

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
Programa de Pós-Graduação em Direito

Vitor Lia de Paula Ramos

ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL -
LINHAS PELA CONSTRUÇÃO DE UM DEVER DE PRODUZIR
PROVAS

Porto Alegre
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
Programa de Pós-Graduação em Direito

Vitor Lia de Paula Ramos

ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL -
LINHAS PELA CONSTRUÇÃO DE UM DEVER DE PRODUZIR
PROVAS

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero

Porto Alegre
2014

Aos meus professores em sentido estrito e em sentido lato, que me fizeram perceber que só os professores têm condições de realmente mudar o mundo.

Ao maior de todos os professores que já conheci, Prof. Dr. Michele Taruffo, pela amizade, pelas lições de direito, de vida e, sobretudo, de como ser um grande homem mantendo a simplicidade.

Al mio maestro, Prof. Dr. Daniel Mitidiero, para quem meu agradecimento, admiração e amizade são tão incansáveis como sua dedicação à academia e aos seus alunos.

*“Nadie nos prometió un jardín de rosas
Hablamos del peligro de estar vivo
No vine a divertir a tu familia
Mientras el mundo se cae a pedazos”.*

Fito Páez, *Al lado del camino*, Abre, 1999.

*“Je ne suis qu'un soul man, écoute ça, baby.
Je suis pas un Superman, loin de là
Juste moi, mes délires, je n'ai rien d'autre à
offrir”.*

Ben L'Oncle Soul, *Soul Man*, Ben L'Oncle Soul,
2010.

“It is a capital mistake to theorize before you have all the evidence. It biases the judgment.”
Sir Arthur Conan Doyle. *A Study in Scarlet*,
1887.

AGRADECIMENTOS

Fazer um mestrado é optar por uma viagem sem volta, uma vez que a mente que inicia o percurso nunca mais será a mesma. O candidato opta pelo início, mas não tem controle algum sobre o meio ou o fim. O percurso é árduo, repleto de altos e baixos, tornando-se prazeroso e proveitoso somente com o auxílio, a colaboração e o apoio de algumas pessoas. Umas que (felizmente) são as mesmas de sempre, outras que (também felizmente) vão se somando pelo caminho.

O primeiro dos agradecimentos, como não poderia deixar de ser, é para a minha família; Don Corleone tinha razão em dizer que “*a man without a family can never be a real man*”. Minha mãe, ANA LÍGIA LIA DE PAULA RAMOS, meu pai, SÉRGIO DE PAULA RAMOS, e minha irmã, FERNANDA DE PAULA RAMOS, que sempre estiveram muito próximos, dando todo o suporte, amor, carinho e apoio, acompanhando e fazendo com que fossem possíveis todos os passos não só do meu mestrado, mas de toda a minha vida. No mesmo sentido, meus dindos, tios e pais reservas, ELIANA e PEDRO MITEV, e meu primo ANDREI MITEV, irmão nascido por ironias do destino filho da minha tia, com quem sempre pude contar nas horas boas e ruins.

Agradeço, também como não poderia deixar de ser, a meu mestre e amigo PROF. DR. DANIEL MITIDIERO, com quem tenho o prazer de estudar e aprender desde os primeiros passos da graduação. Foi o PROF. MITIDIERO quem despertou em mim o interesse pelo processo civil, logo na cadeira de Teoria Geral do Processo; foi ele quem me orientou na primeira pesquisa que fiz, ainda na iniciação científica; foi ele quem se esforçou para que eu pudesse ser recebido na Universidade de Milão durante a graduação; foi ele quem me orientou nos anos após a saída da faculdade, permitindo-me ter o prazer de novamente acompanhar suas aulas e de ter meus primeiros contatos com a vida acadêmica; foi ele quem me deu aulas de processo novamente na pós-graduação, exigindo, felizmente, não menos do que o máximo, a fim de que cada um de nós pudesse mostrar o seu melhor; foi ele quem me acompanhou de perto nessa trajetória do mestrado, apoiando-me na tomada de rumos difíceis e me orientando em todos os sentidos; foi ele quem me criticou duramente quando necessário, dando-me o caminho quando, após as críticas, tudo parecia perdido (tudo como verdadeiro “pai jurídico” e fraterno amigo que é para

mim). Foi ele, por fim, quem me deu a alegria de, ao longo desses 7 anos de amizade, e em todos os vindouros, poder chamá-lo de *meu mestre*.

