º); mas nem sempre, pois pode acontecer que o ônus da alegação pertença a uma das partes e o da prova à outra”. (SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Provas*, ob. cit., p. 56). Conferir GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. 1: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 537.

⁷⁹ AZÁRIO, Márcia Pereira. *Dinamicização da Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). UFRS, Porto Alegre, 2006, p. 30.

⁸⁰ KARAM, Munir. *Ônus da Prova: Noções Fundamentais*. Revista de Processo, São Paulo, n. 17, p. 50/60, jan/mar. 1980, p. 51. Sobre o histórico do processo romano conferir GASTAL, Alexandre Fernandes. A suficiência..., ob. cit., p. 37). É salutar informar, apenas a título de complementação dos estudos, que embora o artigo 126 do Código de Processo Civil brasileiro vede diretamente a utilização do princípio do “non liquet”, ao

A fim de evitar a incidência das situações acima declinadas é que foram criadas as chamadas regras do ônus da prova, cujo conteúdo determina a quem incumbe os encargos de provar e prevê as consequências suportadas pelo onerado que não logrou, total ou parcialmente, fazê-lo.

Ademais, as regras atinentes ao ônus da prova não servem apenas para obstar o *non liquet*, mas também para evitar que sejam dados pronunciamentos de conteúdo duvidoso, ou como afirma MÁRCIA PEREIRA AZÁRIO, acostada nos ensinamentos de MICHELLI, “decisões que ainda que contenham um juízo lógico, não definam a matéria da controvérsia”. Em ambos os casos, complementa a autora “se não houvesse aplicadas as regras do ônus da prova, haveria omissão da prestação jurisdicional, quer pela ausência de sentença, quer pela sentença inválida”.⁸¹

GIOVANNI VERDE ensina que a utilização do princípio do *non liquet*, subtrairia da decisão do tribunal a disciplina que é própria dela, privando-a de constituir a regra estável da relação substantiva em causa no processo.⁸²

Em que pese a importância da distribuição do encargo probatório, as consequências da sua inobservância somente serão aplicadas nos casos em que o juiz, não obstante as tentativas de demonstração desenvolvidas por si e, principalmente, pelas partes, continua sem saber se os fatos relevantes para a decisão da causa realmente aconteceram.

Neste sentido, uma vez que o ordenamento jurídico estabeleceu o princípio da proibição do *non liquet*, cumpre determinar qual será o conteúdo da sentença caso o juiz, conforme mencionado, permaneça em dúvida ao final da atividade instrutória, uma vez que, na lição de ANTUNES VARELA, ainda que a dúvida do magistrado seja “insuperável no

dispor que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei”, o Código brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) autoriza o julgador, em seu artigo 103, I, a aplicar a velha cláusula romana do *non liquet*, ao possibilitar que, nas ações coletivas (de interesses ou direitos difusos) de que trata aquele código, possa ser o pedido julgado improcedente por insuficiência de provas. Estabelece, assim, o mencionado dispositivo: “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I – erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81 [...]”. O Código privilegia, assim, a chamada “coisa julgada *secundum eventum litis*” que também já vem sendo adotada em outras legislações e mesmo em outras áreas do direito brasileiro. Em sendo a ação julgada improcedente por insuficiência de provas, sobre a declaração contida na sentença não incide a coisa julgada material, podendo ser intentada novamente a mesma ação, sob o mesmo fundamento, desde que instruída com novas provas. Ao impedir a formação da coisa julgada material nesses casos, novamente vê-se a presença marcante da opção legislativa pela busca da verdade material.

⁸¹ AZÁRIO, Márcia Pereira. *Dinamicização...*, ob. cit., p. 31. Para ALMEIDA CAUTELA, uma das finalidades da sentença seria a realização da justiça. Logo, uma vez que ela não inspirasse confiança, ela não realizaria seu fim. (CAUTELA, Maria Helena de Almeida. *Elementos...* ob. cit., p. 7).

⁸² VERDE, Giovanni. *Teoria Generale...* ob. cit., p. 628.

plano psicológico (mercê da *inopia probationum*), o juiz tem que condenar ou que absolver (do pedido ou da instância)”, não podendo abster-se de julgar, segundo o ditame da lei.^{83 84}

É nesse ponto crucial que incidem as regras do encargo probatório. Diante da dúvida, o *non liquet* do julgador converte-se em um *liquet* em desfavor da parte a quem incumbe o ônus da prova. Em outras palavras, intervém aqui uma regra de julgamento, cujo conteúdo dita ao magistrado o conteúdo da decisão que deve ser proferida.

Na dicção de ALBERTO DOS REIS, “a regra pode enunciar-se assim: na falta ou insuficiência de provas, o julgador rejeita a pretensão deduzida pela parte à qual incumbia fazer a prova ou sobre a qual deva entender-se que recaía, no caso concreto, o *onus probandi*”.⁸⁵ Infere-se, desta forma, que a distribuição do encargo probatório possui duas vertentes. Por um lado, funciona como regra de conduta objetivando estabelecer sobre quem recai o encargo da prova e por outro constitui uma regra de julgamento (ou regola de giudizio) acima especificada.

Observado que o ônus da prova incumbia ao autor, a falta ou insuficiência de provas ensejará na improcedência da pretensão por ele declinada. Por outro lado, uma vez que o ônus da prova recaia sobre o réu, o juiz, diante da incerteza dos fatos, terá de rejeitar e pretensão deste último.

Por essas e outras razões que serão objeto de análise no percurso desta obra é que se mostra imprescindível o estudo do ônus da prova, já considerada, por alguns doutrinadores como a espinha dorsal do processo.

Insta, contudo, fazermos algumas considerações preliminares acerca da distinção havida entre o “ônus” e a “obrigação” diante da confusão que alguns doutrinadores modernos ainda fazem, para só então adentrarmos mais profundamente (nos limites permitidos na elaboração deste trabalho) nas questões pertinentes ao ônus da prova.

⁸³ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. Manual..., ob. cit., p. 447.

⁸⁴ Para ALBERTO DOS REIS, ainda que o tribunal abstenha-se de conhecer o pedido e absolva o réu da instância, ele estaria proferindo um julgamento positivo em detrimento de um *non liquet*. Nesse caso, diz o insigne doutrinador, “o tribunal profere um julgamento positivo sobre a instância: declara incompetente o tribunal, nulo o processo, ilegítimas as partes, procedente uma exceção dilatória. O que a lei não consente é que o juiz diga: abstenho-me de conhecer do mérito da causa, porque não tenho lei aplicável ao caso, ou porque a lei é obscura, ou porque me encontro perante falta ou insuficiência de provas. Desde que a instância se mostre regularmente formada, desde que existam os chamados pressupostos processuais, incumbe necessariamente ao juiz pronunciar-se sobre o mérito da causa”. (REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3. ed., reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 270).

⁸⁵ *Ibid.* p. 271

3.1 Distinção entre ônus e obrigação.

No intuito de buscar uma maior compreensão acerca do ônus da prova é necessário estabelecer a diferença terminológica existente entre “ônus” e “obrigação”. Partiremos, para tanto, da ideia dos respectivos institutos dentro da teoria geral do direito para, só então, aplica-las ao tema do ônus do encargo probatório.

Conforme ensina De Plácido e Silva, etimologicamente a palavra “ônus” vem do latim “*onus* (carga, peso, obrigação), na significação técnico-jurídica, entende-se todo encargo, dever ou obrigação que pesa sobre uma coisa ou uma pessoa em virtude do que está sendo obrigada a respeitá-los ou a cumpri-los”.⁸⁶ Talvez seja por isso que, no sentido comum, a palavra “ônus” seja definida, indistintamente, como “obrigação, dever ou encargo”.⁸⁷

Apesar de comumente confundidos, ambos os institutos possuem características próprias que os distinguem um do outro. No entanto, a autonomia conceitual do “ônus”, foi alvo de muita discussão entre os doutrinadores e teóricos, cujos esforços foram somados a fim de esclarecer seus sinais particulares.⁸⁸

Ao longo dos anos várias teorias tentaram aproximar a definição dos dois institutos, até mesmo em virtude da probabilidade de obtenção de um resultado nocivo quando, em um e em outro caso, há o descumprimento de seus preceitos,⁸⁹ cabendo a CARNELUTTI o mérito de contribuir de forma decisiva para o aprofundamento da discussão e, portanto, de estabelecer a distinção entre os institutos.

Conforme leciona AUGENTI, em apêndice ao livro “A Prova Civil”, CARNELUTTI além de enquadrar o ônus da prova em um esboço de sistema dos ônus processuais, tende a delinear seu conceito. Segundo CARNELUTTI (tanto na mencionada obra quanto em *Lezioni di dir proc. civ.*), a distinção entre o ônus e a obrigação se fundamenta em “a diversa sanção cominada a quem não realiza um ato: existe somente obrigação quando a inércia dá lugar à

⁸⁶ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Ed. 11. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 282.

⁸⁷ ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Dicionário Básico de Direito Acquaviva*. Ed. 2. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997, p. 219. Nesta obra, o autor afirma que o sinônimo de ônus corresponde a “obrigação, dever, encargo”.

⁸⁸ Conforme ensina BOAVENTURA PACÍFICO “a depuração do conceito iniciou-se na Áustria e na Alemanha, em razão da dificuldade encontrada pela doutrina desses países em conciliar a noção romana – herdade do direito comum, que identificava o ônus da prova com a necessidade de provar (*necessitas probandi*) – com a realidade de um processo em que fossem reconhecidos amplos poderes instrutórios ao juiz e concedida uma extrema liberdade na valoração do resultado probatório. Posteriormente, esse conceito passou também a ser estudado em países como Itália e França, nos quais predominava o princípio dispositivo”. (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 21)

⁸⁹ Para um aprofundamento no tema, conferir *Ibid*, p. 21/24

sanção jurídica (execução ou pena); entretanto, se a abstenção do ato faz perder somente os efeitos úteis do próprio ato, temos a figura do ônus”.⁹⁰

Posteriormente, CARNELUTTI voltou a se debruçar sobre o tema em destaque na obra “Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni” tratando de desentranhar a relação entre obrigação e sanção, enquanto que no vol. sétimo das Lezioni di dir. proc. civ se referiu ao enlace existente entre ônus e faculdade. Finalmente, no Sistema “o conceito é trasladado da base da sanção ao do interesse. ‘obrigação e ônus tem em comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade, porém divergem quanto ao elemento substancial, porque quando medeia obrigação, o vínculo se impõe para a tutela de um *interesse alheio* e quando há ônus, para a tutela de um *interesse próprio*’”.⁹¹

Segundo CAIO MÁRIO, obrigação é “o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir da outra uma prestação economicamente apreciável”.⁹² Idêntico é o posicionamento de ANTUNES VARELA, para quem “obrigação consiste na relação jurídica por virtude da qual uma pessoa pode exigir, no seu interesse, determinada prestação de uma outra, ficando esta vinculada ao correspondente dever de prestar”.⁹³

Conforme os ensinamentos de CARLOS ROBERTO GONÇALVES, apesar de o vocábulo “obrigação” comportar vários sentidos, na sua mais larga acepção, exprime qualquer espécie de vínculo ou de sujeição da pessoa. No entanto, no sentido técnico-jurídico é “o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. Corresponde a uma relação de natureza pessoal, de crédito e débito, de caráter transitório (extingue-se pelo cumprimento), cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível”.⁹⁴

A obrigação é, portanto, uma figura atrelada ao direito material onde dois sujeitos encontram-se ligados entre si por um liame (legal ou negocial) que estabelece a sujeição de um em relação a outro e impõe o cumprimento imperativo da prestação devida pelo devedor, cujo conteúdo pode ser coercitivamente exigido pelo credor. “O devedor não tem margem de escolha quanto à execução da obrigação que é sempre devida. Nesse contexto, o seu

⁹⁰ CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*, ob. cit., p. 255.

⁹¹ Ibid, p. 255.

⁹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. ed. 15. Rio de Janeiro: Forense, 1996, vol. 2, p. 5.

⁹³ VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 1, 1978, p. 57.

⁹⁴ Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: Teoria Geral das Obrigações. Vol. II*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22. No mesmo sentido ver também WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO. Segundo o autor “obrigação é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio”. (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. ed. 29. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 4, p.8).

inadimplemento mostra-se inadmissível, na medida em que atenta contra a ordem jurídica posta – para a qual o cumprimento é necessário – caracteriza ato ilícito e, em consequência, é passível de sofrer sanções de natureza jurídica ou pecuniária”.⁹⁵

Quando o direito impõe penas em caso de inadimplemento da obrigação por parte do devedor está, na verdade, tutelando os interesses do credor que, ao contrair a obrigação, tem a expectativa e a prévia garantia de que ela será, de alguma forma, cumprida.

No entendimento de BOAVENTURA PACÍFICO o ponto primordial para a distinção operada entre os dois institutos reside na percepção de que na noção de ônus estão abrangidas as ideias de liberdade e poder (diferente do que ocorre com a obrigação), cuja utilização indica um meio de atingir determinada finalidade *em favor do próprio onerado*, e cuja inobservância não acarreta a prática de um ato ilícito.⁹⁶

De fato, a ideia de ônus não está ligada a qualquer vínculo de sujeição que imponha, necessariamente, ao sujeito o desempenho obrigatório de uma determinada conduta. Há, no caso, a descrição de uma conduta por parte da norma a qual ela empresta determinados efeitos, favoráveis ou não ao agente, a depender de seu posicionamento.

Tendo em vista que a observância do preceito em relação ao ônus traz benefícios, em tese, apenas para aquele que o atendeu, a sua utilização fica a critério exclusivo do interessado, como demonstra SANTI CREMASCO, “por razões de conveniência, oportunidade ou estratégia”. Segundo a autora, “o destinatário do comando tem liberdade ampla e irrestrita para decidir se irá ou não atendê-lo, não podendo a parte contrária, o juiz ou quem quer que seja impor que ele o faça seja por que razão for”.⁹⁷

Veja-se, neste ponto, a lição de ALFREDO BUZAID que, citando CARNELUTTI, diz que para este autor “basta essa reflexão para se entender a distinção entre o conceito de

⁹⁵ CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 24/25.

⁹⁶ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da Prova...* ob, cit., p. 24. Note-se que o posicionamento adotado pelo autor coincide com o de CARNELUTTI quando, ao fazer a distinção de ônus e obrigação, refere-se que ambos divergem quanto aos respectivos elementos substanciais, uma vez que quando se fala de “obrigação”, o vínculo se impõe para a tutela de um *interesse alheio* e quando há ônus, para a tutela de um *interesse próprio*. (Nota 106 deste trabalho). O mesmo critério distintivo é utilizado por PONTES DE MIRANDA. Para o autor, “a diferença entre dever e ônus está em que a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse”. (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo civil*. Tomo IV, ed. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 217).

⁹⁷ CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. ob, cit., p. 25. No mesmo sentido, conferir o posicionamento de EDUARDO CAMBI, para quem “o que rege a categoria do ônus é um interesse próprio do sujeito ou uma conveniência prática, não um vínculo ou uma necessidade jurídica. Afinal, não há um sujeição, pois nada obriga o beneficiário dos efeitos normativos a realizar o ato jurídico, tendo a parte contrária apenas uma expectativa de que o ato não seja realizado, para vir a ser beneficiada”. (CAMBI, Eduardo. *A prova civil...* ob, cit., p. 315.)

obrigação e o de ônus. Falamos de ônus, quando o exercício de uma faculdade é posto como condição para obter certa vantagem. Por isso ônus é uma faculdade, cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse”.⁹⁸ Interesse, nesse caso, quer dizer que a prática de um ato processual que irá favorecer a parte.

Ora, diante da liberdade conferida ao agente pela própria norma jurídica, o seu desatendimento do preceito não configura um ato ilícito, não estando sujeito às sanções, mas simplesmente a possíveis resultados desfavoráveis. A bem da verdade, o descumprimento do ônus é perfeitamente lícito já que é uma possibilidade inerente a este instituto. E não poderia ser diferente porque, como bem explica FREITAS RANGEL, acostado nos ensinamentos de ROSENBERG e CARNELUTTI, “não pode ser imposto a ninguém no processo, contra o seu interesse próprio e vontade, um benefício”.⁹⁹

Diante das razões expostas, há de se concluir que a noção de ônus está intimamente ligada à de “risco”. Ou seja, uma vez que a parte não promove a conduta descrita na norma, ela corre (e aceita) o risco de sofrer os efeitos desfavoráveis¹⁰⁰ decorrentes de sua inércia. “Correlativa à idéia de ônus está, portanto, a idéia de risco, não a idéia de subordinação e sujeição”.¹⁰¹

Durante o processo, os litigantes lidam com diferentes tipos de ônus, de cuja observância dependerá seu êxito (ou não) em cada fase processual, limitados, quase sempre, a tempos e lugares predeterminados pelo legislador processual.¹⁰²

O ônus da prova é apenas uma dessas condutas de que as partes se utilizam no interior do processo a fim de fazerem valer suas respectivas pretensões porém, por mais

⁹⁸ BUZAID, Alfredo. *Do Ônus da Prova* in Revista Forense de Direito de São Paulo, vol. LVII, p. 126.

⁹⁹ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. ob. cit., p. 95. O mencionado autor conclui um de seus pensamentos dizendo que “o ônus constitui uma faculdade de agir em benefício próprio, sendo lícito não o fazer, pois não dá lugar a uma coação. Ele não constitui um acto necessário ou imperativo, mas uma faculdade de actuar ou não livremente. O ônus representa uma atividade voluntária, não obstante a omissão da conduta acarretar efeitos negativos para o sujeito. Não impõe um dever nem uma obrigação e nem sequer um dever de vencer. O dever de vencer criaria no sujeito uma obrigação. Não existe, portanto, qualquer sanção para o incumprimento do ônus, sendo que as condutas que são fixadas são pressupostos referentes ao triunfo do sujeito que os suporta”. (Ibid, p. 94, nota 121).

¹⁰⁰ Conforme demonstra DEVIS ECHANDÍA “podemos definir o ônus como um poder ou uma faculdade (em sentido amplo), de executar, livremente, certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma para interesse e benefício próprios, sem sujeição ou coação e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir sua observância, mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis” (ECHANDÍA, Hernando Devis. Teoria..., ob. cit., p. 420/421).

¹⁰¹ BUZAID, Alfredo. *Do Ônus da Prova*...ob. cit., p. 127. Ao falar sobre o ônus da afirmação e o ônus da prova, ALBERTO DOS REIS fala sobre a ideia de risco. Para o autor, a falta ou insuficiência de provas acarreta um risco para a parte onerada com sua produção, qual seja “o risco de a parte ver desatendido seu pedido”. Arremata, o processualista, dizendo que “o problema do ônus da prova consiste precisamente em determinar qual das partes há de suportar o risco em cada caso concreto. O risco processual é uma ideia correlativa á de ônus, é a consequência ou o reflexo dum ônus. Suporta o risco a parte sobre a qual impendia o ônus. (REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*, ob. cit., p. 272).

¹⁰² ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria*..., ob. cit., p. 393.

importante e imprescindível que seja, ele não pode ser considerado como uma obrigação das partes em utilizar os meios de prova disponíveis.

Por outro lado, como a prova tem a função de demonstrar a realidade dos fatos alegados pelos litigantes, bem como ser impossível ao magistrado modelá-los sem o conjunto probatório, de forma a confirmar aqueles que foram objetos das afirmações das partes, o ordenamento jurídico impõe que, caso autor e réu desejem ver suas pretensões julgadas procedentes, devem trazer aos autos elementos probatórios que formem no juiz a convicção da veracidade dos fatos alegados.

Sempre que há imposição de uma obrigação para uma pessoa, seu cumprimento, ou não, encontra ressonância no direito de outrem. No entanto, quando alguém descumpra o ônus da prova, não pode ser obrigado a provar e apenas arcará com as consequências de não tê-lo feito. Em outras palavras “o ônus revela-se como uma obrigação da parte para consigo mesma”.¹⁰³

Assim, DINAMARCO conceitua o ônus da prova como sendo “o encargo atribuído por lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.¹⁰⁴

Já foi dito neste trabalho que DEVIS ECHANDÍA, em seu compêndio da prova judicial, ensina que o ônus da prova determina aquilo que cada parte tem interesse em provar para a obtenção de êxito no processo ou, em outras palavras, quais os fatos que necessitam ser provados para que sirvam de fundamento às suas respectivas pretensões.¹⁰⁵ Posteriormente, na mesma obra o autor aprofunda o conceito de ônus da prova distinguindo mais detalhadamente seus dois aspectos, nomeadamente, o ônus da prova como regra de julgamento e como regra de conduta.

Finalmente, arremata conceituando o ônus da prova como sendo uma noção processual que contém a regra de julgamento através da qual se indica ao juiz como ele deve pronunciar-se quando não encontra no processo provas que lhe dêem a certeza sobre os fatos de que deve fundamentar sua decisão e, indiretamente, estabelece a qual das partes interessa a

¹⁰³ ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Do Ônus da Prova in* Revista de Processo, vol. 71, Julho/1993, p. 48. O autor arremata dizendo que se “o benefício que a prática do ato pode proporcionar é para a própria parte, não o praticando, o único prejudicado é o próprio encarregado, que deixa de lucrar o que ganharia se praticasse. Por isso não há sanção no ônus, mas sim encargo”. Em sentido semelhante, SAHIONE FADEL aduz que “quando há ônus não há imposição, nem exigência de que a parte faça determinada prova. Há um encargo, uma recomendação à parte, sob pena de, não o fazendo, poder a vir sofrer as consequências da sua inércia. No ônus, a prova é facultativa. (FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil Comentado*. Ed. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 625).

¹⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. 3, ob. cit., p. 43/44.

¹⁰⁵ Remetemos o leitor para a nota 91 desta obra.

prova desses fatos a fim de evitar as consequências que lhe são desfavoráveis ou favoráveis a outra parte.¹⁰⁶

Pelas razões expostas, conclui-se que apesar de não haver no ordenamento jurídico um dever de provar, não provar as alegações significa, na maioria dos casos, a derrota no processo. *O provare o soccombere*.¹⁰⁷ Diz-se que “na maioria dos casos” porque, o êxito da ação não depende exclusivamente do aporte das provas no processo. Como já foi explicitado, sobre as provas o juiz emite um juízo de valoração em face do princípio da livre apreciação das provas. Se a parte produz a prova que lhe compete, apenas preenche uma das condições para que a causa lhe seja julgada favoravelmente.¹⁰⁸

Nesse ponto, afirma SANTI CREMASCO, “reside, inclusive, uma especificidade do ônus da prova em relação ao ônus da teoria geral do direito: o seu cumprimento não acarreta automaticamente uma consequência benéfica ao sujeito. A sua tão-só observância não é

¹⁰⁶ Nestes termos, diz o autor: “ônus da prova é uma noção processual, que contém a regra de julgamento através da qual se indica ao juiz como deve falar quando não encontra no processo provas que lhe dêem certeza sobre os fatos que devem servir de fundamento à sua decisão e indiretamente estabelecer a qual das partes interessa a prova desses fatos a fim de evitar consequências desfavoráveis para si ou favoráveis para a outra parte”. (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio...*, ob. cit., p. 197). MANUEL DE ANDRADE adota posicionamento semelhante ao dizer que o ônus da prova “traduz-se, para a parte a quem compete, no encargo de fornecer a prova do facto visado, incorrendo nas desvantajosas consequências de se ter como líquido o facto contrário, quando omitiu ou não logrou realizar essa prova; ou a necessidade de, em todo o caso, sofrer tais consequências se os autos não contiverem prova bastante desse facto”. (ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Noções...*, ob. cit., p. 197). Aproveitamos o ensejo para colacionar aqui algumas definições de ônus da prova verificadas nas obras que foram pesquisadas no curso deste trabalho: Para CARREIRA ALVIM, “o ônus probatório corresponde ao encargo que pesa sobre as partes, de ministrar provas sobre os fatos que constituem fundamento das pretensões deduzidas no processo. Ônus não é sinônimo de obrigação e ônus de provar não é o mesmo que obrigação de provar [...] o ônus não é o mesmo que ‘dever jurídico’, mas um ‘encargo’. O dever é sempre em relação a alguém; há uma relação jurídica entre dois sujeitos, em que um deve uma prestação ao outro; a satisfação da obrigação é do interesse do sujeito ativo. O ônus, por seu turno, é em relação a si mesmo; satisfazer o ônus é interesse do próprio onerado”. (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*, ob. cit., p. 266). Em conformidade com os ensinamentos de CORREIA DE ALMEIDA, o ônus da prova pode ser conceituado como “a conduta que se espera da parte, para que a verdade dos fatos alegados seja admitida pelo juiz e possa ele extrair daí as consequências jurídicas pertinentes ao caso. Já que há interesse da parte em demonstrar a veracidade dos fatos alegados, porque somente assim pode esperar sentença favorável, ônus da prova significa o interesse da parte em produzir a prova que lhe traga consequências favoráveis”. (ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Do Ônus da Prova*, ob. cit., p. 48). Para THEODORO JÚNIOR, o ônus da prova é “a conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso...*, ob. cit., p. 478).

¹⁰⁷ MUÑOZ SABATÉ, L. *Técnica Probatoria: Estudios Sobre Las Dificultades De La Prueba Em El Proceso*. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Temis, 1997, p. 18.

¹⁰⁸ Essa é a razão pela qual FREITAS RANGEL diz que CASTRO MENDES nega a natureza de ônus no plano da prova, ao afirmar que haveria, sim, um ônus incompleto e imperfeito que de ônus só teria o nome. Afirma o autor que “para Castro Mendes o ônus da prova seria hoje um ônus imperfeito, por força do princípio da livre apreciação das provas em face do qual não fica ligado a uma convicção judicial por laços de necessidade jurídica, nem a uma completa e perfeita atividade probatória da parte, (a não ser nos casos de prova legal) e um ônus incompleto, por razões que se prendem com os princípios da aquisição processual e da oficialidade que permitem obter a prova por outros meios que não a atividade do interessado nele, respectivamente mediante a atividade da parte contrária”. (RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*, ob. cit., p. 96).

sinônimo de julgamento favorável da pretensão”.¹⁰⁹ Por outro lado, caso não produza a prova, o litigante aumenta, consideravelmente, as chances de ver a causa julgada em seu desfavor, uma vez que fica a mercê das provas produzidas pela outra parte ou ordenadas, de ofício, pelo magistrado.

Além disso, é pacífico o entendimento de que a prova não pertence à parte, mas ao processo, por força do princípio da aquisição processual.

Uma vez produzida, ela passa a integrar o processo, sendo lícito que o juiz se baseie em qualquer uma delas, seja favoravelmente àquele que a produziu, seja contrariamente a seu interesse, na formação de sua convicção. A parte não pode dispor da prova, mas simplesmente manuseá-la a seu favor na tentativa de extrair as consequências jurídicas dos fatos por si demonstrados. Mas, uma vez que foram integradas ao processo, todas as provas podem (e devem) servir para o convencimento do magistrado.

Isso não retira a importância da distribuição do ônus da prova. Como explica MARINONI “isso não retira a importância de que as partes saibam, de forma prévia, a quem incumbe o ônus da prova, pois se esse ônus não precisa ser necessariamente observado para que a parte obtenha um resultado favorável, não há como negar que a parte deve ter ciência prévia do que deve fazer para ter um julgamento favorável, independentemente de outras provas, produzidas de ofício ou pela parte contrária”.¹¹⁰

E é justamente por isso que o ônus probatório possui duas faces, de um lado constitui um princípio informativo, objetivando estruturar o sistema probatório, dotando-o de regras pré-constituídas da atividade probatória (regra de conduta). Por outro lado, ilumina o juiz que chega ao final do processo sem se convencer da veracidade (ou verossimilhança) dos fatos que ensejam as consequências jurídicas previstas no ordenamento jurídico, norteados seus caminhos a fim de julgar o mérito da demanda (princípio dispositivo).

Os conceitos acima epigrafados demonstram que, apesar de constituir uma noção unitária e global, o ônus da prova é um instituto complexo que abrange não somente o ônus da prova subjetivo por força do qual deriva uma regra de conduta para as partes e que está estreitamente relacionado com o princípio dispositivo, mas também o ônus da prova objetivo

¹⁰⁹ CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição...* ob. cit., p. 27. Idêntico é o posicionamento de EDUARDO CAMBI. Segundo ele, “realizar a prova não é um dado decisivo ou o único meio para conseguir a obtenção da tutela jurisdicional plena”. (CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil...* ob. cit., p. 316).

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, vol. 2, ob. cit., p. 265. Os autores comungam da ideia de que a simples produção da prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável da lide, mas aquele que não produzir prova se sujeita ao *risco* de um resultado desfavorável. “Ou seja, o descumprimento desse ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, mas o aumento de risco de um julgamento contrário, uma vez que, como precisamente adverte Patti, uma certa margem de risco existe também para a parte que produziu a prova”. (Ibid. p. 266).

em virtude do qual tem origem uma regra de julgamento para o juiz e cujo conceito encontra-se ligado ao do princípio inquisitório (ou da oficialidade) e com o princípio da aquisição processual.

Quando o processo civil encontra-se estruturado em torno do princípio dispositivo, o problema do ônus da prova resume-se a indicar qual dos sujeitos processuais deve demonstrar determinado fato. Por outro lado, em se estruturando sobre o princípio inquisitório e da aquisição processual, deve-se averiguar quais fatos deverão ser provados para que a decisão tenha um conteúdo específico.

Faremos, portanto, um prévio estudo dos princípios mencionados para, só então, falarmos dos respectivos ônus que estão a eles interligados.

3.2 Princípio Dispositivo.

A doutrina processual tem feito uma dupla diferenciação no que diz respeito à conceituação do princípio dispositivo. Em sentido estrito (ou *Dispositionsmaxime*) diz respeito à disponibilidade das partes sobre o interesse privado e a respectiva conveniência ou não de se socorrer ao órgão jurisdicional pretendendo sua satisfação. Em segundo lugar, tem sido compreendido como o monopólio dos litigantes para trazer aos autos os elementos de fato e os meios de prova (*Verhandlungsmaxime*).¹¹¹

Segundo FREDERICO MARQUES, o princípio dispositivo é, em primeiro lugar, “uma projeção do direito subjetivo no processo e, em segundo lugar, um imperativo do dever de imparcialidade que deve o juiz manter na relação processual”. Segundo ele, uma vez que o juiz deve manter-se equidistante dos interesses em conflito “nada melhor que fixar às partes a tarefa de dar começo ao processo, fixar os limites da decisão e ter a iniciativa primordial de levar ao julgador os elementos de convicção de que necessita para fazer a aplicação do direito objetivo à pretensão ajuizada”.¹¹²

Enquanto encruzilhada que é, no processo civil as normas de direito privado e de direito público estão, quase sempre, se defrontando. E não poderia ser diferente posto ser o

¹¹¹ Neste sentido: AROCA, Juan Montero. *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española, Los Poderes de Juz y La Oralidad in* Revista de Derecho Procesal, n. 1-3, 2001, p. 631). Ver também CARNACINI, Tito. *Tutela Jurisdiccional y Técnica del Proceso in* Revista de la Facultad de Derecho de México, octubre-diciembre de 1953, nº 12. Em sentido semelhante, DIDIER JÚNIOR diz que o problema conceitual do princípio dispositivo deve ser visto por dois aspectos “a) propositura da demanda: delimitação do objeto do processo; b) estrutura interna do processo: impulso processual, produção de provas, efeito devolutivo do recurso etc”. (DIDER JÚNIOR, Fredie Didier. *Curso...* vol 1, ob. cit., p. 56).

