

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

JARDEL ALVES DE SOUZA

**ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL
CIVIL BRASILEIRO**

PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

SÃO PAULO
2011

JARDEL ALVES DE SOUZA

**ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL
CIVIL BRASILEIRO**

PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2011

JARDEL ALVES DE SOUZA

ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Monografia apresentada com intuito de obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, coordenado pela professora Doutora Teresa Arruda Alvim Wambier, sob orientação do Professor Mestre Luís Eduardo Simardi Fernandes.

SÃO PAULO
2011

... É preciso amar as pessoas como se não tivesse amanhã, porque se você parar para pensar, na verdade não há...

Agradeço a meu pai e minha mãe por ter devotado suas vidas aos cuidados da família, prova absoluta de abnegação e generosidade.

À minha esposa por estar sempre ao meu lado e por me dar a maior alegria de um homem, ser pai.

Ao Professor Mestre Luís Eduardo Simardi Fernandes que exerce o dom da imortalidade de ensinar.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo a discussão a respeito do ônus da prova no Direito Processual Civil Brasileiro. Referido instituto de nossa legislação pátria gera imensos debates entre a mais respeitada doutrina jurídica, debate que não se restringe apenas os doutrinadores brasileiros.

Inicialmente, teceremos um breve explicação da origem da prova, conceito de prova e evolução histórica. E necessário falar sobre a prova uma vez que o tema do trabalho se dá no estudo daquele que terá o dever de provar algo, ou seja, que terá o ônus da prova.

Após vencida a barreira acima analisaremos o ônus da prova, começando por sua evolução histórica, conceito, ônus da prova subjetivo e objetivo. Iremos também devagar um pouco sobre a verossimilhança.

Em um segundo momento, abordaremos o que para nós será o tema mais controvertido do trabalho, pois analisaremos a inversão do ônus da prova. Essa abordagem se dará de varias maneiras, e primeiro analisaremos a inversão no CPC, em ações comuns, e depois a inversão do ônus da prova tipificada no Código de Defesa do Consumidor.

Por fim o presente trabalho irá analisar o momento para inversão do ônus prova, contratando o momento da prolação da sentença ou antes dela, normalmente no saneamento do processo, quando juiz ira fixar os pontos controvertidos da demanda, antes da fase instrutória de fato.

Vale apenas ressaltar, que humildemente abordaremos os assuntos de forma concisa apenas para aguçar o leitor em buscar as informações verdadeiramente a funda, uma vez que está sua disposição uma enorme gama

de material para pesquisa, com defesa para diferentes teses a cerca de nosso tema.

ABSTRACT

This paper aims to discuss about the burden of proof in the Brazilian Civil Procedural Law. Referred to institute our laws homeland generates huge debates among the most respected legal doctrine, that debate is not restricted to the Brazilian Scholars.

Initially, teceremos a brief explanation of the origin of proof, proof of concept and historical evolution. It is necessary to talk about the race since the theme of the work takes place in the study that they have the duty to prove something, that is, have the burden of proof.

After overcoming the barrier above analyze the burden of proof, starting with its historical development, concept, burden of proof on subjective and objective. We will also slow down a little bit of verisimilitude.

In a second step, for us to discuss what will be the most controversial topic of the work, because we will analyze the reversal of the burden of proof. This approach will in many ways, and first analyze the inversion in the CPC, in common stock, and then shifting the burden of proof typified in the Consumer Protection Code.

Finally this paper will analyze the time reversal of the burden to prove by hiring the time of delivery or before the sentence, usually in the sanitation process, when the judge will fix the controversial points of demand, Hearings before the fact.

This will only point out that humbly discuss the issues concisely just to whet the reader to seek the information truly founded, as it is available a wide range of research material, with defense for theses different about our theme.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
I – ORIGEM	10
II - CONCEITO DE PROVA	12
III - OBJETO DA PROVA	18
IV - BREVE HISTÓRICO DO ÔNUS DA PROVA	21
V - CONCEITO DE ÔNUS DA PROVA	24
VI - ÔNUS DA PROVA SUBJETIVO E OBJETIVO	29
VII - TEORIAS	36
VIII - VEROSSIMILHANÇA	47
IX - A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	51
X - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DO CDC	58
XI - O MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	63
CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

INTRODUÇÃO

As sociedades primitivas não utilizam o instituto da prova, primeiramente pelo fato de que o mais forte sempre fazia com que sua vontade prevalecesse em relação ao mais fraco, e depois com advento da auto composição, onde não havia uma decisão para quem tinha razão e sim que ambas as partes abdicassem de uma fração de seu direito para que pudessem chegar há um meio termo que pudesse satisfazê-las.

E somente com a evolução social com o fortalecimento do Estado é que surgiram os árbitros e começaram a aparecer os primeiros mecanismos de prova

Prova é demonstração, provar é demonstrar. O juiz será influenciado pelo conjunto probatório para proferir sua sentença, desse modo julgará de um modo conforme existam certas provas nos autos do processo e de outro se elas não forem produzidas.

Tem-se por objeto das provas os fatos que não são reconhecidos como notórios, ou seja, os fatos que não se possa negar, pois todos sabem que ele existiu. Doutrinariamente esse conceito é fruto de divergência, pois para parte da doutrina objeto da prova é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para todo julgamento.

O conceito de ônus da prova também é motivo de imensa divergência doutrinária, e possui como preponderantes as teorias de Chiovenda, Canelutti, Betti, Micheli que serão analisados em momento oportuno.

Analisaremos ainda os tipos de ônus prova, podendo ser subjetivo que se refere basicamente á pessoa que terá de se desincumbir desse ônus, e o ônus da prova objetivo onde a atividade das partes não possui relevância, importando como veremos o que se provou e não quem provou.

Se aprofundando no temos teremos a análise do julgamento pela verossimilhança, onde apesar de ter realizado um procedimento cognitivo que lhe de certeza para realizar o julgamento o juiz irá diminuir sua exigência e realizar um julgamento pela verossimilhança, ou seja, não está o juiz julgando em dúvida, pois admitiu para seu convencimento a verossimilhança.

Se aproximando do momento derradeiro da pesquisa, analisaremos a inversão do ônus da prova, que como será abordado não se possibilita utilizar esse instituo somente nas ações de consumo, mas também em ações processuais comuns.

Veremos ainda mais afundo a inversão do ônus da prova no CDC e o por agora derradeiro o momento mais propício para inversão do ônus da prova seja ele no momento da sentença ou no saneamento do processo ao estabilizar a lide.

I - ORIGEM

Nas sociedades primitivas, primeiramente pelo fato de que o mais forte era o vencedor do conflito, uma vez que com sua força conseguia sufocar aquele que lhe opusesse, fazendo com que prevalecesse sua vontade, e depois com a auto composição, para qual não se tinha uma decisão sobre quem possuía razão, mas tão somente a abdicação por ambas as partes de uma parte ou de todo o seu direito não podemos falar em prova. Mas com a evolução social, advinda com o fortalecimento do Estado, e o surgimento dos árbitros é que começam a aparecer os primeiros mecanismos de provas.

As sociedades primitivas tinham como base a religião, assim o direito também tem como origem fatores divinos e religiosos, por isso os meios de provas utilizados para demonstração dos fatos possuíam ligação direta com a religião, podemos tirar como exemplos, os ordálios, os juramentos, os conspurgadores e combates judiciários.

Os ordálios tinham caráter eminentemente religioso, eram usados principalmente pelos primitivos povos germanos e os semibárbaros da família indo-européia, e tinham por escopo submeter alguém a um determinado procedimento probatório inculcado na esperança de que Deus não o deixaria sair com vida ou sem um sinal evidente se não dissesse a verdade ou fosse culpado. Esse tipo de prova foi amplamente difundida e predominou durante muito tempo através de diversas modalidades, pela sorte, pelo fogo, pela água fria, pela cruz, do pão e queijo, da eucaristia e pela caldeira pendente, do pão

bento, das serpentes, etc., chegando até a Europa na Idade Média, com a predominância do cristianismo sob o prisma de que Deus participava do processo e do julgamento dos homens.

Como já fora afirmado o Estado se fortalecia a medida com que a sociedade se desenvolvia, e assim foram surgindo mecanismos de estruturação e administração social.

Dentro das relações de conflito, surgiu a arbitragem obrigatória, havendo a partir desse momento a predominância da justiça pública sobre a privada. A justiça pública acaba por extirpar o fato de a vontade do mais forte prevalecer e também deixa de fora do processo de solução dos conflitos a religião.

Esses acontecimentos tornaram necessária a demonstração dos argumentos trazidos pelas partes ao processo para que fossem vitoriosas em sua pretensão, abrindo dessa forma espaço para necessidade de provar acontecimentos e fatos.

Atualmente há mecanismos muitos mais céleres para a busca do que se convencionou chamar de verdade real, sendo que tal busca evoluiu consideravelmente em termos de lógica e cientificidade na formação, produção e utilização da prova nos procedimentos judiciais.

II - CONCEITO DE PROVA

Agora se busca uma definição para prova, mas antes vale lembrar que o conceito de prova não é encontrado exclusivamente no campo jurídico, e sim utilizado em todos os ramos da ciência, principalmente como elemento para a validação dos processos empíricos. Contudo no ramo do direito ao qual se situa nossa pesquisa a prova assume matrizes especiais que permitem uma particular observação.

A palavra prova no processo bem como em outros ramos da ciência, pode assumir diferentes significados. Pode significar os instrumentos de que se serve o julgador para conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, quando se pode falar em prova documental e pericial por exemplo. Também pode nomear o procedimento pelo qual devem ser produzidas e recepcionadas pelo juízo a prova, ou seja, o espaço que se destina à literal produção da prova.

Prova pode ainda dar idéia de uma atividade lógica, de modo que um fato logicamente leve a outro.

Prova é demonstração, já provar é demonstrar. O juiz será completamente influenciado pelas provas existentes nos autos do processo, assim julgará a causa de um modo se certos fatos tiverem sido provados e de outro se não forem provados, pode-se afirmar que julgará de um modo se os fatos houverem ocorrido e de outro se não houverem ocorrido.

Inicialmente o juiz possui ignorância dos fatos relevantes para o julgamento, por isso para ter uma ação julgada procedente ou improcedente

como interessar à parte é indispensável que dote o processo de meios capazes de tirar o espírito do magistrado da obscuridade cognitiva dos fatos e iluminá-lo com a representação da realidade sobre a qual julgará.

Por isso a definição de prova está tão ligada com a idéia de reconstrução de um fato, que é demonstrado ao magistrado, fazendo com que tenha a convicção necessária para julgar a lide.

Com essa idéia LESSONA diz que:

*“provar, nesse sentido, significa fazer conhecidos para o juiz os fatos controvertidos e duvidosos, e dar-lhe a certeza do seu modo preciso de ser.”*¹

Nessa mesma linha LIEBMAN define prova como:

*“os meios que servem para dar o conhecimento de um fato e por isso fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico.”*²

Terá assim o juiz o conhecimento da realidade fática e através do conjunto que compõe a instrução probatória que dispõem os meios jurídicos.

A instrução probatória deve trazer como resultado o conhecimento dos fatos e por conseqüência permitir que o juiz profira uma decisão com firmeza.

Sendo assim na dinâmica do processo e dos procedimentos, prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento.

¹ LESSONA, Carlos. Teoria general de La prueba en derecho civil. Trad. Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Reus, 1928. V.I, p.3.

² LIEBMAN, Enrico Tulio. Manuale di diritto processuale civile – Principi. 5. Ed. Milano: Giuffrè, 1992. V. I, p. 318.