Agradeço, a seguir, aos grandes mestres com que tive a honra de estudar e aprender, não só sobre o Direito, mas também sobre a vida; provas vivas de que “o homem que diz sou, não é, porque quem é mesmo é não sou”. Todos eles, com efeito, “são” e, mesmo assim, preservam a simplicidade e a humildade. Nesse sentido, agradeço ao nosso mestre dos mestres, PROF. DR. MICHELE TARUFFO, não por acaso chamado entre nós carinhosamente de “Oráculo”, cujas ideias e forma de ser influenciam de maneira muito nítida toda a minha formação acadêmica e humana; ao PROF. DR. HUMBERTO ÁVILA e à PROFA. DRA. JUDITH MARTINS-COSTA, ambos grandes exemplos de que ser professor é, antes de tudo, amar os seus alunos.

Agradeço, na sequência, ao PROF. DR. JORDI FERRER BELTRÁN e à PROFA. DRA. CARMÉN VASQUEZ, que me receberam de maneira muito gentil e acolhedora na Cátedra de Cultura Jurídica da Universidade de Girona, Espanha, onde tive a honra de apresentar oralmente pela primeira vez as ideias daquilo que viria a ser o presente trabalho, recebendo as pertinentes e sólidas críticas que muito auxiliaram a melhor elaborá-lo.

No mesmo sentido, agradeço aos colegas da coirmã, Universidade Federal do Paraná, que me deram a honra de poder apresentar as ideias do presente trabalho no Congresso em homenagem aos 100 anos daquela universidade. Nesse sentido, agradeço especialmente aos colegas que compuseram o grupo de discussão, PAULA PESSOA, JULIANA PONDÉ FONSECA e RICARDO ALEXANDRE DA SILVA, todos daquela universidade, além do colega Márcio Faria, que também compareceu para enriquecer os debates.

Agradeço, também, ao PROF. DR. KLAUS KOPLIN e ao PROF. DR. SÉRGIO MATTOS, que, juntamente com meu mestre, compuseram minha banca de qualificação e criticaram-me duramente e com grande seriedade, o que me propiciou grande aprendizado e enriquecimento do presente trabalho. No mesmo sentido, ao PROF. DR. HUMBERTO ÁVILA, PROF. DR. SÉRGIO CRUZ ARENHART e PROF. HERMES ZANETI JR., que compuseram a altamente qualificada e igualmente dura banca de defesa, proporcionando-me grande aprendizado.

Agradeço, em seguida, a meu querido amigo RENZO CAVANI, “meu amigo Charlie Brown”, pela troca de ideias bastante intensa, por todo o apoio e,

principalmente, pela amizade intensa que nos une, com afinidade de pensamento tanto no samba quanto no processo civil; e a PAULO MENDES, pela amizade e presteza de ter sido o primeiro, depois de meu mestre, a ler o presente trabalho em sua versão quase final, fazendo importantes críticas, que muito auxiliaram. Aos demais amigos e companheiros de trajetória, RAFAEL ABREU, OTÁVIO DOMIT e OTÁVIO MOTTA, com quem tive o prazer de debater as ideias do presente trabalho. Todos esses são certamente uns dos maiores processualistas da nova geração.

Agradeço, ainda, a todos os colegas do Silveiro Advogados, em especial RICARDO RANZOLIN, RICARDO MORAES, LUCAS DALL'AGNOL, MARIA ELISA MARCOLIN e GEORGE SANT'ANA, por todo o apoio e, principalmente, por fornecerem cobertura nas minhas longas horas de ausência, necessárias ao desenvolvimento do presente trabalho.

Agradeço, igualmente, a meus amigos milaneses, LORENZA BIANCHI e GIULIO DELLA CROCE, que me auxiliaram com a obtenção de materiais inéditos no Brasil e disponíveis somente na biblioteca da minha querida Università degli Studi de Milão.