¹¹² MARQUES, José Frederico. *Instituições...*, vol. 2, ob. cit., p. 99/100.

processo “instrumento da jurisdição e meio eficaz para o exercício do direito de ação”.¹¹³ Enquanto que no *judicium* imperam as normas publicísticas na *res in judicium deducta* há predomínio, no maior número de lides, das normas jurídico-privadas.¹¹⁴

O princípio dispositivo se fundamenta, portanto, na natureza privada do direito subjetivo deduzido no processo, na titularidade do indivíduo em relação a este direito, na autonomia da vontade e também na liberdade que tem em submeter a lide à apreciação do poder judiciário. MONTERO AROCA, inspirado nos ensinamentos de CALAMANDREI, afirma que ao permitir que o poder jurisdicional se manifeste sobre um determinado direito, o particular está dispondo do mesmo e, conseqüentemente, condicionando a tutela jurisdicional à sua petição. Partindo desse fundamento, conclui que o princípio deve ser compreendido nos seguintes modos:

1) A atividade jurisdicional só pode iniciar-se pelo impulso da própria parte, através de uma petição. 2) É o próprio autor quem delimita o objeto do processo através de sua pretensão, enquanto que o objeto do debate é determinado pelo Demandado quando apresenta sua resistência à petição inicial. 3) Ao satisfazer os interesses privados, através do processo, o órgão jurisdicional deve agir em congruência com a pretensão e a resistência formulada pelas partes. 4) Uma vez que as partes são as únicas que podem solicitar a atuação do poder jurisdicional, também podem por fim à mesma, dispondo do interesse cuja satisfação foi solicitada.¹¹⁵

Conclui-se que, em seu sentido estrito (*Dispositionsmaxime*), o princípio em estudo determina quem deve dar início ao processo, bem como serem as partes responsáveis pela delimitação de seu objeto. SANTOS BEDAQUE ao apontar a divergência doutrinária sobre o conceito do princípio dispositivo afirma que, em seu sentido amplo, tal princípio significa “deixar para as partes os ônus de iniciação, determinação do objeto, impulso do processo e produção de provas”.¹¹⁶

A questão da influência do princípio dispositivo no processo está intimamente ligada à atribuição das tarefas de condução e instrução às partes pelo legislador. Fala-se que este respeitou o mencionado princípio quando confere àquelas maiores poderes na condução e

¹¹³ ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Do ônus da prova...*, ob. cit., p. 46.

¹¹⁴ É por isso que, segundo FREDERICO MARQUES, “o caráter público do processo não impede que a jurisdição se movimente ao impulso e nos limites da vontade dos particulares, da mesma forma que o conteúdo privatístico da pretensão não desnatura a qualificação publicística da sentença que a reconhece válida ou, ao revés, não legítima”. (MARQUES, José Frederico. *Instituições...* vol. 2, ob. cit., p. 100).

¹¹⁵ AROCA, Juan Montero. *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española...* ob. cit., p. 631/632.

¹¹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. Ed. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 88.

instrução do processo. Por outro lado, tanto mais poderes forem atribuídos ao juiz, mais condizente com o princípio inquisitivo o processo será.

No que diz respeito à produção probatória, a influência do princípio dispositivo fornece às partes ampla liberdade de proposição e produção, uma vez que o julgador só pode ter conhecimento das provas que as partes desejarem apresentar. “Na contenda ou disputa processual o juiz desinteressa-se na medida em que não tem poderes para moderar ou dirigir”.¹¹⁷

Segundo esta faceta do princípio, a atividade de procura e escolha dos fatos a provar compete, exclusivamente às partes, já que ninguém seria melhor juiz que a própria partes no tocante às provas de que pode dispor, bem como no que respeita aos seus interesses individuais.¹¹⁸

Assim, de acordo com “o princípio dispositivo, quando aceite em toda sua profundidade, o tribunal só pode julgar de acordo com os factos alegados e provados pelos litigantes. O juiz não pode, por iniciativa própria, suprir a negligência ou a inépcia da parte, quer na alegação dos factos que interessam à fundamentação da sua pretensão, quer na prova dos factos alegados”.¹¹⁹

A exemplo do primeiro sentido do princípio dispositivo, também se alega aqui que eventuais inserções do magistrado na produção probatória teria o condão de ferir sua imparcialidade. Como refere FLÁVIO CORREIA DE ANDRADE, “dado o indispensável distanciamento do juiz do interesse das partes, sem o que a imparcialidade se vê seriamente comprometida, não seria dado ao juiz o poder de interferir na produção das provas, e o julgamento se encontraria absolutamente atrelado àquilo que restou provado por iniciativa da parte”.¹²⁰

A questão da imparcialidade do julgador já foi objeto de breve discussão no presente trabalho. Na oportunidade foi dito que a neutralidade e imparcialidade do órgão jurisdicional, apesar de comumente confundidos, divergem entre si.

¹¹⁷ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. ob. cit., p. 48.

¹¹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...*, vol. 2, ob. cit., p. 351.

¹¹⁹ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual...*, ob. cit., p. 448. No mesmo sentido ALBERTO DOS REIS, para quem “numa organização processual em que imperasse soberana e exclusivamente o princípio dispositivo, cada uma das partes devia beneficiar somente dos factos que ela própria alegasse (ônus da afirmação) e que ela própria provasse (ônus subjectivo da prova)”. (REIS, Alberto dos. *Código...*, ob. cit., p. 272). Para MUNIR KARAM, “o juiz não pode julgar fora do que as partes alegaram nem ter em conta provas não apresentadas por elas. Nem mesmo lhe compete instruir as partes sobre que fatos, essenciais e discutíveis, hão de produzir provas, bem a qual delas cabe o ônus”. (KARAM, Munir. *Ônus da Prova...* ob. cit., p. 54).

¹²⁰ ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Do Ônus da Prova*. ob. cit., p. 48

Concluiu-se, que a moderna ciência processual afastou o dogma segundo o qual o juiz, ao expressar seus sentimentos e pensamentos sobre a causa, no processo, estaria descumprindo o dever de imparcialidade. Isso porque, conforme referido, o juiz (assim como qualquer ser humano) não é desprovido de vontade inconsciente utilizando suas experiências a fim de chegar à verdade mais próxima da realidade dos fatos controvertidos. A imparcialidade, diz respeito à falta de interesse no litígio, bem como ao tratamento isonômico das partes.¹²¹

3.3 Princípio Inquisitório.

Em virtude do caráter publicístico do processo e da sua atual tônica, mormente no que diz respeito às concepções da instrumentalidade e efetividade do provimento jurisdicional, não é possível que o princípio dispositivo seja utilizado, na acepção de ANTUNES VARELA, em sua “total profundidade”. O moderno direito processual não se coaduna mais com a figura do juiz inerte, tendo o mesmo sido substituído ao tipo de juiz ativo.

FREDERICO MARQUES atentando para o caráter publicístico do processo afirma que em razão dele “o direito processual tem atenuado ou modificado alguns aspectos da aplicação legal e prática do princípio dispositivo, sem contudo o atingir fundamentalmente, o que aliás não seria possível, sob pena de desnaturar-se o próprio sistema processual de composição dos litígios”.¹²²

O princípio Inquisitório (antinômico do sistema instaurado pelo dispositivo) confere amplos poderes diretivos e probatórios ao juiz na condução do processo. Ao contrário daquilo que ocorre quando há predominância do princípio dispositivo, aqui o juiz tem poderes de

¹²¹ Ao falar sobre o juiz que se omite em chamar as partes para se manifestarem sobre determinado ponto antes de emitir uma decisão gravosa, DINAMARCO diz que “o juiz mudo também tem algo de Pilatos e, por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...* ob. cit., p. 224).

¹²² O autor, citando ROBERT WYNESS MILLAR, faz um breve resumo histórico do princípio dispositivo. Afirma que este “segundo observa Millar, ‘gozou sempre, no processo civil, de domínio quase ininterrupto. Caracterizou o sistema romano em suas três fases e, em sua máxima extensão, no primitivo processo germânico em que os tribunais exerciam um mínimo de funções judiciais. Implantou-se nos vários sistemas surgidos da fusão do elemento germânico com o romano, e predomina, sujeito a maiores ou menores restrições, em tôdas as jurisdições civis da atualidade’. O único exemplo de sistema processual civil, com predominância do princípio contrário, encontra-se na legislação prussiana do século XVII, iniciada ao tempo de FREDERICO, o Grande, notadamente na Allgemeine Gerichtsordnung (Ordenança Judiciária Geral) de 1773-1775, que vigorou cêrca de 40 anos, até ser substituída pelas ordenanças de 1833 a 1846”. (MARQUES, José Frederico. *Instituições...* vol. 2, ob. cit., p. 100/101).

organização do material probatório, podendo lançar mão de outros meios de prova além daqueles indicados pelos litigantes.

Se é certo que o indivíduo é titular do direito material e tem a opção de submeter a lide ao crivo do poder judiciário, não menos o é o fato de que assim fazendo deva submeter-se às normas processuais imperativas que disciplinam o procedimento e, conseqüentemente, sofrer limitações.¹²³

Com a concepção publicística do processo, a relação processual passou a ser considerada como de caráter público, bem como os interesses subjacentes ao processo, cabendo ao juiz, em conformidade com o princípio inquisitório a iniciativa da instrução processual. Aqui, como afirma FREITAS RANGEL, “o juiz tem larga iniciativa e intervenção quer no momento da proposição ou busca das provas, quer no momento de produção ou avaliação”.¹²⁴

Ao adotar o princípio inquisitório, em sua plenitude, o legislador retira totalmente das partes o ônus de provar suas alegações e lança sobre o juiz o poder-dever de, não apenas conduzir oficiosamente o processo (como consequência lógica de sua publicização)¹²⁵, mas

¹²³ Para BARBOSA MOREIRA analisar os poderes conferidos ao juiz é enfrentar um problema central de política jurídica, cujo conteúdo todo o sistema processual seria chamado a definir-se, qual seja, a problemática da “divisão de trabalho” entre o órgão judicial e as partes. Em seu entendimento, uma vez que toca a parte, enquanto titular do direito, decidir se o mesmo deve ser defendido em juízo, logicamente que não lhe assiste idêntica liberdade de influir na forma com que o órgão estatal deva atuar com o fim de estabelecer a norma jurídica aplicável ao caso concreto. O autor compara o litígio com uma enfermidade e explica: “se cabe ver no litígio uma como enfermidade social, a cuja ura se ordena o processo, antes parece lícito raciocinar analogicamente a partir do fato de que o enfermo, no sentido físico da palavra, livre embora de resolver se vai ou não internar-se em hospital, tem de sujeitar-se, desde que opte pela internação, às disposições do regulamento: não pode impor a seu bel-prazer horários de refeições e de visitas, nem será razoável que se lhe permita controlar a atividade do médico no uso dos meios de investigação indispensáveis ao diagnóstico, ou na prescrição dos remédios adequados”. (MOREIRA, Carlos Barbosa. *Os Poderes do Juiz na Direção e na Instrução do Processo in Temas de Direito Processual Civil*. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45/46.

¹²⁴ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova...* ob. cit., p. 48.

¹²⁵ Uma das consequências da chamada “natureza publicística do processo” está insculpida na regra do impulso processual ex officio. Tem-se entendido que, uma vez que o processo está regulado por normas de direito público, o direito material controvertido lançado em seus autos acaba sofrendo influência daquelas normas e, como já referido em linhas pretéritas, sendo reguladas pelas mesmas. Em sendo dispostos à apreciação do poder jurisdicional, o particular deve moldar-se às regras pertinentes ao processo, sob pena de ver o mérito da demanda julgado totalmente improcedente, ou até mesmo, não sendo analisado por faltar algum dos pressupostos para tanto. Às partes incumbe o ônus de provocar o poder judiciário, através do exercício do direito de ação, por força do princípio dispositivo. No entanto, os impulsos posteriores dar-se-ão não apenas por elas, mas também (e muitas vezes, principalmente) pelo próprio magistrado. Com a publicização do processo, este passou a ser visto não como uma coisa de propriedade da qual as partes possuem ampla disponibilidade, mas como um instrumento que o Estado tem em suas mãos a fim de cumprir uma de suas funções básicas, nomeadamente a promoção da paz social. Por essa razão, e porque um dos deveres do órgão julgador é a administração da justiça, ao ser proposta a ação passa a ser impulsionada oficiosamente pelo juiz e também pelas partes. Interessante o ensinamento de MONTERO AROCA a respeito desse tema. O autor faz em sua obra a distinção entre a repartição das faculdades materiais e processuais da direção do processo, em face de sua publicização. Segundo ele, as faculdades materiais de direção do processo dizem respeito a quais dos sujeitos processuais devem trazer aos autos os elementos que podem influir na decisão adotada pelo juiz no final do processo. São eles: Os fatos e as provas. Por sua vez, a direção formal do processo mostra quem assumirá as faculdades de controlar a sua

também de buscar elementos probatórios suficientes que formem em si um juízo de convencimento sobre os fatos alegados pelas partes.

Se assim fosse, não haveria, sequer, que se falar em “ônus da prova”, uma vez que sua indicação caberia ao próprio magistrado.¹²⁶ Advoga-se, pois, pela existência do princípio inquisitório, no processo, de forma mitigada (assim como do princípio dispositivo), devendo haver um saudável equilíbrio entre ambos, objetivando o atingimento das finalidades do processo moderno.

Como se sabe, o Estado Liberal foi marcadamente influenciado pelas ideias de liberdade e igualdade dos indivíduos, bem como da supremacia destes contra as ingerências e atitudes coercitivas do poder estatal. As concepções ideológicas daquele tempo irradiaram para o campo do direito e estabeleceram um tempo de império da lei, na qual a atividade do magistrado estava cingida a sua mera aplicação.

Ao contrário do que temos hoje, o modelo de juiz ideal para condução do processo era aquele “neutro, imparcial, equidistante do drama das partes e, por isso, alheio à formação do objeto do processo e à atividade instrutória tendente a demonstrar a causa do pedido do autor e da resistência do réu”.¹²⁷

Sob o entendimento de que o processo era um mero instrumento da vontade da lei, o magistrado não estava preocupado com a satisfação dos escopos políticos e sociais. Assim, quando se deparava com alguma controvérsia posta para sua apreciação e julgamento, deveria julgá-la de acordo com aquilo que as partes tinham alegado e provado. Ao juiz, não era possibilitado o exercício de qualquer espécie de atividade probatória.

regularidade formal e(ou) técnica dos atos processuais, bem como impulsionar o procedimento para que este passe de uma fase para outra. Em outras palavras, diz o autor, que a direção formal não afeta o conteúdo do processo (como o faz a direção material, que teria o condão de afetar o *decisum* final), mas sim o processo em si mesmo. O conteúdo das faculdades processuais de direção do processo, diriam respeito a) quem deve controlar a admissibilidade da pretensão e, portanto, se seria possível proferir uma decisão que analisasse o mérito do pedido (intimamente relacionado com os pressupostos processuais); b) quem deve impulsionar o processo fazendo com que ele avance pelas fases legalmente previstas. Neste segundo aspecto, Montero Aroca adverte que o impulso processual diz respeito tanto as partes quanto aos juízes. Em relação às primeiras estaria relacionada com a possibilidade que um processo tem de passar para outra instância, sendo que elas devem solicitar que o juiz declare terminada uma fase processual e inicie a próxima. Por sua vez, impulso oficial do juiz, estaria consubstanciado na possibilidade que o magistrado tem de ditar as resoluções para que o processo avance sem esperar que haja uma petição da parte assim o requerendo. Afirma o autor que: “en la actualidad el impulso oficial rige en todos los procesos por cuanto se ha entendido que ha de quedar dentro de las facultades del órgano jurisdiccional, presupuesta la incoación bien en virtud del principio dispositivo bien del da oficialidad, el hacer que el proceso se desarrolle por sus fases normales”. (AROCA, Juan Montero. *La Nueva Ley de Enjuiciamiento...* ob. cit., p. 632/644).

¹²⁶ Nesse sentido COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. ed. 3. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958, p. 241.

¹²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prova. Princípio da Verdade Real. Poderes o Juiz. Ônus da Prova e Sua Eventual Inversão. Provas Ilícitas. Prova e Coisa Julgada nas Ações Relativas à Paternidade (DNA) in Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. 4, p. 815.

Com toda a responsabilidade probatório nas mãos do autor e(ou) do réu, o magistrado ficava, muitas vezes, sem elementos suficientes que pudessem formar sua convicção e posterior solução do conflito de interesses. Assim, diante da impossibilidade de um pronunciamento de *lon liquet* acabava utilizando as regras de distribuição do encargo probatório.

No entanto, conforme leciona THEODORO JÚNIOR, na segunda metade do século XX “a doutrina processual em todo mundo começou a reclamar por uma urgente e profunda mudança de rumos para compatibilizar-se com o moderno Estado Democrático e Social implantado e desenvolvido após a Segunda Guerra Mundial”.¹²⁸

A partir de então, as noções de processo justo, acesso à justiça e efetividade da tutela jurisdicional foram paulatinamente implementadas ao processo e, associadas com a noção de que a outorga de atividade probatória exclusivamente às partes seria insuficiente para trazer aos autos todos os elementos de convicção do magistrado, o cenário no qual este permanecia inerte foi transformado.

Para o autor, uma vez que a justiça da prestação jurisdicional está diretamente relacionada com a verdade real e esta só pode ser atingida através da instrução probatória “tornou-se evidente e imperioso atribuir ao juiz o comando irrestrito da iniciativa das provas necessárias ao conhecimento dos fatos constitutivos do quadro litigioso a solucionar”.¹²⁹

O juiz passou a gozar, então, de poderes instrutórios. Em outras palavras, o juiz “passou a ser titular de atividade probatória”,¹³⁰ bem como a ter responsabilidades sobre a produção do material probatório dos autos e a zelar para que os elementos necessários para o acertamento dos fatos e formação de sua convicção pudessem, sempre que possível, aportar no processo.

Discute-se, entretanto, na doutrina, qual o alcance do poder conferido ao juiz de determinar, oficiosamente, as provas que serão produzidas.

¹²⁸ Ibid, p. 816.

¹²⁹ Ibid, ibdem. p. 818. O posicionamento adotado pelo processualista brasileiro encontra respaldo também naquele adotado pelo professor ALBERTO DOS REIS para quem o império soberano e exclusivo do princípio dispositivo em uma determinada organização encontra-se “manifestamente ultrapassado”. (REIS, Alberto dos. *Código...*, ob. cit., p. 272).

¹³⁰ CREMASCO, Suzana Santi. ob. cit., p. 82. Para a autora, a outorga de poderes instrutórios ao juiz encontra-se consubstanciada no fato de que, sendo ele o “encarregado de julgar a lide e fazê-lo escorado nos elementos probatórios constantes nos autos, é o único sujeito processual em condições de dizer sobre a necessidade ou não da produção da prova respectiva”. Arremata dizendo que quanto maior seja a participação do juiz na atividade probatória, mais perto da certeza ele chegará e, conseqüentemente, “maior será a chance de que a decisão prolatada corresponda à realidade e, enquanto tal, seja capaz de realizar a justiça e alcançar resultados efetivos”. (Ibid, p. 82).

Há quem defenda que a iniciativa probatória do juiz tem um caráter eminentemente supletivo. Em outras palavras, que somente deverá ser utilizado nos casos em que houver uma maior necessidade de esclarecimento dos fatos a fim de que o juiz possa decidir a lide com uma consciência tranquila, caso contrário o juiz estaria substituindo a própria parte em sua iniciativa probatória e, conseqüentemente, ferindo o princípio da imparcialidade.¹³¹

Em contrapartida, há autores que negam o caráter supletivo da iniciativa probatória do juiz sob o entendimento de que, enquanto sujeito interessado no processo, sua atuação probatória deve ocorrer em conjunto com as partes, a fim de prestigiar sempre o atual modelo de processo efetivo. Neste sentido, DIDIER JÚNIOR expõe que com uma visão oposta àquela que defendia o caráter privado do processo e que “enxerga o processo civil sob um ângulo mais publicista, a tendência é de se conferir ao Estado-juiz os mais amplos poderes instrutórios”.¹³²

FREITAS RANGEL, por exemplo, ao defender a existência de um princípio inquisitório moderado no sistema português afirma que “quando correctamente perspectivado, implica um efectivo e permanente empenhamento activo do juiz na vusca e apuramento da verdade quanto aos factos objecto da controvérsia”.¹³³

3.4 Princípio Dispositivo e Inquisitório em Brasil e Portugal.

O sistema processual brasileiro e português privilegiou o princípio dispositivo e inquisitório, ambos em suas concepções mitigadas e em diferentes momentos processuais.

Em relação ao princípio dispositivo, sua manutenção diz respeito, primordialmente, à regra de que a jurisdição só é movimentada, dando origem ao processo, com a provocação das partes interessadas e dentro dos limites fixados por eles quanto aos fatos a serem decididos. Em outras palavras, incumbe à parte provocar o Poder Judiciário, fixando o objeto do litígio.

A primeira delas é também conhecida como “ne procedat judex ex officio” (ou “nemo judex sine actore”) e traduz a necessidade da provocação dos interessados a fim de que a relação processual possa ser instaurada e, conseqüentemente, a atividade jurisdicional se

¹³¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas...* ob. cit., vol. II, p. 351. GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro, Vol. 1*. São Paulo: Saraiva, ed. 17, 2003, p. 227/228

¹³² DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso...vol. II*, ob. cit., p. 52. No mesmo sentido BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes...*, ob. cit., p. 161/162.

¹³³ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus...* ob. cit., p. 58.

ponha em atividade. “Contém-se, naquelas máximas, o princípio de que não há jurisdição sem ação”.¹³⁴

A segunda completa a regra exposta e encontra-se arraigada ao preceito da conhecida máxima “ne iudex eat ultra petita partium”, que determina a extensão e conteúdo da tutela jurisdicional invocada pelo autor. São as partes quem determinam e fixam o objeto do processo, sendo defeso ao juiz decidir fora dos contornos delineados,¹³⁵ em virtude, obviamente da disponibilidade substancial dos interesses privados que estão sob litígio.¹³⁶

Desta forma, há uma verdadeira violação do princípio dispositivo quando o juiz, ressalvadas as hipóteses legalmente previstas, introduz, no debate processual, fato jurídico novo diverso do que a parte invocou como causa de pedir ou de excepcionar. “O pedido e a causa de pedir são limites intransponíveis pela jurisdição”.¹³⁷

No que diz respeito ao princípio inquisitivo, o legislador brasileiro e português concedeu ao magistrado o poder geral de ordenar, ainda que oficiosamente, as diligências e atos que entenda serem necessários para a demonstração da verdade.

O princípio dispositivo deve, sem dúvidas, prevalecer no debate da lide. Somente às partes cabe a iniciativa de levar o conflito jurídico a juízo, bem como dar-lhe os necessários contornos. Por outro lado, a investigação dos fatos controvertidos deduzidos no processo não deve ficar na dependência das partes.¹³⁸

¹³⁴ MARQUES, José Frederico. *Instituições... vol. 1*, ob. cit., p. 101.

¹³⁵ FREDERICO MARQUES lembra que o “objeto da decisão é a pretensão deduzida em juízo, delimitada pelo pedido e pelos fatos em que se apoia. A qualificação a ser dada aos fatos é juízo de valor que refoge da disponibilidade dos interessados: ‘narra mihi factum, dado tibi jus’”. Inspirado em ADOLF SCHÖNKE, afirma que segundo o processualista alemão “o princípio dispositivo é aplicável unicamente ao que diz respeito aos fatos. No que toca a apreciação do que as partes alegaram, tanto no aspecto da matéria de fato como de matéria jurídica, o Tribunal é livre, pelo que não pode ficar vinculado pelas declarações dos interessados, ainda que concordes, já que tem o direito e o dever de examinar os fatos submetidos a seu julgamento sob todos os pontos de vista que se lhe ofereçam”. (Ibid, p. 102 e nota 126).

¹³⁶ Vale ressaltar, mais uma vez, que em virtude da publicização do processo, uma vez fixado o *thema decidendum* que exige uma autação do órgão jurisdicional, surge o interesse público “subjacente no facto dos tribunais decidirem segundo a justiça e a lei”. (RANGEL, Rui Manuel de Freitas. ob. cit., p. 50). Já foi dito, inclusive com os delineamentos traçados por MONTERO AROCA (nota 140 deste trabalho) que uma vez iniciada a relação material controvertida cabe, não somente às partes como também ao juiz o impulso processual da lide. As partes possuem o ônus da iniciativa, segundo o qual o processo começa. A elas cabe impulsioná-lo. No entanto, isso não gera, no processo, a existência de um juiz inerte e passivo, posto que entre seus poderes-deveres esta o do impulso processual.

¹³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prova...* ob. cit., p. 818. O autor corrobora com os ensinamentos de FREDERICO MARQUES e ADOLF SCHÖNKE anteriormente citados (nota 148) ao afirmar que “a livre pesquisa do fato jurídico configurador da causa petendi delineada pela parte é, porém, atividade própria e normal do juiz, a quem se atribui o encargo de apreciar e julgar, com justiça, a res in iudicio deducta”.

¹³⁸ *Código de Processo Civil Brasileiro*: “Art. 130. 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”. *Código de Processo Civil Português*: “Artigo 411. Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”.

Com isso, afastam-se os preconceitos dos quais já tivemos oportunidade de mencionar em relação à neutralidade e imparcialidade do juiz e quebra-se o monopólio das partes sobre a iniciativa probante.¹³⁹ Os dispositivos processuais ao conferirem ao juiz a iniciativa de determinar quais as provas necessárias à instrução da causa denota que o legislador optou por uma alternativa oposta ao princípio dispositivo. Em outras palavras, “na busca da verdade real o que prevalece é o impulso oficial guiado pelo ‘princípio da investigação’ (de natureza inquisitiva).”¹⁴⁰

Nas palavras de DALL’AGNOL JÚNIOR “não se cuida, por óbvio, de um sistema inquisitorial puro, mas do acolhimento de regras que concitam o magistrado a um papel ativo no processo, independentemente da exigência de imparcialidade, resguardada por outros princípios, como o do contraditório, o da publicidade dos atos processuais e o da motivação dos provimentos judiciais”.¹⁴¹

Feitas as considerações acima declinadas a respeito da distinção do princípio dispositivo e inquisitivo, passaremos a analisar a figura do ônus da prova subjetivo e do ônus da prova objetivo.

Não se olvida que o ônus da prova contempla uma noção unitária e global, mas em virtude de sua complexidade tem-se dividido o instituto nos dois ônus citados, configurando o primeiro uma regra de conduta para as partes e o segundo uma regra de julgamento para o juiz.

4 ÔNUS SUBJETIVO

Não há dúvidas de que, hodiernamente, o processo apresenta como um de seus traços mais marcantes o fato de ser um instrumento dialético. Ou seja, através dele as partes estão

¹³⁹ A este propósito, ver a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro: INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ – PERÍCIA DETERMINADA DE OFÍCIO – POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEMANDA – PROCEDENTES – Os juízos de primeiro e segundo grau de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. – A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça (STJ, AgRg-REsp 738576/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 18.08.2005).

¹⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prova...* ob. cit., p. 819.

¹⁴¹ DALL’AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Os poderes do juiz *in* MARINONI, Luiz Guilherme (coord). O processo civil contemporâneo. Curitiba: Editora Juruá, 1994, p. 92. FREITAS RANGEL afirma que o tempero misto dado pelo legislador português na distinção e absorção do princípio inquisitório tem o condão de fazer com que se compreenda com maior clareza “o que está em jogo” no processo, “quem tem o ônus de fazer a prova de determinado facto, qual o sentido da lei quando atribui esse encargo a uma das partes e como se configuram as regras atinentes a este instituto e quando e em que circunstâncias é que se opera a sua inversão” (RANGEL, Rui Manuel de Freitas. ob. cit., p. 100).

em constante debate acerca das afirmações de fato que cada uma delas trouxe, objetivando extrair as consequências jurídicas que melhor se enquadrem nas suas respectivas pretensões. O objetivo último de cada litigante é, sem dúvidas, convencer o julgador da veracidade das suas alegações e, obviamente, obter dele um posicionamento que lhe seja favorável.

Para isso, além das argumentações e exposição dos fatos, as partes dispõem de elementos probatórios que possam, com o devido manejo, formar no juiz a convicção necessária que lhes assegure a procedência ou improcedência do pedido. Se por um lado, o juiz tem o dever de administrar a justiça e, conseqüentemente, interesse em dirimir a controvérsia restabelecendo a paz social da comunidade de forma efetiva e justa, maior interesse recai sobre as partes que recorrem ao judiciário objetivando a vitória de um impasse no qual estão envolvidos.¹⁴²

Nesta senda, o ônus subjetivo da prova configura-se como uma regra de conduta para as partes que pretendem ver a demanda ser julgada favoravelmente às suas respectivas pretensões. A ele cabe a distribuição dos fatos que devem ser provados por cada parte a fim de que obtenham uma decisão favorável.

Inicialmente cumpre esclarecer que durante algum tempo o ônus da prova só foi considerado sob o aspecto subjetivo, com base, como demonstra ALFREDO BUZAIIS ao citar LEONHARD, na “teoria das consequências da prova frustrada”.¹⁴³ Todas as definições e explicações acerca do ônus da prova nesse período ressaltavam que ele consistia na necessidade de provar para vencer uma determinada demanda. Para os autores, ele não configurava um direito, tampouco um dever, mas uma imposição de ser diligente objetivando evitar os danos e prejuízos de uma demonstração falhada.

A indagação feita por este aspecto do ônus tem o condão de verificar a quem, no litígio, compete o ônus de produzir a prova para não correr o risco de perder a demanda considerando a natureza dispositiva do processo que, confiando-lhes o encargo probatório, também lhe atribui a correspondente responsabilidade.

Explicam ALFREDO BUZAIIS e FREITAS RANGEL que a doutrina não tinha pensado em outro conceito até a publicação, em 1883, dos trabalhos de JULIUS GLASER,

¹⁴² Para EDUARDO CAMBI “o maior interessado em que o juiz se convença da veracidade de um fato é o próprio litigante a quem aproveita o reconhecimento dele como verdadeiro. É esse interesse que estimula a parte a atuar no sentido de persuadir o julgador mediante as provas de que o fato realmente ocorreu. Assim, o desejo de vencer o litígio cria, no litigante, a necessidade de pesar os meios de que se pode valer em seu trabalho de persuasão e de esforçar-se para que esses meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa”. (CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil...* ob, cit., p. 322).

¹⁴³ BUZAIID, Alfredo. *Do Ônus da Prova*, ob. cit., p. 129.

nos quais já apareceram as distinções entre o ônus formal (ou subjetivo) e ônus material (ou objetivo) da prova, usada pelos tratadistas de direito processual penal.¹⁴⁴

No entanto, aprouve aos processualistas civis austríacos o mérito de distinguir o ônus subjetivo do ônus objetivo da prova, irradiando, posteriormente para a doutrina Italiana. Para ROSENBERG, ao admitir essa classificação, o ônus da prova configuraria um problema de aplicação do direito¹⁴⁵, tendo em vista que a aplicação de uma norma só é possível quando seu enunciado hipotético, abstratamente previsto pela lei, se converteu em realidade concreta, o que não ocorre quando o juiz, no curso da ação, não formou sua plena convicção.

Os inconvenientes da incerteza gerada no espírito do julgador devem ser suportados pela parte cujo êxito depende a aplicação do preceito. Daí que cada litigante deva sofrer o encargo de produzir a prova da existência dos pressupostos (ainda que negativo) das normas que lhe são favoráveis. Em outras palavras, se o autor (ou réu) invocar a incidência de determinada norma, deve fazer a prova da configuração de seus pressupostos, a fim de que aquela norma possa ser aplicada em seu favor.