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, seu destinatário direto. No processo a prova não tem um fim, em si mesma, ou moral, sua finalidade é prática, ou seja, convencer, mas deve-se ressaltar que não se busca a certeza absoluta, pois e como ainda verificaremos a certeza absoluta é praticamente impossível, mas tão somente a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

SATA E PUNZI, trazem a idéia de prova em duas possibilidades. Para eles a prova pode observada sob dois prismas, o estático e o dinâmico. Diante do primeiro a prova pode ser vista como

“ente ou meio decisivo ou relevante para a certeza de um fato.”³

Constituindo aqui uma figura que se liga diretamente ao direito material, que tende à formalização das relações jurídicas. Já sob o prisma dinâmico:

“prova é vista em relação à efetiva verificação de um fato, que ocorre normalmente no processo, pressupondo uma duplicidade de sujeitos, sendo um aquele quem alega o fato, e um que reconhece o fato.”⁴

Desse modo verificamos que a parte deseja convencer o juiz através das provas que produzirá no processo que determinado fato alegado por ela ocorreu de determinada forma. Por isso pode-se afirmar que as alegações da parte serão consideradas pelo juiz como verdadeiras se as provas produzidas

³ SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. Diritto Processuale Civile. 12.ed. Padova: Cedam, 1996. P. 219.

⁴ Idem, Ibidem

por ela forem suficiente para extirpar o sentimento de dúvida do magistrado, e como citado amparando o juiz para uma decisão firme.

GIOVANNI VERDE também conceitua a prova e segundo ele:

*(...) o conceito de prova para ciência jurídica não pode ser buscado nas mesmas origens em que é encontrada para as ciências empíricas. É que a ampla liberdade de convencimento que rege a atividade judicial e a fixação de disciplina específica para o aporte de provas ao processo torna essa noção diversa (e mesmo impensável), para outros ramos da ciência, que também tem suas atividades baseadas na reconstrução de fatos.*⁵

VERDE conceitua prova como:

*“todos aqueles instrumentos na base dos quais se pode fixar a hipótese à qual a norma torna possível implicar os efeitos jurídicos pretendidos.”*⁶

Com essa visão todo elemento que a lei autoriza para restabelecer a verdade dos fatos da hipótese levantada pela parte para suportar certa consequência jurídica defendida por ela são provas.

Pode-se observar que nos conceitos verificados até o momento em sua grande maioria existe vinculação à idéia de que a prova se destina ao passado, á reconstrução de um fato pretérito ou, ainda à verificação desse fato, gerando no juiz a convicção de certeza sobre sua efetiva ocorrência.

Essa idéia está superada em outros ramos do conhecimento, e não há o que justifique a sua manutenção na ciência jurídica. Como não se pode recuperar o que já passou a verdade quanto a essência de um objeto também não se pode alcançar se esse objeto está no passado, pois é impossível o

⁵ VERDE, Giovanni. Prova (diritto processuale civile) cit., p.589.

⁶ Idem, p. 590.

restabelecimento dos fatos passados, não havendo assim a possibilidade de se lograr êxito em extirpar qualquer sentimento de dúvida por completo do juiz do efetivo acontecimento ou não do fato, ainda mais pelo fato de que a certeza e a crença pela demonstração será também algo subjetivo, variando de um juiz para outro os efeitos neles causados.

Nos tempos modernos, o fenômeno probatório assume um caráter multifacetário, capaz de imprimir à figura, diferentes pontos de vistas conforme o prisma que se observa. Por ser o objetivo do processo de conhecimento o ponto de vista da decisão judicial é o mais estudado entre os processualistas, e neste prisma tem-se que a prova pode resumir-se em um aspecto argumentativo retórico, apto a justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo.

TARUFFO ensina que:

“a prova assume a função de fundamento para a escolha reacional da hipótese destinada a constituir o conteúdo da decisão final sobre o fato.”⁷

Nessa perspectiva MARINONI E ARENHART conceituam a prova como:

“todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado – Juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.”⁸

MARINONE E ARENHART ressaltam ainda que:

⁷ TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici – Nozioni generali cit., p.421.

⁸ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova.2 ed. Revistas dos Tribunais. P. 59.

(...) nesse esboço de definição, a tônica do aspecto dialético e no método argumentativo (como elemento inerente ao processo). De outra parte, a noção apresentada parece ajustar-se aos contornos dados à prova pelo direito, seja no que se refere à liberdade do juiz na valoração da prova, seja no que atine à regulamentação específica de alguns temas probatórios pela lei.⁹

O juiz sempre terá como meta a busca pela certeza e pela verdade para prolatar uma decisão. Mas precisa-se ter a consciência que as limitações da ciência processual não permitem que essa meta seja atingida costumeiramente. Por isso, é necessário se adequar às regras processuais e aprender a lidar adequadamente com o instrumento que é posto à disposição do Estado.

Sendo assim, parece-nos que esta perspectiva que traz a prova como elemento argumentativo é a que mais se aproxima da realidade nossos tempos, que poderá ser aprimorada pelo entrelaçamento de idéias e da tentativa de persuasão racional dos estudiosos do assunto.

⁹ Idem, Ibidem.

III - OBJETO DA PROVA

Para GIUSEPPE CHIOVENDA:

“Objeto da prova constitui os fatos que não sejam reconhecidos e notórios, porquanto os fatos que não se possam negar (sine tergiversatione) dispensam prova.”¹⁰

No entanto existe uma divergência doutrinária a cerca desse conceito, ou seja, no tocante ao que deve ser provado, se são os fatos ou as afirmações que se faz sobre eles. Para esta teoria objeto da prova é conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para todo julgamento a ser feito no processo, não sendo esses fatos notórios nem presumidos. Fazem parte dele as alegações relativas a esses fatos e não os fatos em si mesmo.

Nessa linha de pensamento SENTIS MELENDO afirma que:

“os fatos não se prova, os fatos existem. O que se prova são as afirmações que poderão referir-se a fatos.”¹¹

Também por esse prisma sustentam LUIS MARINONI E SERGIO ARENHART que, in verbis:

¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituição de Direito Processual Civil, 1998.,p. 113

¹¹ MELENDO, Sentis. La Prueba-Los Grandes Temas Del Derecho Probatorio, 1978, p. 12. Apud Ovídio Baptista. Teoria Geral do Processo, 200,p. 298.

*(...) o fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso, já que este existe ou não existe. É a alegação do fato que em determinado momento pode assumir importância jurídico-processual e assim também ter relevância em termos processuais para a demonstração da veracidade da alegação do fato.*¹²

Deve-se ressaltar que não são todos os fatos trazidos pelos sujeitos processuais que necessariamente devem ser provados. É necessário que sobre eles recaia alguma prova, que estejam revestidos de algumas peculiaridades.

A doutrina apresenta diversificados atributos para fatos que não necessitam de prova. JOÃO BATISTA LOPES sustenta que:

*“os fatos devem ser relevantes, pertinentes, controversos,
precisos e notórios.”*¹³

Já MOACYR SANTOS, discorrendo sobre o assunto, faz a seguinte consideração, in verbis:

*“quando das afirmações das partes se apure que os fatos são reconhecidos ou admitidos como verdadeiros, ou quando se trate de fatos notórios, não há necessidade de sua demonstração.”*¹⁴

O artigo 334 do Código de Processo civil conceitua que não dependem de prova os fatos:

- Notórios;

¹² MARINONI, Luis Guilherme Marinoni e ARENHART, Sergio Cruz. Prova, 2010. Revista dos Tribunais. p. 53

¹³ LOPES, João Batista. A Prova no Direito Processual Civil, 2002,p. 180

¹⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 1999,p. 334

- Afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
- Admitidos, no processo, como incontroversos;
- Em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

A notoriedade de um fato é extremamente relativa. Há fatos que são notórios no mundo todo, outros somente em um determinado país.

Ocorre a confissão quando uma das partes admite como verdadeiro um ou mais fatos desfavoráveis a sua posição no processo, mas favorável à pretensão de seu adversário.

Fato incontroverso é um fato relevante que fora citado por uma das partes e não contestado pela outra.

As presunções legais classificam-se em absolutas ou relativas. São consideradas absolutas as presunções que não admitem prova em contrário ao fato presumido pela lei, e relativas aquelas presunções que a lei estabelece como verdade até que se prove o contrário.

IV - BREVE HISTÓRICO DO ÔNUS DA PROVA

O direito romano nos oferece uma variedade de textos que permitem a doutrina considerarem como base na formulação da construção doutrinária do ônus da prova.

No direito romano imperava o princípio da livre apreciação, princípio do livre convencimento judicial – cabendo às partes formular suas afirmações, gerir as provas tendentes a justificá-las, mas não era necessário a existências de uma quantidade complexa de normas.

Nesta época o ônus da prova era atribuído àquele que demandava o poder judiciário, sendo assim o autor que reclamava um crédito deveria provar os fatos constitutivos desse crédito, no entanto caso o réu alegasse fatos modificativos ou extintivos desse crédito deveria fazer prova de sua alegação.

Desse modo, poderíamos afirmar que, no direito romano, o fato alegado pelo autor por este deveria ser provado. Mas, caso o réu apresentasse alguma exceção de pagamento, a este incumbia fazer a prova desses fatos, por ele alegados, uma vez que tais fatos visavam modificar ou extinguir a obrigação inicial. Aqui o réu atua como autor, portanto, devendo provar sua afirmação.

A repartição do ônus da prova, nos leva aos romanos que deixaram princípios como *“actor non probante eu absolvitur”*, *“probatio incumbit qui dicit, non que nega”*, *“in excipiendo réus fit actor e negativa non sunt probanda”*

A distinção entre as alegações que as partes têm a faculdade de fazer em juízo originou a repartição do ônus da prova e formou a base no direito moderno que adotou a classificação entre fatos constitutivos, modificativos e extintivos do direito.

Apesar de não possuir caráter absoluto, a necessidade de provar incumbiria a quem intentasse a ação.

Pode-se observar que no direito romano, bem como no direito moderno, há dificuldade de justificar e de estruturar, convenientemente, os contornos pelos quais se rege o ônus da prova.

Já no direito germânico o processo encontrava-se dividido em duas fases: a primeira referente à sentença de prova, denominada BEWEISURTEIL, segundo a qual o juiz determinava a quem cabia o ônus da prova, sendo que na maior parte das situações ocorridas cabia ao réu, porque o autor não peticionava um direito seu, mas antes reclamava sobre a injustiça do comportamento do devedor, a segunda, dirigida à parte sobre a qual recaía o ônus da prova que devia produzi-la.

Desse modo embora haja divergência sobre a quem competia o ônus da prova, a posição majoritária é de que esta realmente a cargo do demandado, e isso se fundamenta com a suposição de que ele conhecia melhor os fatos, ou porque as afirmações do autor presumiam-se verdadeiras. Pesa também a favor desse entendimento o fato de que geralmente os procedimentos eram penais, e considerava ser uma vantagem para o acusado a atribuição da prova.

Como afirma CHIOVENDA:

*“a prova germânica é forma, não se dirige ao juiz, não tende a convencê-lo.”*¹⁵

Por fim vale salientar que na Idade Média, com o renascimento do Direito Romano, principalmente devido aos juristas de Bolonha, foram revividos

¹⁵ PACÍFICO, Luis Eduardo Boaventura. O Ônus da Prova no Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2000.

conceitos onde o ônus da prova recaía sobre a parte que afirma o que também permeou o processo canônico.

V - CONCEITO DE ÔNUS DA PROVA

A conceituação do que vem a ser um ônus é tema que, mesmo sendo debatido pela doutrina, ainda aponta para dúvidas.

Para se compreender a estrutura deste instituto torna-se necessário, antes de tudo e por uma questão de rigor conceitual e de princípio, estabelecer a distinção terminológica entre ônus, obrigação, sujeição e o dever. Demonstrando que se trata de expressões distintas, com significados e conseqüências diferentes de acordo com a ação do agente.

