

O ÔNUS DA PROVA

ALVARO DOS SANTOS (*)

NOTA DO AUTOR: Trata-se de um fragmento de estudo referente ao ônus da prova com rápida observação comparativa das normas referentes a esse instituto na legislação civil e processual civil portuguesa e brasileira. Alerto aos leitores, que este trabalho não apresenta grande aprofundamento da matéria uma vez que a intenção, quando da realização do estudo, era implementar conhecimentos prévios do instituto, em termos comparativos, visando provável desenvolvimento de tese final de mestrado enfocando o "ônus da prova" e suas inúmeras variantes. Dai, portanto, o apelido "fragmento" acima grafado. Desta forma, além das naturais limitações do autor, considerem os termos acima quando da leitura e análise, se for o caso, deste trabalho.

INTRODUÇÃO

O autor traz a juízo a sua tese, o réu pugna por meio da antítese e, dessa "conjugação de esforços" surge, então, a síntese que é prolatada pelo juiz da causa.

A sentença é o meio processual hábil para tanto. Mas, antes de condenar ou absolver, antes de qualquer observação do juiz a respeito dos fatos da causa, a única certeza existente é a de que daquele feito nascerá uma decisão, uma sentença.

O juiz é escravo da jurisdição, tornou-se magistrado por força da lei e essa mesma lei o proíbe de subterfúgios no sentido de se eximir de julgar.

Diz o Art. 126 do CPC/BR:

Art. 126 O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei n. 5.925/73).

(*) Juiz do Trabalho (substituto) do TRT/15ª Região — Campinas/São Paulo; mestrando em Direito Processual Civil na Universidade de Coimbra/Portugal. alvarosantos@mail.com

E, o Art. 459 do mesmo CPC/BR define:

Art. 459 O juiz proferirá sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa.

Parágrafo único. Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida.

Essa tendência de obrigatoriedade de prolação do julgamento também se faz sentir na legislação portuguesa.

O Art. 8 do CCP diz:

Art. 8. 1 — O tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio.

2 — O dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo.

3 — Nas decisões que proferir, o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito.

Assim, verifica-se, mesmo quando não há possibilidade processual de atingir o mérito da demanda, ainda assim, a decisão é o único ato com plena certeza de surgimento. Esse julgamento implica na definição indicativa da norma aplicável ao fato. Desta maneira, é fundamental, mesmo indispensável, que o juiz conheça o fato e, além da exposição das respectivas alegações pelas partes vale-se o julgador, da prova produzida. Em verdade a sentença revela o direito e, preferencialmente, a certeza desse direito. Ora, para isso é necessário que haja a certeza do fato, o que se consegue por intermédio da prova, especialmente.

Mas, e se a prova não toca ao sentimento do juiz? Se ela nada diz? Considerando-se a obrigatoriedade de julgamento e a ausência de informações definidoras do convencimento, qual a solução?

Em tempos antigos a solução era transferida a Deus, por meio das ordálias, a título de exemplo e, ainda, por meio de outros métodos dos quais falarei mais adiante. Mas, para o juiz dos tempos modernos não há mais essa cômoda possibilidade.

Para esse caso o direito construiu a teoria do “ônus da prova”. Daí surgiu, para o juiz, o alívio para a carga de ter de proclamar a qualquer custo, “certezas” que ele próprio, por vezes, não têm. Assim, pois, que esta é a finalidade expressa da teoria do ônus da prova, isto é “suprir a ausência ou a fragilidade da prova. Resolver a angústia da dúvida no coração do juiz”⁽¹⁾.

(1) *Márcio Túlio Viana*. Revista LTr, vol. 58, Outubro de 1994, São Paulo

OBJETIVO DO TRABALHO

Destá forma, a proposta do trabalho alcança o seguinte objetivo:

Abrir discussão sobre o tema "ônus da prova" especialmente naquilo que diz respeito ao Direito Processual Civil, tanto português quanto brasileiro, acentuando as diferenças e/ou semelhanças encontradas, especialmente no aspecto prático dos procedimentos processuais das respectivas Escolas.

DA PROVA

A prova "é o pedestal da sentença".⁽²⁾

Bem, a afirmação acima, extraída dos estudos implementados pelo ilustre professor *Mozart Vitor Russomano*, dá a exata expressão do valor que se deve atribuir ao estudo do instituto jurídico da prova vez que esta representa, por assim dizer, a base fundamental do convencimento do magistrado na árdua tarefa de julgar e dar a cada cidadão o que a ele é efetivamente devido, se o for, quando solicitado e, por meio do processo legal correspondente.

Cumpré, inicialmente, noticiar assunto relativo a natureza jurídica do instituto (prova). Isto é, a prova está adstrita ao direito material ou processual, qual a sua natureza ou qualificação jurídica?

Merece atenção esta circunstância, uma vez que é evidente a existência de zanga na doutrina a respeito da classificação e natureza jurídica do instituto da prova.