Por outro lado, uma vez analisado através do conceito de ônus objetivo da prova, o resultado obtido pelo autor ou réu não é consequência imediata da atividade probante que cada uma desenvolveu tendo em vista que o magistrado deve tomar em consideração todo o material probatório recolhido ao processo. O que interessa é saber aquilo que foi demonstrado e não quem o demonstrou.

Com efeito, o ônus da prova subjetivo se volta para os litigantes a fim de indagar qual deles há de suportar o risco da frustração da prova no processo. Conforme tivemos oportunidade de mencionar, neste aspecto, ele estipula uma regra de conduta a ser seguida pelas partes, apontando “quais os fatos que devem ser provados por cada qual, com vistas a obter uma decisão favorável”.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Ibid, p. 129. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. ob, cit., p. 128.

¹⁴⁵ Importante ressaltar aqui a crítica feita por FREITAS RANGEL à concepção de ROSENBERG. Segundo ele, ROSENBERG confundiria, sem sua concepção, dois planos de ação, duas realidades distintas e processualmente consideradas. Para FREITAS RANGEL, não é correto que, na seara do julgamento da matéria de fato, o direito seja misturado com os fatos ou estes com as normas. Seria o mesmo que dizer que o juiz já teria encontrado a solução jurídica para o caso, tentando apenas encaixar os fatos nas normas. Segundo ensina “o ônus da prova não é um problema de aplicação do direito. O ônus da prova é um problema de demonstrar factos”. Segundo defende, o julgamento da matéria de fato e de direito se passam em momentos distintos e com contornos diferentes. (Ibid, ibidem, p. 129/130).

¹⁴⁶ CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica...* ob. cit, p. 30. Também neste sentido veja-se a lição de DEVIS ECHANDÍA para quem “se fala em ônus subjetivo porque contém uma regra de conduta para as partes e também porque lhes mostra quais os fatos devem ser provados em cada processo, a fim de obter uma decisão favorável às suas pretensões ou exceções, não obstante deixa-las a liberdade de fazê-lo. Neste sentido se falar, precisamente, em distribuição do ônus da prova entre demandante e demandado”. (ECHANDÍA, Hernando Devís. Teoría general...ob. cit., p. 427).

Nas palavras de ROSENBERG o ônus subjetivo é aquele “que incumbe a uma parte de subministrar a prova de um fato controvertido, mediante sua própria atividade, se quiser evitar a perda do processo”. Isso porque, apesar de serem livres para afirmarem e provarem os fatos, uma vez que estes integrem o *thema probandum* e sobre eles não seja feita a respectiva prova pela parte onerada, ela pode vir a sofrer “as consequências desfavoráveis, eis que diminui as suas chances de poder convencer o juiz de que tem razão”.¹⁴⁷

O ônus subjetivo da prova encontra-se intimamente relacionado com o princípio dispositivo na medida em que a parte onerada com o encargo probatório é quem deve ficar sujeita ao risco de ver sua pretensão rejeitada pelo tribunal, “por não ter sabido ou querido carrear para o processo o conjunto de provas suficientes para formar a convicção do julgador sobre os factos controvertidos”.¹⁴⁸

Nas palavras de VAZ SERRA “uma vez que vigora no processo civil o princípio dispositivo (*iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium*), tem a parte, que pretenda seja dado valor a certo facto em juízo, de alegá-lo e fazer a prova dele: é este o chamado ônus subjectivo ou formal ou ônus de produção da prova”.¹⁴⁹

De fato, em um sistema processual pautado, primordialmente, pelo princípio dispositivo, onde o juiz deva julgar segundo aquilo que foi alegado pelas partes (*secundum allegata et probata partium*) o ônus da prova sujeita o litigante não apenas a afirmar o respectivo fato, como também (e principalmente) prová-lo, sob pena de ser considerado como assente o fato contrário.¹⁵⁰

Mutatis mutandis, nos ordenamentos jurídicos em que há previsão de poderes instrutórios do magistrado, o ônus subjetivo da prova fica sempre limitado. VAZ SERRA, utilizando a título exemplificativo, o sistema processual civil português que confere ao juiz um largo âmbito de iniciativa probatória (podendo ordenar diligências de prova que considere

¹⁴⁷ ROSENBERG, Leo. *La Carga De La Prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin, Buenos Aires: EJEJA, 1956, p. 15.

¹⁴⁸ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. ob. cit., p. 130.

¹⁴⁹ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Provas*, ob. cit., p. 59. Para José Alberto dos Reis “dentro do conceito de ônus subjectivo há uma relação directa e imediata entre a atividade instrutória que a parte exerceu e os resultados eu colhe”.

¹⁵⁰ Não é demais repetirmos o que já foi objeto de estudo pretérito no presente trabalho que “este sistema, quando aceite na sua profundidade, impede o tribunal de, por iniciativa própria, suprir a negligência ou a inépcia da parte, que no que se reporta as factos relevantes à fundamentação da sua pretensão, quer no que se refere à prova dos factos alegados. O tribunal só pode julgar de acordo com os factos alegados e provados pelas partes em litígio”. (RANGEL, Rui Manuel de Freitas. ob. cit., p. 131/132).

necessárias), diz que nesses casos “o ônus probatório subjectivo não é completo, estando temperado pelos poderes do juiz no campo da produção da prova”.¹⁵¹

O ônus objetivo da prova, por sua vez, tem o condão de guiar o magistrado a proferir uma decisão nos casos em que, mesmo após o término da atividade instrutória, permanece com dúvidas em relação aos fatos.

5 ÔNUS OBJETIVO

Ao contrário daquilo que ocorre quando se analisa o ônus da prova pelo aspecto subjetivo, aqui, na modalidade objetiva, o que importa saber não é quem deverá provar os fatos alegados, mas sim quais desses fatos deverão ser provados a fim de que a decisão judicial seja proferida neste ou naquele sentido.

Além disso (e talvez a questão mais importante nesta matéria) em seu viés objetivo, o ônus da prova significa exatamente uma regra de julgamento da qual o juiz se utilizará quando, mesmo ao término da atividade probatória realizada por si, e pelas partes, não possuir certeza quanto às alegações destas e, conseqüentemente, não possui subsídios para proferir sua decisão, respeitando sempre o princípio da inafastabilidade da jurisdição.¹⁵²

Já tivemos a oportunidade de dizer que, na busca do amparo judicial, as partes têm o ônus de não somente alegar os fatos ocorridos (delimitando o âmbito de atuação do poder jurisdicional) como também prová-los, sob pena de ver a demanda julgada de forma desfavorável às suas pretensões. Por outro lado, a maioria dos sistemas processuais (como o português e brasileiro) têm concedido poderes instrutórios ao magistrado que, limitado aos fatos alegados¹⁵³, pode se lançar na colheita das provas que entenda necessárias para elucidação do conflito de interesses.

Apesar de todos os esforços empreendidos, pode acontecer que os elementos probatórios indispensáveis à instrução do feito, por qualquer razão, não sejam trazidos ao processo e, conseqüentemente, o magistrado não tenha condições de modelar a realidade dos

¹⁵¹ Ibid, p. 59. Para FREITAS RANGEL “a existência deste princípio de investigação impossibilita o estabelecimento de uma relação de dependência entre a atividade da parte e a verificação de um determinado resultado” (Ibid, ibidem, p. 132).

¹⁵² EDUARDO CAMBI, reportando-se à importância do ônus objetivo da prova no processo civil brasileiro diz que “o ônus da prova em sentido objetivo é uma exigência prática, visto que, não sendo possível a pronúncia judicial *non liquet*, se não existisse esse mecanismo de resolução das dúvidas, dar-se-ia ensejo à denegação da justiça, contrariando a regra constitucional, contida no art. 5º, inc. XXXV, CF, que prevê a garantia do acesso à justiça” (CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil...* ob. cit., p. 329).

¹⁵³ Sem prejuízos, obviamente, da doutrina referente ao conhecimento dos fatos instrumentais.

fatos, bem como promover o accertamento daqueles que foram objeto do litígio e, conseqüentemente, formar sua convicção em torno da controvérsia, decidindo-a.

Em casos como esses, como já se viu, ao magistrado é defeso dar um pronunciamento de *non liquet* se abstendo de analisar o mérito da demanda sob a alegação de falta ou insuficiência de provas ou, até mesmo, da inexistência de norma jurídica aplicável ao caso concreto. Sobre este órgão recai o poder-dever de dizer a solução que, dentro dos ditames da justiça, melhor se encaixe à questão que lhe foi colocada.

Conforme mencionado por SANTI CREMASCO: “O juiz deve julgar. O juiz tem que julgar”.¹⁵⁴ Em outras palavras ao juiz é vedado “pronunciar *non liquet*.” Dessa forma, mesmo que ele “não se convença acerca da realidade fática discutida no processo, ele deve pronunciar uma sentença pondo fim à lide”.¹⁵⁵

Sendo assim, uma vez que não está convencido da veracidade dos fatos em virtude da ausência de prova, deve o magistrado se valer das regras de distribuição do ônus da prova para julgamento final da lide pronunciando um julgamento desfavorável àquele a quem tocava o ônus probatório. Em outras palavras, a lei estabelece critérios no sentido de indicar ao juiz qual das partes suportará as conseqüências de não restar provada a alegação que lhe aproveitava.¹⁵⁶

Nas palavras de ROSENBERG, “as regras sobre o ônus da prova (...) ajudam ao juiz a formar um juízo, afirmativo ou negativo, sobre a pretensão que se faz valer, não obstante a incerteza quanto às circunstâncias de fato, porque indicam uma forma de chegar a uma decisão em caso semelhante. A essência e o valor das normas sobre o ônus da prova consistem nessa instrução dada ao juiz acerca do conteúdo da sentença que deve pronunciar em um caso em que não é possível comprovar-se a verdade de uma afirmação de um fato importante”.¹⁵⁷

Certamente que as regras do ônus da prova não solucionam as situações de *non liquet*, posto que o magistrado (ou tribunal) permanece na dúvida acerca dos acontecimentos

¹⁵⁴ CREMASCO, Suzana Santi. ob. cit., p. 31.

¹⁵⁵ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova...* ob. cit., p. 135.

¹⁵⁶ Em outro prisma GIOVANNI VERDE dispõe que a regra de julgamento não advém da necessidade que o juiz tem de decidir mesmo quando os fatos permaneçam incertos, mas sim da convicção de que é necessário existir uma regra apropriada que estabeleça o conteúdo da decisão nestes casos. Nas palavras do autor: (VERDE, Giovanni. *Considerazioni Sulla Regola di Giudizio Fondata Sull'onere Della Prova in Rivista di Diritto Processuale*, Milano, volume XXVII [II série], 1972, p. 444)

¹⁵⁷ ROSENBERG, Leo. *La Carga...* cit., p. 2. Interessante, também, colacionar a definição de DEVIS HECHANDÍA Para o autor, o ônus da prova é objetivo na medida em que “implica em uma regra geral, de juízo, segundo a qual, na falta de prova dos fatos que fundamentam o litígio, ou a petição de jurisdição voluntária, o juiz deve proferir uma decisão de fundo desfavorável para quem tinha o ônus de administrá-la e, portanto, proíbe o *non liquet*”. (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General...* ob. cit., p. 427/428).

dos fatos controvertidos. No entanto, apesar da dúvida insanável, aquelas regras ajudam a dar sustentação à decisão judicial. “Trata-se de regras de decisão. A verdadeira função do ónus objectivo ou material da prova é fornecer um critério de decisão”¹⁵⁸

Em face dos objetivos processuais modernos, ao juiz não é permitido proferir uma decisão dubidativa e, portanto, conforme o estado da causa, como defendia SARRACENO.¹⁵⁹ Isso porque a atividade jurisdicional deve ser prestada uma única vez, não sendo lícito ao juiz, em virtude da falta de provas (ou até mesmo, como já vimos, na inexistência de norma jurídica aplicável ao caso), declarar que se abstém de analisar o mérito, porque, em assim fazendo, não estaria cumprindo sua função (missão) jurisdicional. “Exatamente por ser incerto o estado de fato é que a ordem jurídica positiva confere ao juiz uma regra, que serve de critério no julgamento, dando-lhe o conteúdo da sentença”.¹⁶⁰

¹⁵⁸ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. ob. cit., p. 136. O autor, aduz que para TEIXEIRA DE SOUSA in SOUSA, Miguel Teixeira de. *As partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 216, o funcionamento do ónus objetivo da prova implicaria uma *ficção jurídica* na medida em que o juiz *fictionaria* que o fato contrário estaria provado nos autos, sendo ele o fundamento de sua decisão. Em outras palavras, uma vez que o tribunal não deixa de aplicar uma norma por impossibilidade de saber se os fatos controvertidos ocorreram, “aplica a norma com o fundamento ficcionado de que esses factos não se verificaram” (Ibid, p. 137). FREITAS RANGEL faz uma crítica ao pensamento do ilustre doutrinador, nos seguintes termos: Para ele, o raciocínio de TEIXEIRA DE SOUSA, em que pese ser compreendido, não seria rigoroso pelo fato de que a “ficção” não se enquadraria na função jurisdicional. Explica-se: O fato contrário, ao ser considerado provado, resultaria não apenas da pura aplicação das regras do ónus da prova, mas também das outras provas carreadas aos autos pela parte contrária, mormente no que diz respeito à contraprova, assim como pelo próprio magistrado. Segundo FREITAS RANGEL, “a forma como a investigação probatória se encontra, possibilitando uma saudável cooperação de todos os intervenientes processuais e a própria dialéctica e dinâmica de toda a produção de prova, permitem-nos concluir que, felizmente, as situações de *non liquet* constituem uma exceção à regra. A prova dos factos afirmados é sempre feita, com mais ou menos vivacidade, com mais ou menos exaustão e entrega das partes litigantes”. (Ibid, ibidem, p. 137).

¹⁵⁹ SARRACENO in SARRACENO, *La Decisión Sul Fato Incerto Nel Processo Penale*, p. 15 e seg, citado por ALFREDO BUZAID. Conforme lições deste processualista, aquele autor sustentava que o magistrado não descumpria seu dever funcional ao por fim a um feito com um pronunciamento *non liquet*. Sua doutrina julgava razoável que, diante de uma situação de incerteza acerca da veracidade dos fatos discutidos, o juiz proferisse uma decisão de carácter dubidativo, sem, no entanto, deixar de lado a possibilidade de, com melhor prova, julgar a demanda. (BUZAID, Alfredo. *Do Ónus da Prova*, ob. cit., p. 131).

¹⁶⁰ Ibid, p. 132. O autor sustenta que a adoção da regra imposta pelo ónus objetivo da prova levou alguns doutrinadores, como por exemplo VON BAR, a defenderem que, na ordem jurídica, os fatos seriam verdadeiros ou falsos, não havendo previsibilidade da existência de uma terceira categoria, ou seja, de “fatos duvidosos”, o que seria inevitável acontecer se a regra estabelecida pelo ónus objetivo fosse aplicada, haja vista que a afirmação de cuja veracidade o juiz não estivesse convencido, deveria ser tida como falsa. No entanto, contestando a legitimidade dessa construção, alguns autores (como ROSENBERG) mostraram que o juiz não pode se abster de julgar alegando a insuficiência dos esclarecimentos da situação de fato, posto não se confundirem o *non liquet* na questão de fato e o *non liquet* na questão de direito. Aduz o seguinte: o juiz “há de julgar sempre ainda que não haja comprovação positiva da verdade, ou falsidade da afirmação discutida. Um *non liquet* na questão de fato está longe de ser um *non liquet* na questão de direito. A função das normas sobre ónus da prova consiste precisamente em evitar a confusão entre os dois modos de encarar o *non liquet*”. (Ibid, ibidem, p. 132). Posicionamento semelhante é proferido por ANSELMO DE CASTRO ao afirmar que “ao ‘non liquet’ no domínio dos factos, corresponde ou deverá sempre corresponder um ‘liquet’ jurídico. O processo visa resolver definitivamente o litígio entre as partes, evitando que a questão possa voltar a pôr-se com seu prejuízo e da própria paz e segurança social”. (CASTRO, Artur Anselmo de. *Lições de Processo Civil. Vol. 3*. Coimbra: Livraria Almedina, 1973, p. 114).

É importante frisar que o ônus objetivo da prova, e sua respectiva regra de julgamento, só é relevante para o êxito do processo nos casos em que a prova principal não foi produzida ou, uma vez produzida, não logrou formar no juiz um espírito de certeza acerca da veracidade das alegações.

Nos casos em que o tribunal formou sua convicção pela prova carreada por uma ou outra parte, o ônus objetivo torna-se irrelevante.¹⁶¹ Por isso, diz-se também que sua utilização é subsidiária.¹⁶²

E isso ocorre, entre outros motivos, porque o ônus objetivo da prova encontra-se intimamente relacionado com dois princípios que norteiam os sistemas processuais modernos, nomeadamente, o princípio inquisitório e o princípio da aquisição processual. O primeiro, que já foi objeto de análise deste trabalho, tem o condão de conferir poderes instrutórios ao magistrado a fim de que ordene, ainda que oficiosamente, as diligências necessárias ao apuramento da verdade.

O princípio da aquisição processual (ou da comunhão das provas), por sua vez, estabelece que o juiz deve levar em consideração todas as provas produzidas no processo, tenham ou não emanado da parte interessada. O resultado das provas que foram oferecidas ou produzidas por uma das partes aproveita, indistintamente, ao litigante que a produziu, bem como ao seu adversário. Diz-se que a prova produzida passa a pertencer ao processo.¹⁶³

¹⁶¹ Neste sentido OTHMAR JAUERNIG. Para o autor “o ônus da prova objectivo é irrelevante para o êxito do processo, se a *prova parcial resulta* (...) pois o tribunal foi convencido de estar certa a alegação da parte onerada com a prova. É indiferente se o tribunal adquiriu a sua convicção pela prova de uma ou outra das partes. (...) O ônus da prova objectivo é relevante para o êxito do processo se a prova principal não se produziu. Então o juiz não sabe se a alegação da parte onerada com a prova, é verdadeira; há um ‘non liquet’. Contudo, o juiz tem de decidir sobre o fundo. Por isso tem de determinar qual das partes suporta o risco da falta de prova e que, portanto, perde o processo. Esta determinação é feita segundo o ônus da prova objectivo que, assim, não regula a prova, mas antes a falta de prova”. (JAUERNIG, Othmar. ob. cit., p. 273).

¹⁶² Neste sentido SANTI CREMASCO para quem “o ônus objetivo não é um meio de prova ou um método de valoração da prova, mas um critério subsidiário e prévio que se põe à disposição do julgador, a fim de que ele possa decidir” (CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica...* ob. cit., p. 32). FREITAS CÂMARA também afirma que “quanto ao chamado ônus objetivo da prova, há que se firmar, calcado nas lições da mais moderna doutrina, que as regras sobre distribuição do ônus da prova são regras de julgamento, a serem aplicadas, como já afirmado, no momento em que o órgão jurisdicional vai proferir seu juízo de valor acerca da pretensão do autor”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições...* ob. cit., p. 404).

¹⁶³ Neste sentido, FLÁVIO CORREIA DE ALMEIDA: “a prova não ‘pertence’ à parte. Uma vez produzida, passa a integrar o processo, podendo o juiz nela se basear, seja favoravelmente à parte que a produziu, seja contrariamente a seu interesse (...) ao juiz pouco importa qual das partes a produziu ou teve a iniciativa probatória. Uma vez integrando o processo, todas as provas servem para o convencimento do juiz. É por isso que a sentença de improcedência pode se fundar em prova produzida pelo autor, e vice-versa”. (ALMEIDA, Flávio Renato Correia. *Do Ônus da Prova*, ob. cit., p. 49/50). Em sentido semelhante SAHIONE FADEL afirma que “a prova, que está no processo, não importa quem a produziu, é que vai guiar o juiz, na fixação de sua convicção. Não é o fato de o autor não ter trazido as provas que lhe competiam que levará o julgador a puni-lo, se o próprio juiz, ou o adversário, se encarregou de fazer chegar aos autos a certeza de fato cuja prova incumbia ao autor. A participação dos ônus da prova entre autor e réu, de acordo com a regra do presente artigo, é, apenas, o critério inicial para a divisão dos encargos. Mas se, por outro meio, as provas vierem aos autos, não há mais por que se cogitar dela”. (FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil Comentado*, ob. cit., p. 562/563).

Para DEVIS ECHANDÍA o princípio da aquisição processual é resultado do caráter unitário da prova. Segundo ele, o princípio da comunhão das provas tem dois significados. Diz respeito ao fato de que a prova não pertence a quem a trouxe para o processo e, além disso, uma vez aportada, não é concebível pretender que ela beneficie somente aquele que assim procedeu, uma vez que deve ser levada em conta para determinar a existência ou inexistência do fato a que se refere, seja para beneficiar a quem a coligiu ou à parte contrária, que também pode invoca-la.¹⁶⁴

Assim, nos sistemas processuais estruturados em torno desses dois princípios (inquisitório e aquisição processual), o tribunal não está limitado pelos fatos provados exclusivamente pelas partes, razão pela qual há maior predominância em saber quais os fatos não de ser provados do que, propriamente, quem deve prová-los.

Alguns autores entendem, até mesmo, que o critério subjetivo do ônus da prova tornou-se insuficiente no decorrer da história, mormente quando em cotejo com o princípio da aquisição processual e inquisitório, bem como pelo fato de as questões pertinentes ao ônus da prova só se verificarem no momento do julgamento da ação e, mais propriamente, quando o juiz constata a inexistência de prova relativa ao fato relevante para julgamento e tem que, conseqüentemente, aplicar as regras de distribuição do encargo probatório.¹⁶⁵

¹⁶⁴ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General De La Prueba Judicial*. ob. cit., p. 110. Ainda AROCA, Montero. *La Prueba En El Proceso Civil*. ob. cit., p. 86.

¹⁶⁵ Exemplo disso é o autor brasileiro PONTES DE MIRANDA que registra de forma categórica que “o ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como as partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes não de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regula a consequência de se não haver produzido prova. Em verdade, as regras sobre as consequências da falta de prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se falta prova, é que se tem de pensar em se determinar em quem se carga a prova. O problema da carga ou do ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as consequências de se não haver provado”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários...* ob. cit., p. 33). Em Portugal, tem-se como exemplo PEDRO FERREIRA MÚRIAS. Em sua obra “*Por Uma Distribuição Fundamentada do Ônus da Prova*”, o autor defende que - pelo menos em Portugal - o ônus subjetivo da prova (ou ônus da produção da prova, como também denomina) só teria vigorado plenamente antes de ficar assente o princípio da aquisição processual, uma vez que, finda a atividade probatória das partes, ao juiz interessaria apenas ter formado (ou não) a convicção quanto às versões disputadas em juízo, não importando quem teria feito chegar aos autos determinadas provas. Para ele “o ônus da produção de prova é essencialmente uma categoria histórica, anterior ao princípio da aquisição processual, caracterizando-se pela distribuição da actividade de produção de prova pelas partes em litígio”. Defende o autor a inexistência atual da dicotomia do ônus da prova, mas a existência de um caráter objetivo propriamente dito e subjetivo do ônus objetivo, segundo observe-se o processo pelos resultados ou pelos litigantes. Neste sentido afirma que “numa perspectiva objectiva do ônus (objectivo), temos em conta que este instituto favorece uma das versões questionadas, em detrimento da outra. Numa perspectiva subjectiva, atendemos a que o ônus da prova dá vantagem a uma das partes, em prejuízo da outra”. (MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por Uma Distribuição Fundamentada do Ônus da Prova*. Lisboa: LEX, 2000, p. 21/25). No mesmo sentido: FERNANDES, Elizabeth. *A Prova Difícil ou Impossível (A Tutela Judicial Efetiva no Dilema Entre a Previsibilidade e a Proporcionalidade) in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 811/834. Ver, em sentido semelhante CASTRO, Artur Anselmo. *Lições de Processo Civil*, ob. Cit., p. 114/115. Veja -se, também, a lição de MICHELLI. O autor italiano tece críticas aos doutrinados que se limitaram a estudar o aspecto subjetivo do ônus da prova, uma vez que se detiveram a examinar o poder probatório concernente às partes, sem, contudo, aprofundarem a questão. Na tentativa de

ALBERTO DOS REIS compreendia que com a presença do princípio da aquisição processual o ônus subjetivo ficaria em um plano secundário, ao passo que o ônus objetivo da prova assumiria um primeiro plano de importância, em outras palavras, seria mais importante o delineamento de quais os fatos que deveriam se achar suficientemente provados para julgamento da ação.

Sustenta o autor não haver “utilidade apreciável em distinguir os dois aspectos do ônus: o subjetivo e o objetivo. O que tem verdadeiro interesse processual é assinalar as consequências resultantes do princípio inquisitório e do princípio da aquisição processual. Tomados em conta estes dois princípios, verifica-se que no direito processual moderno a doutrina do ônus subjetivo se encontra notavelmente atenuada e temperada; o conceito do ônus subjetivo deixou de ter a rigidez e a severidade que apresentava no direito tradicional”.¹⁶⁶

Na perspectiva do autor, isso ocorreria porque a parte que está sujeita ao ônus não é necessariamente vítima da deficiência de sua atividade probatória. Pelo contrário, ela colhe os benefícios da atividade probatória desenvolvida pelos demais entes processuais, ou seja, da parte contrária e do juiz. No entanto, uma vez que o juiz não tenha conseguido formar sua convicção quanto à veracidade do fato relevante para sua decisão, surge a dúvida acerca de qual das partes deverá sofrer as consequências da incerteza do fato.

Neste caso, arrematava o doutrinador, que o tribunal deve emitir pronúncia desfavorável à parte onerada com o ônus da prova do respectivo fato. “Portanto, em última análise, tem de socorrer-se ao conceito do ônus subjetivo”.¹⁶⁷ Por essa razão se fala também que o ônus subjetivo da prova seria um “mero reflexo” do ônus objetivo da prova.¹⁶⁸

separação dos dois aspectos do ônus, os estudiosos empreenderam mais esforços no sentido de verificarem quem deve provar e o que deve ser provado no processo, sem aprofundar o limite da atividade probatória das partes. Segundo o autor para se chegar a uma visão unitária do fenômeno do ônus da prova seria necessário estudar e considerar o poder probatório reconhecido às partes e sua legitimação para tal, sob o perfil da regra de julgamento que possibilita que o juiz sempre se pronuncie ainda quando os fatos relevantes para a controvérsia permaneçam ignorados. Assim, conclui o jurista dizendo que “se chegará a considerar unitariamente o fenômeno do ônus da prova sob o perfil da regra de julgamento, que dá ao juiz o poder de se pronunciar em qualquer caso, inclusive quando lhe restaram ignorados fatos relevantes da controvérsia (...). Desse modo, qualquer contraposição artificial entre o aspecto objetivo e o aspecto subjetivo é nitidamente superada, deslocando-se o centro de gravidade do estudo da atividade processual das partes voltada a conseguir um resultado útil, para a atividade de julgamento do juiz”. (MICHELI, Gian Antonio. *La Carga De La Prueba*, ob. cit., p. 110). ALEXANDRE CÂMARA entende que “a visão subjetiva do ônus da prova tem mais relevância psicológica do que jurídica” na medida em que durante o processo não importa quem está produzindo este ou aquele meio de prova. Somente no momento de julgar é que o juiz deverá se utilizar das regras de distribuição do ônus da prova, isto porque, se provados todos os fatos da causa, não haverá necessidade de aplicação destas regras. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições...* ob. cit., p. 380).

¹⁶⁶ REIS, José Alberto dos. *Código...* Ob. cit., p. 273

¹⁶⁷ Ibid, p. 274.

¹⁶⁸ O termo é utilizado por LEBRE DE FREITAS na seguinte passagem: “As normas sobre a distribuição do ônus da prova constituem normas de decisão (...) pois se destinam em primeira linha a possibilitar a decisão no

FREITAS RANGEL chama a atenção para o fato de que o ônus da prova “ao assumir um sentido ‘marcadamente objectivo’ não significa que se trata de um regime exclusivamente objectivo”. E, embora concorde com a afirmação de ALBERTO DOS REIS, não deixa de comentar que “no domínio do ônus da prova é possível, na prática, traçarem-se dois cenários, um que se prende com a regra de funcionamento do ônus de prova e o outro que diz respeito ao carácter de exceção que ocorre com o recurso a este instituto jurídico, em caso de dúvida insanável”.¹⁶⁹

Pelos argumentos do autor supracitado conclui-se que o mesmo defende que as regras do ônus da prova são importantes, não apenas no final do processo quando, prestes a proferir um julgamento, o juiz se vê diante de uma dúvida insanável, mas também no decorrer da ação, traçando, em cada caso concreto, “o quadro fáctico correcto para se saber quem era o agente que tinha que provar determinado facto, para lhe ser assacada a responsabilidade da sua conduta ou omissão”.¹⁷⁰

A despeito da divergência das opiniões contrárias, entende-se que, embora possa ser compreendido que a utilização do ônus subjetivo da prova sofreu, ao longo dos anos, uma provável mitigação, sua importância ainda persiste no direito processual moderno. Com isso, não se está recusando a importância da finalidade essencial do ônus da prova objetivo enquanto regra de julgamento e critério norteador da conduta do magistrado ao se deparar com a ausência de prova bastante para formação de sua convicção em relação às questões controvertidas.

Pelo contrário, pelos argumentos anteriormente dispostos, tem-se que o ônus objetivo desempenha um papel primordial no desfecho do processo. No entanto, mesmo hodiernamente, em um processo marcado pelos princípios da aquisição processual e inquisitório, não há como perder de vista o aspecto subjetivo do ônus da prova, principalmente no que diz respeito à segurança jurídica que ele proporciona às partes no

caso de falta de prova; mas não deixam de influenciar o comportamento das partes, conseqüentemente levadas a ter a iniciativa da prova para evitar o risco duma decisão desfavorável. Neste sentido, fala a doutrina de ônus de iniciativa da prova ou ônus da prova subjectivo, que não impede a iniciativa oficiosa (art. 265-3) e é um mero reflexo do ônus da prova objectivo, cujas normas gerais os arts. 342 CC a 344 CC e o artigo anotado consagram”. (FREITAS, José Lebre de; MACHADO, A. Montalvão; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. 2. Ed. 2. Coimbra: Coimbra editora, 2008, p. 434). Em sentido bem semelhante escreve ANTUNES VARELA que diferente do que ocorre nos sistemas onde há predominância do princípio dispositivo, o ônus da prova passa a ter “nos regimes temperados pelo princípio inquisitório, uma feição acentuadamente objectiva, que só por via reflexa atinge a atividade (probatória) das partes”. (VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual...*, ob. cit., p. 450).

¹⁶⁹ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. ob. cit., p. 140.

¹⁷⁰ Ibid, p. 140.

sentido de orientar-lhes acerca de suas respectivas atividades probatórias e possíveis consequências nefastas diante da não produção de prova.