CARNELUTTI nos trouxe aspectos importantes para a definição de ônus. Já que em um primeiro momento, se utilizou do grau da liberdade do sujeito como critério, o autor classificou o ônus como espécie de dever em sentido amplo. Os deveres em sentido amplo teriam como diferenciador a ausência de liberdade, a sujeição, mitigada progressivamente pela obrigação, pelo ônus e pela faculdade¹⁶.

A sujeição não dá ao sujeito nenhuma margem de liberdade em seu modo de agir, ele deve “sujeitar-se” ao comando normativo e nada pode fazer se não respeitar a norma.

O dever é um comando reforçado por sanção, que condiciona o comportamento das partes, especialmente no interesse público de probidade no desenvolvimento do processo, desse modo as partes devem agir no processo com boa-fé, e caso não ajam com essa probidade estarão incorrendo em um ilícito.

¹⁶ CARNELUTI, Francesco. Teoria General Del Derecho ci., pag.222.

Na obrigação também há um comando determinando um agir, existe para o sujeito a liberdade de infringir esse comando, sofrendo uma sanção caso proceda dessa maneira. Mas caso cumpra a obrigação o indivíduo irá ter correspondido a um interesse de outrem, proveniente de um vínculo jurídico.

Sobre essa temática Carnelutti, teve o mérito de estabelecer a distinção entre ônus e obrigação. Obrigação para este autor é o lado passivo a que corresponde do lado ativo, um direito subjetivo.

O direito subjetivo aqui configurado não é mais do que “um interesse protegido mediante um poder de vontade ou um poder de vontade conseguido para a tutela de um interesse”

Desse modo é conseguida através da inversão da noção do direito subjetivo a noção de obrigação. E segundo Carnelutti a obrigação é:

“Um interesse subordinado mediante um vínculo de vontade, ou um vínculo da vontade imposto pela subordinação de um interesse.”¹⁷

Escapa a esta noção, por força da sujeição e do correspondente poder, a liberdade que é manifestamente contrária. E Segundo Buzaid:

*“A liberdade termina onde começa não tanto a obrigação quanto a sujeição”.*¹⁸

Vale ressaltar que todo aquele que age ou deixa de agir, a partir de um ônus, o faz estando em uma posição subjetiva jurídica ativa na relação

¹⁷ P. Calamandrei, *Il Processo Come Giuoco*, In *Scritti Giuridici in Onore di Francesco Carnelutti* II, 1950, pg. 488.

¹⁸ BUZAID, Alfredo. *Revista da Faculdade de Direito*. 1962 apud Ragnel, Rui Manoel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

processual, por isso há equívoco doutrinário quando se classifica o ônus como espécie de dever, pois o ônus se coaduna mais com o poder, todavia, o poder proveniente de um ônus é diverso do poder derivado de um direito subjetivo, já que o titular do direito subjetivo, em sua configuração dinâmica possui uma “pretensão” ao comportamento de outrem, que suporta o correlato dever jurídico específico de comportamento.

Pode-se realizar um correlato de que o direito de produzir prova engloba o direito à adequada oportunidade de requerer a sua produção, o direito participar da sua realização e o direito de falar sobre os seus resultados, assim tem o Estado o dever de garantir isso a seus jurisdicionados, e o ônus da prova o poder da parte optar por produzir prova com a finalidade de convencer o magistrado.

Verifica-se aqui que o ônus mais se parece com uma faculdade, uma vez, que o exercício do ônus não possui nenhuma relação com o comportamento da outra parte, sendo satisfeito com o agir voluntário daquele que detém o ônus. Deve-se ressaltar ainda para maior precisão no conceito de ônus que tanto na faculdade quanto no ônus a parte irá realizar determinado procedimentos ou não de acordo com suas convicções, no entanto, para o ônus a lei determina o procedimento a ser adotado e o risco em contrariá-lo, já no que tange a faculdade o modo de agir está inda mais ligado ao íntimo do agente e não se tem tanta previsibilidade dos efeitos de sua conduta.

Deve-se ainda aprofundar que obrigação e ônus têm em comum o elemento formal que assenta no vínculo da vontade, mas diferem entre si quanto ao elemento substancial, na medida em que o vínculo é imposto quando

há obrigação, para a tutela de um interesse alheio, enquanto, havendo um ônus, a tutela é de interesse próprio.

Como demonstrado, efetivamente a noção de ônus, está subjacente a idéia de risco, não a idéia de subordinação ou sujeição. Assim só é possível falar de ônus quando certo comportamento de um sujeito é necessário para obter um efeito jurídico, sendo, por isso, este livre de adotar ou não esse comportamento ou escolher e adotar o que desejar.

Na obrigação acontece exatamente o contrário, deve-se cumprir o ato que pode ser coercitivamente imposto ou ainda se aplicar uma sanção pela sua não observância.

Quanto aos efeitos criados entre ônus e obrigação existem pontos de convergência: a inobservância do ônus faz recair sobre a parte que tem esse encargo o risco do silêncio do seu comportamento, que lhe acarretará determinados efeitos negativos e desvantagens, já o não cumprimento da obrigação ocorre pela possibilidade que assiste ao sujeito de não cumprir. Há quem defenda que o ônus da prova é verdadeira obrigação cuja inobservância gera uma desvantagem e não uma sanção.

Mas é fato que a maioria doutrinaria considera o ônus da prova autonomamente. A ausência do elemento de coercibilidade e o fato de não existir um dever correlativo de exigir o cumprimento, afasta a idéia de obrigação.

Para que se fale de ônus, enquanto realidade jurídica é fundamental que esse se encontre previsto por uma regra sem caráter imperativo o que torna a omissão da conduta ou do comportamento lícita.

Diante das ponderações realizadas, pode-se concluir que o ônus é um poder ou faculdade de desenvolver e executar livremente certos atos ou adotar ou não certa conduta prevista para benefício e interesse próprio sem qualquer sujeição ou coação e sem que seja possível outro agente exigir sua observância. Contudo, a omissão do comportamento ou não cumprimento comportam um risco gerador de conseqüências desfavoráveis e desvantagens.

Por fim, a idéia de ônus da prova não tem o objetivo de ligar a produção da prova a um resultado favorável, mas apenas de relacionar a produção da prova a uma maior chance de convencimento do juiz.

VI - ÔNUS DA PROVA SUBJETIVO E OBJETIVO

O problema do ônus da prova apresenta duas faces processuais, a primeira diz respeito à posição dos litigantes, nesta estrutura, deve-se verificar qual das partes irá suportar o risco da prova frustrada ou da não prova, desse modo estamos falando do ônus da prova subjetivo.

A segunda face se vira para a atividade do juiz, no julgamento da matéria de fato, ou seja, trata-se do lado objetivo do ônus da prova.

Por influencia da teoria das conseqüências da prova frustrada, apenas era abordado o ônus da prova no seu aspecto subjetivo. A única indagação pertinente era a de qual parte seria responsável por provar determinado fato.

A citada teoria da prova frustrada, preponderante em um período onde o processo era marcadamente dispositivo, ressaltava a importância da parte em provar os fatos que sustentavam suas pretensões para obter êxito no processo.

ROSENBER parte da conceituação do ônus da prova como um problema de aplicação do direito, chegando ao seguinte princípio:

“cada litigante sofre o ônus da prova acerca da existência de todos os pressupostos (ainda que negativos) das normas, sem cuja aplicação não vingam sua pretensão, isto é, pressupostos das normas que lhe são favoráveis.”¹⁹

¹⁹ BUZAID, ALFREDO. Do Ônus da Prova, Saraiva. P. 65.

RANGEL, ao analisar a teoria de ROSENBERG, faz a ressalva de que não deve confundir fatos com direitos, ou fatos com normas. Assim, procura distinguir entre o julgamento das matérias de fatos, onde estariam inseridos os meios de prova, e o julgamento da matéria de direito, concluindo que:

“o ônus da prova não é problema da aplicação do direito. O ônus da prova é um problema de demonstrar fatos.”²⁰

No ônus subjetivo existe uma conexão entre a parte litigante a quem incumbe a prova e a alegação de determinados fatos, que se repercute na ordem jurídica privada, constituindo um risco para parte a inércia ou a insuficiência de sua ação ao tentar provar o alegado no que tange a possibilidade de êxito na lide.

Quando se analisa o ônus da prova subjetivo existe automaticamente a preocupação de saber quem é que deverá produzir a prova, ou seja, qual das partes litigantes do processo será onerada com esse encargo, e que por isso deverá ficar sujeita ao risco de ter rejeitada a sua pretensão pelo juiz, por não ter sabido ou quisto carrear para o processo o conjunto de provas suficientes para formar a convicção do magistrado sobre os fatos controvertidos.

Deve-se ressaltar que nesse momento existe uma ligação direta e imediata entre a prova e a parte que a produziu. Nesta oportunidade de ônus da prova o juiz pode levar em consideração todo o material probatório produzido pelas partes, ainda que uma prova qualquer tenha sido produzida e

²⁰ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. O Ônus da Prova no Processo Civil, 2 ed. Almedina. p. 125.

levada ao processo pela parte que não tinha o dever de produzi-la, mesmo que esta prova ao invés de beneficiar lhe traga prejuízos no decorrer da lide.

Por isso afirma-se que o ônus da prova subjetivo diz respeito à forte determinação da parte onerada com a prova de determinado fato. Percebe-se a repartição do ônus da prova pelas partes da lide de acordo com seu campo de atuação determinado pelas regras sobre o ônus da prova subjetivo, que são regras de conduta que delimitam a atuação das partes em juízo.

Este momento processual exige que as partes coloquem toda sua atenção e sabedoria a seus serviços, pois, aqui serão evidenciadas as regras de conduta, de procedimento e de comportamento processual de cada parte. E sua competência em evidenciar e provar suas alegações que irão influenciar diretamente o julgador

Pode-se dizer que o ônus da prova subjetivo produz dois efeitos, o primeiro que se situa na definição da conduta probatória da parte responsabilizando-a pela opção tomada de produzir ou não a prova ou ainda de produzir com competência ou deixar pairar no intimo do magistrado o sentimento de dúvida ainda que tenha havido a produção de determinada prova; o segundo diz respeito ao juiz, por delimitar o seu âmbito de conhecimento oficioso, no que se reporta à alegação e à prova dos fatos.

Por isso o ônus da prova atinge diferentes expressões em sistemas jurídicos impares.

Em um sistema processual que se baseie, fundamentalmente, no princípio dispositivo, o ônus da prova de um fato consiste em ficar a parte sujeita a ter de alegar e provar o fato ou fatos que lhe aproveitam, sob pena de ser considerado verdadeiro o fato contrário. Esse sistema quando aplicado na

sua profundidade impede o juiz de, por iniciativa própria, suprir a negligência ou inércia da parte, quer no que se refere aos fatos relevantes à fundamentação da sua pretensão, ou no que se refere à prova dos fatos alegados. O juiz só deve julgar de acordo com os fatos alegados e provados pelas partes litigantes.

Como se verifica é efetivamente à parte interessada que compete afirmar os fatos relevantes ao direito ou à exceção que alega e, também, o encargo de desenvolver a atividade instrutória, no sentido de prova e demonstra que a realidade dos fatos realmente está do seu lado, provar que litiga com razão que aquilo que argumenta é real, é passível de prova, sob pena de os mesmos não ficarem provados e em virtude disso serem considerados inexistentes e o direito e exceção invocados não serem acolhidos pelo juiz.