Em que pese a forte ligação entre o direito material e o processual, "uma vez que ambos têm como objetivo declarado regular a vida em sociedade"⁽³⁾, o fato é que por força de posições doutrinárias duas vertentes mais significativas surgiram a respeito do assunto. A primeira tem como certo que a prova é um fenômeno de direito material. Já a segunda aponta para a prova como um fenômeno de direito processual.

Outras teorias existem, por exemplo, que indicam a prova como fenômeno de natureza mista (processual e material) e, ainda, aquela que tem para a prova a categoria de "direito judicial, assim entendido o direito que tenha por objeto uma relação jurídica existente entre a justiça estatal e o indivíduo".⁽⁴⁾ No entanto, aquelas duas primeiras são, sem dúvida, as que devem ser consideradas.

Com efeito, para o caso brasileiro a partir da edição da lei adjetiva de 1973 (CPC/BR) a questão ficou pacificada no sentido da prevalência da

(2) *Mozart V. Russomano*. "Comentários à CLT", 9ª ed., Editora Forense, 1982, Rio de Janeiro.

(3) *Flávio Renato Correia de Almeida*. "Do Ônus da Prova", in *Revista de Processo* n.71, 1993, Brasília.

(4) *Amauri Mascaro Nascimento*. "Elementos de Direito Processual do Trabalho", 3ª ed., 1977.

qualificação do instituto da prova como de direito processual. A matéria da prova vem quase que inteiramente regulada na lei processual, tanto com relação aos meios quanto ao modo de obtenção das provas. Por outras palavras, o CPC/BR chamou a si a regulamentação geral da matéria consoante se observa dos seus Arts. 332 e seguintes, até o artigo de número 443.

Em Portugal, ao contrário, a matéria probatória encontra regulamentação tanto quanto ao ônus probatório, ou seja, no que diz respeito à admissibilidade dos meios probatórios disponíveis sua força e valor e; ainda, quanto ao modo de produção, integralmente na lei substantiva, ou seja, no CCP (como se verá mais à frente quando for abordado assunto referente aos meios de prova), restando ao CPC/PT normas referentes à funcionalidade do sistema das provas. Mesmo com essa circunstância, prevalece entre os processualistas portugueses, a intenção no sentido de qualificar a matéria como vinculada à lei processual, uma vez que as normas dela oriundas visam formar a convicção do julgador acerca dos fatos da causa.⁽⁵⁾

Importa ressaltar, que não se pode considerar como prova o elemento formal que o direito substancial impõe para a validade do ato. E mais, embora o direito, sob o ponto de vista ontológico, exprima-se como uma unidade, onde se fundem o material e o processual, resta como verdade inafastável, que a ciência do processo é a única que se dedica ao estudo sistematizado e completo do instituto da prova.

Parece, portanto, no meu entender, que o instituto da prova melhor se encaixa, realmente, nas normas de direito processual e os argumentos acima mencionados são razões suficientes para tanto.

Bem, o objetivo de trabalho não permite maiores ilações a respeito desta questão e, no tocante a prova, basta, neste particular, que fique anunciada a divergência existente e a solução adotada em cada Escola observada.

"Provar é representar fatos passados. Dir-se-á que podemos representar fatos futuros. Mas isto só é possível nos caminhos da imaginação. Representar, no campo do direito é tornar presentes fatos que já se passaram".⁽⁶⁾

Realmente, o cidadão ao pugnar por uma pretensão em juízo, ao convocar a jurisdição, em princípio, traz (ou deveria trazer) consigo, representado pela descrição dos fatos alegados, a convicção de sua razão, um íntimo sentimento de certeza em relação à questão que apresenta em juízo. Mas, é evidente, tais convicção e certeza vêm mascaradas por forte dose de subjetivismo.

De outro lado, outro cidadão (supondo-se o mesmo processo citado no parágrafo anterior) ao contestar a pretensão, tem o mesmo sentimento, porém no mais das vezes, em sentido diametralmente oposto, ou seja, no rumo do afastamento da pretensão.

(5) Por exemplo: *Manuel de Andrade. "Noções Elementares de Processo Civil", 1976, Coimbra Ed. (Ils. 192).*

(6) *Gildo dos Santos. "A Prova no Processo Civil", 1975, Ed. Saraiva.*

Ora, esse estado de coisas somente se altera, se define, isto é, passa para o estado objetivo, no momento da prestação jurisdicional obrigatória, em que o julgador acolhe ou rejeita a pretensão deduzida. E, importa ressaltar, que o juiz alcança a objetividade mencionada por meio da análise de todas as circunstâncias processuais e, dentre elas, releva em importância a matéria probatória, em última análise e por outras palavras, a prova produzida.