EDUARDO CAMBI defende a importância da perspectiva subjetiva do ônus da prova e argumenta que “não existe um ônus da prova em sentido objetivo sem relação subjetiva, ou seja, sem uma pessoa encarregada da prova”.¹⁷¹ Ainda neste sentido, e complementando seu pensamento, o autor demonstra que os dois aspectos do ônus encontram-se intimamente relacionados, uma vez que “a falta de certeza, que determina ao juiz aplicar o ônus da prova em sentido objetivo, é inseparável do risco que pesa sobre a parte que não produz os fatos necessários para a aplicação da norma jurídica invocada e dependente da verificação concreta desses fatos duvidosos”.¹⁷²

Por essa razão, o ônus subjetivo apresenta-se não apenas como uma regra de conduta para as partes, mas também como um aspecto do instituto que dá ciência as partes quanto ao risco da não produção probatória, atendendo ao princípio da boa-fé processual, na medida em que evita a proliferação de decisões surpresas em (des)favor dos litigantes. Em conformidade com SANTI CREMASCO “a ordem jurídica aponta para os litigantes de quem é o risco de sucumbir em caso de ausência de prova deste ou daquele fato, observando, assim, o princípio da segurança e também estimulando as partes à produção das provas respectivas”.¹⁷³

DEVIS ECHANDÍA entende que os dois aspectos do ônus da prova possuem importância prática no direito processual. Para ele, o fundamento do ônus da prova deve ser analisado através dos dois aspectos que lhe são inerentes, ou seja, a regra de julgamento para o juiz e a distribuição, entre as partes, do risco da ausência de provas.

Para o autor se a regra de julgamento de julgamento não existisse, “seria muito frequente o fracasso do processo e, conseqüentemente, a perda de tempo, trabalho e dinheiro, para o Estado e para as partes”. Neste aspecto o ônus da prova é uma “medida imprescindível de sanidade jurídica e uma condição *sine qua non* de toda boa administração da justiça”, além

¹⁷¹ CAMBI, Eduardo. A prova civil... ob. cit., p. 317. Na mesma linha, ARTUR CARPES ressalta que o instituto “permite dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato”. (CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico Da Prova*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 52). Além disso, o autor também argumenta que a distribuição do encargo probatório teria o condão de evitar a ausência de prova no processo, uma vez que a parte onerada incrementaria esforços a fim de realizar a produção probatória. (Ibid, p. 54).

¹⁷² Ibid, p. 318.

¹⁷³ CREMASCO, Suzani Santi. *A Distribuição Dinâmica...* ob. cit., p. 35. A autora diz também que apesar de serem fatores capazes de atenuar os efeitos do ônus no caso concreto, “o princípio da aquisição da prova pelo processo, os poderes instrutórios do juiz e os critérios de valoração do conjunto probatório não têm o condão de elidir, suprimir ou substituir, notadamente *ab initio*, o ônus das partes e a importância da atividade probatória por elas exercida, que permanece essencial para o desfecho da lide e submetida aos mesmos riscos no caso de inobservância do preceito”. (Ibid, p. 36).

de ser também um critério imprescindível para que o juiz fixe os fatos controvertidos e dê suporte a sua decisão.¹⁷⁴

Por outro lado, o fundamento do ônus da prova como norma de distribuição do risco da falta de certeza, “se encontra nos princípios da lógica, da justiça distributiva e da igualdade das partes diante do processo, ou seja, na necessidade de dar a todas as partes uma mesma (e adequada) oportunidade e um guia seguro para defesa de seus direitos e de sua liberdade”.¹⁷⁵

O ônus subjetivo da prova também assume especial relevância nos casos em que há distribuição legal especial (artigo 343 do Código Civil português), bem como naqueles em que há inversão e convenção do ônus da prova (artigos 344 e 345 do Código Civil português e artigo 333, parágrafo único do Código de Processo Civil brasileiro).¹⁷⁶

Diante do exposto, entende-se que embora o ônus objetivo da prova constitua a essência do ônus da prova, na medida em que se apresenta como um instrumento disponibilizado ao julgador para exercer a função jurisdicional, a fim de viabilizar a decisão e evitar uma pronúncia de *non liquet*, é bem verdade que o aspecto subjetivo do ônus probatório, enquanto elemento que distribui o encargo da prova entre as partes e que estabelece os riscos da sucumbência, estimula os contendores a providenciarem as provas dos fatos alegados e lhes garante a segurança jurídica no sentido de evitar decisões surpresa, razão pela qual é um aspecto de fundamental importância da estrutura do ônus da prova.

Definidas essas considerações, importa perquirir quais são os critérios utilizados pelos doutrinadores para dividir o ônus da prova entre autor e réu, quanto aos fatos que interessam o julgamento da causa, bem como aquele que foi recepcionado pelas legislações portuguesa e brasileira.

¹⁷⁴ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio...* ob. cit., p. 199. O autor, inspirado nas lições de ROSENBERG, também afirma que o ônus da prova retira o direito do arbítrio da probabilidade e o coloca sob a égide da certeza. (Ibid, p. 199).

¹⁷⁵ Ibid, ibidem, p. 200.

¹⁷⁶ Importante salientar que o *Código brasileiro de Defesa do Consumidor* (Lei nº 8.078/90) prevê, em seu artigo 6º, VIII, a possibilidade de inversão do ônus da prova nas ações que versem sobre direito do consumo “quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação do consumidor ou quando for ele hipossuficiente segundo as regras ordinárias de experiência”. Não obstante haver divergência doutrinária acerca do momento da inversão prevista neste diploma, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro decidiu que a inversão do ônus da prova, quando decorrente de decisão judicial (*ope judicis*) e não da própria lei (*ope legis*) é regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determina ser preferencialmente proferida na fase de saneamento do processo ou, caso não tenha sido assim realizado, seja assegurado à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade. (REsp n. 802.832/MG e EREsp n. 42.2778/SP).

6 REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O tema da distribuição do encargo probatório é tão debatido quanto a natureza do próprio ônus da prova. Durante anos os autores se debruçaram no estudo da repartição do encargo, na tentativa de traçar um princípio geral que pudesse fornecer, em todos os casos, uma solução unitária.¹⁷⁷

Os doutrinadores costumam elencar as teorias entre antigas e modernas. As primeiras, desenvolvidas ao longo do século passado, por Weber, Bethmann-Hollweg, Fitting e outros. As segundas são de Chiovenda, Carnelutti, Betti, Rosenberg e Micheli. Não obstante serem numerosas, foram aqui reunidas as compreendidas como principais para o estudo do tema que se pretende debater.

a) Teoria que impõe ao autor o ônus da prova:

A presente teoria (e mais tradicional) inspirou-se inicialmente na regra do direito romano: *onus probandi incumbit actori e necessitas probandi incumbit ei qui agit* e tem seu principal fundamento na posição ocupada por cada litigante na relação processual.

Segundo ela, o demandante deveria provar todo e qualquer fato versado no processo. Em outras palavras, a ele incumbia o ônus de provar não somente os fatos constitutivos, mas também a inexistência dos impeditivos, modificativos e extintivos de seu direito, o que é, via de regra, impossível de ser feito.¹⁷⁸

Em virtude dos constantes entraves preconizados pela referida regra, seus contornos foram abrandados pela máxima *reus in excipiendo fit actor*, diante da constatação de que a defesa nem sempre se limita a negar os fatos alegados pelo autor, mas, não raras às vezes, o réu articula outro fato (exceção), devendo provar esta afirmação. Neste sentido, caberia a cada parte provar o fundamento de sua própria pretensão, “ou, em outros termos, de comprovar

¹⁷⁷ CHIOVENDA observou que “é difícil chegar a uma formulação geral e completa do princípio que preside o ônus da prova” que dê, em todos os casos, a solução do problema de sua repartição, acrescentando que independente do princípio adotado, é também difícil justificá-lo em termos plenamente satisfatórios. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...*, vol. 2, ob. cit., p. 378/379).

¹⁷⁸ ANSELMO DE CASTRO afirma que, no direito privado, o ônus da prova não poderia pesar, sem limitações, sobre o autor. Segundo argumenta “se ao autor fosse imposta a prova de todos os factos fundadores exigidos pela norma que cria o direito – factos constitutivos –, e simultaneamente se lhe exigisse o da inexistência de qualquer facto que invalidasse ou tornasse ineficaz o direito, ou o modificasse, ou o extinguisse – factos impeditivos, modificativos ou extintivos –, isto é, que o seu direito não só nasceu como subsiste, não poderia o autor conseguir na maioria dos casos a concretização de sua pretensão impossibilitando-se, assim, a realização do próprio direito objectivo”. (CASTRO, Artur Anselmo. *Lições de Processo Civil*, ob. cit., p. 116). Também VAZ SERRA diz que em tais casos a prova seria “ou poderia ser impossível, ou, pelo menos, extremamente difícil”. (SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Provas*, ob. cit., p. 66/67).

aqueles fatos especiais contidos nas suas afirmações e que interessavam a cada qual para ver julgada a causa em seu favor”.¹⁷⁹

Uma vez que o réu se limitasse a negar os fatos afirmados pelo autor, este permaneceria com a integralidade do ônus probatório. Por outro lado, o réu deveria provar todos os fatos nos quais estivesse amparada sua exceção.

Segundo DEVIS ECHANDÍA, muito embora este critério seja útil na maior parte dos casos, não chega a constituir uma regra geral para todos, porque, como já foi colocado por muitos autores, é “incompleto e insuficiente”.¹⁸⁰

Isso porque, conforme mencionado por ANSELMO DE CASTRO (nota 193 deste trabalho), não é correto que o Demandante deva provar além dos fatos constitutivos, a inexistência daqueles que impeçam, de alguma forma, o êxito de sua pretensão, o que seria inevitável se pensarmos que a decisão do juiz deve levar em conta a existência dos fatos que originam o direito autoral e também a ausência daqueles que impeçam seu nascimento ou que venham, posteriormente, extingui-lo ou modificá-lo.

Além disso, há fatos que, apesar de servirem de fundamento da pretensões do demandante, não carecem de prova por gozarem de presunção legal ou de notoriedade, ou até mesmo pela “natureza indefinida da afirmação ou negação (...) e, nestes casos, corresponde ao demandado o ônus de provar o contrário”.¹⁸¹ Outros há que são irrelevantes para o desfecho do processo e que por isso também independem de prova.

O mesmo pode ser dito em relação aos fatos que constituem as exceções deduzidas pelo réu. A regra geral é a de que incumbe ao réu provar as alegações deduzidas na exceção. No entanto, pode ocorrer que a exceção resulte dos mesmos fatos afirmados pelo demandante como fundamento de suas pretensões. Em tais casos, o réu “se limita a reclamar o reconhecimento do efeito jurídico exceptivo que uma norma legal outorga a estes fatos, sem quem necessite produzir provas”.¹⁸²

Outrossim, a teoria encontra óbice ao equiparar o réu que opõe a exceção ao autor da demanda, uma vez que a defesa não é uma pretensão do réu, em outras palavras, ao opor uma exceção o réu não exerce um direito de ação, mas apenas seu direito de contradição.

¹⁷⁹ CREMASCO, Suzana Santi. ob. cit., p. 43.

¹⁸⁰ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general...* ob. cit., p. 454.

¹⁸¹ Ibid, p. 455.

¹⁸² Ibid, ibdem, p. 455.

b) Teoria que impõe o ônus da prova a quem afirma

O presente critério encontra seu fundamento em outra máxima romana, nomeadamente, *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Sobre esta regra, explica Alberto dos Reis, a doutrina medieval formulou a famosa máxima *affirmanti non neganti incumbit probatio*, de cuja máxima se originou o princípio *negativa non sunt probanda*.¹⁸³

Diferente da teoria anteriormente estudada, a presente não utiliza a posição processual das partes como critério para a distribuição do encargo probatório, mas sim qual delas é responsável pela afirmação ou negação de um determinado fato. Através dela “se traslada o critério de distribuição, da condição processual das partes (demandante ou demandado) ao objeto da prova segundo seja uma afirmação ou negação”.¹⁸⁴

O ônus da prova, nesse caso, possui como único critério balizador de sua incidência, a afirmação ou negação de um fato que deve ser objeto de prova. O titular da afirmação do fato será sempre responsável pela produção da respectiva prova, “eximindo-se, em contrapartida e por completo, o encargo daquele que simplesmente o negar”.¹⁸⁵ Este critério sofreu diversas críticas por parte da doutrina e foi tão pouco, ou menos, aceito quanto ao que impõe ao autor o ônus da prova.¹⁸⁶

Em primeiro lugar, como observa DEVIS ECHANDÍA a afirmação ou negação de um fato pode ser simplesmente uma questão de semântica. Em outras palavras, negar a existência de um fato é a mesma coisa que afirmar a sua inexistência. “Em muitos casos, quem nega um fato, está realmente afirmando um fato contrário”,¹⁸⁷ razão pela qual não é razoável distribuir o encargo probatório com base na formulação negativa ou afirmativa dos fatos.

Por essa razão, tanto a doutrina quanto a jurisprudência moderna superaram a complexa construção acerca da impossibilidade de prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo,

¹⁸³ REIS, José Alberto dos. *Código... ob. cit.*, p. 275.

¹⁸⁴ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio...ob. cit.*, p. 201.

¹⁸⁵ CREMASCO, Suzana Santi. *ob. cit.*, p. 45.

¹⁸⁶ Cite-se, como exemplo, MICHELLI, para quem: “é evidente, sem embargo, que deste modo o antigo provérbio perdeu seu valor essencialmente processual, sem adquirir, por outro lado, um significado mais preciso, posto que não é suficiente referir-se ao interesse na afirmação, mas é necessário, por outro lado, recorrer a um critério auxiliar, que pode ser o das negativas, das presunções, da distribuição dos fatos das hipóteses, etc.; é necessário ater-se, em outros termos, ao conteúdo da afirmação”. (MICHELLI, Gian Antonio. *La Carga...ob.*, cit., p. 313/314).

¹⁸⁷ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General... ob. cit.*, p. 456.

sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de prova negativa ou impossível.¹⁸⁸

MICHELE TARUFFO, assim como DEVIS ECHANDÍA, compreende que as normas que possuem uma identificação negativa dos fatos apresentam problemas semânticos, na medida em que as expressões negativas designam, na verdade, qualquer fato ou comportamento distinto daquele indicado como sendo positivo.

Desta forma, segundo o autor, tanto o fato positivo quanto o negativo podem ser objeto de prova. “Assim, pode-se dizer que o problema da prova do fato negativamente identificado é um problema de ordem geral: surge para o autor quando a norma define negativamente o fato constitutivo do seu direito; e para o demandado quando este contesta a existência do fato definido positivamente nas alegações do autor”.¹⁸⁹

Como conclusão parcial pode-se dizer que qualquer litigante tem condição de provar a afirmação ou negação do outro, ou até mesmo não ter condições de provar as de ninguém (como nos casos de negações e afirmações indefinidas), nem as suas próprias, mormente quando utilizam o expediente da afirmação e negação às avessas.

¹⁸⁸ VAZ SERRA chama a atenção para o fato de que o aforismo “negativa non sunt probanda” não queria dizer que os fatos negativos não deveriam ser provados “mas apenas que a simples negação, pelo demandado, da alegação do autor não carece de ser provada” (SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Prova...*, ob. cit., p. 64, nota 80). Quanto à impossibilidade de provar os fatos negativos, o autor rechaça essa doutrina. Segundo ele, “se o direito, que se faz valer, tem como requisito um facto negativo, deve este facto ser provado por quem exerce o direito, precisamente como os factos positivos que sejam requisitos dos direitos exercidos. Não há motivo para soluções diferentes nos dois casos, dado que os factos negativos não têm que se presumir pela mera circunstância de o serem, nem seria razoável que se impusesse à outra parte o ônus de provar o facto positivo contrário”. *Mutatis Mutandis*, o doutrinador também descarta a incidência da teoria ora estudada ao aduzir que a prova deve caber não a quem alega o fato, mas sim “àquele que carece dessa prova para que o seu direito seja reconhecido”, uma vez que o “facto pode ser alegado por quem não tem necessidade de que ele seja provado para que o seu direito seja reconhecido”. (Ibid, p. 64/65). ANSELMO DE CASTRO também entende não interessar quem afirmou o fato, uma vez que o ônus da alegação seria determinado pelo ônus da prova e não este pelo primeiro. (CASTRO, Artur Anselmo de. *Lições...* ob. cit., p. 122). Para ALBERTO DOS REIS, a máxima *ei incumbit probatio qui dicit*, ou seja, o fato incumbe àquele que o alega, seria “equivoca e pouco satisfatória”, na medida em que seria irrelevante saber quem alegou o fato. Em suas palavras “o que interessa é saber a quem cumpria alegá-lo, ou qual das partes tinha necessidade de o alegar para ver atendida a sua pretensão. Se o réu alegar um facto contrário àquele que serve de fundamento á acção, mas que não funcione como fundamento de excepção, nem por isso recai sobre ele o ônus de o provar”. (REIS, José Alberto dos. *Código...*, ob. cit., p. 275). ANTUNES VARELA afirma que as ações cujas pretensões do autor têm como elemento constitutivo um fato negativo são relativamente frequentes e dá os seguintes exemplos: ação de impugnação da paternidade; a ação de extinção do usufruto ou da servidão, baseada no não exercício daquele ou no não uso desta. Afirma ainda que “não seria realmente justo que a invocação puramente acidental de um facto lançasse sistematicamente sobre o afirmante o ônus da sua prova”. (VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual...*, p. 452, notas 3 e 4).

¹⁸⁹ TARUFFO, Michele. *La Prueba de Los Hechos*, ob. cit., p. 139. Diferente é aquilo que ocorre quando há no processo negações indefinidas. Nestes casos, geralmente não há como prová-los, seja diretamente ou indiretamente. Entretanto, o mesmo ocorre quando se está diante de fatos positivos indeterminados.

Por essa razão, parece-nos que a natureza do fato (e não sua negação ou afirmação) figura como um dos fatores preponderantes para determinar a distribuição do encargo probatório.

Em que pese as críticas realizadas a este critério, alguns autores acolheram parte da teoria por ela esculpida, inserindo algumas outras condições, como por exemplo, a normalidade ou anormalidade do acontecimento do fato, o caráter constitutivo ou extintivo, bem como sua inovação, a fim de traçarem um critério geral de distribuição do encargo probatório. As teorias (das quais são precursores Lessona, Bethmann-Hollweg, Fitting, Carnelutti, Rocha e Scardaccione) deslocaram o foco da titularidade da afirmação ou negação, colocando esta como uma das circunstâncias determinantes, porém não a única, da distribuição do ônus da prova.

c) Teoria que impõe ao autor a prova dos fatos relativos à sua pretensão e ao réu a prova dos fatos referentes à exceção

A presente teoria encontra em RICCI e JOSSERAND seus principais precursores.

Segundo RICCI “o princípio regulador do dever de provar deve formular-se do seguinte modo: quem quer que coloque como base de sua demanda ou exceção, a afirmação ou negação de um fato, está obrigado a subministrar a prova da existência ou inexistência do fato, toda vez que, sem esta demonstração, a demanda ou a exceção não resulta fundada e o juiz não pode admitir demandas ou exceções infundadas”.¹⁹⁰

No entanto, DEVIS ECHANDÍA observa que a tese defendida pelos autores não traz nada de novo ao debate da distribuição do ônus probatório porque continua a atribuir ao autor o ônus da prova de sua pretensão e ao réu o ônus da prova quando, por algum motivo, apresente uma exceção. Além disso, não teria o condão de resolver o problema principal, na medida em que não especifica quais os fatos a que se reporta, se somente àqueles que originam o direito ou também à ausência daqueles que o excluem.¹⁹¹

Na verdade esta teoria nada mais é do que uma releitura daquela que impõe ao autor a prova de todos os fatos caso o réu não apresente exceção e limite-se a negar a existência daquilo que foi declinado na petição inicial. Por essa razão, não pode servir como regra geral absoluta haja vista que, a exemplo daquela primeira, não é suficientemente clara.

¹⁹⁰ RICCI: *Tratado De Las Pruebas*, Madrid: Editora La España Moderna, t. 1, p. 88, citado por ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General...*ob, cit., p. 461.

¹⁹¹ Ibid, p. 461.

d) Teoria que impõe o ônus da prova a quem alega um fato anormal

Nos termos desta teoria, o ônus da prova recai sobre quem, no processo, alega um fato anormal, tendo em vista que os fatos normais são presumidos. Seus defensores são LESSONA e FITTING. Os autores, segundo DEVIS ECHANDÍA, “recorrem à noção de relações normais e anormais, entendidas aquelas no sentido de que se regulam como regra geral e estas como as que exigem norma especial, para complementar o critério da afirmação como base do ônus da prova”.¹⁹²

Os demais autores que se filiam a esta corrente defendem que não há necessidade de provar aquilo que é normal, ou seja, aquilo que habitualmente acontece por serem fatos cuja presunção lhes acompanha. Por outro lado, se o fato alegado mostra-se contrário ao estado normal ou habitual das coisas, ou até mesmo é um fato que altera uma situação anteriormente adquirida, o ônus da prova deve recair sobre quem o trouxe para os autos.

Na tentativa de melhor explicar a teoria, DEVIS ECHANDÍA faz o seguinte resumo: Para o autor, “o normal é a liberdade jurídica, econômica, física, o cumprimento da lei e o respeito ao direito dos outros. Consequentemente, quem alega que uma pessoa lhe está sujeita por uma obrigação ou relação jurídica, ou por haver incorrido na violação de normas legais ou perturbação de direitos reais e que por isso tem o dever de restituir as coisas ao estado anterior, deve provar o nascimento do vínculo ou a situação prévia e sua perturbação ou o ato violador da lei; provado o nascimento do direito e a obrigação do demandado, o normal é que subsista, razão pela qual deve presumir-se e impor a prova a quem alegue que se extinguiu por cumprimento ou outra causa legal”.¹⁹³

É bem verdade que esta teoria apresenta algum avanço em relação às demais, principalmente por não deixar o ônus da prova apenas sobre um dos litigantes, além de reconhecer a existência de fatos que independem de prova. Por outro lado, o critério utilizado pelos autores para determinar o encargo probatório, nomeadamente, a normalidade e anormalidade dos fatos, é deveras subjetivo.

Ainda que se atribua o elemento da normalidade aos fatos previstos em lei, como sintetiza DEVIS ECHANDÍA, o legislador não tem condições (posto ser humano) de subsumir todos os fatos da vida cotidiana à norma abstrata e, por isso, em diversos casos

¹⁹² ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General...* ob, cit., p. 461/462.

¹⁹³ Ibid, p. 462.

aquilo que é normal ou anormal acabará por passar pelo arbítrio do magistrado resultando, invariavelmente, na insegurança jurídica dos litigantes.¹⁹⁴

LESSONA, apesar de se filiar à teoria de FITTING, não deixa de mencionar que ela possui certa “imprecisão”, na medida em que “o critério para distinguir a relação normal do fato da relação anormal, não é um critério que, *a priori*, possa ser determinado de forma geral, tampouco pode inferir-se em todos os casos das expressões da lei, mas é um critério que se deve buscar nos princípios racionais da lógica jurídica e nos princípios gerais de direito”.¹⁹⁵

MICHELLI, por sua vez, afirma que “o critério da normalidade também ajuda na solução do problema da distribuição do ônus da prova, mas somente quando o ordenamento jurídico, no caso particular, direta ou indiretamente, faça referência a ele”.¹⁹⁶

Por essas razões, não é seguro que o critério da normalidade sirva de base para uma elaboração de regras gerais de distribuição do ônus da prova.

e) Teoria que impõe o ônus da prova a quem interesse em provar

CHIOVENDA observa que “é difícil chegar a uma formulação geral e completa do princípio que preside o ônus da prova” que resolva para todos os casos o problema de sua repartição. Acrescenta, também, que independente do princípio adotado é também difícil justificá-lo em termos plenamente satisfatórios.¹⁹⁷

Inicialmente, CHIOVENDA se funda no interesse em provar, inspirando-se nos critérios de oportunidade e de igualdade distributiva. Para o autor “antes de tudo é um critério

¹⁹⁴ Isso é facilmente observado nas legislações hodiernas. É impossível que o legislador preveja todas as situações da vida cotidiana que possam ensejar o amparo jurídico. Tanto é verdade que, não raras as vezes, os litigantes ingressam com ações judiciais com fundamento em fatos que ainda não foram alvo de processo legislativo. Nestes casos, cabe ao Poder Judicial (uma vez que como já referimos não pode se negar a decidir a questão com base na inexistência de previsão normativa) por fim ao litúgio de acordo com as regras previstas no ordenamento jurídico para casos como estes. SANTI CREMASCO expõe sua opinião nos seguintes termos: “mesmo se se considerar que estariam dentro do conceito de normalidade aqueles eventos que estivessem em conformidade com o regramento jurídico respectivo, não há como não reconhecer que o legislador não tem condições práticas de contemplar com disciplina normativa o ilimitado e diversificado rol de situações da vida passíveis de vir a ocorrer”. (CREMASCO, Suzana Santi. ob. cit., p. 50). DEVIS ECHANDÍA, apesar de afirmar que a presente teoria pode servir para alguns casos específicos, diz que não serve para ser disposta como uma regra geral e também chama a atenção para a subjetividade das partes em identificarem aquilo que é normal ou anormal quando o legislador não logrou fazê-lo. Além disso, o autor também demonstra que o critério utilizado não é somente jurídico, mas também “es un concepto variable según los principios políticos, económicos, jurídicos, religiosos y morales de cada época. Hay siempre cierta arbitrariedad al determinarlo”. (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General...* ob. cit., p. 463).

¹⁹⁵ LESSONA, Carlos. *Teoría General De La Prueba En Derecho Civil*. Trad. D. Henrique Aguilera de Paz. Madrid: Hijos de Reus Editores, 1906, p. 190.

¹⁹⁶ MICHELLI, Gian Antonio. *La Carga De La Prueba*, ob. cit., p. 381

¹⁹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...* vol. 2, ob. cit., p.378/379.

de oportunidade que compele o repartir do ônus da prova”¹⁹⁸, tendo em vista que, em face do caso concreto, muitas vezes é difícil estipular uma regra geral para a repartição do encargo probatório, não sendo possível dizer-se, pelo menos *a priori*, que a repartição seja lógica e justa.

Diante desta perspectiva o processualista aduz que seria possível afirmar que “a rigor, seria justo que o autor provasse tanto a existência dos fatos constitutivos do direito quanto a não existência dos fatos impeditivos ou extintivos. Mas essa prova seria, no mais das vezes, difícil para os fatos impeditivos, impossível para os fatos extintivos. Pretender tanto do autor equivaleria, quase sempre, a recusar-lhe, logo, a tutela jurídica”.¹⁹⁹ Por essa razão a distribuição estaria consubstanciada em uma mera oportunidade.

No que diz respeito à igualdade distributiva, para o processualista italiano, o princípio da igualdade entre as partes deve ser respeitado no campo probatório, cabendo a cada um dos litigantes não somente alegar, mas também provar os fatos que, para eles, devam ser objeto de exame e consideração por parte do juiz. Em suas palavras: “o encargo de alegar e provar se distribui entre as partes, no sentido de deixar-se a iniciativa de cada uma delas fazer valer os fatos que ela pretende considerados pelo juiz, ou, em outros termos, quem tem interesse em que sejam por ele considerados como verdadeiros”.²⁰⁰

Posteriormente o autor elabora uma discriminação das condições de existência de uma relação jurídica e as coloca em dois grupos. O primeiro, das condições específicas da relação, diz respeito aquelas que lhe são próprias, imediatas e essenciais, consistindo, portanto, em fatos constitutivos da relação. O segundo, das condições gerais e comuns à outras relações, não seriam fatos constitutivos mas, sim, fatos que concorreriam com os constitutivos para que estes pudessem produzir os efeitos que lhes são próprios. Por sua vez, a carência dessas condições gerais constituiria um fato impeditivo da relação, dando lugar a uma exceção.

Recorrendo ao critério da normalidade ou anormalidade, CHIOVENDA distingue os fatos constitutivos e extintivos nos seguintes termos: “as condições gerais de validade de todos os negócios, em regra, normalmente, existem; a falta de tais condições é excepcional. Ao revés, as condições específicas de um negócio não constituem uma regra; a carência delas não é excepcional”.²⁰¹

¹⁹⁸ Ibid, p. 379.

¹⁹⁹ Ibid, ibidem, p. 379.

²⁰⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...* vol. 2, ob, cit., p.379.

²⁰¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...* vol. 2, ob, cit., p.381.

Por essa razão, ao contrário dos genéricos (constantes), os fatos singulares específicos, por serem constitutivos, devem ser provados. Consequentemente, a ausência de um fato normal, entendido este como habitualmente ocorrível, é uma anormalidade e, portanto, a quem tiver interesse deve afirmá-la e prová-la (fato impeditivo).

O doutrinador enuncia, enfim, a sua teoria, segundo a qual: “o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede que estes produzam seu efeito natural”.²⁰²

Em sendo assim, o interesse em provar só surge para o réu quando os fatos constitutivos fossem provados pelo autor. A partir do momento em que eles são provados, cabe ao réu alegar e provar a inexistência dos fatos constitutivos ou, ao menos, aqueles que são idôneos para afastar seus efeitos.

DEVIS ECHANDÍA, apesar de reconhecer o avanço da presente teoria, mormente por não ser limitada pela situação processual das partes (demandante ou demandado), nem a forma como os fatos se apresentam (afirmações ou negações), afirma que ela não deixa de ter alguns inconvenientes e deficiências.

Com esteio nas lições de GUASP, ele afirma que para aquele autor, “além das dificuldades em se reconhecer a distinção entre os fatos constitutivos, impeditivos e extintivos no caso concreto, certamente se o demandante afirmar circunstâncias impeditivas ou extintivas, *hipótese nada excepcional*, sobre ele pesará o ônus da prova”.²⁰³

Entre as demais críticas elencadas por DEVIS ECHANDÍA, com respaldo nos ensinamentos de CARNELUTTI, SILVA MELERO e ALSINA, estão as seguintes: Em alguns casos a lei poderá impor ao demandante a prova dos fatos extintivos e ao demandado os fatos constitutivos; um fato por ser ao mesmo tempo constitutivo e extintivo, e igualmente, de um ponto de vista ontológico, não há circunstância constitutiva que não implica, de forma inversa, uma impeditiva; um fato impeditivo, modificativo e extintivo poderá servir de base para uma pretensão, o que é frequente nas ações meramente declaratórias.

O autor arremata dizendo que “o erro básico desta teoria consiste em assinalar o tempo todo ao demandante o ônus de provar os fatos constitutivos, e sempre ao demandado os extintivos ou impeditivos. Se se contempla a natureza do fato com independência da situação

²⁰² Ibid, p. 382.

²⁰³ GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Madrid: *Institutos de Estudios Políticos*, 1962, p. 337/338, citado por ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General...* ob. cit., p. 468.

processual da parte, e se considera o efeito jurídico perseguido ou a norma legal substancia cuja aplicação se reclama, a maioria das objeções que se formularam pode ser descartada”.²⁰⁴

f) Teoria que impõe o ônus da prova a quem tem interesse em provar a afirmação.

A presente teoria é, na verdade, um desdobramento daquela que impõe o ônus da prova a quem afirma um fato. Como foi dito em linhas pretéritas, esta teoria foi sendo desenvolvida por alguns autores que lhe impuseram algumas condições (ou elementos), descolando o foco do encargo da titularidade pela negação ou afirmação de um fato.

A presente teoria é defendida por CARNELUTTI. O autor defendeu, inicialmente, que o ônus da prova de um fato incumbia àquele que tinha interesse em o provar. No entanto, um pouco mais adiante, demonstrou que este critério não é suficientemente idôneo para resolução do problema e explica.