JULIUS GLASER, em 1883, inovou ao distinguir o ônus formal do ônus material da prova, distinção a princípio utilizada no âmbito do direito processual penal. Entretanto os processualistas conferem o mérito da distinção entre ônus da prova subjetivo e ônus da prova objetivo aos processualistas austríacos e a sistematização dessa repartição, segundo nos ensina RANGEL, é fruto de pesquisas de ROSENBERG, que distinguiu entre ônus da prova formal, ou subjetivo e ônus em sentido material, ou objetivo.

Para essa segunda modalidade de ônus da prova o que é relevante é saber que fatos, dentre aqueles que foram alegados pelas partes e selecionados para a base instrutória, é são necessários provar para que a decisão possa ser proferida neste ou naquele sentido.

Por isso para o magistrado há necessidade de normas para a repartição do ônus da prova quando houver fatos incertos. Encontra-se subjacente ao

ônus da prova objetivo, um princípio de direito público que se liga à atividade jurisdicional, por força de um imperativo de ordem jurídica que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto dos fatos serem duvidosos ou incertos.

No ônus da prova objetivo trata-se de saber que fatos deverão ser provados e não quem terá de alegar e provar, o magistrado deve considerar toda a matéria fática presente nos autos, independente de qual parte a tenha provado. Interessa ao juiz o que está provado nos autos do processo, e não quem efetivamente operou sua demonstração.

Como se pode observar aqui reside o outro aspecto do ônus da prova, uma vez que nesta modalidade, ou seja, sob esse prisma a atividade das partes não possui relevância. E nesse sentido preceitua RANGEL:

“O que interessa é o demonstrado, e não quem o demonstrou, pois o estabelecimento das bases para formar a convicção judicial não é tarefa exclusiva da parte.”²¹

Continuando RANGEL nos ensina que:

“no ônus da prova objetivo (material) trata-se de saber que fatos deverão ficar provados e não quem terá de os alegar e provar.”²²

Como citado, o magistrado é impedido de se eximir de solucionar uma lide com fundamento em dúvida sobre a veracidade dos fatos. Sabendo que tal situação necessita ser resolvida, a ordem jurídica deu ao juiz regras,

²¹ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. Ob. Cit. P. 126.

²² Idem, p. 130

consistentes na repartição do ônus da prova, que permitem solucionar o conflito. Desse modo caso após a fase de convicção permaneça o juiz em dúvida sobre as alegações das partes, deverá penalizar a parte que não se desincumbiu de seu ônus de provar, considerando que o fato ocorreu de forma contrária às suas alegações. Assim através das regras do ônus da prova objetivo dúvidas aparentemente insanáveis, podem ser dirimidas, pois o juiz deve considerar o fato ocorreu de forma contrária das alegações daquele que não fez prova consistente. Vale ressaltar que existe a defesa que com a busca da verdade material, há uma preponderância do ônus objetivo em relação o ônus subjetivo, uma vez que o juiz para julgamento irá observar o ônus objetivo da prova como maior instrumento de dirimir suas dúvidas para prolatar sua decisão.

Esse ônus diz a respeito a não realização da prova, à falta de convicção do juiz sobre a verdade dos fatos controvertidos alegados pelas partes que sejam essenciais na medida em que só estes interessam à decisão.

Como dito anteriormente somente dentro das regras do ônus da prova objetivo é possível aclarar as duvidas irreduzíveis, neste sistema que respeita o principio dispositivo, no tocante à alegação dos fatos e o principio inquisitório, em relação à prova dos fatos alegados (sistema misto), o magistrado, muito embora só possa socorrer-se na apreciação do julgamento da causa dos fatos que tenham sido alegados pelas partes litigantes, sempre poderá realizar ou ordenar as diligências que considere necessárias para a busca da verdade material, sem prejuízo, naturalmente da doutrina referente ao conhecimento dos fatos instrumentais.

Nota-se que o ônus *probandi* acomoda-se, em perfeição, ao princípio inquisitório, dispensando o princípio dispositivo.

Todavia pode verificar também que essas regras não solucionam todas as situações de dúvida possíveis. Assim, as regras dão embasamento para o juiz decidir a lide, ainda que haja dúvida insanável sobre a realidade do fato. Trata-se de regras de decisão, pois o ônus da prova objetivo tem como função fornecer um critério de decisão. O critério de decisão configura-se no fato de, perante uma dúvida irreduzível sobre a realidade do fato que é pressuposto da aplicação da norma jurídica, o juiz decide como se o contrário estivesse provado.

Deste modo, vale lembrar que o juiz tem o dever por imposição legal de tomar em consideração todas as provas dos autos, venha de onde vierem, pois uma vez produzida a prova deixar de ser da parte e passa integrar e ser parte do processo. Isso pode significar que a parte a quem incumbe o ônus da prova, nesta apreciação global da prova, nem sequer tenha feito prova dos seus fatos e aproveita-se deste para vencer a lide, o que por vezes acontece por deficiência da matéria de fato articulada, tornando difícil traçar com nitidez as fronteiras do ônus da prova.

Esse entendimento se encontra embasado pelo artigo 131 do CPC, que permite ao juiz apreciar livremente a prova, considerando os fatos e circunstâncias constantes dos autos, consagrando, por consequência o ônus objetivo da prova, permitindo ao magistrado que prolate a sentença sem indagar de qual parte se originou a prova.

VII - TEORIAS

Vencida a análise do ônus da prova objetivo e subjetivo, faz-se necessário trazer à pesquisa como se reparte o ônus da prova entre as partes litigantes em conformidade com o nosso sistema jurídico.

Quando é considerado o princípio dispositivo a questão da repartição do ônus da prova possui maior relevância. Com esta questão objetiva-se repartir entre os pleiteantes o risco da incerteza que a produção de prova estabelece na mente e no espírito do juiz sobre determinados fatos que são essenciais para aplicação das normas de direito segundo as quais ele tenha de decidir.

A atividade judicial pode ser dividida sob dois prismas. O primeiro consiste no exame das questões de direito, ou seja, o exame da norma. Já o segundo, as questões de fato, que deram concretude à previsão abstrata da norma.

Como se aprende no início da faculdade de direito o primeiro pode ser associado à premissa maior de um silogismo, o segundo, onde está presente o ônus da prova, consistiria na premissa menor.

O ônus da prova, então recairia sobre aquele responsável por demonstrar os pressupostos da aplicação da norma prevista abstratamente. A repartição do ônus da prova tem fundamento em uma regra de equidade e de acordo com esse entendimento vão os ensinamentos de WACH:

“do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito. Poderá o réu negar, mediante exceção, os pressupostos gerais desse estado.”²³

²³ BUZAID, Alfredo, Ob. Cit., p. 63

Desse modo nenhuma parte seria prejudicada arcando totalmente com o ônus da prova, e os riscos inerentes a ele. O critério utilizado para repartir o ônus da prova por autores e legisladores deve ser observado principalmente sobre os pontos abaixo:

1. Imposição ao autor do ônus de provar deve provar quem afirma e o demandante deve provar os fatos que sustentem sua pretensão. O demandado deve provar suas exceções.
2. Exigência da prova a quem alegue um fato ou circunstância anormal, aqui temos o dever de provar a quem inove.

Essas características de repartição do ônus da prova demonstram a importância da natureza constitutiva, extintiva ou impeditiva dos fatos. Atribuindo a cada parte a prova dos fatos que formam os suportes fáticos das normas que pretendem sejam aplicadas.

Atualmente a norma fundamental sobre o ônus da prova é a constante do artigo 342 do Código Civil Brasileiro que nos fornece uma regra geral.

Mediante o estudo do regime instituído pelo artigo 342 do CC sobre a repartição do ônus da prova é possível, em termos de interpretação literal do sistema proposto, afirmar que ele se decompõe em duas proposições fundamentais que traçam dois cenários possíveis, complementares, e como já citado anteriormente são:

1. A quem invoca em juízo, compete e cabe fazer prova dos fatos constitutivos do direito alegado, quer este seja positivo ou negativo;
2. À parte contrária incumbe provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito suscitado pelo autor.

Após o enquadramento legal do regime de repartição do ônus da prova, que nos ajudará a melhor abordar essa temática, importa agora colocar a verdadeira essência do problema à luz da previsão legal e discorrer um pouco sobre as teorias que se debruçaram sobre esta questão importante.

Importa ainda explicitar as dificuldades que existem no plano prático em compreender e separar o problema quando colocado na perspectiva do autor ou na do réu. Assim busca-se tentar repartir entre os pleiteantes o risco da incerteza que a produção da prova estabelece na mente e no espírito do juiz sobre determinados fatos que são essenciais para aplicação das normas de direito segundo as quais ele tenha de decidir.

Por força do princípio da aquisição processual, que impõe ao juiz o dever de levar em consideração todas as afirmações e todas as provas constantes no processo, mesmo que não provenham da parte a quem cabia o respectivo ônus como citado anteriormente, pode se resolver o problema que se coloca para ônus da prova, e para o ônus da afirmação através do artigo 515 do Código de Processo Civil.

Verificaremos agora as teorias a respeito da repartição do ônus da prova:

CHIOVENDA observa que é difícil formular um princípio geral que nos dê, em todos os casos, a solução do problema de repartição do ônus da prova, ou seja, a de se saber sobre qual das partes recai o ônus da prova e acrescenta que é difícil justificá-lo em termos plenamente satisfatórios, seja qual for o princípio adotado.

Quanto ao problema concreto a repartição do ônus da prova as várias doutrinas abandonaram a máxima tradicional “*ei incumbit probatio qui dicit, non*

negat”, da qual derivou o princípio “*negativa non sunt probanda*”, superou as teorias formuladas no século passado.

Nestas inserem-se as teorias modernas que variam entre os critérios de interesse na prova e critérios de interesse nas afirmações correspondentes à normalidade das situações explicadas ou justificadas devido à estreita conexão com as posições no processo.

Vale ressaltar, que a teoria do ônus da prova possui relação íntima com a conservação do princípio dispositivo no processo respeitante à verificação dos fatos, pois em um sistema que aceitasse pura e simplesmente e de forma aberta a pesquisa oficiosa de veracidade dos fatos, não faria qualquer sentido falar-se em repartição do ônus da prova e sequer ônus da prova teria algum significado.

No entanto, diante da ausência de um princípio geral, alguns autores preferem investir o juiz do poder de distribuir o ônus da prova em cada caso concreto, segundo o prudente arbítrio do magistrado.

Todavia, a atitude geralmente adotada pela doutrina e pelas legislações tem sido a de rejeitar esta posição. O arbítrio do juiz em liberdade total e não condicionado a determinados parâmetros que balizem a sua atuação não parece ser uma boa saída para resolver o problema. Como uma situação em que o juiz decide não se poderia mais falar na existência de um ônus ou faculdade que resulta de uma atividade voluntária da parte em causa, e passaria a verificar-se uma obrigação resultante de uma ordem jurisdicional, o que não se encaixa na filosofia e na natureza deste instituto da prova.

Por isso, tem-se como princípio de que a lei deve ditar os critérios de orientação e de distribuição, procurando que estes sejam suficientes para resolver as dificuldades.

CHIOVENDA sustenta sua posição invocando o interesse em provar e inspira-se num critério de mera oportunidade. Para tanto, aduz que, com freqüência, no caso concreto, se tem a oportunidade de atribuir o ônus da prova a uma das partes, ao passo que seria difícil formular uma regra geral para fazê-lo. Não se pode afirmar que a repartição do ônus da prova seja rigorosamente justa e lógica. O que leva a repartir o ônus da prova é essencialmente uma razão de oportunidade e, ainda, um princípio de justiça distributiva e de igualdade das partes, assim já que prevalece o processo dispositivo, às partes incumbe, em regra, a tarefa de preparar o material de cognição, de alegar e provar perante o juiz aquilo que pretendem.