Modernamente a questão da prova toma absoluta relevância, mas nem sempre foi assim. "Em tempos priscos, passados, não havia critérios racionais para a demonstração dos fatos, a qual se fazia empiricamente, através de impressões pessoais".⁽⁷⁾

Nessa época a religião teve forte influência na implantação de sistemas mais razoáveis e, então, como métodos de apuração da verdade surgiram, "sempre sobre a proteção divina": as ordálias, método que impunha aos acusados meios penosos e até mesmo mortais como, por exemplo: a prova pelo fogo, a prova das bebidas amargas, a prova das serpentes, a prova da água fria e outras. Havia, ainda, o juramento, quando em meio a diversas formalidades, invocava-se a divindade como testemunha da verdade, pedindo-lhe o castigo para a hipótese da mentira. E, finalmente, o duelo, fundado na crença de que Deus não permitiria saísse vencedor o litigante que pugnassem por uma pretensão injusta.

Naquele tempo, acresço, acreditava-se que o inocente tinha maior resistência à dor que o culpado.

Após esta rápida explanação quando aos métodos de então, tem-se que a evolução no campo da prova não foi somente natural como totalmente necessária.

A evolução mencionada determinou, então, a adoção do sistema positivo ou, por outras palavras, da prova tarifada cujo valor imputado a cada ato ou fato ilícito era integralmente definido pela Lei. Não é preciso dizer da inadequação do citado método, particularmente nos dias atuais.

Seguiu-se daí para o sistema da livre convicção. Ora, da completa ausência de interferência do juiz na avaliação da prova (sistema positivo) se passou a decidida e total ingerência do magistrado na valoração da prova produzida. Torna-se desnecessário mencionar a absoluta impropriedade do dito sistema, vez que no mais das vezes subjugava as partes ao arbítrio do Juiz, uma ditadura judiciária inaceitável.

Bem, felizmente ao que parece, a melhor fórmula foi encontrada. Trata-se do convencimento racional motivado. O Julgador aprecia, então, livremente a prova produzida, mas sua decisão deverá ser, sob pena de nulidade, efetivamente motivada, leia-se, fundamentada.

E, friso, tanto a legislação brasileira quanto a portuguesa aderiu ao sistema citado, veja-se, por exemplo:

(7) Paulo Heber de Moraes. "Da Prova Penal", 1978, Julex Livros Ltda., Campinas/SP.

O Art. 131 do CPC/BR:

Art. 131 O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei n. 5.925/73).

E o CPC/PT em seu Art. 158 cita:

Art. 158. 1 — As decisões proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo são sempre fundamentadas.

2 — A justificação não pode consistir na simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição.

E, o Art. 655 do CPC/PT diz:

Art. 655. 1 — O tribunal coletivo aprecia livremente as provas, decidindo os juízes segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto.

2 — Mas quando a lei exija, para a existência ou prova do facto jurídico, qualquer formalidade especial, não pode esta ser dispensada.

Ora, por palavras outras, fica eleito o mesmo objetivo. Anoto, que a referência do Art. 655 do CPC/PT ao tribunal coletivo não desnatura a semelhança dos sistemas, é claro. Consigno, ainda, que a existência em Portugal do juízo coletivo em matéria cível, diferentemente das normas brasileiras, se faz sentir, também e em alguns casos, na primeira instância.

Mas, vou em frente, o estudo da prova pressupõe o conhecimento da estrutura dinâmica do processo, da relação processual, uma vez que a marcha processual não cessa, caminha sempre para frente, rumo ao objetivo central; a prestação jurisdicional.

Porém, antes, como fator fundamental do convencimento originário da prestação jurisdicional é necessário, mesmo indispensável, que o espírito do julgador seja tocado, despertado, sensibilizado a respeito dos fatos trazidos a juízo. E, anoto, aí repousa o papel relevante, insuperável e necessário do instituto (prova) a ponto de *Mintermayer* afirmar, que a prova "é o complexo dos motivos produtores da certeza".⁽⁸⁾

Existem dois aspectos a considerar com relação ao tema (prova): o primeiro é o objetivo, ou seja, o conjunto de meios ou elementos destinados a demonstrar a existência de fatos alegados no processo (documentos, testemunhas, perícias, etc.). E, o subjetivo, traduzido pela forma de

(8) *Mintermayer*. "Tratado da Prova em Matéria Criminal", 2ª ed., 1909, pág. 75

certeza originada quanto ao fato ou sobre a existência daquele fato alegado, em razão da produção do meio empregado para provar. O ônus da prova, como se verá adiante, inclui-se no primeiro aspecto (objetivo).

O objeto da prova, como não poderia deixar de ser, recai sobre um fato. Porém, tal fato deve ser controvertido e relevante para a solução do litígio informado ao Estado/Juiz. Independem de prova os fatos notórios, considerados como tais àqueles que são do conhecimento do homem comum. Outrossim, os fatos alegados por uma das partes e não contestados pela outra, também não carecem de prova. As legislações respectivas, portuguesas e brasileira são conformes neste aspecto.

Diz o Art. 334 do CPC/BR:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I — notórios;

II — afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III — admitidos, no processo, como incontroversos;

IV — em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

E o CPC/PT afirma em seu Art. 514

Art. 514. 1 — Não carecem de prova nem de alegação os factos notórios, devendo considerar-se como tais os factos que são do conhecimento geral.