Segundo ele, não é exato considerar que seja a parte interessada em fornecer a prova porque “o interesse na prova (na demonstração) é bilateral, no sentido de que uma vez afirmado um fato, cada parte tem interesse em fornecer a prova referente ao mesmo: uma tem interesse em provar sua existência e outra sua inexistência (...). Portanto, para a distribuição do ônus da prova, deve-se escolher entre as partes seguindo um critério distinto do de interesse na prova, a que deva prejudicar a falta de prova”.²⁰⁵

Por essa razão ao critério do interesse na prova, CARNELUTTI substituiu o critério do interesse na afirmação. Ele partiu da distinção entre interesse na afirmação e interesse na prova para dizer que enquanto o interesse na prova é bilateral, “o interesse na afirmação é unilateral, no sentido de que cada uma das partes tem interesse em afirmar tão somente o fato constitutivo da base de sua pretensão ou de sua exceção”.²⁰⁶

Deste modo, para o autor a distribuição do ônus da prova deve ocorrer tendo em vista o interesse na afirmação, pois “quem propõe uma pretensão em julgamento, deve provar os fatos que a sustentem; e quem opõe por sua parte um exceção, deve provar os fatos de que resulta; em outras palavras: quem pretende, deve provar o fato ou fatos constitutivos, e quem excepciona, o fato ou fatos extintor assim como a condição ou condições impeditivas”.²⁰⁷

²⁰⁴ Ibid, p. 469/470.

²⁰⁵ CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*, ob. cit., p. 257.

²⁰⁶ Ibid, p. 257.

²⁰⁷ Ibid, ibidem, p. 257. DEVIS ECHANDÍA, ao comentar o posicionamento de CARNELUTTI afirma que este adota o critério do interesse na afirmação apenas como um guia básico pois se dá conta de que, uma vez puramente utilizado, se deixaria vigente o problema de saber se o ônus da prova corresponde àquele que afirma

Além do critério da afirmação, CARNELUTTI também faz prevalecer um critério teleológico interligado à função do processo que, segundo ele, seria a justa composição do litígio. Considerando a finalidade do processo, o critério de distribuição do encargo probatório deve ser escolhido não apenas com base na posição das partes em relação ao fato, mas também tendo em vista o estímulo à parte para que forneça a prova quando esteja em melhores condições de assim fazê-lo, tendo como base uma regra de experiência que demonstre qual delas está em melhores condições para tanto.²⁰⁸

A fim de demonstrar que normalmente a pessoa da qual determinado fato pode servir de fundamento à sua pretensão ou exceção, tem o cuidado de se precaver dos meios que prova desse fato, CARNELUTTI dá o seguinte exemplo:

“Uma vez afirmado que Caio tomou emprestado dinheiro a Tício, um tem interesse em provar que o tomou e o outro que não o tomou; porém, até que o empréstimo não seja afirmado por Tício, Caio tem interesse em calar-se; pela mesma razão, o interesse em afirmar que a quantia emprestada foi restituída, é de Caio e não de Tício. Sendo assim, quem tem interesse em afirmar um fato, tem também interesse em reconstituir a prova do mesmo, ou seja, em assegurar sua disponibilidade desde o momento em que o ato se realize, para que possa servir no momento de sua apreciação”²⁰⁹

Não obstante o critério apresentado por CARNELUTTI assentar-se, nas palavras de FREITAS RANGEL, “como uma 'luva' no conteúdo da 'lide' porque se baseia sobre a diferença entre defesa e exceção, sendo igualmente um critério que atende às regras de experiência”²¹⁰, não ficou imune às críticas, tendo BETTI como principal opositor.

BETTI modificou a doutrina de CARNELUTTI para dizer que é necessário considerar não tanto o interesse, quanto o ônus. Ou seja, o ônus e a afirmação. Para ele a

um fato ou a quem opõe outro fato que neutraliza ou impede os efeitos jurídicos do primeiro, recorrendo definitivamente ao critério da eficácia jurídica do fato e seu caráter constitutivo ou extintivo, isto é, ao conteúdo da afirmação em relação à hipótese concreta da norma que se pretende aplicar. Em seguida, o autor arremata dizendo que no fundo CARNELUTTI acaba adotando a teoria da posição do fato diante da norma por aplicar e dos pressupostos do fato dessa norma, defendida por ROSENBERG e que será adiante estudada (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General...* ob. cit., p. 459/460).

²⁰⁸ ALBERTO DOS REIS diz que “Carlenutti acrescenta que o seu critério tem a vantagem de lançar o encargo da prova sobre a parte que está em condições mais favoráveis para a fornecer e, conseqüentemente, estimula a produzir a prova a parte que melhor pode servir o interesse da descoberta da verdade” (REIS, José Alberto dos. *Código...*, ob. cit., p. 276).

²⁰⁹ Acrescenta o autor que “entre o devedor que paga e o credor que recebe, é o primeiro quem se cuida da redação do recibo, simplesmente porque o pagamento lhe favorece; somente quando por qualquer razão prevê que também deve valer-se do mesmo, se preverá o credor da antépoca. Este é o tênue fio que serve para adivinhar o fato não provado: como quem tem interesse em afirmar um fato tem do mesmo modo interesse em procurar e especialmente em reconstituir a prova do mesmo, se esta não se apresenta, significa que o fato não existe: por exemplo, se não se apresenta o recibo, isso quer dizer que o devedor não pagou”. (CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. ob. cit., p. 260/261)

²¹⁰ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. ob. cit., p. 148.

proposição enunciada por CARNELUTTI seria equívoca uma vez que poderia inferir-se que, uma vez articulada pelo réu a inexistência do direito do demandante, aquele deveria provar suas alegações mesmo quando o autor não tivesse logrado êxito na prova da existência dos fatos que embasaram sua pretensão, o que não seria admissível.²¹¹

Por essa razão, para se chegar a um critério plenamente satisfatório, seria necessário “substituir o critério do interesse pelo ônus da afirmação. A repartição do ônus da prova corre paralelamente com a repartição do ônus da afirmação (ou da contestação) e se inspira num critério de igualdade entre as partes, entendida no sentido das diferentes posições que assumem no processo. Como ao ônus do pedido corresponde o ônus da afirmação, assim também ao ônus da afirmação corresponde o ônus da prova”.²¹²

O critério adotado pelo autor tem, portanto, dois aspectos. O primeiro, formal, diz respeito ao ônus da prova que recai sobre o autor e o réu. Uma vez que aquele tem o ônus da ação, também tem o ônus de afirmar os fatos que constituem a base de sua pretensão e, conseqüentemente, de prová-los. O réu, por sua vez, ao deduzir uma exceção, tem o ônus de afirmar os fatos que a fundamentam e, da mesma forma, o ônus de prová-los.

Por outro lado, o aspecto material está relacionado com a eficácia jurídica dos fatos em conformidade com o direito substancial perquirido. Nas palavras de ALBERTO DOS REIS “há que ter em conta a função que os factos desempenham, segundo o direito substancial, na relação jurídica de que se trata. Ora os factos podem dizer respeito ao nascimento, ou à modificação, ou extinção da relação jurídica. Por outras palavras, os factos podem produzir o efeito ou de fazer nascer o direito, ou de fazer modificar ou extinguir o direito nascido”²¹³

Desta forma, sobre o autor recai o ônus de provar os fatos constitutivos que servem de fundamento à ação. Em contrapartida ao réu incumbe a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dos fatos que fundamentaram sua exceção.

g) Teoria que impõe o ônus da prova dos pressupostos de fato da norma jurídica que lhe é favorável.

A presente teoria é defendida, principalmente, pelo jurista alemão ROSENBERG e tem como ponto de partida o reconhecimento de que é impossível formular uma regra geral de

²¹¹ Verificar SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Provas*, ob. cit., p. 66/69 e REIS, José Alberto dos. *Código...* ob. cit., p. 277.

²¹² BUZAID, Alfredo. *Do Ônus da Prova*. Ob. cit., p. 137.

²¹³ REIS, José Alberto dos. *Código...*, Ob. cit., p. 277.

distribuição do encargo probatório apenas com base na situação processual das partes (demandante e demandado) ou tomando-se de forma isolada o fato objeto de prova.

A grande inovação trazida pelo jurista, nas palavras de SANTI CREMASCO, “refere-se ao deslocamento do foco da problemática do ônus da prova dos fatos para o direito, a partir do momento em que insere a figura e a produção dos seus efeitos no âmbito da aplicação do direito”.²¹⁴

Com efeito, o autor prescreve que a tarefa do juiz, no processo, consiste na aplicação do direito objetivo ao caso concreto. Ao fazê-lo o juiz desenvolve uma tripla atividade: “deve conhecer e distinguir o direito objetivo para saber se a sentença que irá proferir tem seus fundamentos nas normas do ordenamento jurídico (...) Ademais, deve correlacionar as normas de direito objetivo com o conjunto dos fatos concretos que lhe foram submetidos a fim de verificar a coincidência entre ambos e (...) finalmente, deve examinar a veracidade dessas alegações e, portanto, se elas são aptas a desencadear os efeitos previstos nas normas. Somente quando chega ao resultado de que as circunstâncias de fato afirmadas correspondem aos pressupostos da norma e são verídicas, o juiz pode acolher o pedido formulado pela parte”.²¹⁵

O autor sustenta que esse processo é, na verdade, o resultado de um silogismo no qual o preceito jurídico abstrato constitui a premissa maior e o conjunto dos fatos concretos, veridicamente comprovados, a premissa menor. A conclusão, consubstanciada na decisão que soluciona a controvérsia, é extraída do confronto entre as duas premissas.²¹⁶ Neste caso, o problema do ônus da prova reside unicamente na premissa menor do silogismo, na medida em que serve de instrução ao juiz em relação ao conteúdo da sentença nos casos de dúvida acerca da questão de fato.²¹⁷

Sob o entendimento de que o juiz só pode aplicar um preceito jurídico, ou seja, declarar a produção de seus efeitos, quando esteja convencido da existência das circunstâncias que constituem os pressupostos daquele preceito²¹⁸ afirma o jurista alemão que os inconvenientes da incerteza devem recair sobre a parte cujo êxito, no processo, depende da aplicação da norma jurídica em questão. Dessa forma, o autor formula a seguinte regra de distribuição do ônus da prova:

²¹⁴ CREMASCO, Suzana Santi. ob. cit., p. 55.

²¹⁵ ROSENBERG, Leo. *La Carga De La Prueba*. ob. cit., p. 5.

²¹⁶ Ibid, p. 6.

²¹⁷ Ibid, ibidem, p. 7.

²¹⁸ Não podendo assim proceder quando esteja convencido da inexistência ou quando haja dúvidas acerca da existência dos pressupostos da norma a ser aplicada.

“aquela parte cuja petição processual não pode obter êxito sem a aplicação de um determinado preceito jurídico, suporta o ônus da prova das dos acontecimentos reais das características do preceito, ou – dito de uma forma mais sucinta – *suporta o ônus da prova dos pressupostos do preceito jurídico aplicável*”.²¹⁹

Em outras palavras, a parte que se beneficiaria com a comprovação do suporte fático da norma aplicável ao caso concreto, ou seja, aquela a quem os efeitos jurídicos seriam favoráveis, caso fossem preenchidos os pressupostos do respectivo fato, deve suportar a consequência desfavorável, ou mais precisamente, a improcedência da pretensão, caso não haja o preenchimento daqueles pressupostos. Na dicção do próprio autor: “cada parte deve afirmar e provar os pressupostos da norma que lhe é favorável (= da norma cujo efeito jurídico redundará em seu proveito)”.²²⁰

As dificuldades, segundo Rosenberg, estariam justamente no fato de quais as normas devem ser consideradas favoráveis ao demandante e, por outro lado, quais são proveitosas para o demandado. Para solucionar o impasse, o jurista propõe uma classificação das normas com base na relação de umas com as outras, sob o entendimento de que em um ordenamento jurídico os preceitos jurídicos algumas vezes se completam e se ajudam e em outras tantas são completamente opostos.

Defende que “se um ordenamento jurídico se propõe a abarcar e regular, de um modo mais ou menos completo, a variedade e multiplicidade das relações da vida, só poderá fazê-lo se tomar como ponto de partida um caso normal da respectiva relação jurídica, fixando suas consequências jurídicas”.²²¹

No entanto, sobre este caso normal advêm algumas exceções que acontecem na realidade, razão pela qual o ordenamento contém disposições especiais que surgem como normas contrárias à primeira norma, modificando ou muitas vezes eliminando seus efeitos. “Novos elementos que sobrevêm podem provocar novas disposições de exceção, com novas consequências jurídicas ou podem justificar o retorno ao caso normal, etc”.²²²

²¹⁹ ROSENBERG, Leo. *La Carga De La Prueba*. ob. cit., p. 11.

²²⁰ DEVIS ECHANDÍA diz que ROSENBERG utiliza um critério diferente de outros autores que tentaram formular uma regra geral de distribuição do ônus da prova, qual seja, “considerar a posição que o fato ocupa em relação ao fim jurídico perseguido por cada parte, ou seja, com a norma legal que contempla o fato como pressuposto de sua aplicação, e de tal premissa se deduz a regra geral: quem é favorecido por aquela norma, porque consagra o fim jurídico que persegue, suporta o ônus de provar o fato (a menos, naturalmente, que por está admitido ou confessado pela outra parte não requeira mais prova, ou esteja isento desta por gozar de presunção, de notoriedade, ou por seu caráter indefinido)”. (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General...ob. cit.*, p. 473).

²²¹ ROSENBERG, Leo. *La Carga De La Prueba*. ob. cit., p. 92.

²²² O autor busca amparo nos ensinamentos de FITTIN. Segundo alega, FITTING observa (e não sua opinião, acertadamente) que o ordenamento jurídico se compõe de uma série de regras gerais para os casos normais,

Partindo de uma determinada norma, e supondo que ela constitua a base de uma pretensão (norma fundamental), consistente em uma norma constitutiva ou criativa de direito, ROSENBERG passa a classificar as normas contrárias de acordo com a posição que assumem nesta relação, nos seguintes termos; a) norma impeditiva de direito²²³, b) norma destrutiva de direito²²⁴, c) norma exclusiva de direito ou inibitória²²⁵, sem olvidar que uma norma tida como impeditiva em uma demanda, possa ser classificada como norma fundamental em outra, haja vista que a relação recíproca entre ambas é relativa ao direito sobre o qual se relacionam.

Neste aspecto, a distribuição do ônus encontra-se intimamente relacionada com as normas de direito material e variará entre os litigantes na medida em que cada um deles tenha a seu favor uma norma constitutiva ou contrária. Porém, ao autor caberá, em regra, fazer a prova dos preceitos fáticos da norma constitutiva, e ao réu, a prova dos pressupostos das normas impeditivas, conforme salienta o autor:

“O demandante deve demonstrar os fatos que funda seu direito, e o demandado os fatos impeditivos, destrutivos ou excludentes, enquanto deveria se dizer que o demandante tem que afirmar e provar os pressupostos das normas fundadoras do direito e o demandado os pressupostos das normas impeditivas, destrutivas ou excludentes.”²²⁶

ALBERTO DOS REIS afirmava que “se bem considerarmos, havemos de reconhecer que Rosenberg não enuncia, afinal, doutrina substancialmente diversa da que é enunciada por Betti”.²²⁷ Por sua vez, SANTI CREMASCO entende que o autor alemão não nega a classificação proposta por CHIOVENDA em relação à natureza constitutiva, impeditiva ou extintiva “mas retira-a dos fatos e desloca a sua aplicação para o preceito normativo respectivo”.²²⁸

DEVIS ECHANDÍA, apesar de reconhecer o avanço da teoria de ROSENBERG, entende que a distribuição do ônus da prova não deve ser realizado com base nos diferentes

limitadas em seus efeitos por um grande número de exceções que se ramificam de modo cada vez mais sutil. (Ibid, idibem, p. 92).

²²³ Que seriam aquelas que impedem, desde o princípio, o nascimento do efeito da norma constitutiva de direito, de sorte que esta não chega a revelar sua eficácia, não produzindo consequências jurídicas.

²²⁴ Norma que destrói o direito já nascido com a norma constitutiva

²²⁵ Norma que outorga ao demandado um direito formativo cujo exercício exclui as normas constitutivas. (ROSENBERG, Leo. *La Carga...*, ob. cit., p. 93).

²²⁶ Ibid, p. 99.

²²⁷ REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*. ob. Cit., p. 278.

²²⁸ CREMASCO, Suzana Santi. ob. Cit., p. 57. De fato, ROSENBERG afirma que apesar de ser corrente o entendimento de que os fatos determinam o nascimento e as modificações de um direito, “es necesario tener siempre conciencia de que los hechos producen sus efectos sobre las relaciones jurídicas, no por sí mismos sino em virtud de los preceptos jurídicos, y que sólo tienen importancia em cuanto comprenden los presupuestos de tales preceptos o los hacen reconocibles”. Por fim arremata que “por eso, para contestar la cuestión de saber se un hecho pertenece al grupo de los constitutivos de derecho o de los impeditivos, destructivos o excuyentes, tenemos que remontarnos siempre al precepto jurídico cuyo presupuesto consiste em esse hecho”. (ROSENBERG, Leo. *La Carga de La Prueba*. ob. cit., p. 99/100).

preceitos jurídicos, mas em virtude da posição das partes a respeito do efeito jurídico consagrada pela norma que pretende seja aplicada, sem qualificar as normas em constitutivas, impeditivas ou extintivas ante a possibilidade que o demandado tem de invocar uma norma constitutiva.²²⁹ Segundo ele, o conceito geral de distribuição do ônus da prova deve ser extraído da unificação dos critérios utilizados por ROSENBERG e MICHELLI.

h) Teoria que impõe o ônus da prova de acordo com a posição das partes em relação ao efeito jurídico pretendido

A presente teoria tem em MICHELLI seu maior expoente. Em seu livro *L'onere della prova* (La carga de la prueba), o autor parte de princípios similares àqueles utilizados por ROSENBERG em sua obra, ressaltando, *a priori*, a importância da regra de julgamento²³⁰, estabelecida pela distribuição do encargo probatório, relacionando a sua existência à necessidade que o magistrado tem de proferir uma decisão ainda que, diante do conjunto de provas colacionados, não tenha sido possível formar um juízo concreto de convencimento da verdade dos fatos.²³¹

Muito embora defenda a ideia de que as normas de direito material são importantes para a distribuição do ônus da prova, MICHELLI defende a tese de que elas não são, por si só, suficientes para tal intento. Chama a atenção, também, para o fato de ser impossível estabelecer uma distribuição do ônus da prova apenas utilizando um regramento abstrato, sem qualquer vinculação com o caso concreto.²³²

Neste sentido, apesar de atribuir importância às normas de direito material a fim de elaborar um critério distributivo do encargo probatório, o autor coloca em evidência a posição ocupada por cada parte na relação processual, bem como dos efeitos jurídicos que elas pretendem alcançar através do processo.

Prosseguindo, refere MICHELLI que “a distribuição do ônus da prova é estabelecida precipuamente pela posição ocupada pela parte em relação ao efeito jurídico pedido: tal relação está determinada pelo direito substancial, enquanto este disciplina a hipótese legal, e pelo direito processual, enquanto se tenha presente o perfil unilateral adotado por cada uma

²²⁹ (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General...* ob. cit., p. 478/479).

²³⁰ Em suas explicações, Micheli empresta uma importância meramente prática (ao invés de jurídica) ao denominado ônus subjetivo, uma vez que seria prática a necessidade de os litigantes produzirem provas (MICHELI, Gian Antonio. *La Carga De La Prueba*. ob cit., p. 158).

²³¹ Para o autor, o fato de o juiz ter de se pronunciar em todos os casos mesmo sendo a prova insuficiente é, na verdade, a expressão de um princípio geral consubstanciado no caráter da função jurisdicional, ou seja, pela necessidade de a função jurisdicional dar um juízo de certeza sobre determinada causa (Ibid, p. 158).

²³² Ibid, ibidem, p. 429.

das partes no processo, isto é, a situação processual posta em prática pela parte que formula uma própria demanda em juízo”.²³³

Neste sentido, há uma tentativa de desvincular a distribuição do ônus da prova da relação entre o litigante e o pressuposto de fato da norma, (teoria defendida por ROSENBERG) a fim de enaltecer a relação existente entre a posição ocupada pela parte no processo e o resultado jurídico que pretende obter. “É fundamentalmente a pretensão formulada – aquilo que a parte quer conseguir com o processo – que deve determinar a distribuição do encargo probatório. E essa determinação não prescinde da correlação entre as normas do direito material e o processo”.²³⁴

Em virtude da influência exercida pelo direito material e pelo direito processual na distribuição do encargo probatório, não seria possível determinar, previamente, o caráter abstrato das normas de natureza constitutiva, impeditiva, modificativa e extintiva, que apenas poderia ocorrer caso a caso. Isso porque, dadas as circunstâncias, a mesma norma poderia ter naturezas diversas.²³⁵

Ao rebater a teoria de ROSENBERG, MICHELLI diz que a mesma não seria suficiente para estabelecer um critério unívoco de distribuição do ônus da prova porque, ao invés de considerar o caso concreto, fixaria suas bases em um ônus abstrato, ou seja, fixado em uma norma tomada abstratamente. Arremata seu pensamento argumentando que “essa

²³³ MICHELI, Gian Antonio. *La Carga...*, ob cit., p. 429. Micheli faz, também, uma crítica a noção estática dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos dos direitos dos litigantes cujo conteúdo estaria consubstanciado em uma valorização excessiva do conteúdo da demanda em detrimento da consideração da posição ocupada pela parte em juízo. Para exemplificar, o autor cita o caso da distribuição do ônus da prova nos casos de inadimplemento de uma obrigação contratual. Uma vez que o contrato não foi adimplido, o credor pode ir a juízo a fim de requerer seu cumprimento ou sua resolução. Se optar pela segunda, o inadimplemento do devedor é um fato constitutivo do direito do credor, tendo em vista que é do próprio inadimplemento que se deduz o efeito jurídico pretendido com base na norma legal que o prevê. Por outro lado, se o autor optar por pedir o cumprimento da obrigação, incumbe ao réu (devedor) a prova do adimplemento da obrigação, figurando esta como fato extintivo do direito do Demandante. Em casos como este, basta que o credor prove o nascimento da relação obrigacional. (Ibid, p. 429/430). BOAVENTURA PACÍFICO entende que MICHELLI chega às suas conclusões considerando que o cumprimento da obrigação, no segundo caso, prescinde da demonstração do descumprimento da obrigação, além de apoiar-se no artigo 1.218 do Código Civil italiano que dispõe que a prova do fato liberatório da obrigação constitui ônus do réu. (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus Da Prova...* ob. cit., p. 122).

²³⁴ CREMASCO, Suzana Santi. ob. cit., p. 58.

²³⁵ DEVIS ECHANDÍA chama a atenção para o fato de que não obstante as críticas tecidas por MICHELLI neste ponto singular em relação a teoria de ROSENBERG, este segundo autor já teria dito que uma mesma norma pode ser constitutiva para uma parte e extintiva ou impeditiva para a outra, resultando que o ônus de provar incumbe àquele que reclama seus efeitos constitutivos. Ademais, acrescenta ECHANDÍA que ROSENBERG também leva em conta a formulação concreta da norma legal a ser aplicada em favor de uma das partes e, portanto, a posição por si ocupada a respeito do efeito jurídico pretendido. (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General...* ob. cit., p. 481).

avaliação, por assim dizer, estática do fenômeno deve ser substituída, a meu sentir por uma avaliação dinâmica do mesmo”.²³⁶

Por essa razão o autor conclui que a distribuição do ônus da prova não pode ser determinada concretamente sem que seja feita referência a uma determinada pretensão²³⁷ e que a posição que as partes ocupam em juízo não passa despercebida para critérios de distribuição do encargo probatório.²³⁸

Na opinião de DEVIS ECHANDÍA a diferença existente entre as teorias de ROSENBERG e MICHELLI seriam, na verdade, mais semânticas do que propriamente jurídicas. Para ele, os critérios utilizados pelos autores possuem os mesmos efeitos práticos.

Isso porque, segundo o autor, “distribuir o ônus da prova de acordo com a relação entre parte e efeito jurídico pedido, tal como quer Micheli, significa, necessariamente, impor o ônus de cada fato a quem pretenda deduzir dele seu respectivo efeito jurídico”. Para DEVIS ECHANDÍA, o mesmo resultado é alcançado ao se tomar em conta, como faz ROSENBERG, “qual das partes reclama a aplicação, em seu favor, da norma que considera o fato como pressuposto para que produza os efeitos jurídicos consagrados”.²³⁹

Sendo assim, DEVIS ECHANDÍA formula um conceito próprio de distribuição do ônus da prova que tende a unir os conceitos dos autores anteriormente estudados, nomeadamente, MICHELLI e ROSENBERG.

Após uma breve crítica aos critérios utilizados pelos demais autores, principalmente quanto à utilização do critério da normalidade e inovação e da classificação dos fatos como constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos, Echandía enuncia seu conceito: “o ônus de provar um fato recai sobre a parte cuja petição (pretensão ou exceção) o tem como pressuposto necessário, de acordo com a norma jurídica aplicável; ou dito de outra forma, a cada parte corresponde o ônus de provar os fatos que servem de pressuposto à norma que consagra o efeito jurídico por ela perseguido, qualquer que seja a sua posição processual”.²⁴⁰

²³⁶ MICHELI, Gian Antonio. *La Carga De La Prueba*. ob. cit., p. 456/457.

²³⁷ Para Micheli, pretensão seria a “unilateral afirmación en juicio de un estado o de una relación jurídica, no, por conseguinte, la mera actividad procesal formalmente considerada, sino la referencia a la razón de la pretensión”. (Ibid, p. 487, nota 169).

²³⁸ Ibid, ibidem, p. 487.

²³⁹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General...* ob. cit., p. 483.

²⁴⁰ Ibid, p. 490.

7 REGIME LEGAL PORTUGUÊS E BRASILEIRO

O artigo 342º do Código Civil português estipula que “1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado. 2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra a invocação é feita”.

Por sua vez, o artigo 414º do Código de Processo Civil português determina que “a dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ônus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita”.

No direito brasileiro, diferente do lusitano, o ônus da prova é disciplinado basicamente no Código de Processo Civil. O artigo 333º daquele diploma estabelece que o ônus da prova incumbe “I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.²⁴¹

As legislações acima mencionadas aceitam a distinção entre fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos, seguindo bem de perto a construção elaborada pela doutrina italiana e distribuem o ônus da prova entre as partes, em correspondência com o ônus da afirmação. Apesar de o Código português não ter dito expressamente que o ônus da prova do fato constitutivo caberia ao autor e a dos demais ao réu (assim como o brasileiro), entende-se que, de uma correlação entre o critério legal e a classificação dos fatos jurídicos, a conclusão é a mesma para os dois sistemas legais.²⁴²

Os fatos que servem de fundamento à ação são os fatos constitutivos. Por outro lado, aqueles que servem de fundamento à exceção são os impeditivos, modificativos ou extintivos, razão pela qual não há dificuldades em concluir que, de acordo com o regramento geral, ao réu incumbe a prova destes últimos.²⁴³

Uma vez que ao autor cumpre demonstrar que é titular do direito que se arroga contra o réu, deve assim fazer, segundo ALBERTO DOS REIS, “invocando determinada norma de

²⁴¹ O Código Civil brasileiro limita-se a disciplinar os meios de prova nos artigos 212 a 232.

²⁴² Neste sentido ALBERTO DOS REIS, para quem: “se relacionarmos este critério com a classificação legal dos factos jurídicos, obtemos o resultado seguinte: a) Ao autor incumbe a prova dos factos constitutivos do seu pretense direito (da sua pretensão); b) ao réu incumbe a prova dos factos impeditivos e extintivos do direito do autor”. (REIS, José Alberto dos. *Código...*, ob. cit., p. 279).

²⁴³ VAZ SERRA demonstra que no direito português o réu pode defender-se através de duas formas distintas: Defesa por impugnação e defesa por exceção. Na primeira, entendida como defesa direta, o réu ataca o pedido por meio da contradição dos fatos alegados pelo autor “ou do efeito jurídico que deles quer tirar o autor”. Na defesa por exceção (ou defesa indireta) o demandado invoca causas que impedem, extinguem ou modificam o direito invocado pelo autor. Em outras palavras, ele não nega sua existência, no entanto aduz fatos que paralisam ou extinguem seus efeitos jurídicos. Arremata dizendo que “de maneira que dizer que cabe a quem excepcionar a ineficácia dos factos que constituem o fundamento do direito feito valer pelo autor ou excepcionar que esse direito se modificou ou extinguiu a prova dos factos que a exceção se funda (...) equivale a dizer que cabe ao réu a prova dos factos que servem de fundamento à exceção”. (SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Provas*. ob. cit., p. 68/69).

lei que reconhece o referido direito e alegando e provando os factos de que a norma faz depender a existência do direito”, são justamente esses os factos constitutivos.²⁴⁴

A prova dos factos constitutivos não acarreta, necessariamente, a procedência da ação, tendo em vista que sobre eles pode haver a interferência de factos que obstem a produção dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes e que, por sua vez, devem ser alegados e provados pelo réu.

ALBERTO DOS REIS expôs que apesar de GUASP reconhecer que a maioria das legislações modernas tende a distribuir o ónus da prova dos factos constitutivos para o autor e dos factos impeditivos, modificativos e extintivos para o réu, tal concepção não seria satisfatória em face da dificuldade de, na prática, estes factos serem distinguidos bem como que, não raras as vezes, o autor tem de provar factos diversos dos constitutivos.

O primeiro busca, então, os ensinamentos de MICHELLI para explicar que a caracterização da qualidade dos factos não é absoluta e que aquelas fórmulas devem ser entendidas em sentido concreto, e não abstrato. Explica: “a classificação dos factos jurídicos em constitutivos, impeditivos e extintivos não tem significação abstracta nem valor absoluto; depende, em cada caso concreto, da função que o facto desempenha no mecanismo do processo, atenta a posição das partes e o efeito jurídico que cada uma delas pretende obter, isto é, a pretensão que se propõe fazer valer”.²⁴⁵

A mesma orientação é seguida, no direito português, por MANUEL DE ANDRADE e VAZ SERRA.²⁴⁶

ANSELMO DE CASTRO, por outro lado, parece não está de acordo com os autores acima mencionados. Para o autor, MICHELLI partiria de uma ideia (não provada) de que não haveria sentido em distinguir as normas impeditivas e constitutivas sob o aspecto meramente do direito material.

No entanto, ao analisar a disposição do nº3, do artigo 342 do Código Civil português o autor declara que o código adotou, no fundo, a teoria de MICHELLI “já que a distinção entre

²⁴⁴ REIS, José Alberto dos. Código... ob. cit., p. 279

²⁴⁵ Ibid, p. 282. ALBERTO DOS REIS acrescenta que “Se o autor tem, nalgumas hipóteses, de fazer a prova de factos que ordinariamente se configuram como impeditivos ou extintivos, o que isso significa é que, no caso concreto, o facto funciona como constitutivo”.

²⁴⁶ Para MANUEL DE ANDRADE “não há temas probatórios fixos – pontos de facto quanto aos quais o ónus da prova haja de pesar sempre sobre determinado sujeito da relação material correspondente. O onus probandi competirá a um ou outro desses sujeitos, conforme a posição em que esteja na relação processual. O que importa, quanto a cada um dos sujeitos da relação material, é a sua posição no processo – a pretensão que lá deduz”. (ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Noções...* ob. cit., p. 202). VAZ SERRA, apesar de aderir à doutrina exposta, a defende com algumas restrições mormente no que diz respeito às ações de simples apreciação ou declaração negativa (SERRA, Adriano Paes da Silva. *Provas*. ob. cit., p. 76/77).

factos constitutivos e impeditivos, a própria autonomia destes, parece gravemente ameaçada”.²⁴⁷

Certamente que a regra geral disciplinada pela legislação portuguesa e brasileira utilizam critérios para resolução de uma gama de controvérsias ante a necessidade de segurança jurídica e certeza que pairam sobre os ordamentos jurídicos. No entanto, obviamente, não resolve todos os problemas que dizem respeito à repartição do encargo probatório, sofrendo alguns desvios no que diz respeito às situações duvidosas ou nos casos relativos à inversão do ônus da prova.