Daí resulta a visão de que a distribuição do ônus da prova é feita de maneira que deixe cada uma das partes a vontade para invocar os fatos que pretende que sejam considerados pelo juiz no momento do julgamento, ou que as partes tem interesse em que sejam por ele considerados como verdadeiros, e sendo assim não há como uma teoria genérica abarcar todas as possibilidades, desse modo para repartir o ônus da prova deve-se sempre analisar o caso concreto, e utilizar o critério do interesse em provar.

Outros doutrinadores como CARNELUTTI E BETTI criticam a equivocidade do critério do interesse de provar, sustentado por Chiovenda, e optam o primeiro, pela idéia de risco e o segundo pelo critério do interesse pelo ônus de afirmação.

Afirmam que o critério do interesse para justificar a repartição do ônus da prova não é idôneo para resolver o problema. O interesse na prova tem caráter e diz respeito à estrutura dialética do processo. As partes litigantes ao alegarem um fato têm interesses em direções opostas na prova dele. Se o autor tem interesse em fazer a prova da sua existência, o réu tem interesse em fazer a prova de sua inexistência.

É com fundamento na distinção entre o interesse na afirmação e interesse na prova que Carnelutti estabelece a distinção. Afirma, em abono da sua tese, que o interesse na afirmação é unilateral no sentido de que cada uma das partes litigantes tem interesse em provar só os fatos que constituem a essência da sua pretensão ou da sua exceção, o interesse na prova é bilateral, o que significa que uma vez afirmado um fato, cada uma das partes tem interesse em administrar a seu respeito a prova de acordo com seu interesse.

Esta concepção de Carnelutti reconduz-nos, no fundo, à doutrina que entende que incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos da sua pretensão e ao réu a prova dos fatos extintivos e das condições impeditivas e modificativas sobre o que assenta a exceção.

Obviamente esse critério está no interesse da própria afirmação. Para essa corrente doutrinária, o critério proposto tem a vantagem de fazer incidir o encargo da prova sobre a parte que se encontra em condições mais favoráveis para a fornecer, e, por conseqüência, estimula a produzir prova a parte que melhor pode servir o interesse de descoberta da verdade.

Este critério vai de encontro com o conteúdo da lide porque se baseia sobre a diferença entre a defesa e exceção, sendo igualmente um critério que atende às regras de experiência, porquanto aquele a favor de quem o fato

constitui a base de uma pretensão ou exceção procura, normalmente munir-se dos meios necessários para demonstrá-lo.

Nesta concepção o instituto da prova assenta em duas proposições:

1. Na proibição ao juiz de procurar, por sua livre iniciativa, a prova que não seja com base nos fatos fornecidos pelas partes;
2. Na distribuição entre as partes do risco de prova frustrada ou na incerteza dos fatos.

Já segundo BETTI, o critério escolhido por Carnelutti presta-se a equívocos. Para se poderem sancionar as partes com a falta de prova resultante da sua inércia ou de atividade instrutória infrutuosa é necessária tomar como base um critério diverso que substitua o interesse na afirmação pela fórmula “ônus da afirmação”.

O critério de que o réu tem interesse em afirmar a inexistência dos fatos alegados pelo autor poderia permitir inferir-se que, articulada por este a inexistência dos fatos, lhe incumbe fazer a prova de sua alegação, ainda que o autor não consiga prova a existência dos fatos que tem por base a sua pretensão.

Esta idéia está errada. Embora seja verdade que o réu tem interesse em demonstrar a inexistência dos fatos afirmados pelo autor, mas, enquanto este não provar os fatos que, afirma, aquele nada tem que provar, não ficando, por isso, sujeito a qualquer risco por falta de prova da sua parte.

Por esse motivo, Betti considera o critério do ônus de afirmação no lugar de ônus de interesse. Isto é o ônus da afirmação e da prova. Este ônus só aparece quando o autor produz a prova dos fatos idôneos para fazerem surgir o direito que se pleiteia. Somente após a prova realizada pelo autor é que

incumbe ao réu alegar e fazer prova dos fatos que obstem ao efeito jurídico dos fatos afirmados pelo autor, seja em face de ser eles impeditivos, modificativos ou extintivos.

Desse modo enquanto o autor não realizar prova dos fatos constitutivos do seu direito, o réu pode limitar-se a uma posição passiva, limitando-se apenas a negá-los, sem embargo, naturalmente, de, por principio, ter que impugná-los, especificadamente, para que, tendo eles sido invocados pelo autor na petição, não se considerem admitidos por acordo. Desse modo por regra na contestação o réu deve impugnar especificadamente os fatos alegados pelo autor na petição.

Por isso o ônus da afirmação, inspirando-se num critério de igualdade das partes, existe uma sintonia entre o ônus do pedido, o ônus da afirmação e o ônus da prova.

Essa correspondência entre ônus do pedido e ônus da afirmação traduz-se na pratica judiciária, no seguinte: ao autor incumbe alegar os fatos em que fundamente a ação e ao réu alegar os fatos que fundamentam a exceção. Esta situação espelha duas modalidades que revestem o pedido judicial, a ação e a exceção.

MICHELI, discorrendo sobre as doutrinas citadas, considera que os critérios de distribuição do ônus da prova são insuficientes para explicar inteiramente esse fenômeno. Este autor pondera que o erro das doutrinas acima expostas é o de levarem em conta não a posição real das partes em juízo decorrente do efeito jurídico que pretendem valer, mas, tão somente uma concepção abstrata da relação jurídica. O critério de Micheli, quando estabelece que a parte que pede ao juiz determinada forma de tutela jurídica

tem que prova os fatos que sejam idôneos para caracterizarem ou individualizarem a sua pretensão, não difere, substancialmente, do que fora estabelecido por Rosenberg.²⁴

Assim existe um traço comum em toda a doutrina mencionada, é extraordinariamente difícil formular um princípio geral que nos forneça em todos os casos a solução do problema de saber sobre qual das partes recai o ônus da prova. E mesmo que a lei procurasse um princípio único, não conseguiria encontrar, no plano concreto, o fato desse princípio eliminar todas as dúvidas que se colocam no campo da repartição do ônus da prova. O critério normativo abstrato da lei podia até não ter qualquer tradução na definição concreta do caso.

A idéia fundamental que impera é que o juiz não pode aplicar uma norma jurídica, se as partes não fizerem a prova dos requisitos constitutivos da hipótese de fato pressupostas por essa norma para sua aplicação.

Portanto, o ônus da alegação e da prova pertence à parte ligante a cujo direito, para se efetivar, deve-se aplicar a norma, donde deriva que cada uma das partes tem esse interesse encargo relativamente aos fatos de que depende a aplicação das normas que lhe são favoráveis.

Desse modo à parte que se encontra em melhor situação para produzir a prova caberá o encargo efetivamente. Sem dúvida, tem-se aqui um estímulo para que a prova seja produzida pela que mais perfeitamente pode auxiliar a descoberta da verdade.

²⁴ ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Bueno Aires. Ejea 2º Vol.

A nossa lei então adotou a posição que foi sustentada por Betti e Rosenberg. O critério legal de repartição do ônus da prova consiste no seguinte:

1. Ao autor incumbe fazer a prova dos fatos constitutivos do seu pretense direito relacionando-se aqui o critério legal assente na prova dos fatos que servem de fundamento à ação e classificação dos fatos judiciais, face ao artigo 342 do CC;
2. Ao réu não lhe compete prova que tais fatos não são verdadeiros. A este incumbe a prova dos fatos que servem de fundamento à exceção, ou seja, a prova dos fatos impeditivos, ou extintivos do direito do autor. Essa situação é análoga a que pode ocorrer por via da réplica e da resposta a esta.

Da regra do artigo 343 do CC sobre a repartição do ônus da prova decorre uma importante consequência, não a é parte que nega os fatos invocados pela contraparte que fica com a incumbência de provar que esses fatos não são verdadeiros, pelo que a falta ou insuficiência dessa prova não pode acarretar para ela quaisquer desvantagens ou riscos de não ter satisfeita a sua pretensão.

Por isso, é sem dúvida sobre a parte que se encontra onerada com a prova dos fatos que recaem as consequências da falta ou insuficiência da prova.

O critério mais aconselhável é que sendo relativo deve-se observar o caso concreto e se fundar na previsão normativa que serve de base à pretensão da parte ao autor cabe a prova dos fatos que, segundo a norma substantiva aplicável, servem de pressuposto ao efeito jurídico pretendido.

Deixa-se ao leitor a incumbência de verificar com qual teoria se identifica, e também a ele que caso tenha sido aguçado por esta pequena amostragem que se aprofunde no assunto.

VIII - VEROSSIMILHANÇA

Existe uma suposição de que a regra do ônus da prova em relação ao juiz existe apenas para viabilizar a decisão em caso de dúvida. Nessa linha, por exemplo está o entendimento de PATTI que afirma:

“tal regra confere ao juiz a oportunidade de acolher ou rejeitar a demanda, quando não obstante a atividade probatória das partes – ou mesmo na sua ausência -, ele esteja em dúvida em relação à verdade dos fatos.”²⁵

Todavia o magistrado somente poderá decidir a lide após a fase de convicção, e nesta fase, ou seja, antes de decidir, o magistrado considerará não só a natureza dos fatos em questão e a quem incumbe provar, mas também a natureza da situação concreta sob sua análise. Pois existem situações de direito substancial que exigem que o convencimento do juiz possa se formar com a verossimilhança do direito sustentado pelo autor. Tem-se por exemplo os casos das chamadas lesões pré-natais, quando não há racionalidade em exigir, para a procedência do pedido de ressarcimento, uma convicção plena de que a doença do recém nascido deriva do acidente que a sua mãe sofreu quando em gestação.

Em casos assim, a ausência de convicção plena ou de verdade não leva o juiz a um estado de dúvida, que teria de ser resolvida com a aplicação das regras do ônus da prova e dessa maneira julgar improcedente a ação devido a insuficiência das provas apresentadas pelo autor, uma vez que não

²⁵ PATTI, Salvatore. Prove-Diposizioni generali, Bolgna, Zanichelli, 1987, p.3

desincumbiu-se do ônus probatório. Isso acontece porque o juiz não finaliza a fase de convicção em estado de dúvida, uma vez que estando convicto de que basta a verossimilhança não é o mesmo de que estar em dúvida.

O convencimento judicial deve ser tratado utilizando-se do caso concreto, ou de uma específica situação de direito material, pois o juiz somente pode se dizer que está convencido quando sabe até onde o objeto de seu conhecimento pode ser esclarecido, e assim poder se utilizar da verossimilhança, uma vez que não será possível alcançar a convicção plena. O que se quer deixar claro com a afirmação acima é que a exigência de convencimento varia conforme a situação de direito material e, por isso, não se pode exigir um convencimento judicial unitário para todas as situações concretas.

Desse modo com a variação do convencimento, deve também variar a exigência do juiz para acolher o pedido, abrindo aqui espaço para verossimilhança.

Parece-nos importante, mesmo que de maneira rápida tratar a respeito do significado de verossímil ou verossimilhança. Verossímil é tudo aquilo que tenha mais do que uma simples aparência de corresponder à verdade. Passa ao intérprete uma “quase” certeza de que os fatos narrados são verdadeiros ou se deram da forma como descrito pelo narrador.

Como se pode observar o conceito de verossímil é indeterminado, mas isso não impede que da análise do caso concreto não se possa aferir a verossimilhança. Também é importante ressaltar, que para se alcançar a verossimilhança não basta produzir o autor ou a parte uma boa redação em sua peça processual que possa conectar os fatos logicamente ao direito.

Deve-se deixar claro que a verossimilhança traz ao órgão jurisdicional, ao juiz a convicção de que o quanto afirmado em sede exordial por parte do demandante afigura-se provável, quase que inevitável algo que possui alta possibilidade de ser confirmado com a consecução da instrução probatória, ou que através dela deixa esse sentimento.