2 — Também não carecem de alegação os factos de que o Tribunal tem conhecimento em virtude do exercício de suas funções; quando o tribunal se socorra destes factos, deve fazer juntar ao processo documento que os comprove.

Vê-se, pois, que as disposições legais mencionadas embora não sejam textualmente iguais, resultam idênticas quanto aos princípios referentes ao objeto da prova.

Quanto à finalidade da prova, por evidente, tem-se que a apuração da verdade é matéria de importância capital e esta, portanto, é a finalidade maior. A verdade ora tratada é a verdade real, isto é, a apuração efetiva dos fatos ocorridos tal como sucederam. Mas, alcançar esse objetivo nem sempre é possível, uma vez que a dinâmica processual, as vezes, não muitas vezes, faz com que a "verdade" emergente dos autos seja aquela elaborada pelo desempenho das partes, por seus procuradores, durante o interregno processual.

O Juiz, por certo, é o destinatário da prova. De efeito, ainda que a prova seja apresentada pelo autor ou pelo réu, esta (prova) se destina ao Juiz. Por relevante, insisto, que o mesmo ocorre com a contraprova e a prova do contrário. Esta circunstância (de ser o Juiz o destinatário da pro-

va) explica o porque em determinadas oportunidades, ocorre a condenação de uma das partes com base em prova por ela própria produzida. Alguns doutrinadores vêm nesse fato, ou seja, ser o Juiz o destinatário da prova produzida pelas partes, a figura do ônus objetivo da prova. Porém, essa posição não é unânime. Tornarei ao assunto oportunamente quanto tratar do ônus da prova especificamente, mais adiante quando falar a respeito do princípio inquisitório.

Ainda que de passagem, cumpre mencionar e definir as fontes das provas, para dizer que estas, por vezes, preexistem ao processo. Ora, fontes das provas são aquelas circunstâncias, aqueles acontecimentos, "que cercaram ou atestaram à época dos atos ou fatos, o que se alega numa ação judicial".⁽⁹⁾

Importa ressaltar, repito, que no próprio momento da formação de um ato jurídico, por exemplo, as partes já criam certas "provas" que *Eduardo Gabriel Saad*⁽¹⁰⁾ classifica de "provas pré-constituídas", tendentes a resguardar os direitos derivados desse mesmo ato jurídico. Mas, em verdade, trata-se do já mencionado, "elemento formal para a validade do ato jurídico imposto, então, pelo direito substancial, material".

Finalmente, resta falar dos meios de prova e aqui a questão da comparação entre as duas legislações observadas (portuguesa e brasileira) torna interessante a matéria.

Explico.

No direito português a matéria referente à prova vem regulada, como já falei antes, quase que inteiramente no Código Civil, dentro do subtítulo IV, referente as normas do "exercício e a tutela dos direitos", do mencionado diploma legal em seu capítulo II.

O citado capítulo é bastante abrangente quanto a matéria e estende-se do Art. 341 até o Art. de número 396. Nesse interregno começa por definir a função da prova.

O Art. 341 do CCP diz:

Art. 341. As provas têm por função a demonstração da realidade dos factos.

Segue, o citado diploma legal (CCP), com normas referentes ao ônus da prova, bem como sobre possíveis convenções a respeito da inversão desse ônus.

Depois, do Art. 349 até o Art. 396 o Código Civil Português (CCP), descreve os meios de prova que admite, ou seja, a presunção, a confissão, a prova documental, a prova pericial, a prova por inspeção e a prova testemunhal.

(9) *Gildo dos Santos*. "Aprova no Processo Civil", 1975, Editora Saraiva.

(10) *Eduardo Gabriel Saad*. "Direito Processual do Trabalho", 1974, Editora LTr.

O Código Civil Brasileiro (CCB) também alcança o assunto pertinente a prova. Porém, observe-se o que dispõe o Art. 136 da citada lei substantiva:

Diz o Art. 136 do CCB:

Art. 136. Os atos jurídicos, a que se não impõe forma especial, poderão provar-se mediante:

I — Confissão.

II — Atos processados em juízo.

III — Documentos públicos ou particulares.

IV — Testemunhas.

V — Presunção.

VI — Exames e vistorias.

VII — Arbitramento.

E, ainda, no Art. 81 o CCB esclarece:

Art. 81. Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico.

Ora a comparação entre os textos dos dispositivos legais apontados e referentes ao CCB dá a entender que os meios de prova elencados no Art. 136 do CCB são meios viáveis (legais) para a prova dos atos jurídicos, ou seja, de atos lícitos nos termos do Art. 81 do CCB excluídos, portanto, a prova dos fatos jurídicos – ato ilícito, uma vez que a prova desses últimos, no direito brasileiro, pode ser feita, para além dos meios legais, por outros “moralmente legítimos”.

Diz o Art. 332 do CPC/BR:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Esta circunstância faz concluir, que a relação de meios de prova inscrita no Art. 136 do CCB não é exaustiva, uma vez que a lei adjetiva (CPC/BR) ampliou a possibilidade de realização de provas como se viu pelo enunciado do Art. 332 do CPC/BR, acima.