Por fim, como não poderia deixar de ser, agradeço a meus queridos amigos, que estiveram, como sempre, muito perto desde as horas boas (como quando do recebimento da notícia da aprovação), quanto nas horas difíceis (como aquelas que se seguiram à minha banca de qualificação). Nesse sentido, agradeço especialmente a DANIELA DRUCK, DANIELA MELLO, EDUARDO DYTZ ALMEIDA, FABIANA BUGS, FERNANDA KALIL, FLÁVIA PUGLIESE, ISADORA BORNE FERREIRA, JOÃO GABRIEL KRÁS COUTO, LUCAS KLASSMANN, MARCOS IOLOVITCH, MARINA MENDEZ e MARINA PAIVA.

Por fim, agradeço uma vez mais à minha *alma mater*, a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pela qual nutro intensa paixão e admiração.

RESUMO

Na primeira parte do presente estudo pretende-se demonstrar a dimensão epistêmica do processo, ou seja, demonstrar que para que o processo seja justo é necessária a preocupação com a tendencial completude do material probatório.

Nesse sentido, pretende-se demonstrar, primeiramente, que a verdade existe, é objetiva e analisada por correspondência; a seguir, que a verdade importa para o direito e que somente é possível falar-se em decisão justa se a decisão basear-se em fatos que realmente ocorreram. Assim sendo, pretende-se, no final da primeira parte, demonstrar que o procedimento tem que ser orientado à tendencial completude do material probatório.

Na segunda parte fala-se sobre o estado atual da doutrina. Assim, abordam-se os dois aspectos reconhecidos ao ônus da prova, o objetivo, como regra de julgamento, e o subjetivo, como regra de instrução. Em seguida, fala-se sobre a distribuição fixa e dinâmica.

Após, são desenhadas algumas bases para as críticas à doutrina tradicional. Nesse sentido, procede-se com distinção entre ônus e dever, assim como demonstra-se qual era o cenário cultural da processualística quando do desenvolvimento da teorização sobre o ônus da prova.

Em seguida, são feitas as críticas à doutrina tradicional, demonstrando-se que, por diversas razões, da forma como é pensado atualmente, o ônus da prova não tem o condão de propiciar a maior completude possível do material probatório, uma vez que o direito não fornece estímulos jurídicos concretos às partes nesse sentido.

Por fim, na terceira parte do trabalho pretende-se apresentar a ideia de *dever* de produção de provas. Inicialmente, assim, demonstra-se que a atribuição de um *dever* às partes faria com que o problema dos estímulos fosse resolvido, promovendo-se, assim, a maior completude do material probatório.

Aborda-se, então, a questão constitucional, primeiro demonstrando-se que o *dever* de produzir provas seria uma forma de aumentar a efetividade do direito fundamental à prova, conferindo-lhe uma eficácia horizontal mediada pela vertical; após, demonstra-se que no campo cível, no ordenamento jurídico brasileiro, as partes não possuem qualquer direito fundamental de não produção de provas contra

si mesmas. Por fim, abordam-se os possíveis limites constitucionais ao *dever* de produção de provas.

A seguir, aborda-se o dito “aspecto objetivo” do ônus da prova, sustentando-se ser esse nada mais do que um “critério de desempate”, a determinar, de maneira pré-fixada, o resultado da demanda quando não houver, através da valoração racional das provas, formas de determiná-lo racionalmente.

Conclui-se, assim, que a construção de um *dever* de produzir provas tutela de maneira mais efetiva o direito fundamental à prova, fazendo com que sejam solucionados os problemas que as ideias de inversões e dinamizações da prova pretendiam resolver. Ademais, propiciando uma maior completude do material probatório, acaba por construir um procedimento mais orientado à busca da verdade e, portanto, a que o processo seja mais justo.

Palavras-chave: Ônus da prova. Dever de produzir provas. Direito fundamental à prova.

RIASSUNTO

Nella prima parte di questo lavoro s'intende dimostrare la dimensione epistemica del processo, ossia, dimostrare che perché il processo sia giusto è necessaria la preoccupazione con la tendenziale completezza del materiale probatorio.