No entanto é importante ressaltar que o julgamento pela verossimilhança não exclui a regra do ônus da prova como critério de decisão judicial em caso de dúvida. Isso porque há o entendimento por parte da doutrina que o julgamento pode fugir da regra do ônus da prova quando existir um grau mínimo de preponderância da prova.

Essa doutrina defende que o julgamento pela verossimilhança é mais justo e racional que o julgamento que se baseia na regra do ônus da prova. Desse modo para essa doutrina há o entendimento de que o juiz está convencido quando julga com embasamento da verossimilhança, e esta visão elimina a impossibilidade de convicção, ou seja, o estado de dúvida do juiz, que embasa o julgamento com a regra do ônus da prova deixa de existir, e com ela a própria regra do ônus da prova.

A essa teoria damos o nome de verossimilhança preponderante, e se funda na idéia de que as partes sempre convencem o juiz, ainda que minimamente, o que é criticado por ampla doutrina, entre ela MARINONI defende que o juiz não se convence quando é obrigado a se contentar com que prepondera.

Tem-se ainda que diferenciar o fato de o juiz reduzir as exigências de prova ou as exigências da formação de sua convicção pela particularidade do caso concreto da situação de direito material, pois quando julga com

verossimilhança neste caso o juiz não se utiliza da verossimilhança que preponderou, e sim da verossimilhança exigível nas circunstâncias do caso concreto. Neste caso o juiz não possui dúvida porque o caso concreto faz com que ele tenha condições de julgar a lide sabendo que não é possível majorar pela produção das provas a sua convicção, no entanto, haverá situações que embora as partes não tenham conseguido tocar o espírito do juiz e livrá-lo da dúvida, isso seria plenamente possível se houvessem realização a produção das provas de maneira mais cuidadosa, mais hábil e assim poderiam ter agido desse modo o juiz se utiliza da regra do ônus da prova para punir aquele que tinha o ônus e não produziu a prova, e não se pode falar que juiz não tinha dúvida e nem mesmo que poderia julgar com os critérios da verossimilhança.

IX - A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Acredita-se que o maior equívoco no que tange a inversão do ônus da prova é o entendimento de que o juiz somente poderá inverter ou até mesmo atenuar o ônus da prova quando falamos da verossimilhança quando analisa uma relação de consumo regradada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ora o fato da inversão do ônus da prova estar expressa no artigo 6º, VIII do CDC, não pode levar à afirmação de que o juiz estaria engessado referente a inversão e não significa que não possa também utilizar esse artifício jurídico em outras situações quando o direito material exigir.

Pode-se verificar quase que um silogismo falacioso com as premissas abaixo:

1. Apenas as relações de consumo aceitam a inversão do ônus da prova;
2. Outras situações de direito material que não estão protegidas pelo CDC não admitem a inversão do ônus da prova por falta de autorização expressa da lei.

Como afirmado trata-se de premissas falsas as exposta acima, claro que devemos considerar a natureza das relações de consumo que serão abordadas posteriormente, todavia não existe embasamento para sustentar que somente elas permitem a inversão do ônus da prova.

Existem outras situações que demandam a inversão do ônus da prova, ou como citado requerem ao menos a diferenciação ou a atenuação do rigor na aplicação da regra do ônus da prova, contentando aqui o juiz com a verossimilhança.

Deve-se atentar o pesquisador quanto à responsabilidade pelo perigo e em fatos em que a responsabilidade está ligada a uma violação de deveres legais, nesses casos, por exemplo, não pode o juiz simplesmente aplicar a regra do ônus da prova, exigindo que o autor prove a causalidade entre a atividade e o dano e entre a violação do dever e o dano sofrido. Sem falar nos casos de dano ambiental, onde o próprio direito material clama pela redução das exigências da prova e pela inversão do ônus da prova em casos de necessidade e não porque a lei autoriza expressamente ou por determinada situação.

Se não há como sustentar somente a inversão do ônus da prova nas relações de consumo também não se tem motivo para argumentar que ela deve ser manejada pelo magistrado somente quando prevista em lei. Se não vejamos, a regra do ônus da prova é fruto do bom senso embora prevista na lei, e como citado anteriormente, o legislador não pode abarcar todas as hipóteses possíveis para sua aplicação, obrigando o juiz sempre analisar o caso concreto para emitir uma posição na lide, e não poderia ser diferente uma vez, que o interesse da aplicação da regra de ônus da prova depende de certos pressupostos de fato, alguns de interesse daquele que postula a sua atuação, ou seja, o autor, e outros do réu que não deseja ver a postulação do autor efetivada.

Ora, se a própria regra do ônus da prova não tem abrangência especificamente legal, e depende do caso concreto não se pode exigir que para a inversão do ônus da prova haja um postulado legal que possa atender todas as possibilidades. Isso seria como se a lei dissesse o que juiz deve fazer para prestar a tutela jurisdicional em todos os casos, e como as situações de

direito material são inúmeras, deve o juiz verificar no caso concreto a conveniência para inversão do ônus da prova.

Assim, não é possível que o legislador afirme, como se tratasse de situações uniformes que o juiz deve sempre aplicar a regra dos ônus da prova, não lhe é possível dizer quais situações poderá ele inverter o ônus da prova. No entanto, pode haver a tipificação para determinada situação de direito material, como acontece no CDC para as relações de consumo, mas não é certo que a previsão legal exclui todas as outras possibilidades.

Como já fora citado, quando o direito material não possui particularidade que permitam o julgamento com embasamento na verossimilhança se utiliza das regras do ônus da prova, todavia há circunstâncias que embora não sejam acolhidas pela verossimilhança exigem a inversão do ônus da prova.

É importante salientar que a inversão do ônus da prova é regra dirigida às partes, pois deve dar a parte que de início não possuía esse ônus a oportunidade de produzir a prova. Neste raciocínio é necessário quando se inverte o ônus da prova supor que aquele que vai assumir o ônus terá a possibilidade de cumpri-lo, sob pena de a inversão do ônus da prova significar a imposição de uma perda, e não apenas a transferência de um ônus. Por isso deve-se inverter o ônus da prova quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não existência dos fatos constitutivos do direito do autor.

Todavia, a simples possibilidade do réu de demonstrar a não existências dos fatos constitutivos não é por si só autorizadora da inversão do ônus da prova. A inversão do ônus da prova somente deve ocorrer quando ficar evidenciado que não é racional exigir a prova do fato constitutivo, mas sim a prova de que ele não existe. Dessa maneira deve ocorrer a inversão do ônus

da prova quando ao autor é praticamente impossível ou muito difícil provar o fato constitutivo, ao passo, que ao réu é viável, ou muito mais simples, provar a não existência do fato.

Há casos ainda, que não se deve exigir a produção da prova não de nenhuma das partes, nestes casos o juiz em regra não realiza a inversão do ônus da prova. Entretanto diante da não produção da prova o juiz não consegue formar um juízo de convicção, ou sequer de verossimilhança. Sendo o caso de direito material peculiar poderá então o juiz inverter o ônus da prova na sentença, uma vez, que não esclarecidos os fatos, o autor não deve suportar o ocorrido, como acontece nos casos comuns.

Dessa sorte, mesmo não havendo condições de inversão do ônus da prova durante fase de convicção, visto que o réu não teria a possibilidade de produzir a prova, ao autor que possui inicialmente o ônus e também não tinha como cumpri-lo não se deve punir mediante a complexidade do caso concreto, invertendo a prova no momento da sentença quando for viável que o faça o juiz acaba por equilibrar as partes, ainda que uma delas tenha sido onerada por um ônus que não era seu.

Para se elucidar melhor essa última possibilidade de inversão do ônus da prova segue o exemplo a abaixo:

“Determinada pessoa foi nadar em um clube de natação que deixou de informar, seguindo as regras legais, a profundidade das piscinas aptas àqueles que ainda estavam aprendendo a nadar. Veio a óbito em piscina de grande profundidade, sem que essa estivesse definida como imprópria para os

nadadores iniciantes. Destarte os familiares do falecido ingressam com ação contra o clube.

Os autores afirmam que a vítima morreu afogada, enquanto o réu argumenta que a morte teria sido ocasionada por um colapso. Não havendo como demonstrar nenhuma das alegações, temos sob a análise do juiz uma situação de impossível ou muito difícil esclarecimento.”

Como se observa claramente, no caso acima houve a impossibilidade de produção da prova que inicialmente era do autor, e o juiz não teve condições de formar nem mesmo uma convicção de verossimilhança, quanto mais de convicção plena. Devido à impossibilidade de realizar a prova não pôde o juiz no decorrer da fase instrutória inverter o ônus da prova, pois ao réu também não seria possível provar a inexistência dos fatos constitutivos do direito do autor.

Mas não parece razoável que os autores deveriam pagar pela não produção da prova, uma vez que ela não aconteceu por desídia e sim por impossibilidade. Ao passo que aquele que viola uma norma de prevenção aceita o risco de produzir o dano, e a aceitação do risco implica automaticamente em assumir o risco relativo à dificuldade na elucidação da causalidade entre a violação e o dano, ou seja, assume o risco de assumir o ônus da prova capaz de elucidar os acontecimentos. Contudo em nada adiantaria inverter o ônus da prova em audiência preliminar, mas tão somente na sentença de mérito.

Existe ainda a possibilidade de a inversão do ônus da prova seja fruto de convenção entre as partes. O acordo entre as partes que inverte o ônus da

prova não é ato processual, mas tão somente gera efeitos em uma hipotética lide que venha ocorrer.

As partes podem realizar esse pacto de alteração do ônus da prova de qualquer forma lícita, como instrumento particular ou público, por cláusula no próprio negócio jurídico tratado entre as partes etc. As partes podem ainda peticionar ao juiz solicitando a inversão do ônus da prova, ressaltando que não há nenhuma exigência legal para que negociem a esse respeito.

A inversão convencional é autorizada de forma indireta pela lei, que estabelece duas importantes regras limitadoras:

1. A natureza dos direitos em litígio deve ser de direito disponível;
2. A inversão não pode conduzir a uma extrema dificuldade na defesa dos interesses de uma das partes.

Quanto à primeira restrição nos parece bastante lógico, uma vez, que o ônus da prova é um encargo que viabiliza o próprio direito, e dispor sobre o direito de não ter contra si esse ônus coloca sem dúvida em risco o próprio direito. Por isso será ineficaz qualquer convenção entre as partes que inverta o ônus da prova quando se tratar de direito indisponível. Por vai de encontro com esse entendimento o fato de direitos indisponíveis não admitirem a renúncia, transação ou eleição de foro.

A segunda restrição está ligada diretamente ao princípio de acesso à justiça. Pois assumir um ônus que possa onerar a si mesmo de maneira muito substancial, significa fadar à derrota a parte que chama para si a responsabilidade, ainda que por vontade própria. Ora a parte pode renunciar e transacionar a respeito de direitos disponível, mas quando assume um ônus excessivo coloca em jogo o próprio Estado, que está no exercício da jurisdição.

Por fim vale ressaltar que a total liberdade nesse aspecto poderia abrir caminho às partes para fraudar a lei ou prejudicar terceiros, e que o Código Civil italiano em seu artigo 2.698 traz disposição idêntica com a lei brasileira.

Para resumir o que fora explanado acima, o juiz deve sempre buscar a convicção plena para julgar os conflitos trazidos ao judiciário. No entanto quando em sua consciência pairar a dúvida sobre os fatos importantes para resolver o conflito deve utilizar a regra contida no artigo 333. No entanto vão existir situações que o direito material exigirá a atenuação de sua convicção para que julgue com base na verossimilhança, ou ainda que proceda a inversão do ônus da prova, que deverá acontecer na audiência preliminar ou na sentença do processo (aprofundaremos adiante o momento da inversão do ônus da prova).