Anoto, porque importante, que autores brasileiros, e de nomeada, exprimem opinião no sentido da revogação às disposições genéricas contidas no ordenamento material em face da regulamentação pelo CPC/BR a partir de 1973 da matéria referente a prova, tal como comentei anteriormente quando falei sobre a natureza jurídica do instituto da prova.⁽¹¹⁾

(11) Por exemplo: *Pestana de Aguiar*. “Comentários ao Código de Processo Civil”, S. Paulo, Editora Rev. dos Tribunais, 1977, pág. 01.

Por seu turno, voltando à legislação portuguesa, tem-se que a matéria é tratada de forma mais taxativa, ou seja, naquilo que diz respeito aos meios de prova, é mais limitativa, vez que elenca de forma exaustiva aquelas circunstâncias processuais (os meios de prova) e, lembro, o faz na lei substantiva (CCP), tal como se viu acima, posto que o CPC/PT restringe-se, repito, a funcionalizar os meios de prova descritos e estabelecidos no Código Civil Português (CCP), sem alargar a possibilidade de promoção dos meios da dilação probatória, tal como faz a legislação brasileira.

É claro que ambos os sistemas têm características próprias e que devem ser respeitadas, uma vez que atendem as peculiaridades intrínsecas das respectivas legislações processuais. A nota fica, apenas, como curiosidade ao passo que a discussão de aspectos históricos que podem ter determinado ou influenciado essa aparente diferença é matéria que transborda o alcance deste trabalho.

ÔNUS DA PROVA

"Antes de o espírito humano se encontrar, relativamente ao conhecimento de um fato, no estado de dúvida, ou de probabilidade, ou de certeza; antes de percorrer esta escala psicológica ascendente que conduz ao poder luminoso da verdade, pode ele se encontrar naquele estado negativo e tenebroso que se chama ignorância.

Se ao espírito que ignora, se apresentam duas asserções contrárias, relativas ao fato ignorado, é necessário, para percorrer a escala ascendente do conhecimento (de que o primeiro degrau é a dúvida, e o último, a certeza), começar por impor a obrigação da prova a uma ou outra daquelas asserções contrárias."⁽¹²⁾

As palavras de *Malatesta* são, sem dúvida, um bom começo para incursão no mundo do "ônus da prova". Mas, friso, importa ressaltar o caráter filosófico da afirmativa, que a torna abrangente e esclarecedora até mesmo ao leigo. Porém, anoto, como ficará claro mais adiante, o ônus da prova não pode ser confundido com obrigação de provar. As palavras do nobre autor anteriormente mencionado têm de ser entendidas no contexto do Direito Penal, onde mais importa demonstrar a dúvida do que provar a inocência, ao passo que essa circunstância (a dúvida) absolve o acusado, naquela seara do Direito.

De início é bom que se diga, que não existe uma "obrigação legal de provar; tão-somente um ônus."⁽¹³⁾

Ora, o ônus não significa ou não deve ser entendido como um dever jurídico, mas sim como a submissão de um interesse próprio a outro interesse também próprio. Se houvesse obrigação (dever jurídico) haveria a

(12) *Nicola Flamarion Dei Malatesta*. "A lógica das Provas em Matéria Criminal", 1960, Editora Saraiva.

(13) *Manoel Antonio Teixeira Filho*. "A Prova no Processo do Trabalho", 5ª ed., 1991, LTr.

subordinação de um interesse próprio a outro interesse, porém, alheio. Conclui-se, que a parte interessada não tem o dever jurídico de contestar o feito ou as alegações trazidas a juízo, mas, apenas, o ônus de fazê-lo.

A diferença entre dever e ônus para *Pontes de Miranda* está em que: "(a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse. Por onde se vê como a teoria do ônus da prova diz respeito, de perto, à pretensão da tutela jurídica".⁽¹⁴⁾

Foi o Direito Romano que fez germinar o instituto do ônus da prova, vez que nos processos primitivos a prova era considerada um direito do réu, ou seja, não se pensava na ocorrência de ônus e tampouco de sua repartição, distribuição, entre autor e réu.

Consigno, como disse anteriormente, em tempos passados, muito antigos, as provas tinham fundo divino e nada mais.

Antes de avançar e por motivos unicamente históricos, cumpre consignar a posição germânica a respeito do assunto e, em vigor àquela altura. Para eles (os germânicos) a regra era: "o ônus da prova incumbe ao réu". Essa situação vigia uma vez que, entendiam os germânicos, o processo não externava uma pretensão do autor posta em juízo, mais sim um ataque do autor contra uma injustiça cometida pelo réu, ao passo que não havia a compreensão de que alguém pudesse invocar a tutela jurídica sem estar com a razão. Nota-se, que militava em favor do autor, neste caso, presunção relativa da veracidade dos fatos alegados.