In questo senso, s'intende dimostrare, prima, che la verità esiste, è oggettiva e per corrispondenza; in seguito, che la verità importa per il diritto e che soltanto è possibile parlare di decisione giusta se questa fosse basata in fatti che si sono realmente verificati. Così, s'intende, alla fine della prima parte, dimostrare che il procedimento deve essere orientato alla tendenziale completezza del materiale probatorio.

Nella seconda parte, si parla sullo stato attuale della dottrina. Così, sono lavorati i due aspetti riconosciuti all'onere della prova, quello oggettivo, come regola di giudizio, e quello soggettivo, come regola d'istruzione. In seguito, si parla sulla distribuzione fissa e quella dinamica.

Dopo, sono disegnate alcune basi per le critiche alla dottrina tradizionale. In questo senso, si procede con la distinzione fra onere e dovere, dimostrando-si come era la scena culturale della processualistica quando dello sviluppo della teorica sull'onere della prova.

In seguito, sono fatte critiche alla dottrina tradizionale, dimostrando-si che, per varie ragioni, nella forma in cui è pensato oggi, l'onere della prova non possiede condizioni di provvedere la maggiore completezza del materiale probatorio, una volta che il diritto non fornisce stimoli giuridici concreti alle parti in questo senso.

Finalmente, nella terza parte di questo lavoro, si pretende presentare l'idea di *dovere* di produzione di prove. Inizialmente, così, si dimostra che l'attribuzione di un *dovere* alle parti farebbe con che il problema degli stimoli fossi risolto, promovendo-si, così, una più ampia completezza del materiale probatorio.

Si occupa, in sequenza, della questione costituzionale, prima dimostrando che il *dovere* di produrre prove sarebbe una forma di incrementare la effettività del diritto fondamentale alla prova, creando-si una efficacia orizzontale mediata dalla verticale; dopo, si dimostra che in ambito civile, nell'ordinamento giuridico brasiliano, le parti non possiedono nessuno diritto fondamentale di non produrre prove contro se

stesse. In fine, sono abordati i possibili limiti costituzionali al *dovere* di produzione di prove.

In seguito, si tratta del detto “aspetto oggettivo” dell’onere della prova, sostenendo-si che questo non sia niente di più di un “criterio di spareggio”, che determina, in modo prefissato, il risultato della lite quando non ci siano forme di determinarlo razionalmente, attraverso la valutazione razionale delle prove.

Si conclude, così, nel senso di che la costruzione di un *dovere* di produrre prove tutela in modo più effettivo il diritto fondamentale alla prova, facendo con che siano risolti i problemi che le dottrine sulle inversioni e dinamizzazioni dell’onere della prova volevano combattere. Inoltre, provvedendo una più ampia completezza del materiale probatorio, finisce per costruire un procedimento più orientato alla ricerca della verità e, così, un processo che sia più giusto.

Parole-chiave: Onere della prova. *Dovere* di produzione di prove. Diritto fondamentale alla prova.

SUMÁRIO

Introdução.....	10
1. Dimensão epistêmica do processo: verdade, prova e necessidade de um processo orientado tendencialmente à completude do material probatório.....	11
1.1. Linhas sobre a verdade.....	11
1.1.1. Da existência da verdade e de sua objetividade.....	11
1.1.2. Da verdade por correspondência.....	16
1.2. Da importância da verdade para a busca dos fatos no Direito, da ligação entre a prova e a verdade, do significado de “está provado que <i>p</i> ” e da valoração racional da prova.....	19
1.2.1. Da importância da verdade para o Direito quanto à busca dos fatos	20
1.2.2. Da ligação entre a prova e a verdade.....	24
1.2.3. Do sentido de “está provado que <i>p</i> ”.....	25
1.2.4. Da valoração racional da prova.....	28
1.3. Processo justo, decisão justa e a necessidade de um procedimento organizado para a busca da verdade e, conseqüentemente, orientado tendencialmente à completude do material probatório.....	34
1.3.1. Decisão justa e processo justo.....	35
1.3.2. Da necessidade de um procedimento organizado para a busca da verdade e, conseqüentemente, orientado tendencialmente à completude do material probatório.....	38
2. O estado das coisas: ônus da prova e as tentativas atuais de ampliação do material probatório.....	45
2.1. Os dois aspectos do ônus da prova.....	45
2.1.1. Aspecto objetivo.....	45
2.1.2. Aspecto subjetivo.....	47
2.2. Distribuição fixa, inversões e dinamizações.....	49
2.3. Bases teóricas para as críticas.....	52
2.3.1. Distinção entre <i>ônus</i> e <i>dever</i>	53