O ônus da prova nas ações de responsabilidade civil por inadimplemento contratual é um dos casos clássicos que merece destaque e que constitui, primordialmente, o tema central da presente obra, razão pela qual passaremos, a partir de agora, a analisá-lo.

8 NOÇÕES PRELIMINARES DAS OBRIGAÇÕES

Já tivemos oportunidade de tecer breves comentários acerca do conceito de obrigações, no âmbito do direito civil, quando nos debruçamos sobre a diferença existente entre esse instituto e o ônus e mais especificadamente em relação ao ônus da prova (item 3.1).

Embora no Brasil o conceito de obrigação seja concebido através de uma construção doutrinária e jurisprudencial, o instituto vem expressamente definido no artigo 397º do Código Civil português, nos seguintes termos: “obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com a outra à realização de uma prestação”.²⁴⁸

Em sentido amplo, pode-se definir “obrigação” como sendo a relação jurídica obrigacional (pessoal) existente entre um credor (titular de um crédito) e um devedor (incumbido do dever de prestar). Neste sentido, a relação obrigacional é composta por três elementos fundamentais: a) subjetivo ou pessoal (credor e devedor); b) objetivo ou material (prestação); c) imaterial (vínculo jurídico).²⁴⁹

O objeto da obrigação (elemento objetivo) é sempre uma conduta humana ou um ato humano: dar, fazer ou não fazer. E se chama prestação, podendo ser positiva (dar e fazer) ou negativa (não fazer). Em outras palavras, o objeto da relação obrigacional é, pois, a prestação

²⁴⁷ CASTRO, Artur Anselmo de; *Lições...* ob. cit., p. 125/130.

²⁴⁸ Segundo GONÇALVES, a definição clássica da noção de obrigação vem das Institutas, no direito romano, segundo o qual “*obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura*”, ou seja, “obrigação é o vínculo jurídico que nos adstringe necessariamente a alguém, para solver alguma coisa, em consonância com o direito civil”. O autor chama a atenção para o fato de que aqui “já se apontava o vínculo como núcleo central da relação entre o credor e o devedor, e a prestação como o seu conteúdo, exigível coercitivamente”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. ob. cit., p. 21).

²⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. ob. cit., p. 23.

debitória. É a ação ou omissão a que o devedor fica adstrito e que o credor tem o direito de exigir.²⁵⁰

Como é cediço, o principal efeito surgido da obrigação é o nascimento, para o credor, do direito de exigir do devedor o cumprimento da prestação e para este, o dever de prestar. Qualquer obrigação, seja de cunho contratual ou legal, tem de ser cumprida pela parte devedora (ou mesmo por um terceiro) para, conseqüentemente, ser extinta. Em outras palavras, a obrigação nasce para ser extinta. Uma vez constituída, tende para o cumprimento; neste o credor encontra a legítima satisfação de seu interesse.²⁵¹

O artigo 762, nº 1, do Código Civil português, estipula que “o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado”. O cumprimento pode ser definido, oportunamente, como a realização da prestação devida. Com a satisfação do interesse do credor acima citada, a obrigação é extinta, com a conseqüente libertação do devedor.²⁵² A extinção dá-se, geralmente, pelo cumprimento da obrigação.

Nas palavras de GONÇALVES “pode-se dizer que houve cumprimento da obrigação tanto quando o devedor realiza *espontaneamente* a prestação devida como quando voluntariamente a efetua depois de interpelado, notificado ou condenado em processo de conhecimento, ou até mesmo no decurso do processo de execução (...) Todavia, já não há cumprimento se a prestação, ou o seu equivalente, é realizada pelos meios coercitivos próprios do processo de execução”.^{253 254}

²⁵⁰ MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e Prática Das Obrigações*. Ed. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1956, t. I, p. 90. A prestação configura o objeto imediato da obrigação. O objeto mediato é aquilo que deve ser dado, feito ou não feito. O objeto mediato pode ser chamado também de “objeto da prestação”. (Neste sentido, verificar: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral Das Obrigações*. Ed. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 35.). Apesar de existirem várias classificações especiais das obrigações, para cuja definição são manejados diferentes critérios, preferimos utilizar neste trabalho apenas a classificação básica, tomando como critério norteador o seu objeto imediato (dar, fazer ou não fazer) por ser esta a que melhor se amolda às finalidades pretendidas no curso desta obra.

²⁵¹ TELLES, Inocência Galvão. *Direito Das Obrigações*. Ed. 7. Coimbra: Coimbra Editora, p. 219.

²⁵² Sobre os princípios que regem o cumprimento das obrigações, verificar RATHENAU, Alexander. *O Cumprimento e o Incumprimento das Obrigações no Direito Português – Com Algumas Observações de Direito Comparado Referentes ao Direito Alemão* – Disponível em: <http://www.rathenau.com/incumprimentocom.pdf>. Acessado em: 24 de agosto de 2013.

²⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. ob. cit., p. 237/238.

²⁵⁴ O Código Civil brasileiro não contém disposição semelhante a do português no que diz respeito ao momento de cumprimento da obrigação. Limita-se, tão somente, a informar em seu artigo 304 que “qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor”. Mais à frente, no parágrafo único, do mesmo artigo, o diploma civilista estipula que “igual direito cabe ao terceiro não interessado, se o fizer em nome e à conta do devedor, salvo oposição deste”. A palavra “pagamento” utilizada pelo legislador brasileiro corresponde à *solutio* utilizada pelos romanos (*solutio est praestatio eius quod est in obligatione*) e que deriva de *solvere*. Expressa o conceito de extinção do vínculo obrigatório e não se limita a expressar, como ocorre na linguagem comum, o cumprimento de uma obrigação pecuniária, ou seja, a prestação de uma soma de dinheiro. (neste sentido: RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de derecho civil*. Trad. Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Editora Reus, 1931, t. 1, p. 101). Pagamento significa, pois, cumprimento ou adimplemento da obrigação.

9 PROVA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO

O modo mais adequado de se provar o cumprimento da obrigação é através da quitação. Este é um direito atribuído por lei a qualquer pessoa que cumpre a obrigação, devendo constar de documento autêntico ou autenticado ou ser provido de reconhecimento notarial se aquele que cumpriu tiver nisso interesse legítimo, em conformidade com o prescrito pelo artigo 787, nº 1, do Código Civil português. O diploma cível prevê ainda a possibilidade de recusa do cumprimento da obrigação caso o credor não se disponha a passar o recibo de quitação ao devedor, ou ainda a possibilidade deste exigir o recibo após a efetivação da prestação. (Artigo 787, nº 2).

O direito de quitação da dívida consubstancia-se no fato de que o devedor pontual (entendido aqui como aquele que cumpre com sua obrigação) deve ser liberado, ou exonerado, do vínculo obrigacional tão logo efetue seu pagamento (cumprimento). É importante, pois, que o devedor possa comprovar, de modo cabal, o adimplemento, evidenciando a *solutio*. “Por essa razão, realizando a prestação devida, o devedor tem o direito de exigir do credor a *quitação* da dívida. Esta é a prova do pagamento”.²⁵⁵

A regra dominante, em termos de pagamento, é a de que este não se presume, sendo que a exibição do recibo de quitação é a forma usual de comprovação do respectivo pagamento. No entanto, em certos casos, a lei dispensa o devedor de provar o adimplemento da obrigação. São as chamadas presunções de cumprimento, consagradas no artigo 786, do Código Civil português e nos artigos 322 a 324 do Código Civil brasileiro.²⁵⁶

O Código Civil português prevê, ainda, a presunção de já ter havido o cumprimento da obrigação, em razão de já ter decorrido certo lapso temporal da constituição da mesma. São as denominadas prescrições presuntivas previstas nos artigos 316 e 317 daquele diploma.

²⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. ob. cit., p. 260.

²⁵⁶ Código Civil brasileiro: Art. 322. “Quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores”. Art. 323. “Sendo a quitação do capital sem reserva dos juros, estes presumem-se pagos”. Art. 324. “A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento. Parágrafo único: Ficará sem efeito a quitação assim operada se o credor provar, em sessenta dias, a falta do pagamento”.

10 MODALIDADES DAS OBRIGAÇÕES QUANTO AOS ELEMENTOS ACIDENTAIS

Tradicionalmente os negócios jurídicos, em geral, são compostos por três elementos básicos, nomeadamente, os elementos essenciais (*essentialia negotii*), os elementos naturais (*naturalia negotii*) e os elementos acidentais (*accidentalia negotii*).

Os elementos essenciais dizem respeito aos elementos estruturais do negócio jurídico, sendo indispensáveis ao ato que lhe forma a substância. São, na verdade, os requisitos de existência do negócio jurídico. São eles, segundo GONÇALVES, a declaração de vontade, a finalidade negocial e idoneidade do objeto.²⁵⁷

Os elementos naturais são, na verdade, as consequências ou efeitos que decorrem da própria natureza do negócio jurídico, sem que haja necessidade de mencioná-los expressamente.

Os elementos acidentais dizem respeito às estipulações acessórias, adicionadas facultativamente pelas partes interessadas, objetivando a modificação de alguma de suas consequências naturais. Os presentes elementos não condicionam a existência do negócio por dependerem, em regra, da vontade das partes. Mas, uma vez integrados ao negócio jurídico possuem o mesmo valor dos elementos estruturais e essenciais. “pois passam a integrá-lo, de forma indissociável”.²⁵⁸ São eles: a condição, o termo (prazo) ou o encargo (ou modo).

Conforme lecionam ARTURO ALESSANDRI e MANUEL UNDUGARRA, o normal e corrente é que as obrigações não sejam sujeitas aos elementos acidentais (ou modalidades, como denominam). Uma vez celebrado um ato ou contrato, há produção imediata dos seus efeitos. Excepcionalmente, porém, elas ficam sujeitas a alguma condição, termo ou modo e, por esta razão, devem ser expressamente estipuladas.²⁵⁹

Portanto, quanto aos elementos acidentais as obrigações podem ser classificadas em: puras e simples, condicionais, a termo e modais (ou com encargo). Em virtude do tema abordado neste trabalho, far-se-á uma breve análise acerca das obrigações puras e simples e das sujeitas a termo.

²⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. ob. cit., vol. 1, p. 350.

²⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. ob. cit., vol. 2, p. 181.

²⁵⁹ RODRIGUEZ, Arturo Alessandri; UNDURRAGA, Manuel Somarriva. *Curso de Derecho Civil*. Chile: Editorial Nascimento, t. III, p. 52/53. Os autores acrescentam que em virtude da excepcionalidade do instituto, os elementos acidentais jamais se presumem. Pelo contrário, devem ser objeto de estipulação expressa dos particulares. GONÇALVES ensina que os elementos acidentais são, assim, “os que se acrescentam à figura típica do ato para mudar-lhe os respectivos efeitos. São cláusulas que, apostas a negócios jurídicos por declaração unilateral ou pela vontade das partes, acarretam modificações em sua eficácia ou em sua abrangência”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. ob cit., vol. 2, p. 182).

11 MODALIDADES QUANTO AO TEMPO DE CUMPRIMENTO

O prazo da prestação é uma questão muito relevante na doutrina portuguesa e brasileira. Nesta seara, as doutrinas são praticamente unívocas no sentido de distinguir os momentos de cumprimento da obrigação. O momento em que o devedor pode cumprir a obrigação é também conhecido como pagabilidade e está relacionado ao fato de poder forçar o credor a receber a prestação, sob pena deste entrar em mora. Por outro lado, a exigibilidade do cumprimento diz respeito ao momento em que o credor pode exigir do devedor a realização da prestação.²⁶⁰

O Código Civil português regula tanto a pagabilidade quanto a exigibilidade da prestação nos artigos 777º e seguintes. O diploma cível brasileiro, por sua vez, o faz a partir do artigo 327 e seguintes. Ambas as legislações distinguem as obrigações puras e simples das obrigações a prazo.

11.1 Obrigações puras e simples.

As obrigações puras e simples são aquelas que não estão sujeitas a condição, termo ou encargo e que produzem seus efeitos de forma imediata ou normalmente.²⁶¹ Em síntese, são aquelas cujo cumprimento pode ser exigido ou realizado a todo tempo.

Como já mencionado, a regra geral é que as obrigações não sejam sujeitas a elementos acidentais e possam, conseqüentemente, serem exigidas ou cumpridas a qualquer tempo. Nos termos do artigo 777, nº 1, do Código Civil português “na falta de estipulação ou disposição especial da lei, o credor tem o direito de exigir a todo tempo o cumprimento da obrigação, assim como o devedor pode a todo tempo exonerar-se dela”. Em casos como esse, o devedor somente “fica constituído em mora depois de ter sido judicial ou extrajudicialmente interpelado para cumprir” (artigo 805, nº 1, do Código Civil português).

Os termos anteriormente dispostos encontram amparo, também, na legislação Civil brasileira. De acordo com o artigo 331 do Código Civil brasileiro “salvo disposição legal em contrário, não tendo sido ajustada época para pagamento, pode o credor exigí-lo imediatamente”. Posteriormente, ao disciplinar o inadimplemento das obrigações, o legislador

²⁶⁰ ALEXANDER RATHENAU expõe que o instituto tem supedâneo no Direito Alemão. Neste, a pagabilidade é chamada de *Erfüllbarkeit*, enquanto a exigibilidade é conhecido por *Fälligkeit*. (RATHENAU, Alexander. *O Cumprimento...* ob. cit., p. 10).

²⁶¹ RODRIGUEZ, Arturo Alessandri; UNDURRAGA, Manuel Somarriva. *Curso...* ob. cit., p. 24.

pátrio estipulou no artigo 397, parágrafo único, que “não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial”.

Uma vez que não foi estipulada época para o pagamento (ou adimplemento), o credor pode exigí-lo imediatamente. Ou seja, na falta de termo, vigora o princípio da satisfação imediata.²⁶²

Vale a pena lembrar que em casos como este é imprescindível que o devedor seja informado da intenção que o credor tem de receber o pagamento tendo em vista que a mora daquele só começa a correr quando ele foi judicial ou extrajudicialmente interpelado para cumprir, em conformidade com os artigos mencionados.

11.2 Obrigações a termo.

Obrigações a termo (ou a prazo) são aquelas cujos efeitos do negócio jurídico foram subordinados, pela lei ou pelas partes, a um evento futuro e certo. Em outras palavras, são aquelas que têm um prazo para cumprimento. Nestes casos, a mora do devedor ocorre independentemente de interpelação, nos termos do artigo 805º, nº 2, alínea a, do Código Civil português e artigo 394 do Código Civil brasileiro.

Por essa razão, a inserção do termo nos contratos tem relevância na apuração das consequências do inadimplemento obrigacional tendo em vista que uma vez fixada a data para pagamento, o seu descumprimento acarreta a mora do devedor de forma automática, independentemente de qualquer providência do credor.

O artigo 777º, nº 2, do Código Civil português, estipula que se o estabelecimento do prazo se tornar necessário em virtude da natureza da prestação, das circunstâncias que a determinaram ou mesmo por força dos usos, cabe às partes acordarem a determinação do prazo. Caso não o façam, a fixação é deferida ao tribunal. Ademais, em sendo a determinação do prazo deixada a critério do credor, o nº 3 do mesmo artigo determina que quando ele não use dessa faculdade ao tribunal, também, compete fixar o prazo, a requerimento do devedor.

Por outro lado, o artigo 778º, prevê duas possibilidades nas quais ao devedor é deixado o critério da determinação do prazo de cumprimento da obrigação. O primeiro, disposto no nº1 do artigo, é estabelecido sobre um fator objetivo, ou seja, o devedor só fica

²⁶² GOMES, Orlando. *Obrigações*. Ed. 6. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 120. O rigor do princípio apresentado pode ser abrandado, na prática, pelo bom senso comum oriundo das relações obrigacionais se aquele exige um tempo razoável para que o devedor tenha condições de adimplir a prestação, mormente por estarem as relações obrigacionais cingidas pelo princípio da boa-fé. Orlando Gomes observa, por exemplo, que “a ninguém adiantará tomar um empréstimo para restituir *in continenti* a coisa emprestada”. (Ibid, p. 120).

obrigado ao pagamento a partir do momento em que tenha possibilidade econômica. Nestes termos determina o código: “se tiver sido estipulado que o devedor cumprirá quando puder, a prestação só é exigível tendo este a possibilidade de cumprir; falecendo o devedor, é a prestação exigível dos seus herdeiros, independentemente da prova dessa possibilidade, mas sem prejuízo do disposto no artigo 2071”.

O segundo caso foi contemplado no artigo 778º, nº 2, do mesmo diploma, e consubstancia-se sobre um aspecto objetivo. Diz a lei que “quando o prazo for deixado ao arbítrio do devedor, só dos seus herdeiros tem o credor o direito de exigir que satisfaçam a prestação”. Em casos como esse o devedor paga a obrigação quando lhe apetece e a dívida só pode ser exigida dos herdeiros, após o seu falecimento.

Ato contínuo o Código Civil português prevê que, em regra, a possibilidade de a realização da prestação ser realizada em momento posterior constitui um benefício em favor do devedor. Em outras palavras, o devedor pode renunciar ao prazo e antecipar o cumprimento da obrigação, ainda que não tenha se verificado o vencimento desta. Caso o credor, sem motivo justificado, não aceitar a prestação oferecida ou não praticar os atos necessários ao seu cumprimento, é ele quem incorre em mora, nos termos do artigo 813º do Código Civil português.²⁶³

Porém o devedor perderá o benefício do prazo em virtude da alteração de sua situação patrimonial, da prática de “algum acto considerado imputável com a confiança do credor que determinou que lhe fosse concedido o prazo para pagamento”²⁶⁴ ou da falta de realização de alguma prestação nas dívidas a prestações.(artigo 780 e 781 do Código Civil português) .²⁶⁵

²⁶³ O Código Civil brasileiro estipula o benefício do prazo em favor do devedor nos casos contratuais. Nesse aspecto, o artigo 133, segunda parte, daquele diploma, determina que nos contratos presume-se o prazo “em proveito do devedor, salvo, quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes”.

²⁶⁴ RATHENAU, Alexander. *O Cumprimento...* ob. cit., p. 13

²⁶⁵ O Código Civil brasileiro também prevê a possibilidade de o credor cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou naquele código, nos seguintes casos: “I – no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores; II – se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor; III – se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las”. (*Artigo 333 do Código Civil brasileiro*).

12 INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES

O inadimplemento das obrigações é, na verdade, uma exceção no estudo da teoria das obrigações. Isso porque, em regra, as obrigações são cumpridas pelo devedor, seja voluntariamente ou até mesmo após ser interpelado pelo credor para tanto.

Como bem salientado, as obrigações nascem para ter existência mais ou menos efêmera.²⁶⁶ Elas são, em regra, regidas pelo secular princípio *pacta sunt servanda* que exprime a ideia da obrigatoriedade do cumprimento das mesmas. Uma vez que os contratantes manifestaram suas respectivas vontades, estas os obrigam, dando segurança aos negócios em geral.

Independentemente da prestação prometida (dar, fazer, ou não fazer) o devedor está obrigado, como anteriormente estudado, a cumpri-la, enquanto o credor tem o direito de recebê-la, nos exatos termos em que fora convencionado, não sendo obrigado a receber coisa diversa, ainda que mais valiosa.

No entanto, não raras às vezes, os contratantes descumprem as regras preestabelecidas, dando azo ao inadimplemento total ou parcial das obrigações com as consequências daí advindas.²⁶⁷ Nestes termos, refere-se ORLANDO GOMES que verifica-se o inadimplemento da obrigação “no sentido estreito do vocábulo, quando o devedor não cumpre a obrigação, voluntária ou involuntariamente”.²⁶⁸

Segundo MANUEL DE ANDRADE²⁶⁹, o conceito de não cumprimento das obrigações compreende três formas ou modalidades, nomeadamente, “o não cumprimento definitivo, a mora e o cumprimento defeituoso (ou violação positiva do contrato)”.

A mora (inadimplemento relativo) equipara-se ao inadimplemento propriamente dito (ou inadimplemento absoluto), mas com ele não se confunde, pelas razões que adiante serão estudadas.²⁷⁰ A principal distinção entre ambos, adianta-se, consiste no fato de que no

²⁶⁶ OROZIMBO NONATO leciona que “a obrigação nasce para se extinguir com o seu cumprimento. O objetivo da obrigação não é perdurar no tempo, mas sim cessar sua existência com o adimplemento. Com o adimplemento, geralmente, cessa entre as partes o vínculo jurídico”. (NONATO, Orozimbo. *Curso de Obrigações. Vol. 1.* 2ª parte. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 9).

²⁶⁷ VENOSA compara o não cumprimento das obrigações com “uma célula doente no organismo social; célula essa que pode contaminar vários órgãos do organismo”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.* Ed. 12. São Paulo: Atlas, 2012, vol. 2, p. 299).

²⁶⁸ GOMES, Orlando. *Obrigações.* Ed. 12. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 143. Em sentido semelhante: NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Obrigações, vol. 2.* Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 432.

²⁶⁹ ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria Geral das Obrigações.* Ed. 3. Coimbra: Livraria Almedina, 1966, p. 323. Em sentido semelhante: OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Ônus da Prova e Não Cumprimento das Obrigações in Estudos Sobre o Não Cumprimento das Obrigações.* Ed. 2. Coimbra: Almedina, 2009, p.134).

²⁷⁰ Para Paulo Nader, “enquanto em mora o devedor, há inadimplemento da obrigação” (NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil.* ob. cit., p. 433). Orlando Gomes diz que “ao inadimplemento propriamente dito equipara-se a

inadimplemento absoluto há completa impossibilidade de cumprimento da obrigação, enquanto que na mora ainda há uma obrigação possível de ser realizada.²⁷¹

Daí se concluir que o inadimplemento das obrigações é um gênero do qual fazem parte o inadimplemento absoluto, a mora e o cumprimento defeituoso.

12.1 Da mora.

Como já afirmado, a teoria do inadimplemento envolve a impossibilidade definitiva (ou absoluta) e a relativa (ou transitória). No primeiro caso o devedor não pode mais cumprir a obrigação. Por outro lado, em se verificando apenas a mora, a possibilidade de cumprimento subsiste.

Nos termos do artigo 804, nº 2, do Código Civil português “o devedor considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efectuada no tempo devido”.²⁷² A mora é, pois, um retardamento na execução da obrigação.²⁷³

Para que a mora ocorra é necessário que a prestação ainda seja possível. Caso contrário, estaríamos diante de uma situação de impossibilidade definitiva do cumprimento (artigos 790º ou 801º do Código Civil português) ou de incumprimento definitivo (artigo 798º do Código Civil português). Além disso, é necessário que a não realização da prestação seja

mora do devedor, que consiste apenas no retardamento do pagamento, mas não se confundem. No primeiro caso, a indenização tem por fim substituir o cumprimento”. (GOMES, Orlando. *Obrigações*. ob. cit., p. 143).

²⁷¹ Nesse sentido lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “ambos referem-se ao descumprimento da prestação principal: dar, fazer ou não fazer. Enquanto o inadimplemento absoluto, porém, resulta da completa impossibilidade de cumprimento da obrigação, a mora é a sanção pelo descumprimento de uma obrigação que ainda é possível, pois, apesar de ainda não realizada, há viabilidade de adimplemento posterior”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. Ed. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 390).

²⁷² O Código Civil brasileiro, ao regular o instituto, dispôs em seu artigo 394 que “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei o a convenção estabelecer”. Para ORLANDO GOMES “deve-se reservar o vocábulo para designar unicamente o atraso, contrário ao direito na efetivação do pagamento”. (GOMES, Orlando. *Obrigações*. ob. cit., p. 168).

²⁷³ Para ARTURO ALESSANDRI e MANUEL UNDURRAGA a mora é “el retardo culpable en el cumplimiento de una obligación, unido al requerimiento de parte del acreedor”. (RODRIGUEZ, Arturo Alessandri; UNDURRAGA, Manuel Somarriva. *Curso...*, ob. cit., p. 207). No mesmo sentido: GOMES, Orlando. *Obrigações*. ob. cit., p. 167/168. MARIA HELENA DINIZ, explica que no Brasil a mora deve ser considerada como mais do que um simples retardamento visto que o Código Civil brasileiro “considera como mora o cumprimento da obrigação fora do lugar e de forma diversa da ajustada legal ou contratualmente”. (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. ed. 27. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 2, p. 421).

imputável ao devedor, senão teríamos a hipótese de impossibilidade temporária (artigo 792º do Código Civil português).²⁷⁴

Caso o adimplemento da obrigação não ocorra em virtude da recusa injustificada do credor ou da não realização dos atos que lhe são exigíveis, há a ocorrência da mora do credor (artigo 813º do Código Civil português).

Como não poderia deixar de ser, a verificação, em concreto, da manifestação da mora deve ser realizada através do estudo das modalidades das obrigações quanto ao tempo de cumprimento, tendo em vista que o momento da constituição da mora será diferente nas obrigações puras e naquelas sujeitas a termo certo.

Já foi dito que as obrigações puras são aquelas que não estão sujeitas a condição, termo ou encargo e que produzem seus efeitos de forma imediata ou normalmente. Uma vez que seu cumprimento pode ser exigido a qualquer tempo, o credor tem de interpelar o devedor (judicial ou extrajudicialmente) a fim de que ele tome ciência da vontade daquele em receber a prestação.

Por outro lado, as obrigações a termo (ou a prazo) são aquelas cujos efeitos do negócio jurídico foram subordinados, pela lei ou pelas partes, a um evento futuro e certo. Nestas, aplicar-se-á a regra *dies interpellat pro homine*, ou seja, o termo interpela em lugar do credor, não sendo necessários quaisquer atos ou iniciativa do credor, tendo em vista que o vencimento foi estipulado no momento do nascimento da obrigação, pela lei ou pela vontade das partes.²⁷⁵

Pelo exposto constata-se que a depender da modalidade da obrigação, a interpelação (judicial ou extrajudicial) figura entre os pressupostos de existência da mora, juntamente com a exigibilidade imediata daquela (liquidez) – artigo 805, nº 3, do Código Civil português²⁷⁶, sua inexecução (total ou parcial) e a culpabilidade do devedor.²⁷⁷

²⁷⁴ ORLANDO GOMES elabora um estudo mais detalhado sobre as diversas espécies de impossibilidade (GOMES, Orlando. *Obrigações*. ob. cit., p. 145/146).

²⁷⁵ Por essa razão, fala-se na doutrina que a mora do devedor manifesta-se sob dois aspectos: *Mora ex re*, quando a estipulação do prazo decorrer da lei ou da vontade das partes. MARIA HELENA DINIZ diz que nesses casos “a lex ou o dies assumirão o papel de intimação” do credor. (DINIZ, Maria Helena. ob. cit., p. 422). O segundo aspecto da mora do devedor seria a *mora ex persona*. Verifica-se esta quando não há estipulação de termo certo para a execução da relação obrigacional. Ao credor é dado intervir na defesa de seu direito creditório, cientificando o devedor de que pretende obter o pagamento (entendido aqui como cumprimento). Caso o devedor permaneça inerte mesmo após a interpelação, não cumprindo a prestação devida, os efeitos da mora produzir-se-ão. Para ARTURO ALESSANDRI e MANUEL UNDUGARRA, interpelação significa “e lacto por el cual el acreedor hace saber al deudor que el incumplimiento de la obligación le ocasiona perjuicios”. (RODRIGUEZ, Arturo Alessandri; UNDURRAGA, Manuel Somarriva. ob. cit., p. 209).

²⁷⁶ O artigo 397 do Código Civil brasileiro dispõe que “o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor”.

²⁷⁷ A culpa do devedor na inexecução também é um pressuposto para configuração da mora. O artigo 804, nº 2, do Código Civil português é claro ao falar sobre a matéria. O artigo reza que para a configuração da mora o fato

O devedor em mora além de arcar com a inversão do risco pela perda ou deterioração da coisa devida mesmo por causas que lhe não sejam imputáveis, também fica obrigado a indenizar os danos eventualmente causados ao credor, nos termos dos artigos 804, nº 1 e 807, nº 1 do Código Civil português e artigo 395 e 399 do Código Civil brasileiro.²⁷⁸

Assim como o Código Civil brasileiro, em dispositivo já citado, o Código português também prevê o instituto da mora do credor. Dispõe assim o artigo 813º que “o credor incorre em mora quando, sem motivo justificado, não aceita a prestação que lhe é oferecida nos termos legais ou não pratica os actos necessários ao cumprimento da obrigação”.

Uma vez em mora, o credor tem o dever de indenizar o devedor das maiores despesas surpotadas pelo credor para a guarda e conservação do respectivo objeto. Além disso, a partir do momento em que o credor entra em mora, há uma atenuação da responsabilidade do devedor na medida em que passa a responder apenas pelo seu dolo e não mais pela culpa *stricto sensu* do inadimplemento da obrigação, nos termos dos artigos 814º e 816º do Código Civil português e artigo 400 do Código Civil brasileiro.²⁷⁹

Por ocasião da *mora accipiendi (credendi)* também se inverte o risco pela responsabilidade superveniente da prestação, quando esse risco não resultar de fato imputável ao devedor, em conformidade com o artigo 815, nº 1, do Código Civil português.

deve ser imputável ao devedor. No mesmo sentido o artigo 396 do Código Civil brasileiro reza que “não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”. O vocábulo “culpa” utilizado pelo direito civil, neste caso, envolve a culpa em sentido lato, ou seja, o dolo, bem como a culpa em sentido restrito, nomeadamente, a imprudência, negligência e imperícia. O comportamento culposo exterioriza-se de dois modos: o negativo e o positivo. No primeiro caso o devedor pratica um ato do qual deveria abster-se. Diz-se que houve culpa *in faciendo*. No segundo, o devedor se abstém de algo que deveria fazer para cumprir a obrigação. ORLANDO GOMES diz que “a rigor, somente a inexecução dolosa poderia ser qualificada como inadimplemento voluntário, mas a inexecução decorrente de culpa ‘*stricto sensu*’ também deve assim ser classificada porque resulta, do mesmo modo, de fato imputável ao devedor”. (GOMES, Orlando. *Obrigações*. ob. cit., p. 143/144). Isso ocorre, na perspectiva de Karl Larenz porque “o devedor não está obrigado a cumprir somente a obrigação, mas também a cumpri-la diligentemente”. (LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo I, p. 362).

²⁷⁸ Código Civil brasileiro: “Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualizações dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. “Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora sua impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada”.

²⁷⁹ Código Civil brasileiro: “Art. 400. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação”.

12.2 Inadimplemento absoluto (definitivo)

Como já afirmado anteriormente, o inadimplemento da obrigação configura-se quando o devedor deixa de cumpri-la, voluntária ou involuntariamente. Apesar de serem espécies de um mesmo gênero (inadimplemento das obrigações), o inadimplemento definitivo difere da mora em virtude da impossibilidade de posterior realização da prestação.

Se por um lado, o devedor ainda pode cumprir a obrigação quando estiver em mora, no incumprimento definitivo já não lhe é permitido assim proceder²⁸⁰, seja porque o credor perdeu o interesse na prestação ou por ter este fixado, após a mora, um prazo suplementar de cumprimento que o devedor não respeitou, em conformidade com os artigos 808º, nº 1, do Código Civil português e artigo 395, parágrafo único, do Código Civil brasileiro.²⁸¹

Caracterizado o descumprimento definitivo da obrigação surge, conseqüentemente, para o credor o direito de pedir o ressarcimento do dano oriundo do dolo ou negligência do devedor. Em outras palavras, o não cumprimento definitivo gera a extinção superveniente do dever de prestar, constituindo o devedor em responsabilidade obrigacional caso aquela extinção seja proveniente de uma conduta ilícita e culposa do mesmo.²⁸²

Desta forma, o inadimplemento absoluto (ou definitivo) caracteriza-se por criar uma impossibilidade ao credor de receber a prestação devida. Ou seja, a partir do descumprimento, a prestação se torna inútil para o credor, de forma que, ainda que seja prestada, não tem mais o condão de satisfazer as suas necessidades, razão pela qual o ordenamento jurídico lhe autoriza a buscar a reparação dos danos causados pela ação (ou omissão) ilícita do devedor.