Repita-se, então, foram os Romanos os primeiros a preocupar-se com a questão do ônus da prova e, em termos práticos e objetivos, os brocardos que situavam o problema eram: *Necessitas probandi incumbit ei qui agit — Allegatio et non probatio quasi non allegatio — Reus in excipiendo fit actor — Actore non probante, reus absolvitur*. Ou seja, em tradução não literal, é claro: A prova incumbe ao autor; Alegar e não provar é o mesmo que não alegar; O réu quando contesta torna-se autor; Se o autor não prova o réu é absolvido.

De início ocorre à solução, em contraposição aquela germânica, de que a prova dos fatos alegados cumpre unicamente ao autor, posto que ele é que vem a juízo, ele é quem propõe a ação. Desta forma deve trazer os argumentos competentes.

Mas, a defesa do réu por vezes, e não raras, não se limita a negar os fatos afirmados pelo autor e sim em atacar, em propor fato que extingue, anula, impede ou modifica o "direito" inicialmente afirmado pelo autor. Assim, se também têm afirmações expendidas, há que se portar, o réu, como se autor fosse, ou seja, e por melhor, deve provar os fatos que alega.

(14) *Pontes de Miranda*. "Comentários ao Cód. de Processo Civil", Rio de Janeiro, 1979, Editora Forense.

Os preceitos antes mencionados, acolhidos por alguns glosadores do Direito Romano e, ainda, consagrados pelo Direito Canônico, deram azo a formação da máxima relativa à distribuição do ônus da prova que vigorou por longa data, isto é: *Affirmanti non neganti incumbit probatio; negativa non sunt provanda*, ou "Afirmativa não negada deve ser provada; a negativa não pode ser provada".

Para a época ressaltado, era pacífico que da negativa não demandava prova. Este conceito evoluiu radicalmente, como veremos oportunamente.

Com isso, a doutrina, de forma errônea a meu ver, empenhou-se em desenvolver critérios para a distribuição do ônus da prova, baseada unicamente na definição de ser a prova positiva ou negativa, uma vez que, como já falei antes, esta última (negativa) era considerada impossível.

As máximas apontadas em que pese não resolvam integralmente a questão do ônus da prova, se entendidas e analisadas à época do surgimento dos ditos conceitos, representam decisiva colaboração para a evolução dos princípios modernos que regem o instituto em comento.

Mas, retomando, a questão que envolve a possibilidade da realização da prova negativa foi superada. Com efeito, percebeu-se que a negação de um fato, no mais das vezes, resulta em imediata afirmação de outro e, neste caso, não se pode falar em impossibilidade de prova vez que a dita afirmação induz ao proponente da questão, um ônus aderente e conseqüente.

São do mestre *Chiovenda* as seguintes palavras: "toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação, pois quando se atribui a uma coisa um predicado negam-se todos os predicados contrários ou diversos dela".⁽¹⁵⁾

Mas, é bom lembrar, a prova do fato negalivo torna-se verdadeiramente impossível quanto o fato negativo alegado é indefinido, e "aí a impraticabilidade da prova reside não na sua negatividade, mas sim na indefinição do que a parte alegou".⁽¹⁶⁾

No direito intermédio, a questão do ônus da prova tomou rumo absolutamente simplista, ou seja, a atividade do juiz era meramente estática e aplicava-se a regra *secundum allegata et probata iudex indicare debet* por outras palavras, mais ou menos o seguinte: "o juiz deve decidir segundo o alegado e provado". Isto é, o princípio dispositivo dominava a atuação judicial.

Assim, merece comento, em face da real importância para a questão do ônus da prova, a evolução verificada no princípio inquisitório. Ora, esse princípio (inquisitório) se contrapõe ao princípio dispositivo originado de uma visão privatística do processo que tinha para este pilar fundamental da ciência processual (o processo) a classificação de coisa, de negócio

(15) *Giuseppe Chiovenda*. "Instituições de Direito Processual Civil", 1943.

(16) *Manoel Antonio Teixeira Filho*. "A prova no processo do trabalho", 5ª ed., 1991, São Paulo, Editora LTr.

entre as partes. Assim, a sentença deveria declarar a verdade formal, intraprocessual, e, assim, estaria cumprida a finalidade da ação e da jurisdição, pilares complementares para a sustentação da mencionada ciência.

Por certo tal entendimento, absolutamente incompleto, empanava o superior interesse do Estado na composição da lide, vez que tinha o seu resultado mascarado pela atuação das partes no feito e, sabemos todos, fatores externos desde econômicos até aqueles exclusivamente pessoais ligados a personalidade humana levam, por vezes, a comportamentos inadequados, mesmo em juízo, e que demandam a atuação mais direta, atenta e ativa do julgador.