Por deve o juiz acatar a inversão do ônus da prova convencionalmente pelas partes quando não se tratar de direito indisponível ou a inversão onerar demasiadamente uma das partes.

X - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DO CDC

Antes de analisarmos a inversão do ônus da prova propriamente dita no Código de Defesa do Consumidor, vale tecer algumas considerações. Primeiramente que tudo o que está no diploma legal em análise é matéria de ordem pública e interesse social como preceitua o artigo 1º da Lei 8.078/90.

O CDC define ainda o consumidor como parte mais vulnerável nas relações de consumo, fato que leva a uma proteção do consumidor, basicamente do mesmo modo que ocorre nas leis trabalhistas, existe assim uma parte a ser protegida conforme o artigo 5º, XXXII que estabelece ser dever do Estado promover, na forma da lei a defesa do consumidor.

Vale ressaltar, que a proteção que o CDC dá ao consumidor atende ao princípio da isonomia, em seu sentido real, já que o princípio da isonomia prima pelo tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades.

Por isso o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor estabelece uma política para as relações de consumo, como o respeito, dignidade, saúde, segurança, qualidade de vida, reconhecendo mais uma vez que o consumidor é a parte vulnerável na relação de consumo.

A inversão do ônus da prova prescrita no CDC, atua como fator de equilíbrio entre partes processuais que são naturalmente desiguais no embate processual, por isso a inversão do ônus da prova tem o objetivo de mitigar, a grande disparidade de forças verificada entre o consumidor e o fornecedor em conflito.

Cabe-nos agora analisar o artigo 6º,VII do Código de Defesa do Consumidor que expressamente traz os requisitos para a inversão do ônus da prova nas relações de consumo. Traz a lei como direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão da prova quando:

1. For verossímil a alegação do consumidor;
2. For o consumidor hipossuficiente.

Pode-se observar que quando falamos da relação de consumo para inversão do ônus da prova devemos nos pautar a partir dos pressupostos apresentados pela lei, ou seja, de forma contrária com que fora explanado para relações que não são regidas pelo CDC.

Quando se fala da verossimilhança da alegação assim dispôs o legislador pretendendo que o consumidor, para ter o benefício da inversão do ônus da prova deve apresentar em juízo afirmações que provavelmente serão procedentes no julgamento final da lide, que tragam segurança ao juiz em sejam plausíveis em cognição sumária.

Não se tem aqui a intenção de que para inverter o ônus da prova nas relações de consumo deve o magistrado, alcançar o convencimento parecido ao que se exige nos requerimentos de tutela antecipada. Pois é certo que o CDC, busca fornecer ao consumidor de forma defensiva, meios para lhe facilitar a defesa, e assim diminuir quando não por fim a disparidade de forças habituais nas relações de consumo.

Desse modo se a pretensão do ônus da prova é facilitar a defesa do consumidor, aumentando sua possibilidade de litigar contra o fornecedor, é evidente que seria excessivamente contraditório exigir do consumidor que

trouxesse aos autos elementos de convicção que possam formar elevada probabilidade dos fatos afirmados em juízo, como se ocorresse igual à tutela antecipada.

Não teria assim se quer sentido cogitar a inversão do ônus da prova, dado que para sua concessão se exigiu que o consumidor praticamente produzisse as provas necessárias para caracterizar o direito demandado. Por isso pode-se dizer que a verossimilhança exigida pelo Código de Defesa do Consumidor mais se assemelha com a fumaça do bom direito que se deve mostrar nas tutelas cautelares.

Com isso chega-se ao entendimento que como a lei não traz exigências complementares ao requisito de verossimilhança para inversão da prova nas relações de consumo, para fins de inversão do ônus da prova, basta apresentar em juízo a viabilidade, razoabilidade, dos fatos e dos direitos alegados e demandados ao judiciário.

A outra possibilidade de inversão do ônus da prova nas relações de consumo decorre da hipossuficiência do consumidor. Deve-se ressaltar que a hipossuficiência expressada pelo Código de Defesa do Consumidor não se limita ao aspecto econômico do consumidor, ou seja, à impossibilidade econômica do consumidor de produzir a prova, mas sim de impossibilidade técnica, ou de esclarecimento da relação de causalidade.

Isso porque na maioria dos casos não dispõe o consumidor de conhecimentos capazes de auferir sobre o defeito do produto ou serviço, já o fornecedor deve possuir esses conhecimentos, pelos menos para que atenda relativamente à necessidade da prova.

A hipossuficiência solicitada pela lei, não deve ser confundida com vulnerabilidade para fins de inversão do ônus da prova, uma vez que a segunda se caracteriza pela fragilidade econômica e técnica. No entanto a hipossuficiência aqui deve ser entendida no sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto ou serviço, de suas propriedades específicas, de suas formas especiais de funcionamento, bem como dos motivos ocasionais do dano.

Por isso é evidente que para fins de inversão do ônus da prova o CDC não busca a proteção do mais pobre economicamente. Ou seja, o fato de ser pobre não dá a parte o direito da inversão do ônus prova, ressalta-se ainda que, a questão da produção da prova é processual, já a questão da condição do consumidor está em embasada no ordenamento material.

Ora, se o critério preponderante fosse o econômico, deveria o juiz ao invés de inverter o ônus da prova designar que o fornecedor arcasse com o seu custo, ou ainda, beneficiar a parte menos abastada com a justiça gratuita com a isenção das custas processuais. No entanto não é este o objetivo da lei, até porque podemos ter um consumidor muito rico, que poderia demandar em juízo contra a fabricante de um veículo adquirido pelo valor de R\$ 500.000,00 por possuir esse veículo um problema em seu câmbio, neste caso o consumidor ainda que possuidor de grande poder aquisitivo pode ser hipossuficiente na relação, uma vez que não possui os conhecimentos técnicos para realização da prova.

Por derradeiro, não se exige para inversão do ônus prova que parte demonstre os dois requisitos expressados pela lei. Aliás a própria lei fala em alegação verossímil ou hipossuficiência do consumidor, de modo que a própria

interpretação gramatical impõe a conclusão de que basta a verossimilhança ou a hipossuficiência para inversão do ônus da prova nas relações de consumo o que não impede que as duas ocorram em conjunto.

XI - O MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O legislador do Código de Defesa do Consumidor foi omissivo em relação ao momento ideal para inversão do ônus da prova nas ações referentes às relações de consumo. Essa omissão do legislador causou divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao momento mais adequado do magistrado decidir a respeito do ônus da prova.

Desse modo basicamente se criou dois entendimentos o primeiro que sustenta a inversão do ônus da prova no momento da prolação da sentença, e o segundo antes da sentença de mérito, mais precisamente antes da fase instrutória do processo, ou seja, em audiência preliminar ou no saneamento do processo.

Primeiro analisaremos a posição de que a inversão do ônus da prova deve ser analisada o juiz quando for proferir a sentença. São muitos os adeptos dessa corrente e podemos citar entre eles os ilustres Nelson Nery, Kazuo Watanabe e Batista Lopes.

Essa ala doutrinária fundamenta sua tese no fato de que o ônus da prova é regra de julgamento da causa, e sendo assim o juiz ao receber os autos para o julgamento, deverá verificar se existem provas suficientes para sustentar os argumentos do autor e do réu da demanda. Caso haja provas que sustentem as pretensões das partes deve proferir sua decisão sem se quer pensar em ônus da prova. Desse modo somente após a valoração das provas poderá o juiz afirmar se existe ou não situação de “*non liquet*”, sendo ou não caso de inversão do ônus da prova.

Essa corrente argumenta ainda que proferir uma decisão interlocutória a respeito da inversão do ônus da prova, seria o mesmo que proferir um pré-julgamento, neste caso estaria o juiz antecipando sua decisão e tomando partido por uma das partes, uma vez que o juiz não tem o dever e realmente não deve antecipar seu pensamento.

A professora Ada Pellegrini Grinover, também opina que caso o juiz antecipe a decisão acerca da inversão do ônus da prova estará incorrendo em pré-julgamento e vai além ao ensinar que neste caso estaria também eivando sua decisão de nulidade.

Para Nery que defende ser o ônus da prova regra de juízo a sentença é o melhor momento para inversão do ônus da prova, e afasta a idéia de cerceamento de defesa da parte que tem contra si a inversão e assim leciona:

*“não poderá alegar cerceamento de defesa porque, desde o início da demanda de consumo, já sabia quais eram as regras do jogo e que, havendo non liquet quanto à prova, poderia ter contra ela invertido o ônus da prova.”*²⁶

Kazuo Watanabe, na mesma direção dos demais ensina que:

*“somente após a instrução do feito, no momento da valoração da prova, estará o juiz habilitado a afirmar se existe ou não situação de non liquet.”*²⁷

²⁶ NERY e NERY. Nelson e Rosa Maria de Andrade . Código de Processo Civil Comentado, São Paulo, 6º Ed. p. 696. RT 2002.

²⁷ WATANABE, Kazuo. GRINOVER, Ada Pelegrine, Código de Defesa do Consumidor . 5º edição. p. 735. Forense, São Paulo, 2001.

Watanabe ressalta ainda que caso o juiz diga em outro momento se irá ou não realizar a inversão do ônus da prova será o mesmo que realizar um prejudgamento o que para ele é inadmissível.

O juiz pode ainda no momento do saneador ou em outro momento que seja anterior à fase instrutória advertir as partes que a regra de inversão do ônus da prova poderá ser utilizada no momento do julgamento da ação. Esse procedimento afasta qualquer argumentação no sentido de cerceamento de defesa.

Outro motivo que afastaria totalmente qualquer vício no fato da inversão do ônus da prova no momento da sentença é o princípio da isonomia, pois tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais chega-se na regra da inversão do ônus da prova, desse modo se reconhece a constitucionalidade do instituto, face da fragilidade do consumidor perante as empresas fornecedoras e prestadoras de serviços.

Por isso, se ressalta que o fornecedor durante a fase probatória pode realizar todo tipo de prova que a lei considerada válida, visto que tem conhecimento de que poderá o juiz realizar durante a sentença a inversão do ônus da prova.

Desse modo caso deixe de realizar alguma prova em face de não acreditar que o juiz promoverá a inversão do ônus da prova, deverá creditar o insucesso da lide caso aconteça à sua estratégia processual, pois se houvesse sido precavido não teria perdido a demanda.

Passemos agora analisar a segunda possibilidade acerca do momento da inversão do ônus da prova antes da sentença. Outra importante parte da doutrina defende esta tese, argumentando não haver prejudgamento ou

qualquer vício na decisão do juiz ao inverter o ônus da prova antes da sentença, isto baseado principalmente nos pilares da ampla defesa e do contraditório.

Um dos principais argumentos levado a sério é o fato de o legislador ter pretendido proteger o consumidor, por isso não há lógica em permitir que produza a prova ou que fique apreensivo até a sentença por não conseguir produzi-la em face de sua fragilidade processual.

Também não deve possuir o juiz desde logo qualquer dificuldade em verificar se as afirmações do consumidor são verossímeis ou se este é hipossuficiente para motivar a inversão do ônus da prova, não sendo necessário aguardar o momento da sentença, uma vez que já se tem ou não os requisitos.

Mas como citado, a defesa dessa tese está motivada pelos princípios do contraditório e da ampla defesa. E tem como principais críticas as alegações de que caso o juiz deixe para realizar a inversão do ônus da prova no momento da sentença poderá sofrer a acusação e abrirá espaço para nova discussão a cerca da não garantia desses princípios constitucionais.