A questão do ressarcimento ao credor é ressaltada por MARIA HELENA DINIZ, nos seguintes termos: “Pelos prejuízos sujeitar-se-ão o inadimplente e o contratante moroso ao dever de reparar as perdas e danos sofridos pelo credor, inserindo o dano como pressuposto da responsabilidade civil contratual [...] A responsabilidade civil consiste na obrigação de indenizar, e só haverá indenização quando existir prejuízo a reparar”.²⁸³

²⁸⁰ Para VENOSA não é propriamente a possibilidade de cumprimento da obrigação que irá definir se o descumprimento desta é definitivo ou temporário (mora). Em suas palavras: “não é pelo prisma da possibilidade do cumprimento da obrigação que se distingue mora de inadimplemento, mas sob o aspecto da utilidade para o credor, de acordo com o critério a ser aferido em cada caso, de modo quase objetivo”. (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. ob. cit., p. 303).

²⁸¹ Código Civil brasileiro: “Art. 395. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”.

²⁸² OROZIMBO NONATO diz que “se derivada de caso fortuito, a obrigação extingue-se. Porém, se, ao contrário, promanar da culpa do devedor, autoriza o credor a pedir perdas e danos ou o seu cumprimento específico”. (NONATO, Orozimbo. *Curso...* ob. cit., p. 13).

²⁸³ DINIZ, Maria Helena. ob. cit., p. 398.

A responsabilidade que surge com a infração do vínculo obrigacional denomina-se “responsabilidade contratual” e diferencia-se da responsabilidade extracontratual ou aquiliana porque naquela, segundo CAVALIERI FILHO, “já existe entre as partes um vínculo jurídico preestabelecido, e o dever jurídico violado está perfeitamente configurado nessa relação jurídica”.²⁸⁴ Por outro lado, a responsabilidade extracontratual “importa violação de um dever estabelecido na lei, ou na ordem jurídica, como, por exemplo, o dever geral de não causar dano a ninguém”.²⁸⁵

Em que pese essa distinção, as duas espécies de responsabilidade são bastante semelhantes. Há na contratual tudo aquilo que há na extracontratual, nomeadamente, a conduta (que pode ou não ser culposa), nexa causal e dano.

As diferenças primordiais encontram-se, conforme já mencionado, na sede do dever de indenizar, ou seja, na existência ou não de uma prévia relação jurídica entre as partes; na ocorrência de um ilícito contratual (consubstanciado no inadimplemento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso) bem como na existência de presunção de culpa do devedor em caso de inadimplemento da obrigação.²⁸⁶

No que diz respeito à existência dos deveres contratuais (relação jurídica entre as partes), à existência e extensão dos danos e o nexa causal entre o não cumprimento das obrigações e o sofrimento de danos, “não há nenhuma dúvida quanto à atribuição do ónus da prova ao credor”.²⁸⁷ Em relação à culpa, o ónus da prova de sua inexistência recai sobre o devedor, por força dos artigos 799º, nº 1, do Código Civil português e 389 do Código Civil brasileiro.²⁸⁸

²⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Ed. 10. São Paulo: Atlas, 2012, p. 304.

²⁸⁵ *Ibid*, p. 307. Para AGUIAR DIAZ, uma pessoa se constitui em responsabilidade contratual quando há um laço de direito entre ela e a vítima do prejuízo sofrido. O seu ulterior procedimento, ou seja, a violação do contrato, é que faz a parte incorrer em responsabilidade. Em contrapartida, na responsabilidade extracontratual o próprio fato danoso estabelece o laço entre os contendores, uma vez que aqui inexistente a prévia relação de direito ligando o autor do dano ao prejudicado. (AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. ed. 5. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 148).

²⁸⁶ Inspirado nos ensinamentos de ANTUNES VARELA, PINTO OLVEIRA leciona que “os pressupostos das acções de indemnização fundadas em responsabilidade contratual comumente citados incluem o não cumprimento dos deveres integrados na relação obrigacional (deveres primários, deveres secundários e deveres laterais), a culpa do devedor, a existência de danos e o nexa de causalidade entre o facto e os danos”. (OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *ob. cit.*, p. 144).

²⁸⁷ *Ibid*, p. 144.

²⁸⁸ O enunciado nº 1, do artigo 799º do Código Civil português tem sido interpretado a partir de duas perspectivas. A primeira entende que em virtude de a culpa figurar entre os pressupostos da responsabilidade civil contratual, o legislador teria previsto uma presunção de culpa. MENEZES LEITÃO, por exemplo, leciona que a disposição do referido artigo “implica o estabelecimento de uma presunção de culpa em relação ao devedor de que o incumprimento lhe é imputável, dispensando-se assim o credor de efectuar a prova correspondente”. (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. Ed. 7. Coimbra: 2010, vol. II, p. 262). No mesmo sentido GALVÃO TELLES, para quem “a culpa do devedor presume-se, para dar maior consistência ao vínculo creditório”. (TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. *ob. cit.*, p. 359). A segunda

Por outro lado, o ônus da prova do fato ilícito, ou seja, do não cumprimento da obrigação²⁸⁹ suscita algumas dificuldades, sobre as quais nos debruçaremos a seguir.

13 ÔNUS DA PROVA DO NÃO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES NO DOMÍNIO DAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

Inicialmente é imperioso destacar que a doutrina é unânime no sentido de elencar o não cumprimento dos deveres obrigacionais no rol de pressupostos ou requisitos da responsabilidade contratual. No entanto, a distribuição do ônus da prova daquele incumprimento entre autor (credor) e réu (devedor) encontra diferentes posicionamentos doutrinários.

As alternativas apontadas pela doutrina e resumidas por PINTO DE OLIVEIRA²⁹⁰ são duas. De um lado há aqueles que entendem ser necessária a aplicação dos critérios gerais de distribuição do ônus da prova consagrados nos artigos 342º ss. do Código Civil português e 333 do Código de Processo Civil brasileiro, colocando a cargo do credor a demonstração do não cumprimento da obrigação.

Por outro lado, há quem entenda que, em homenagem à coerência do sistema e à ideia de melhor posição perante a prova, é imprescindível introduzir um certo tipo de desvio em relação às regras estáticas previstas na legislação a fim de que seja o devedor onerado com a prova da demonstração do cumprimento, por ser este um fato extintivo da relação obrigacional.²⁹¹

Em outras palavras, ao autor somente caberia provar o nascimento da obrigação e, pretendendo o réu se libertar da responsabilidade deveria o mesmo provar a falta de culpa, isto é, “que o não cumprimento da obrigação foi fortuito, consequência de um caso, de força

perspectiva circunscreve, segundo PINTO OLIVEIRA, “a fattispecie constitutiva do direito de indemnização do credor (de obrigações ‘positivas’) ao não cumprimento da obrigação em sentido estrito ou técnico”, razão pela qual a falta de culpa funcionaria como uma exceção oponível pelo devedor. (OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. ob. cit., p. 144). Veja-se nesta linha de pensamento, as lições de VAZ SERRA. Para o autor, o legislador não previu a presunção de culpa nos casos em que o devedor tem de provar que a inexecução não derivou de culpa sua. A disposição do código estaria consubstanciada no fato de que cabe ao devedor “a prova dos factos exoneratórios da sua obrigação”, subsistindo esta “desde que se não faça aquela prova”. (PAES, Adriano Paes da Silva Vaz. *Encargo da prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes in Boletim do Ministério da Justiça*, nº 47, Março/1955).

²⁸⁹ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria... ob. cit., p. 339.

²⁹⁰ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Estudos...* ob. cit., p. 145.

²⁹¹ Para FREITAS RANGEL, esta é a doutrina que geralmente é seguida e, portanto, a dominante. (RANGEL, Rui Manuel de Freitas. ob. cit., p. 172).

maior ou de facto alheio”²⁹² ou, obviamente, que a obrigação foi extinta em virtude de seu adimplemento.

Os autores que defendem esta posição, o fazem utilizando como parâmetro os requisitos da ação de cumprimento de obrigações positivas. De fato, os doutrinadores entendem que ao exigir o cumprimento destas obrigações o credor tem o encargo de demonstrar a existência da obrigação e o devedor o de demonstrar o seu cumprimento ou a impossibilidade da prestação por causa que não lhe seja imputável, tendo em vista que o não cumprimento da obrigação não integra a *fattispecie* constitutiva do direito do autor, seja porque a estrutura da obrigação permanece inalterada nesse tipo de ação,²⁹³ seja pela posição especial da parte em relação ao efeito jurídico que pretende obter.²⁹⁴

CHIOVENDA, por exemplo, utiliza o critério da inalterabilidade da estrutura das obrigações positivas (dar e fazer) para justificar a razão pela qual, uma vez não cumpridas, ao credor só incumbe fazer a prova da existência daquela e de seu vencimento nas ações de cumprimento. Segundo CHIOVENDA, nesse tipo de obrigação o demandante não tem de provar a omissão no cumprimento porque o que se deve depois do incumprimento é aquilo que se devia antes.

Em outras palavras, a obrigação perdura no tempo e por esse motivo o litigante deve provar apenas seu nascimento.²⁹⁵ CHIOVENDA acrescenta que “quando existe um germe de relação jurídica, que pode desaparecer por um fato que o extinga, bastará que o autor prove aquele germe, não a falta de fatos extintivos”.²⁹⁶

MICHELLI, por seu turno, mesmo reconhecendo que nem sempre o cumprimento da obrigação irá figurar na ação como um fato extintivo²⁹⁷ a ser provado pelo demandado, aduz que o credor pode limitar-se a fazer apenas a prova do nascimento da obrigação quando recorre ao judiciário a fim de obter o seu cumprimento forçado, não apenas porque não há alteração da natureza da obrigação, como afirma CHIOVENDA, mas também por estar

²⁹² Ibid, p. 172.

²⁹³ REIS, José Alberto dos. *Código...* Ob. cit., p. 286.

²⁹⁴ (posição de MICHELLI utilizada também na obra de ALBERTO DOS REIS na obra anteriormente mencionada).

²⁹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios...* ob. cit., p. 260.

²⁹⁶ Nas palavras do autor: “quando existe um germe de relação jurídica, que pode desaparecer por um fato extintivo, bastará que o autor prove a existência do germe, e não a falta de fatos extintivos”. (Ibid, p. 260). No mesmo sentido CRISTOFARO, Marco de. *Mancata o Inesatta Prestazione e Onere Probatorio*, in *Rivista di Diritto Civile*, ano XL, nº 4, Julho/Agosto de 1994, p. 581/584.

²⁹⁷ MICHELLI, Gian Antonio. *La Carga...* ob. cit., p.387.

“obrigado a indicar os elementos que servem para individualizar a obrigação e a própria pretensão e, portanto, o conteúdo da providência exigida”.²⁹⁸

Mutatis Mutandis quando o credor, na posição de autor, recorrer ao judiciário a fim de obter o cumprimento de uma obrigação negativa (não fazer) deve provar não apenas a constituição do dever obrigacional, mas também o seu descumprimento. A conclusão escorrese, assim como na situação do cumprimento das obrigações positivas, nas regras gerais de distribuição do ônus da prova preconizadas pelos códigos já citados.

Entende-se que a ação de cumprimento de obrigações negativas está fundamentada em dois fatos constitutivos, nomeadamente, a constituição da obrigação e o fato lesivo praticado pelo autor.²⁹⁹

Ao contrário daquilo que ocorre com as obrigações positivas, CHIOVENDA expõe que nas obrigações de não fazer o incumprimento consiste em uma ação positiva, ou seja, em fazer aquilo que não se devia. Para o autor “a ação tende a obter a remoção daquilo que se fez”³⁰⁰ razão pela qual recai sobre o demandante o ônus de provar o ato lesivo praticado pelo demandado, em outras palavras, o não cumprimento da obrigação.³⁰¹

Também MICHELLI, ao circunscrever a problemática à sua teoria, bem como não deixando de lado os ensinamentos de CHIOVENDA, entende que por constituir uma ação positiva, o autor deve provar o fato lesivo do demandado. Nas palavras daquele doutrinador, o próprio conteúdo da demanda judicial e a posição ocupada pelo autor (credor) a respeito do efeito jurídico pedido faz com que “o fato individualizante de sua pretensão esteja constituído em tal caso pela violação da própria obrigação”.³⁰²

Pelas razões expostas conclui-se que nas ações de cumprimento de obrigações positivas (dar e fazer) ao credor, na qualidade de autor, só incumbe fazer a prova do nascimento da obrigação e seu respectivo vencimento, por outro lado, tratando-se de ações de

²⁹⁸ MICHELLI afirma que para além de um “jogo natural das regras sobre o ônus da prova”, deve ser utilizado um critério de “identificação da demanda” e arremata seu pensamento reafirmando sua teoria, segundo a qual a distribuição do ônus da prova deve ser realizada tendo em conta a pretensão formulada pela parte em juízo e a posição por si ocupada na demanda. (Ibid, p. 389). Também ROSENBERG entende que o ônus da prova do cumprimento da obrigação recai sobre o devedor, na qualidade de demandado, quando o credor propõe uma ação a fim de obter a realização forçada da obrigação, por entender que o cumprimento extingue o crédito do credor. Em suas palavras, “é indiscutivelmente um fato destrutivo do direito”. (ROSENBERG, Leo. *La Carga...* ob. cit., p.305).

²⁹⁹ REIS, José Alberto dos. *Código...* ob. cit., p. 286.

³⁰⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios...* ob. cit., p. 260.

³⁰¹ V. REIS, José Alberto dos. *Código...* Ob. cit., p. 286; VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual...* ob. cit., p. 463.

³⁰² MICHELLI, Gian Antonio. *La Carga...* ob. cit., p.390. Marco de Cristofaro afirma que nesses casos o credor invoca um fato novo, “*um quid novi e um quid pluris*” (CRISTOFARO, Marco de. ob. cit., p. 589).

cumprimento de obrigações negativas (não fazer) deve o mesmo provar, alé do nascimento da obrigação, a sua violação.

Como já se disse, em uma interpretação rigorosa das disposições dos artigos 342º ss. do Código Civil português e 333 do Código de Processo Civil brasileiro, sempre que o credor recorresse ao judiciário para, no exercício de ação creditória, requerer unicamente a realização coativa da prestação, competir-lhe-ia provar tão somente os fatos constitutivos do seu crédito (ou seja, o nascimento da obrigação) e ao réu (devedor) alegar e provar o cumprimento da obrigação enquanto fato extintivo.

Por outro lado, caso o credor não pedisse a realização coativa da prestação mas a indenização pelo seu descumprimento definitivo, “a cláusula penal fixada ou a resolução do contrato, incumbia-lhe a ele provar a falta de cumprimento, como facto constitutivo do direito por si invocado”.³⁰³ Há quem defenda, porém, como já tivemos oportunidade de mencionar, a existência de um certo tipo de desvio em relação às regras estáticas previstas na codificação pretérita a fim de que seja o devedor onerado com a prova da demonstração do cumprimento, por ser este um fato extintivo da relação obrigacional.

VAZ SERRA³⁰⁴, ANTUNES VARELA e GALVÃO TELLES seguem o entendimento segundo o qual ao credor cabe apenas fazer a prova da constituição da obrigação.

De acordo com os ensinamentos de ANTUNES VARELA, ao se fazer uma aplicação rigorosa dos critérios estabelecidos pelo artigo 342º do Código Civil português caso o credor viesse a juízo requerer não apenas a realização coativa da prestação, mas a indenização correspondente ao não cumprimento definitivo (*id quod inter est*), a cláusula penal fixada ou até mesmo a resolução do contrato, “competir-lhe-ia a ele provar a falta de cumprimento, como elemento constitutivo do direito que se arroga”.³⁰⁵

No entanto, para o autor, essa diversidade de soluções apontadas pela doutrina soaria a falso “na medida em que, numa e noutra das situações, o facto que está em foco, como causa da prestação deduzida pelo autor, é o mesmo: o não-cumprimento (presuntivamente culposos) da obrigação”.³⁰⁶

³⁰³ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ónus...* ob. cit., p. 173.

³⁰⁴ Para Vaz Serra, na “acção de indemnização por não-cumprimento de uma obrigação, compete ao autor provar a existência da obrigação, e ao réu a extinção desta (v. g., por pagamento) bem como que o não-cumprimento não lhe é imputável”. (SERRA, Adriano Vaz. *Provas*. ob. cit., p. 83).

³⁰⁵ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual...* ob. cit., p. 462.

³⁰⁶ Ibid, p. 462/463. O autor arremata dizendo que “a circunstância de o não-cumprimento ser ou não superável pela ação creditória não tira que de tão razoável seja, num caso como no outro, impor ao devedor o ónus da prova do cumprimento”.

GALVÃO TELLES, por seu turno, relaciona as dúvidas concernentes à repartição do ônus da prova da seguinte forma: “a inexecução da obrigação é um dos elementos constitutivos do direito à indemnização que o credor se arroga, e como tal a sua prova parece incumbir ao credor (art. 342º, nº 1)”. Por outro lado, prossegue o autor, “o cumprimento teria feito extinguir o direito de crédito e é ao devedor que compete provar essa extinção, pois a lei põe a prova dos factos extintivos de um direito a cargo daquele contra quem o direito é invocado (cit. artigo, nº 2)”.³⁰⁷

O autor arremata seu pensamento dizendo ser indiscutível o fato de que se deve adotar o posicionamento segundo o qual caberia ao devedor fazer a prova da extinção da obrigação e ao credor a prova do nascimento desta.³⁰⁸ Segundo ele, seria ilógico dar uma solução diversa daquela utilizada para os casos em que o autor pede apenas o cumprimento coercitivo da obrigação, caso recorre à justiça a fim de obter seu equivalente, neste caso a indenização.

Com a finalidade de demonstrar a incongruência das soluções adotadas em ambos os casos, GALVÃO TELLES fornece o seguinte exemplo: quando “o mutuante exige ao mutuário só a restituição do capital; tem de provar o mútuo e não também a falta de pagamento, sendo ao mutuário que incumbe provar o pagamento, através da quitação ou por outro meio” e arremata seu pensamento dizendo que “não faria sentido que esta repartição do ônus probatório se invertesse pela circunstância de o mutuante reclamar, além do capital, juros de mora, a título de indemnização”.³⁰⁹

Aqueles que defendem ser do autor (credor) o ônus de provar o nascimento e o não cumprimento das obrigações nas ações de responsabilidade escoram-se, via de regra, no argumento de que o direito a indenização oriundo do descumprimento dos deveres contratuais estaria fundamentado em uma obrigação diversa da originária³¹⁰, razão pela qual consistiria em um fato constitutivo do direito do autor.

³⁰⁷ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. ob. cit., p. 334.

³⁰⁸ Ibid, p. 335.

³⁰⁹ O autor conclui dizendo que “o cumprimento não é, em regra, objecto de presunção legal. Como se costuma dizer, «o pagamento em direito não se presume». Daí a necessidade de o devedor o provar, como facto extintivo que é da obrigação”. (Ibdi, ibidem, p. 337). Não obstante a afirmação pretérita, GALVÃO TELLES afirma que nos casos de obrigações negativas há presunção de cumprimento e incumbe ao credor ilidir essa presunção provando que “o devedor violou a sua obrigação mediante a prática de um acto contrário a ela”. (TELLES, Inocêncio Galvão. ob. cit., p. 335/336.).

³¹⁰ LUIGI MENGONI, por exemplo, citado por PINTO OLIVEIRA informa que esta é a orientação preponderante no direito processual italiano. Segundo ele “os pressupostos da obrigação de indemnizar integrariam quer a existência da obrigação originária, quer o seu não cumprimento. O inadimplemento teria de ser alegado e provado pelo credor, como facto constitutivo do seu direito” (OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. ob. cit. p. 145, nota 327). Esta também é a lição do civilista brasileiro AGUIAR DIAS. Para este autor a inexecução do contrato figuraria ao lado deste como uma fonte das obrigações, razão pela qual haveria o estabelecimento de

VAZ SERRA é categórico ao refutar o argumento da doutrina pretérita. O dever de indenizar surgido da impossibilidade superveniente da obrigação não constituiria uma obrigação diferente daquela originariamente assumida pelas partes. Aquele seria apenas um “substitutivo da prestação” que não mais pode cumprir-se *in specie*.³¹¹

Para o autor, a indenização, equivalente à prestação, desempenha a mesma função da obrigação, qual seja, fornecer ao credor um determinado valor patrimonial, “o que importa é a satisfação do credor em conseguir certo valor patrimonial: se essa satisfação não pode alcançar-se pela via da prestação devida, alcançar-se-á pela da indenização, que vale o mesmo”.³¹²

Nesta senda, aduz VAZ SERRA que nas ações de indenização por não cumprimento de obrigações positivas, ao autor compete fazer a prova da existência da obrigação, e ao réu a de sua extinção ou a prova da não imputabilidade quanto ao não cumprimento.³¹³

Em contrapartida, o autor explica que caso o credor reclame imediatamente a indenização compensatória em virtude da impossibilidade superveniente da obrigação, ao invés de exigir o próprio cumprimento, tem que provar para além da existência de seu direito de crédito, a impossibilidade da prestação (além, obviamente, do dano e do nexo de causalidade entre este e o não cumprimento). E explica: “quando o credor reclama logo a indenização, tem que provar a impossibilidade da prestação, pois, se ela é ainda possível, devia exigir, primeiro, a prestação”. E arremata seu pensamento dizendo que o credor “não tem, contudo, que provar que essa impossibilidade é imputável ao devedor, visto ao devedor competir a prova da sua liberação”.³¹⁴

uma nova obrigação substitutiva da obrigação preexistente, ou seja, a obrigação de reparar o prejuízo advindo da inexecução da obrigação assumida. Pautando seu argumento na questão da (in)voluntariedade das obrigações assumidas por força do contrato e de sua inexecução, o autor conclui que “a obrigação nascida do contrato é diferente da que nasce de sua inexecução. Assim sendo, a responsabilidade contratual é também fonte de obrigações, como a responsabilidade contratual. Nos dois casos, tem lugar uma obrigação, em ambos, essa obrigação produz efeito” (DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Ed. 5. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, p. 149). V. no mesmo sentido CAVALIERI FILHO, Sérgio. ob. cit., p. 309/310.

³¹¹ SERRA, Adriano Vaz. *Impossibilidade Superveniente e Cumprimento Imperfeito Imputáveis ao Devedor in* Boletim do Ministério da Justiça, nº 47, Março/1955, p.7.

³¹² VAZ SERRA menciona que o valor da prestação está consubstanciado no *id quod interest*, ou seja, no interesse do credor em a conseguir “(diferença entre o valor do património do credor sem o cumprimento e esse valor depois do cumprimento)”, enquanto a indenização “não é mais do que o valor patrimonial da prestação”. (Ibid, p. 7). VAZ SERRA cita ainda o posicionamento de GOMES DA SILVA, para quem o pagamento da indenização constituía prestação diferente do serviço originariamente devido pelo sujeito passivo e VON TUHR “para quem o direito à indenização nasce do crédito, mediante uma modificação do seu conteúdo” (Ibid, ibidem, p. 8/11).

³¹³ VAZ SERRA está de acordo que nos casos de obrigações negativas o credor, na posição de autor, deve fazer a prova do não cumprimento (SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Provas*, ob. cit., p. 83/84).

³¹⁴ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Encargo...* ob. cit., p. 105/106. Por outro lado, explica VAZ SERRA, que “quando o credor exige a prestação, basta-lhe a prova do seu direito de crédito: o devedor é que tem de

Em quaisquer dos casos anteriormente citados, a fundamentação do doutrinador é a mesma: a solução adotada surge da aplicação do princípio segundo o qual o devedor deve fazer a prova dos fatos extintivos do direito autoral. Ou seja, “dos factos que extinguem a sua obrigação”.³¹⁵

Mas VAZ SERRA vai além e, resumidamente, explica que a distribuição do encargo probatório encontra respaldo nos seguintes fatos: a) a extinção da obrigação interessa, sobretudo, ao devedor que deve munir-se dos meios de prova dela; b) o devedor está em melhor posição para produzir a prova da impossibilidade da prestação e de sua inimputabilidade; c) ao provar o seu crédito, o credor demonstra aquilo que “normalmente” dá lugar à obrigação do devedor; d) a prova das circunstâncias anormais ou excepcionais de exclusão da obrigação seria um ônus excessivo ao credor.^{316 317}

ALBERTO DOS REIS, escorado na doutrina de MICHELI, nega o critério da normalidade anteriormente mencionado. Para ele a distribuição do ônus da prova do não cumprimento contratual explica-se pelo próprio mecanismo e estrutura da obrigação. Segundo ensina, o fato constitutivo da pretensão indenizatória é unicamente a existência da obrigação. Por outro lado, o não cumprimento por fato não imputável ao devedor funciona, nos termos do Código Civil, como fato impeditivo do direito do credor,³¹⁸ e, por tanto, carece de ser provado pelo devedor.

PINTO OLIVEIRA, apesar de concordar com a doutrina que faz recair sobre o devedor o ônus do cumprimento ou impossibilidade não imputável do cumprimento da obrigação, adverte, com amparo nos ensinamentos de CRISTOFARO, que, nestes casos, o ônus da prova deve ser repartido, “em termos distintos nos casos de indemnização pelos danos decorrentes do não cumprimento definitivo e nos casos de indemnização pelos danos moratórios”.³¹⁹

provar que fez a prestação ou que esta se tornou impossível por facto a ele não imputável (ou que se extinguiu por outra causa)”.

³¹⁵ Ibid, p. 99.

³¹⁶ Ibid, ibidem, p. 99.

³¹⁷ O ensinamento de PINTO OLIVEIRA parece corroborar com aquilo que foi exposto por VAZ SERRA no que diz respeito ao dever que o devedor tem de munir-se com todos os meios de prova possíveis da quitação da obrigação. Para aquele autor, se se entender o cumprimento como um fato extintivo do direito do autor, descobre-se “o fundamento último do direito à quitação consagrado no artigo 787º do Código Civil – e, muito em particular, da norma consignada no respectivo nº 2”. PINTO OLIVEIRA conclui dizendo que “o artigo indicado pressupõe que o devedor tem o encargo de demonstrar o cumprimento e visa proporcionar-lhe os meios necessários à pre-constituição da prova”. (OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. ob. cit., p. 131).

³¹⁸ REIS, Alberto dos. ob. cit., p. 291/292. V. CASTRO, Artur Anselmo de. *Lições...* ob. cit., p. 135; ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções...* ob. cit., p. 203. Ver também: PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 227/228.

³¹⁹ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. ob. cit., p. 146.

Para CRISTOFARO, nos casos de indenização pelo não cumprimento definitivo da obrigação o autor exige uma prestação sucedânea da prestação originariamente devida (conforme menciona VAZ SERRA), fazendo valer seu direito em sua identidade jurídica, porém com um objeto diverso do originário, razão pela qual terá que provar a existência da obrigação e as causas que transformaram o dever de prestar em dever de indenizar. Como bem traduzido por PINTO OLIVEIRA, a “causa pela qual se modificou o conteúdo da relação obrigacional”³²⁰, ou seja, a impossibilidade de cumprimento imputável ao devedor (arts. 798º e 801º do Código Civil português) e a conversão da mora em não cumprimento definitivo (art. 808º do Código Civil português).³²¹

Caso o credor reclame a indenização pelos danos moratórios, explica PINTO OLIVEIRA ser necessários também aqui distinguir duas situações: aquelas em que o pedido de indenização é deduzido como pedido acessório em ação de cumprimento e, sem segundo lugar, as situações em que o pedido de indenização pelos danos moratórios é deduzido de forma autônoma e, portanto, principal.³²²

No primeiro caso, os pressupostos do pedido indenizatório acompanham aqueles da ação de cumprimento. Nas obrigações puras, tem o credor o ônus de provar a existência da obrigação e a interpelação do devedor (artigo 805, nº 1, do Código Civil português), por outro lado, nas obrigações a prazo, em virtude da regra *dies interpellat pro homine*, basta que o credor faça a prova da existência da obrigação e de seu vencimento.³²³

Caso o pedido de indenização seja deduzido autonomamente e, portanto, após o cumprimento fora do prazo, PINTO OLIVEIRA, embasado nas lições de CRISTOFARO, explica que “a prova do atraso na realização da prestação devida recairá sobre o credor (...) por surgir como facto constitutivo do direito à indemnização”.³²⁴

Nestes casos, assim como nos demais, o credor não tem o encargo de provar o não cumprimento da obrigação, mas que o cumprimento foi realizado em momento posterior ao devido (cumprimento retardado).³²⁵ Nas obrigações puras, tem o credor o ônus de provar a interpelação do devedor (artigo 805, nº 1, do Código Civil português) e o cumprimento

³²⁰ Ibid, p. 147. CRISTOFARO, Marco de. ob. cit., p. 608.

³²¹ PINTO OLIVEIRA explica que esse desvio nos critérios gerais de repartição do ônus probatório encontra respaldo na necessidade de “encontrar soluções coerentes com os critérios enunciados para as acções de cumprimento de obrigações ‘positivas’”. (OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. ob. cit., p. 147).

³²² Ibid, p. 147.

³²³ No mesmo sentido: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções...* ob. cit., p. 203

³²⁴ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. ob. cit., p. 147

³²⁵ Sobre a diferença entre o retardamento da prestação e o cumprimento retardado, conferir: GIORGIANNI, Michele. *Inadempimento (diritto privato) in Enciclopedia del Diritto. Vol. XXX*. Milano: Giuffrè Editore, 1970, p. 867.

retardado. Em contrapartida, nas obrigações a prazo, ao credor incumbe a prova da existência e do vencimento do prazo, assim como do cumprimento retardado.³²⁶

Caso o devedor utilize da faculdade prevista no artigo 807, nº 2 do Código Civil português, para afirmar que o credor teria sofrido igualmente os danos do inadimplemento se a obrigação tivesse sido cumprida a tempo, deverá, com base no mesmo artigo, provar suas alegações, em virtude da natureza de exceção da presente norma.³²⁷

Como estabelecido anteriormente, a noção de incumprimento das obrigações abrange não apenas o não cumprimento definitivo e a mora, mas também o cumprimento defeituoso (ou violação contratual positiva).³²⁸ Em tais casos, pode o credor recorrer ao judiciário para obter o exato cumprimento da obrigação bem como a fim de ser ressarcido dos danos que lhe foram causados pela inexatidão do cumprimento.³²⁹

Em casos tais é possível fazer uma distinção entre as situações nas quais o credor invoca o incumprimento definitivo da obrigação e naquelas em que o cumprimento defeituoso (ou violação positiva do contrato) figura como principal causa de pedir.

Já foi dito que nas ações destinadas a obter o cumprimento da obrigação ou seu equivalente (indenização) a estrutura da obrigação permanece inalterada. Por outro lado, quando se é exigido o seu exato cumprimento e a correspondente indenização, o credor invoca “como fundamento de sua demanda, um conjunto de circunstâncias posteriores ao momento da constituição do vínculo”.³³⁰

Em outras palavras, nesse tipo de ação o credor reconhece que o devedor procedeu de forma a cumprir a obrigação, porém sustenta que esse comportamento não ocasionou a obtenção do resultado esperado pelo conteúdo dos deveres da relação obrigacional.³³¹

ANTUNES VARELA escreve que “se, em lugar de não cumprimento da obrigação, houver *cumprimento defeituoso*, ao credor competirá fazer a prova do *defeito* verificado,

³²⁶ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. ob. cit., p. 148. CRISTOFARO, Marco de. ob. cit., p. 608/611.