Esta aí a base do princípio inquisitório, um poder instrutório do juiz, que alterou decisivamente o andamento das soluções impostas pelas regras de partição, de distribuição do ônus da prova. O juiz deixa de ser um "mero aplicador de regras técnicas e; por isso, deve esgotar os meios possíveis visando a realização da Justiça".⁽¹⁷⁾

Anoto, que atualmente o princípio inquisitório encontra decidida aceitação na maioria dos sistemas processuais e, isso acontece, é claro, pela efetiva melhora que traz a solução dos litígios. E, não se diga que essa intervenção mais imediata do juiz, leva a um desequilíbrio das partes na relação processual ferindo o princípio da igualdade das partes, não. Ao contrário, releva em importância a preservação do contraditório e mais, lembrar que as normas estabelecidas a respeito do ônus da prova são regras de julgamento, ao juiz não importa a origem subjetiva da prova, ou seja, quem a produziu. Importa, isto sim, analisar os aspectos processuais da sua produção e, objetivamente, se os pressupostos de regularidade e legalidade foram cumpridos. Só então, no julgamento da questão, é que o magistrado faz atuar as normas legais da distribuição do ônus da prova.

Diz o Art. 130 do CPC/BR

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

E, o Art. 265 do CPC/PT diz:

Art. 265. 1 — Iniciada a instância cumpre ao juiz, sem prejuízo do ônus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, providenciar pelo andamento regular e célere do processo, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da acção e recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório.

2 — O juiz providenciará, mesmo oficiosamente, pelo suprimento da falta de pressupostos processuais susceptíveis de sanação, determinando a realização dos actos necessários à regularização da instância ou, quando estiver em causa alguma modificação subjetiva da instância, convidando as partes a praticá-los.

(17) José Roberto dos Santos Bedaque. "Poderes Instrutórios do Juiz", 2ª ed., Revista dos Tribunais.

3 — Incumbe ao juiz realizar e ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos que lhe é lícito conhecer.

Vê-se, desta maneira, que os textos legais correspondentes estão afinados nesse particular, tanto no Brasil quanto em Portugal. Por outras palavras, o princípio inquisitório é pacificamente aceite pelas duas Escolas.

“O processo moderno por não estar atrelado as regras do princípio dispositivo, encontra, no ônus da prova um verdadeiro aperfeiçoamento da atividade jurisdicional. Atento a sua finalidade publicística de efetivamente dar razão a quem tem, o processo deve ser visto como instrumento de realização da justiça, pela correta aplicação da norma.”⁽¹⁸⁾

Desta forma, “águas passadas”, ou seja, com a insubsistência da questão de que a negativa não se prova e mais a força extraordinária que a processualística moderna concedeu ao princípio inquisitório sem, no entanto, desautorizar a aplicabilidade do princípio dispositivo das partes, naturalmente, firmou-se a possibilidade de formação do conceito de ônus da prova tal como é entendido, e aplicado, na atualidade.

O instituto da prova, nos dias atuais, tomou foro de ciência a ponto de falar-se na Teoria Geral da Prova. Ora, nesse passo, o ônus da prova é com a máxima certeza um dos princípios informativos do sistema probatório e tem como uma das suas finalidades principais municiar de normas, de regras específicas e preconcebidas para a atividade probante, o dito sistema.

O ônus da prova mais se aproxima da relação jurídica material que envolve a pendenga em apreciação judicial. Diz ele (o ônus da prova) respeito diretamente à matéria discutida, emerge de fatos que, por vezes somente as partes podem decifrar ou aclarar. Assim, por exemplo, as normas que impõem formalidades *ad probationem* ou *ad substantiam* para determinados fatos, a par do ônus previamente implícito, devem ser consideradas como sendo de direito material (substancial) uma vez que emergentes da letra da lei e anterior a discussão judicial. São, em verdade, uma *conditio sine qua non* para o reconhecimento do direito proposto.

Mas, embora ocorra essa condição, o ônus da prova resulta, também, de acontecimentos processuais puros e oriundos do desenvolvimento dos fatos em juízo, o que faz presumir seu caráter processual ou, melhor é dizer, sua face processual.

Desta forma parece claro, que fica eleita para o caso da qualificação do ônus da prova, diferentemente daquela solução adotada para o instituto da prova, uma “terceira via”, ou seja, as normas referentes ao ônus da prova fazem parte do “chamado direito processual material”.⁽¹⁹⁾

(18) Flávio Roberto Correia de Almeida. “Do ônus da Prova”, Revista de Processo n. 71, julho/setembro de 1993.

(19) Alberto dos Reis. “Código de Processo Civil anolado” (português), vol. 3º, pág. 241.

As duas legislações observadas neste rápido estudo (portuguesa e brasileira) a respeito da distribuição do ônus da prova elegem, tal como em outras questões do gênero, os mesmos parâmetros de atuação.

O Art. 333 do CPC/BR diz:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I — ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II — ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I — recair sobre direito indisponível da parte;

II — tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

E, o CCP em seu Art. 342 diz:

Art. 342. 1 — Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado.

2 — A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita.

3 — Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito.

E mais, o CCP, ainda, nos Arts. 342, 343 e 345 diz respectivamente:

Art. 343. 1 — Nas ações de simples apreciação ou declaração negativa, compete ao réu a prova dos factos constitutivos do direito que arroga.

2 — Nas ações que devam ser propostas dentro de certo prazo a contar da data em que o autor teve conhecimento de determinado facto, cabe ao réu a prova de o prazo já ter ocorrido, salvo se outra for a solução especialmente consignada na lei.