2.3.2. Bases culturais da doutrina processual do século XX e a despreocupação com a completude do material probatório quando da construção científica do ônus da prova.....	73
2.4. Críticas à doutrina tradicional.....	82
2.4.1. Ônus e possibilidade de recusa de produção de prova contrária ao próprio interesse.....	82
2.4.2. Da inexistência do dito aspecto subjetivo do ônus da prova e da ausência de estímulos concretos e efetivos para a produção de provas.....	89
2.4.3. O aspecto objetivo e o juiz como destinatário da regra: da ausência de estímulos jurídicos às partes para a produção da prova.....	93
2.4.4. Inversões e dinamizações e a ausência de estímulos concretos para o aumento da completude do material probatório.....	95
3. Pela construção da doutrina do dever de produzir provas.....	104
3.1. A reestruturação do “aspecto subjetivo”: da necessária criação de um dever de produzir provas.....	104
3.1.1. O <i>direito fundamental à prova</i> , sua eficácia vertical e sua eficácia horizontal mediada pela vertical; da possibilidade e da oportunidade, sob o viés constitucional, da criação pelo legislador de um <i>dever</i> de prova no âmbito legal.....	115
3.1.2. Da ausência de qualquer direito fundamental à não produção de provas desfavoráveis no âmbito cível.....	118
3.1.3. Os possíveis limites do <i>dever</i> de produzir provas.....	123
3.2. A reinterpretação do “aspecto objetivo”: dever judicial de julgamento em desfavor da parte que detinha o risco da demanda em caso de não corroboração dos fatos.....	127
4. Conclusões.....	135
Referências Bibliográficas.....	140

Introdução

O ônus da prova é assunto há muito tempo discutido na doutrina. Tal constatação, entretanto, se por um lado dá conta da importância do instituto para o processo civil, é capaz, por outro, de fazer pensar sobre se, e em que medida, os conceitos desenvolvidos há pelo menos cem anos seguem atuais.

Com efeito, em todo esse lapso temporal de desenvolvimento doutrinário, como se pode imaginar, diversas foram as mudanças nos conceitos, nas premissas, nas bases e em toda a filosofia do direito processual civil de modo geral. No direito probatório, mais especificamente, muitos foram os desenvolvimentos quanto à finalidade da prova, sua função, as relações entre prova e verdade etc.

O presente trabalho pretende, portanto, fazer novo escrutínio sobre o tema, debatendo sobre se os conceitos relacionados a esse seguem atuais e, principalmente, se as finalidades pretendidas pelas regras de ônus da prova parecem estar sendo alcançadas.

Nesse sentido, demonstra-se, inicialmente, qual o contexto da epistemologia em geral na abordagem da verdade, bem como as formas de relação entre essa última e o processo, buscando-se demonstrar que o processo deve ser *truth-oriented* e preocupar-se com a tendencial completude do material probatório.

A seguir, já na segunda parte do trabalho, apresenta-se o estado atual das coisas na doutrina, trazendo-se não só o debate da teoria do direito sobre as diferenças entre ônus e dever, mas também um retrato do modo como a doutrina atual enxerga majoritariamente o ônus da prova (em suas dimensões objetiva e subjetiva).

Após, fala-se sobre o contexto cultural em que ocorreu a construção das primeiras ideias sobre ônus da prova, bem como fazem-se algumas críticas, pretendendo demonstrar que a doutrina do ônus da prova não consegue atender o objetivo de propiciar a maior completude do material probatório.

Na terceira parte, finalmente, apresenta-se uma ideia de solução para o problema, no sentido de construir um verdadeiro *dever* de prova para as partes, de modo que essas tenham estímulos jurídicos para contribuírem com a formação do material probatório mesmo quando detiverem provas que são contrárias aos próprios interesses.