³²⁷ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria...* ob. cit., p. 393/398.

³²⁸ Ibid, p. 401. Nessa categoria cabem não apenas “as deficiências da prestação principal ou de qualquer dever secundário da prestação, como a violação dos deveres acessórios de conduta, incluindo os posteriores à violação do contrato” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. II. Ed. 3. Coimbra: Almedina, 1980, p. 123/124, nota 1).

³²⁹ Para Antunes Varela, “o dever de indemnização dos danos causados ao credor surge, em regra, nestes casos, ao lado do direito de exigir judicialmente o cumprimento da obrigação”. (Ibid, p. 125, nota 1).

³³⁰ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. ob. cit., p. 134.

³³¹ Nas palavras de PINTO OLIVEIRA, “a não correspondência (ou desconformidade) entre a prestação executada e o ‘programa de prestação’ estabelecido integra a *fattispecie* constitutiva da pretensão de exacto cumprimento”. (OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. ob. cit., p. 136).

como elemento constitutivo do seu direito à indemnização ou de qualquer dos outros meios de reação contra a falta registada”.³³²

GALVÃO TELLES, não obstante concordar com aquilo que foi dito, sugere uma fundamentação diversa. Sustenta o autor que “é geralmente de presumir que o devedor que executa a obrigação a executa *bem*. Cabe por isso ao credor provar que cumpriu *mal*.”³³³ O critério utilizado para distribuição do ônus da prova, nestes casos, encontra-se plasmado nas regras gerais dispostas pelo artigo 332 do Código Civil português e artigo 333 do Código Civil brasileiro.

Como bem salientou MANUEL DE ANDRADE “quem invoca uma norma geral só tem o ônus da prova quanto aos factos que constituem a respectiva hipótese”³³⁴ e, neste caso particular, o fato constitutivo do efeito jurídico pretendido é o próprio cumprimento defeituoso da obrigação, ao passo que a demonstração de sua perfeição ou até mesmo da inimputabilidade do devedor quanto ao defeito é um fato impeditivo e extintivo, respectivamente, do direito do credor, tendo em vista que, por força do artigo 799º, 1, do Código Civil português cabe ao devedor fazer a prova de que “o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua”.

VAZ SERRA explica que ao exigir indenização por um dano especial resultante da prestação defeituosa ou imperfeita, o credor pretende adquirir novos direitos em virtude dos defeitos especiais da prestação e “visto que esses direitos dependem da existência de tais defeitos, o credor deverá provar estes mesmos defeitos”.³³⁵

O autor acrescenta que se o credor vier a juízo discutir apenas o cumprimento da obrigação tem que provar o fato de onde seu crédito se originou posto ser o único pressuposto do seu direito à prestação. No entanto, caso pleiteie outros direitos derivados dos defeitos da prestação (como por exemplo, a indenização, a redibição ou a redução do preço) “não basta a prova do direito de crédito (...) pois ele não é suficiente para justificar o direito de exigir, por exemplo, a redibição ou a redução do preço, sendo preciso que o credor demonstre a existência do defeito da prestação, que é pressuposto do direito especial invocado”.³³⁶

³³² VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações...* ob. cit., p. 98.

³³³ Em conclusão expõe que “se o vendedor entregou as mercadorias vendidas mas o comprador sustenta que elas se encontravam deterioradas, o encargo da prova da deterioração recai sobre o comprador” (TELLES, Inocêncio Galvão. ob. cit., p. 336).

³³⁴ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria...* ob. cit., p. 398

³³⁵ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Encargo...* ob. cit., p. 107.

³³⁶ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Encargo...* ob. cit., p. 107. Diferente daquilo que ocorre no direito alemão, onde o credor arca com o ônus da prova do cumprimento defeituoso quando aceita a prestação como cumprimento (BGB §363), VAZ SERRA entende que “ainda que não tenha aceitado a prestação como cumprimento”, o credor “deve provar os defeitos dela, se pretende valer-se de um direito baseado em seus defeitos”. O autor utiliza o critério anteriormente exposto por GALVÃO TELLES da normalidade da prestação.

Além dos casos citados, ao credor também é lícito optar pela resolução do contrato bem como pela correspondente indenização, nos casos em que a prestação tornou-se impossível por causa imputável ao devedor, ou tendo-se a obrigação por definitivamente não cumprida, nos termos dispostos pelo artigo 801º, nº 2, do Código Civil português, desde que a obrigação tenha por fonte um contrato bilateral. O interesse à indenização, nesse caso, é chamado por ANTUNES VARELA de “interesse negativo ou de confiança”.³³⁷

Diferente daquilo que ocorre no direito alemão (§358 do BGB), segundo o qual “o devedor tem o ônus do cumprimento em todas as circunstâncias (mesmo que do não cumprimento nasçam direitos especiais para o credor e este queira exercitá-los)”,³³⁸ o direito português (e brasileiro) não fornece uma solução para estes casos, cabendo à doutrina e jurisprudência a sistematização de resoluções coerentes com as regras gerais de distribuição do ônus da prova.

Segundo ALBERTO DOS REIS a falta de cumprimento contratual, nesses casos, é um pressuposto necessário do direito que o autor se arroga e, portanto, carece de ser por si provado, visto tratar-se de um fato constitutivo.³³⁹

Por sua vez, ANTUNES VARELA relaciona o problema com os critérios gerais de repartição do ônus da prova a fim de defender que mesmo nos casos de resolução do contrato, sobre o autor somente recairia o ônus da prova da existência da obrigação e seu vencimento (fatos constitutivos) enquanto que o réu (devedor) deveria fazer a prova do cumprimento da obrigação ou do não cumprimento por causa que não lhe seja imputável, nos mesmos moldes da ação de cumprimento.

O autor entende que em “uma e noutra situações, o facto que está em foco é o mesmo: o não-cumprimento (presuntivamente culposos) da obrigação. A circunstância de o não-cumprimento ser ou não superável pela acção creditória não tira que tão razoável seja, num caso como no outro, impor ao devedor o ônus da prova do cumprimento”.³⁴⁰

VAZ SERRA compartilha da doutrina de ANTUNES VARELA, mas o faz sob um diverso fundamento. Segundo aquele autor “a razão desta doutrina está em que é o devedor

Segundo ele, uma vez que o devedor tenha provado que, segundo os usos da vida, “a prestação correspondeu ao conteúdo da obrigação” é ao credor que deve incumbir a prova de quaisquer defeitos da prestação. Contrariamente à posição adotada pelo autor, ver: OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. ob. cit., p. 134/140.

³³⁷ O interesse negativo ou de confiança encontra-se consubstanciado no fato de o credor pretender a exoneração da obrigação por si assumida “e a reposição do seu património no estado em que se encontraria, se o contrato não tivesse sido celebrado”.

³³⁸ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. ob. cit., p. 141.

³³⁹ REIS, Alberto dos. ob. cit., p. 293.

³⁴⁰ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual...* ob. cit., p. 463. Em sentido semelhante: OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. ob. cit., p. 142/143.

quem se encontra em melhor situação de fornecer a prova e tal é aplicável também no caso de resolução do contrato”.³⁴¹

Para ALBERTO DOS REIS a posição a ser adotada é outra, como já assinalado. Segundo o autor a ação destinada a exigir o cumprimento contratual é diferente daquela destinada a exigir a resolução do mesmo. Enquanto na primeira os pressupostos essenciais são a constituição e o vencimento da obrigação, na segunda os pressupostos são a existência e o não cumprimento por parte do réu. Em suas palavras “a primeira é uma ação declarativa; a segunda é uma ação constitutiva. Com o pedido de rescisão o autor pretende obter uma mudança na ordem jurídica; logo tem de alegar e provar o facto de que depende a mudança em vista: o não cumprimento por parte do réu”³⁴²

Para ele, aqueles que defendem ser do devedor o ônus da prova do cumprimento da obrigação estariam acostados a uma concepção meramente abstrata dos fatos constitutivos e extintivos, quando, na verdade, o fato deveria ser considerado em sua função concreta desempenhada na ação, em detrimento da sua significação abstrata, razão pela qual o incumprimento de uma obrigação poderia figurar tanto como fato constitutivo quanto extintivo, a depender da ação movida.

Por essa razão, defende que nas ações em que o credor exige a rescisão contratual deve provar não apenas a existência da obrigação como também seu descumprimento. Os ensinamentos de ALBERTO DOS REIS merecem atenção e acolhimento. É imprescindível verificar que em tais casos o autor propõe uma ação a fim de exercer um direito que, como defende o autor, depende do cumprimento do contrato, razão pela qual este deixa de funcionar como fato extintivo, passando a valer como fato constitutivo a ser provado pelo demandante.

Ao optar pela resolução contratual, o autor passa a exercer um direito potestativo conferido pelo artigo 801º, nº 2, do Código Civil português, gerando na outra parte um estado de sujeição diverso daquele em que inicialmente pautada a relação obrigacional. Em outras palavras, utilizando aqui os ensinamentos de ALBERTO DOS REIS, o autor ao requerer a resolução do contrato (seja ou não cumulada com a indenização por perdas e danos) pretende obter uma mudança na ordem jurídica preexistente e, por essa razão, deve fazer a prova do fato que lhe autorize a respectiva mudança.

Em sentido semelhante, vem decidindo alguns tribunais brasileiros. Para eles, o descumprimento da obrigação, nas ações de resolução contratual (cumuladas ou não com

³⁴¹ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Provas, ob. cit., p. 87.

³⁴² REIS, Alberto dos. ob. cit., p. 293.

pedido de perdas e danos) configura fato constitutivo no direito do autor, nos termos do artigo 333, I, Código de Processo Civil daquele país.³⁴³

Compartilhando do ensinamento de ANTUNES VARELA de que a diversidade de soluções apontadas “soa a falso, na medida em que, numa e noutra das situações, o facto que está em foco é o mesmo: o não cumprimento (presuntivamente culposos) da obrigação”.³⁴⁴ já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, no Acórdão de 08 de junho de 2000 da lavra do Ministro Miranda Gusmão que o cumprimento da obrigação constituiria fato extintivo do direito do demandado e, por essa razão, o respectivo ônus da prova repousaria sobre si.³⁴⁵

Na oportunidade em que se discutiam os direitos de resolução e indenização de um contrato bilateral por descumprimento parcial da obrigação principal, aquela Corte decidiu, com base nos ensinamentos de ANTUNES VARELA, ANSELMO DE CASTRO e GALVÃO TELLES que “nas acções de condenação é ao réu que incumbe alegar e provar a não violação do direito invocado por incumprimento da obrigação a que se encontrava vinculado”.

Ainda em Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português, de 17 de maio de 1984, no qual se discutia a responsabilidade de uma transportadora pelo furto das mercadorias que estavam sob sua responsabilidade, aquela Corte entendeu ser do transportador o ônus de provar o incumprimento não culposos, nos termos do artigo 799, nº 1, do Código Civil português.

Muito embora o ônus da prova do incumprimento não estivesse sendo diretamente discutido na oportunidade, o Tribunal se manifestou expressamente sobre o tema, sob a égide das lições de ANTUNES VARELA, ao afirmar que “não há que distinguir o caso de o credor requerer não a realização coactiva da obrigação, mas a indemnização correspondente do não cumprimento definitivo da obrigação”,³⁴⁶ o que leva a concluir que em sendo dispensados tratamentos semelhantes para os dois tipos de acções, obviamente que o entendimento da Corte

³⁴³ Apelação Cível Nº 70057690018, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 18/12/2013. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 20/01/2013. Apelação Cível Nº 70057411563, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 17/12/2013. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 20/01/2013. Apelação Cível Nº 70056824196, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 17/12/2013. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 20/01/2013. Apelação Cível Nº 70042939181, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 05/12/2013. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 20/01/2013. Apelação Cível 1.0702.10.073165-3/001. Câmaras Cíveis / 18ª CÂMARA CÍVEL. Des.(a) Mota e Silva. Data de julgamento: 10/12/2013. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em 20/01/2013

³⁴⁴ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual...* ob. cit., p. 463

³⁴⁵ Disponível em *Colectânea de Jurisprudência (Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça)*, 2000, Ano VIII, Tomo II, P. 104/107.

³⁴⁶ Disponível em *Boletim do Ministério da Justiça, nº 337, Junho/1984, 386/390.*

era de que nas ações de responsabilidade, sobre o credor não recai o ônus de provar o incumprimento da obrigação.

Em sentido semelhante, decidiu a Corte em 1996 que “nas acções de indemnização baseadas na responsabilidade contratual, incumbe ao réu o ônus de provar o cumprimento da obrigação e a ausência de culpa do não cumprimento”.³⁴⁷

Por outro lado, a Corte portuguesa também já decidiu em sentido contrário àquele advogado no presente trabalho em relação às ações nas quais o autor pretende obter apenas a indenização em virtude do incumprimento. Em ação destinada a obter o ressarcimento por eventuais danos patrimoniais decorrentes do incumprimento de um contrato de exclusividade de utilização de marca de café, o credor alegou que, em que pesasse as cláusulas contratuais existentes, o devedor não teria adquirido o mínimo de quilogramas de café estipulado no contrato.

Na oportunidade o Supremo Tribunal de Justiça decidiu que nas ações de responsabilidade contratual há uma modificação do dever de prestar em dever de indenizar, concluindo que em virtude do incumprimento consistir um fato constitutivo do direito do credor, nos termos do artigo 342º, nº 1, do Código Civil português, caberia a este o ônus de sua prova do não cumprimento do contrato.³⁴⁸

No Brasil, um dos principais tribunais do país, o do Rio Grande do Sul, vem decidindo que o descumprimento da obrigação é um fato constitutivo do direito do autor e que, conseqüentemente, deve ser provado por si.

Na Apelação Cível nº 70051056919, da lavra do Desembargador Túlio de Oliveira Martins, ao discutir eventual responsabilidade civil de uma determinada empresa por um suposto descumprimento de contrato de exclusividade da utilização de produtos de outra empresa, o Tribunal negou provimento ao Recurso sob o entendimento de que o demandante não teria feito prova do fato constitutivo, no caso o suposto descumprimento do contrato, não se desincumbindo do ônus que sobre si recaía por força do artigo 331, I, do Código de Processo Civil brasileiro.³⁴⁹

³⁴⁷ Acórdão nº JSTJ00029754. Relator Fernando Fabião. Data: 30/04/1996. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 04/01/2013. Conferir ainda o Acórdão do STJ nº JSTJ00017260. Relator Santos Monteiro. Data: 03/11/1992. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 06/01/2013.

³⁴⁸ Acórdão STJ nº 257/09.1YFLSB. 7ª Secção. Relator Salvador da Costa. Data: 04/06/2009. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 13/01/2013. Ver, no mesmo sentido, Acórdão STJ nº JSTJ00016110. Data: 21/02/1985. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 13/01/2013.

³⁴⁹ Apelação Cível Nº 70051056919, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 28/11/2013. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04/01/2013. Conferir ainda os seguintes acórdãos do mesmo Tribunal: Apelação Cível Nº 70051723096, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 18/07/2013; Apelação

CONCLUSÕES

O objetivo primordial do presente trabalho foi analisar o ônus da prova do não cumprimento das obrigações nas ações de responsabilidade contratual. Para tal desiderato utilizou-se o método da revisão bibliográfica dos principais autores que escrevem sobre os temas correlatos.

Inicialmente foi realizada uma rápida digressão histórica do direito processual civil. Posteriormente fez-se um estudo acerca do tema da prova e da repartição do encargo probatório e, finalmente, foi realizado um breve estudo do direito obrigacional, com o consequente aprofundamento no tema principal deste trabalho.

Concluiu-se que assim como ocorre nas ações de cumprimento de obrigações positivas, naquelas em que o credor vem a juízo pedir o ressarcimento dos danos pelo descumprimento dos deveres obrigacionais o mesmo tem o encargo de demonstrar, além dos demais requisitos da responsabilidade civil, a existência da obrigação. Por outro lado, é o devedor que tem o ônus de demonstrar o seu cumprimento ou a impossibilidade da prestação por causa que não lhe seja imputável.

A conclusão se extrai da doutrina que entende que o não cumprimento da obrigação não integra a *fattispecie* constitutiva do direito do autor porque a estrutura da obrigação permanece inalterada nesse tipo de ação, sendo a indenização um simples equivalente da obrigação de fazer. Por sua vez, em tais casos, o cumprimento da obrigação constitui um fato extintivo do direito de crédito que deve ser provado pelo réu (devedor).

Diferente é o caso, chegou-se à conclusão, das ações fundadas no cumprimento defeituoso do contrato, haja vista que nestes casos, o não cumprimento dos deveres obrigacionais nos moldes do programa de prestação configura o fato constitutivo do direito do credor. Na mesma linha concluiu-se que nos casos em que o autor ingressa com uma ação resolutiva, cumulada ou não com pedido indenizatório, o cumprimento do contrato deixa de funcionar como fato extintivo, passando a valer como fato constitutivo a ser provado por si.

RERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. ed. 5. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

ALEXANDRIA, Jessé de Andrade. *O Juiz é Um Legislador?*, in COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega (org.). *Coletânea De Fato e de Direito/ Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – Mossoró: ESMARN – Região-Oeste*, 2007.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Do Ônus Da Prova in Revista de Processo*, vol. 71, Julho/1993.

ALVES, Jones Figueirêdo. *A verdade material como novo paradigma do processo civil moderno. Aplicação tópica e significativa ao princípio da justa composição do conflito in Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 2 (2013), nº 08. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. Ed. 8. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções Elementares de Processo Civil*. Nova Edição Revista e Actualizada pelo Dr. Herculano Esteves. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

_____ *Teoria Geral das Obrigações*. Ed. 3. Coimbra: Livraria Almedina, 1966.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro*. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). *Provas: Aspectos Atuais do Direito Probatório*. São Paulo: Método, 2009.

AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 3 ed. Madrid: Civitas, 2002.

_____ *La nueva ley de enjuiciamiento civil española, los poderes de juz y la oralidad in Revista de Derecho Procesal*, n. 1-3, 2001.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Dogmática Jurídica e o Novo Código de Processo Civil*. in *Revista de processo*, nº 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar. 1976.

AZÁRIO, Márcia Pereira. *Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). UFRS, Porto Alegre, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações*. Ed. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*, 3 ed., ver. e ampl., São Paulo, Malheiros, 1995.

_____ *Poderes instrutórios do juiz*. Ed. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BETTIOL, Giuseppe. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. Padova: Cedam, 1966.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUZAID, Alfredo. *Do ônus da prova in Revista Forense de Direito de São Paulo*, vol. LVII.

CALAMANDREI, Piero. *Verità e verossimiglianza nel processo civile in Rivista di Diritto Processuale*, vol. X, p. 164/192, 1955.

_____ *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1997.

_____ *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1986.

CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil – Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2011.

CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Processo civil no direito comparado*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

CARNACINI, Tito. *Tutela Jurisdicional y tecnica del proceso in* Revista de la Facultad de Derecho de México, octubre-diciembre de 1953, nº 12.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

_____. *As misérias do processo penal*. [Tradução, José Antônio Cardinalli], 1995, CONAN. Disponível em: <<http://new.pensamientopenal.com.ar/04092007/doctri06.pdf>>. Acesso em 10 de setembro de 2013.

_____. *Diritto e processo*, Napoli: Morano, 1958.

_____. *A Prova Civil*. Trad. Lisa Pari Scarpa. 4ª ed., São Paulo: BookSeller, 2005.

_____. *Instituciones del Proceso Civil*, tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, vol. I, nº 1.

CARVALHO, Amilton Bueno. *O juiz e a jurisprudência – um desabafo crítico in* Revista de Estudos Criminais, ITEC, Porto Alegre, n. 7, 2002.

CASTRO, Artur Anselmo de. *Lições de Processo Civil*. Vol. 3. Coimbra: Livraria Almedina, 1973.

CASTRO MENDES, João de. *Direito Processual Civil*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1974, v. 3.

CAUTELA, Maria Helena de Almeida. *Elementos para o Estudo do Ónus da Prova: Trabalho apresentado ao Júri do 5º ano [Ciências Jurídicas]*, Coimbra: 1938.

CAPPELLETTI, Mauro. *Reflexões sobre a criatividade jurisprudencial no tempo presente. Processo, ideologias e sociedade*. Elício de Cresci Sobrinho (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008, v.1.

CASTRO, Artur Anselmo de. *Lições de Processo Civil – Coligidas e publicadas por Abílio Neto e revistas pelo Professor. Vol. III*. Coimbra: Livraria Almedina, 1973.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. Ed. 10. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Repensando a interpretação constitucional in Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica. Ano I, Vol. I, nº 05, Agosto/2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 02 de Setembro de 2013.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. ed. 3. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.

CRISTOFARO, Marco de. *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio, in Rivista di Diritto Civile*, ano XL, nº 4, Julho/Agosto de 1994.

CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil, vol. 1 e vol. 2*, trad. Paolo Capitanio, Campinas: Bookseller, 1998.

_____. *Principios de derecho procesal civil*, vol. I, trad. de José Casais y Santalo, Madrid: Reus, 1922.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIDER Júnior, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, 10ª ed. Salvador: JusPodium, 2008, v. I.

_____ *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 4ª ed. Salvador: JusPodium, 2009, v. II.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Os poderes do juiz in* MARINONI, Luiz Guilherme (coord). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Editora Juruá, 1994.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Ed. 5. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____ *Instituições de Direito Processual Civil*. ed. 2. São Paulo: Malheiros, 2002, v. I e v. III.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. ed. 27. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 2.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general del proceso*. 3 ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a.

_____ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de La Prueba Judicial. Tomo I*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 1984.

_____ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la prueba judicial*. 5 ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1981, t.1.

FACCHINI NETTO, Eugênio. “*E o juiz não é só de direito...*” (ou “*a função jurisdicional e a subjetividade*”). ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002.

FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil Comentado*. Ed. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Ed. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8 ed. Milão: CEDAM, 1996.

FERNANDES, Elizabeth. *A Prova Difícil ou Impossível (A tutela judicial efetiva no dilema entre a previsibilidade e a proporcionalidade)* in Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2013

FREITAS, José Lebre de; MACHADO, A. Montalvão; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. 2. Ed. 2. Coimbra: Coimbra editora, 2008.

GASTAL, Alexandre Fernandes. *A Suficiência do Juízo de Verossimilhança para a Decisão das Questões Fáticas*. 2006. 203 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul. 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. *O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos* in Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 102, p. 288-307, jun. 2006.

GIORGIANNI, Michele. *Inadempimento (diritto privato)* in *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXX. Milano: Giuffrè Editore, 1970.

GODINHO, Robson Renault. *A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais* in CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de direito constitucional: Direitos Fundamentais*. Ed. 2. Salvador: JusPodium, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, vol. 1: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direito Civil brasileiro, vol. 2: Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro, vol. 1*. São Paulo: Saraiva, ed. 17, 2003.

GRECO, Leonardo. *O Conceito de Prova*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV. Nº 4 e Ano V, Nº 5; 2003/2004.

JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Tradução de F. Silveira Ramos. 25ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

KARAM, Munir. *Ônus da Prova: noções fundamentais*. Revista de Processo, São Paulo, n. 17, p. 50/60, jan/mar. 1980.

KIELMANOVICH, J. L. *La prueba en el proceso civil: cuestiones de derecho probatório nacional y comparado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo I.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil, tomo I*, trad. de Cândido R. Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Ed. 7. Coimbra: 2010, vol. II.

LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en derecho civil*. Trad. D. Henrique Aguilera de Paz. Madrid: Hijos de Reus Editores, 1906.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *As regras da experiência comum na formação da convicção do juiz in Revista dialética de direito processual*, São Paulo, n. 17, p. 59-75, ago. 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, v.1.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 1 e 2.

MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. Ed. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1956, t. I, p. 90.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de Eduardo L. Suárez, México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Europa-America, 1961.

MICHELI, Gian Antonio e TARUFFO, Michele. “A prova” in *Revista de Processo*, nº 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez 1979.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV*, ed. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. ed. 29. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 4.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis: a forma de governo, a federação, presidencialismo versus parlamentarismo/Montesquieu; Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira de Mota*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Alguns problemas atuais da prova civil” in *Revista de Processo*, v. 14, n. 53, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 1989.

_____. *Notas sobre o problema da efetividade do processo*, in Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques, Saraiva, 1982, São Paulo/SP. Estudo publicado também em Temas de Direito Processual, Terceira Série, Saraiva, 1984, São Paulo/SP, pp. 27 e seguintes.

_____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, in Doutrinas Essenciais de Processo Civil, v. 1, p. 877-883, Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo* in Temas de direito processual civil. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

MUÑOZ SABATÉ, L. *Técnica probatória: estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Temis, 1997.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*. Lisboa: LEX, 2000.

MURITIBA, Sérgio Silva; LEMOS, Julio Cesar Lazzarini. *Critério da proporcionalidade da concessão de medidas de urgência de caráter antecipatório (§2º, do art. 273, do CPC): considerações zetéticas e dogmáticas* in ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Orgs.). *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 421/443.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações, vol. 2*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios de Processo na Constituição Federal*. Ed. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*. Vol. 1. 2ª parte. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Ónus da prova e não cumprimento das obrigações* in Estudos sobre o não cumprimento das obrigações. Ed. 2. Coimbra: Almedina, 2009.

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

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. *Reflexões filosóficas sobre a neutralidade e imparcialidade no ato de julgar* in Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 77, nº 3, jul./set 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. ed. 15. Rio de Janeiro: Forense, 1996, vol. 2.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Ed. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2005

PERNÍA, Hermann Petzold. *El juez y la interpretación de la ley* in Revista de La Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, n. 69, 1988.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 1.ed., 2ª tiragem, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2005.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *Racionalidade e emoção na prestação jurisdicional*. In: ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002.

PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

RATHENAU, Alexander. *O cumprimento e o incumprimento das obrigações no direito português – com algumas observações de direito comparado referentes ao direito alemão –*

Disponível em: <http://www.rathenau.com/incumprimentocom.pdf>. Acessado em: 24 de agosto de 2013.

REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3. ed., reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

RETAMOSO, Mariana Borges. *A (in)eficácia da prova emprestada in* Revista de Direito Privado, ano 11, nº 41, jan/mar 2010.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUEZ, Arturo Alessandri; UNDURRAGA, Manuel Somarriva. *Curso de derecho civil*. Chile: Editorial Nascimento, t. III.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão no processo penal como bricolage de significantes*. Tese (Doutorado em Direito). UFPR, Curitiba, 2004, p. 282. Disponível em: <<http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br>>. Acesso em: 08 set., 2013.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin, Buenos Aires: EJEJA, 1956.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de derecho civil*. Trad. Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Editora Reus, 1931, t. 1.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo Constitucioal: Nova Concepção de Jurisdição*. São Paulo: Método, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. ed. 26. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. II.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Europa-America, 1979.

SEREJO, Lourival. *Comentários ao Código de Ética da magistratura nacional*. Ed. 1. Brasília, DF: ENFAM, 2011.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Provas – Direito Probatorio Material*. Lisboa: 1962.

_____ *Encargo da prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes in Boletim do Ministério da Justiça, nº 47, Março/1955.*

_____ *Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor in Boletim do Ministério da Justiça, nº 47, Março/1955.*

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Ed. 11. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SOARES, Fernando Luso. *A Responsabilidade Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 1987.

STAMFORD, Artur. *Certeza e segurança jurídica: reflexões em torno do processo de execução*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. v.36. n.141. p.257-69. jan./mar. 1999.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Traducción Andrés de la Oliva Santos. Colômbia: Editorial Temis, 1988.

STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? In Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos, vol. 15, n. 1, jan/abr 2010. Disponível em <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acessado em 15 de abril de 2013.*

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

_____ *Modelli di prova e di procedimento probatorio in Rivista di Diritto Processuale*, ano XLV, abr.-jun.1990, p. 421/448.

TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*. Ed. 7. Coimbra: Coimbra Editora.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, vol. 1*, 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____ *O Processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real in Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 80, p. 71/85, nov. 2009.

_____ *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. 3, t. II.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prova. Princípio da verdade real. Poderes o juiz. Ônus da Prova e sua eventual inversão. Provas ilícitas. Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA) in Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. 4.

TOSTA, Jorge. *Manual de Interpretação do Código Civil: As normas de tipo aberto e os poderes do juiz*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 94

TWINING, William. *Rethinking evidence – exploratory essays*. Evanston: Northwestern University Press, 1994.

VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil – De acordo com o Dec.-Lei 242-85*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 1, 1978.

_____ *Das obrigações em geral. Vol. II*. Ed. 3. Coimbra: Almedina, 1980.

VERDE, Giovanni. *Prova in generale: b) Teoria generale e diritto processuale civile*. In: *Enciclopedia del diritto*. v. XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988.

_____ *Considerazioni sulla regola di giudizio fondata sull'onere della prova in Rivista di Diritto Processuale*, Milano, volume XXVII [II série], 1972.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. Ed. 12. São Paulo: Atlas, 2012, vol. 2.

ZANETI JR, Hermes. *O problema da verdade no processo Civil: modelos de prova e de procedimento Probatório*. In *Revista de Processo*, ano 29, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia social da prestação jurisdicional*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 122, p. 291/296, abr./jun. 1994.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	10
2 A PROVA.....	12
2.1 A prova como meio.....	14
2.2 A prova como atividade.....	15
2.3 A prova como resultado.....	16
2.4 Função e objeto da prova.....	16
3 ÔNUS DA PROVA.....	36
3.1 Distinção entre ônus e obrigação.....	40
3.2 Princípio Dispositivo.....	47
3.3 Princípio Inquisitório.....	50
3.4 Princípio Dispositivo e Inquisitório em Brasil e Portugal.....	54
4 ÔNUS SUBJETIVO.....	56
5 ÔNUS OBJETIVO.....	60
6 REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	69
a) Teoria que impõe ao autor o ônus da prova.....	69
b) Teoria que impõe o ônus da prova a quem afirma.....	71
c) Teoria que impõe ao autor a prova dos fatos relativos à sua pretensão e ao réu a prova dos fatos referentes à exceção.....	73
d) Teoria que impõe o ônus da prova a quem alega um fato anormal.....	74
e) Teoria que impõe o ônus da prova a quem tem interesse em provar.....	75
f) Teoria que impõe o ônus da prova a quem tem interesse em provar a afirmação.....	78
g) Teoria que impõe o ônus da prova dos pressupostos de fato da norma jurídica que lhe é favorável.....	80
h) Teoria que impõe o ônus da prova de acordo com a posição das partes em relação ao efeito jurídico pretendido.....	84
7 REGIME LEGAL PORTUGUÊS E BRASILEIRO.....	87
8 NOÇÕES PRELIMINARES DAS OBRIGAÇÕES.....	89
9 PROVA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO.....	91
10 MODALIDADES DAS OBRIGAÇÕES QUANTO AOS ELEMENTOS ACIDENTAIS.....	92
11 MODALIDADES QUANTO AO TEMPO DE CUMPRIMENTO.....	93

11.1 Obrigações puras e simples.....	93
11.2 Obrigações a termo.....	94
12 INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES.....	96
12.1 Da mora.....	97
12.2 Inadimplemento absoluto (definitivo).....	100
13 ÔNUS DA PROVA DO NÃO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES NO DOMÍNIO DAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL.....	102
CONCLUSÕES.....	116
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	117