3 — Se o direito invocado pelo autor estiver sujeito à condição suspensiva ou termo inicial, cabe-lhe a prova de que a condição se verificou ou o termo se venceu; se o direito estiver sujeito à condição resolutiva ou a termo final, cabe ao réu provar a verificação da condição ou o vencimento do prazo.

Art. 344. 1 — As regras dos artigos antecedentes invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ônus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine.

2 — Há também inversão do ônus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo que as sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações.

Art. 345. 1 — É nula a convenção que inverta o ônus da prova, quando se trate de direito indisponível ou a inversão torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito.

2 — É nula, nas mesmas condições, a convenção que excluir algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais; mas, se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em qualquer circunstância.

De uma análise comparativa dos enunciados legais grafados acima, tem-se a imediata impressão de que não há diferenças a apontar no tocante às normas relativas ao ônus da prova tendo em vista as Escolas portuguesa e brasileira.

Anoto, por importante, que ambas fazem clara indicação, opção, para o ônus subjetivo da prova, isto é, partem do pressuposto de que a prova incumbe às partes. Mas, encerrada a instrução, perde importância a questão de saber se as provas foram produzidas pela parte a quem competia ou mesmo qual a produziu. O julgador, a partir de então, formará seu convencimento com base no total do contingente probatório. E, diga-se de passagem, a esta circunstância alguns estudiosos chamam de ônus objetivo da prova a cargo do juiz,⁽²⁰⁾ em que pese opiniões contrárias.⁽²¹⁾

Essa visão, circunstância, evidencia-se, também, nas duas legislações observadas.

O Art. 131 do CPC/BR diz:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei n. 5.925/73).

E, o Art. 515 do CPC/PT menciona:

Art. 515. O tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las, sem prejuízo das disposições que declarem irrelevante a alegação de um facto, quando não seja feita por certo interessado.

Outra semelhança a apontar diz respeito à concessão que os dispositivos que exprimem as normas do ônus da prova, tanto no caso portu-

(20) *Coqueijo Costa*. "Direito Judiciário do Trabalho", 1976, Rio de Janeiro, Editora Forense.

(21) *Manoel Antonio Teixeira Filho*. "A prova no Processo do Trabalho", 1991, São Paulo, Editora LTr (por exemplo).

guês quanto no brasileiro, fazem ao princípio dispositivo, ou seja são fiéis ao dito princípio. Mas, não se pode esquecer, conforme já comentei alhures, que a processualística moderna impôs significativo avanço ao princípio contrário, isto é, o inquisitório.

Outrossim, a legislação portuguesa faz referência expressa (Art. 343 do CCP) a casos especiais no tocante ao ônus da prova e, ainda, estabelece de forma indicativa (Art. 344 do CCP) casos práticos de inversão do ônus da prova. Essas circunstâncias, de forma isolada, não são anunciadas expressamente na legislação brasileira, porém, encontram-se implicitamente incluídas, ou seja, são alcançadas pelo disposto no Art. 333 do CPC/BR.

Desta forma, também neste particular, se diferenças podem ser percebidas, resumem-se a forma quanto ao tratamento da matéria, mas, na prática nenhuma diferença emerge, basta a leitura dos dispositivos citados para que a conclusão acima se solidifique.

A legislação portuguesa repito, quanto às questões referentes a casos especiais e inversão do ônus da prova é, apenas, mais específica, mais explícita.

A não ocorrência de diferenças marcantes fica ainda mais evidenciada quando se percebe que ambas as legislações admitem a convenção das partes a respeito da alteração do ônus probatório e mais, impõem quase o mesmo limite para essa circunstância. Esta dedução é imediata a partir da observação comparativa dos dispositivos alinhados no Art. 345 do CCP e no parágrafo único do Art. 333 do CPC/BR. Ressalto, tão-somente, que a legislação portuguesa (n. 2 do Art. 345 do CCP) deixa claro, que se torna impossível a exclusão de "meios de prova diverso dos legais". Mas, essa questão está diretamente ligada ao fato, anteriormente mencionado e referente à limitação dos meios de prova, que emerge da norma portuguesa em contraste com a norma brasileira, assunto já esgotado.

No aspecto, portanto, do processo civil, o instituto do ônus da prova não apresenta significativas diferenças em termos de definição conceitual e aplicabilidade processual em face das Escolas observadas neste rápido e preliminar estudo.

Finalmente, observo, por oportuno e indispensável, que tenho a plena certeza de que não esgotei a matéria, porém, fiel ao objetivo proposto, dei ao problema o tratamento mais próximo do adequado, segundo meu modesto entendimento.

Abreviaturas mais utilizadas:

CCB — Código Civil Brasileiro

CCP — Código Civil Português

CPC/BR — Código de Processo Civil Brasileiro

CPC/PT — Código de Processo Civil Português

Observação:

A bibliografia consultada encontra-se indicada nas notas de rodapé.