Vale lembrar que caso o juiz inverta o ônus da prova no momento da sentença afastará da parte qualquer possibilidade de reação, pois é sabido que em grau de recurso não será mais possível a produção de prova, e fatalmente terá um resultado desfavorável na lide. O que dará abertura para reclamar a cerca da mitigação dos princípios do contraditória e da ampla defesa assegurado às partes.

BARBOSA MOREIRA vai de encontro com esse entendimento ao ensinar que:

“ao mesmo tempo em que estivesse invertendo o ônus da prova, o juiz, estaria julgando, sem dar ao fornecedor a chance de apresentar novos elementos de convicção, com os quais poderia cumprir aquele encargo.”²⁸

E mais caso o juiz possa inverter o ônus da prova somente na sentença, estará o fornecedor sempre obrigado a produzir prova, extirpando deste a garantia e a faculdade de não ter que provar qualquer coisa.

Com isso, a produção da prova pelo fornecedor deixaria de ser um ônus, para ter a conotação de uma obrigação, um dever, já que não restará a ele outra alternativa para ter chance de vencer a lide com a consciência tranqüila. Esse fato retira a substancia da inversão do ônus da prova que é tratado como algo que ocorrerá somente quando for necessário, o que fatalmente não deve acontecer sempre.

Em regra o enquanto o autor não provar os fatos que constituem o seu direito o réu não tem necessidade de provar nada, de tal forma, que muitas vezes a inércia do réu quanto à produção da prova poderá ser uma estratégia, e inverter o ônus da prova na sentença retira do réu essa possibilidade.

Também não há sentido em falar de pré julgamento em caso do juiz antecipar a inversão do ônus da prova, primeiro porque estaria aplicando dispositivo legal incidente, pois ao juiz é conferida a faculdade de declarar ou não invertido o ônus da prova pela lei, desde que observados os critérios exigidos pela lei.

Ora a declaração da inversão do ônus probatório, seja por qualquer dos motivos em que a lei autoriza não adentra o mérito da causa, porque para

²⁸MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor . Revista de Direito do Consumidor. No 22. 1997. RT

verificá-los o magistrado deve utilizar apenas de uma cognição rarefeita, onde são levados em consideração somente aparência de direito alegado, a qualificação da parte, aliados a uma interpretação do julgador com base nas regras ordinárias de experiência.

Assim afirmar que a inversão do ônus da prova antes da sentença constituiria prejulgamento é ir de encontro com a própria lei, além de minimizar e limitar a atuação do juiz.

Se não vejamos, existem outras providências conferidas pela lei ao juiz, como a determinação de produção de prova “*ex officio*”, ou a concessão da antecipação de tutela que assim como a decisão que declara invertido o ônus da prova, possuem como característica a cognição preliminar que é provisoriedade, e não se fala em prejulgamento.

Nesse rumo de entendimento se conclui que é desprovida de amparo legal e até prático à alegação de que inversão do ônus da prova antes da sentença constitui prejulgamento, parcial ou prematuro.

Como citado a inversão do ônus da prova antes da sentença também visa evitar reclamações de cerceamento de defesa. Embora se argumente que as partes sabiam desde o início da demanda da possibilidade de inversão do ônus da prova, vale ressaltar que a lei prevê mera possibilidade da inversão, e esta somente será definida quando o juiz se manifestar nos autos.

Portanto, é mister realizar a inversão antes da instrução probatória, garantindo para as partes as mesmas oportunidades de se manifestar no processo. O contraditório deve ir além da possibilidade de poder deduzir ação e reação em juízo, dar as mesmas oportunidades para as partes. É a bilateralidade de audiência.

Por isso, não é correto esperar que a parte preveja ou suponha uma possível inversão sob pena de ser surpreendida pelo fato e acabar sucumbindo na lide. Se foi transferido para parte um ônus que inicialmente não existia antes da adoção da medida da inversão, parece lógico que deve o órgão jurisdicional assegurar a efetiva oportunidade de a parte se desincumbir desse novo ônus.²⁹

Não há ainda guarita para o argumento que a decisão de inverter o ônus da prova na sentença coaduna com o princípio da igualdade, uma vez que o consumidor é parte frágil na relação de consumo. Essa garantia foi conferida para colocar o consumidor em pé de igualdade ao fornecedor, mas não para servir de armadilha ou até mesmo como uma arma secreta para prejudicar o fornecedor.

Em outras palavras, a lei aplica o princípio da igualdade nas relações de consumo ao permitir a inversão do ônus da prova, mas também devem ser resguardados os princípios processuais. Pois inverter o ônus da prova na sentença não é tratar desigualmente os desiguais, mas tratar injustamente aquele que teve contra si transferido este ônus.

Com a inversão do ônus da prova deve-se também considerar automaticamente a responsabilidade pelo custeio da prova. E isso parece lógico, pois como ficaria a responsabilidade do ônus da prova por uma parte e a responsabilidade do pagamento da outra? Quem suportaria as conseqüências pela não realização da prova?

O que também parece lógico não haver a possibilidade do juiz inverter o ônus da prova somente na sentença, e possibilitar ao fornecedor produzir novas provas nesse momento.

²⁹ Esse entendimento foi adotado pela 6ª Câmara do TJSP, em julgamento do AI 108.602, cujo relator foi o Des. Antônio Carlos Marcato.

Ante tudo exposto, nos resta convir que a inversão do ônus da prova em momento anterior à sentença é a melhor forma de preservar os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, assim como da isonomia entre as partes, uma vez que não trará prejuízo a nenhuma das partes e possibilitará a entrega de uma prestação jurisdicional mais justa.

CONCLUSÃO

Tendo finalizado esse trabalho de pesquisa, é chegado o momento de fazermos um brevíssimo resumo daquilo que foi apresentado e discutido nos capítulos que se passaram. Com o intuito de relembrar, faremos uma retrospectiva das principais questões abordadas, resgatando alguns conteúdos propostos.

Em primeiro plano, relembremos a ótica sobre a qual a prova deve ser vista. Ela, como realidade dinâmica que é, que dá ao processo a própria vida, pode ser vista ainda como um conjunto de atos probatório resultantes de uma atividade instrutória que visa a busca de um resultado final. Representa, indubitavelmente a seiva criadora do processo cuja finalidade essencial é a formação da convicção do magistrado sobre a veracidade dos fatos e as alegações das partes.

Contudo, a divergência sobre as regras de aplicação do ônus da prova, continua a implicar e a contribuir para que, na prática, este momento represente para o juiz uma fase de imprecisão e de dúvida. Nem sempre é tarefa fácil para juiz descodificar processualmente essas regras, principalmente após a doutrina ter distinguido o princípio dispositivo do inquisitório. Vale ressaltar que ônus da prova e as regras de repartição inseridas neste contexto, são vitais e constituem o núcleo fundamental para a descoberta da verdade material. Portanto, o juiz, em caso de dúvida irreduzível sobre os fatos, deve recorrer às normas de repartição do ônus da prova, de acordo com o artigo 342 e seguintes do Código Civil e artigo 516 do Código de Processo Civil.

Obrigação e ônus tem de fato, em comum, o elemento formal que assenta no vínculo da vontade, mas diferem, entre si, quanto ao elemento substancial, na medida em que o vínculo é imposto quando há obrigação para a tutela de um interesse alheio, enquanto no ônus a tutela é de um interesse próprio. Dessa forma, o ônus é um poder ou faculdade de desenvolver e executar livremente certos atos ou adotar ou não certa conduta prevista para benefício e interesse próprio, sem qualquer sujeição ou coação e sem que seja possível outro agente exigir sua observância, sendo a não realização um risco gerador de conseqüências desfavoráveis e desvantagens.

Decidir então que ônus da prova pertence a um das partes, em conformidade com a natureza dos fatos alegados e controvertidos, significa que, dentro do processo essa parte tem de fazer a prova, sob pena de ver o pleito ser julgado contra si, ou então a possibilidade de ser dado como provado o fato contrário.

Há dois aspectos importantes a destacar a respeito do tema. De um lado o poder que cabe às partes de dispor das provas, e de outro a necessidade do juiz de proferir sentença de mérito. De um lado o ônus da prova é uma regra de conduta para as partes, e de outra parte é uma regra para o julgador ou de juízo, porque indica como deve sentenciar quando não encontre a prova dos fatos, por isso pode se dizer que o ônus da prova representa dois lados de uma mesma moeda.

Verificamos ainda a possibilidade de julgamento por verossimilhança, quando o juiz diminui sua exigência probatória, para julgar, não com dúvida, mas basicamente com sua convicção.

E por derradeiro foi analisado que não somente nas relações de consumo se permite o ônus da prova, mas também nas relações processuais comuns, desde que haja a necessidades. Principalmente em casos que somente ao réu é possível a realização da prova, ou quando, se não for possível também ao réu a realização da prova se verificar que esse quebrou alguma regra de cuidado.

E por fim o momento da inversão do ônus da prova, que para alguns autores seria o momento da sentença para que o juiz não antecipe o julgamento, e para outros o momento do saneador do processo, quando o juiz estabiliza a lide, porque não dá margem á discussão de cerceamento de defesa, surpresa quanto ao ônus e impossibilidade de realizar a prova.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA LOPES, João. A prova no Direito Processual Civil, 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. Lei de Arbitragem Comentada, São Paulo: Saraiva, 1997.

BUZUID, Alfredo. Revista da Faculdade de Direito. 1962 apud Ragnel, Rui Manoel de Freitas. O Ônus da Prova no Processo Civil. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

BUZUID, Alfredo. Do Ônus da Prova, Saraiva. P. 65.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, vol 1, 7ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CARNELUTI, Francesco. Teoria General Del Derecho ci., pag.222.
CHIOVENDA, Giuseppe. Instituição de Direito Processual Civil, 1998, p. 113.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrine e Outros. CDC Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. 5ª ed. São Paulo: Forense: 1997.

LESSONA, Carlos. Teoria general de La prueba en derecho civil. Trad. Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Reus, 1928. V.I, p.3.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Manuale di diritto processuale civile – Principi. 5. Ed. Milano: Giuffre, 1992. V. I, p. 318.

LOPES, João Batista. A Prova no Direito Processual Civil, 2002, p. 180

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2 ed. Revista dos Tribunais. P. 59.

MARQUES, José Frederico. Manual de Processo Civil, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MATOS. Cecília. O ônus da prova no CDC. In Justitia. São Paulo, abril/junho. 1995.

MELENDO, Sentis. La Prueba-Los Grandes Temas Del Derecho Probatório, 1978, p. 12. Apud Ovídio Baptista. Teoria Geral do Processo, 200,p. 298.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. No 22. 1997. RT

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro, 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NERY e NERY. Nelson e Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado, São Paulo, 6º Ed. p. 696. RT 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson, Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1 a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Juarez de – Coordenador. Comentários ao Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.

P. Calamandrei, Il Processo Come Giuoco, In Scritti Giuridici in Onore di Francesco Carneluttill, 1950, pg. 488.

PACÍFICO, Luis Eduardo Boaventura. O Ônus da Prova no Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2000.

PATTI, Salvatore. Prove-Diposizioni generali, Bolgna, Zanichelli, 1987, p.3

PORTA NOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 3a ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. O Ônus da Prova no Processo Civil, 2 ed. Almedina. p. 125.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. Ob. Cit. P. 126.

ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Bueno Aires. Ejea 2º Vol.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 1999,p. 334

SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. Diritto Processuale Civile. 12.ed. Padova: Cedam, 1996. P. 219.

TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici – Nozioni generali cit., p.421.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

VERDE, Giovanni. Prova (diritto processuale civile) cit., p.589.

WATANABE, Kazuo. GRINOVER, Ada Pelegrine, Código de Defesa do Consumidor. 5º edição. p. 735. Forense, São Paulo, 2001.