1. Dimensão epistêmica do processo: verdade, prova e necessidade de um processo orientado tendencialmente à completude do material probatório

Com o presente capítulo pretende-se afastar as visões céticas e subjetivistas quanto à verdade, defendendo que essa não só existe, mas também é objetiva e por correspondência.

Após, abordar-se-á a questão da prova, verificando sua ligação com a verdade e o sentido de “está provado” e, diante de tudo isso, a necessidade de que o processo esteja orientado para o aporte de todas as provas relevantes disponíveis, a fim de que possa tendencialmente produzir decisões justas.

1.1. Linhas sobre a verdade

1.1.1. Da existência da verdade e de sua objetividade

“Respondeu Jesus: (...) [T]udo o que está pela verdade ouve a minha voz. Disse-lhe Pilatos: O que é a verdade?”¹.

À parte o fato de que Jesus provavelmente referia-se à verdade que veio posteriormente a ser conhecida como Verdade (com “v” maiúsculo), ligada ao divino, ao absoluto, o ceticismo de Pilatos é bastante ilustrativo daquilo que se passou também nas diversas áreas humanas², inclusive na filosofia e no Direito. Uma abordagem cética quanto à verdade, ou talvez uma relativização dessa (como se sua pergunta questionasse a Jesus a qual das verdades estaria ele se referindo).

Para o objeto do presente estudo certamente não são necessárias abordagens individualizadas a cada uma das inúmeras correntes de ceticismo e/ou relativismo.

Cumpre, entretanto, verificar alguns dos *argumentos* centrais dessas, a fim de responder duas questões centrais, presentes no questionamento de Pilatos: (i) a verdade existe? (ii) a verdade é objetiva, ou é subjetivamente ou socialmente

¹ João: 18:37-38.

² Outro exemplo da mesma abordagem é dado por HAACK, Susan. “Staying for an Answer. The Untidy Process of Groping for Truth”. In: *Putting Philosophy to Work*. Versão Expandida. New York: Prometheus Books, 2013, p. 35.

determinada? O que se pretende demonstrar, a seguir, é que a verdade existe e é objetiva.

GOLDMAN foi um dos grandes epistemólogos que se dedicou a entender e criticar um fenômeno que assolou a cultura, em geral, e a cultura do direito, especificamente: a *veriphobia*³, definida como “um profundo ceticismo ou um completo repúdio da verdade como um critério viável para o estudo de fenômenos epistêmicos”⁴: *veritas odium parit*.

O autor enfrenta, inicialmente, o pensamento de vertentes que sustentam a inexistência da verdade, ou que afirmam ser essa uma construção social, sem qualquer relação com algo “objetivo” ou “externo”⁵.

Sustentou-se, por exemplo, nesse sentido, que aquilo que parece “real” para um monge tibetano, talvez não parecesse assim para um *businessman* americano⁶, que a verdade seria somente “algo que você pode defender de todos os ataques” (“aquilo que você pode defender de todos os que atacam [*what you can defend against all comers*]”)⁷, ou algo aceito pelos seus “pares”⁸. Afinal, “verdade”, assim como “realidade” seriam conceitos socialmente relativos⁹.

As abordagens céticas mais radicais, como o irracionalismo, são vistas pela doutrina de um modo geral com menor preocupação, por serem consideradas autocontraditórias, exceto, “talvez em silêncio”¹⁰; a doutrina duvida, assim, que alguém negue a realidade sinceramente¹¹. Afinal, se nenhum conhecimento ou afirmação pudessem ser objetivamente válidos, o próprio argumento que afirma tal invalidade também deveria ser inválido. E mais: se outras pessoas inexistissem, ou

³ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World*. Oxford: Oxford University Press, 1999 (reimpressão de 2003), p. 7 e ss.

⁴ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World*, *cit.*, p. 7.

⁵ TWINING, William. “Some Scepticism about Some Scepticisms”. In: *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. 2a. Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 106 abriga o argumento dentro daquilo que denomina ceticismo filosófico, dividido em: ceticismo epistêmico, que nega a possibilidade de qualquer conhecimento; ceticismo ético, ou subjetivismo, que sustenta a relatividade ou a subjetividade dos conhecimentos; e o irracionalismo, que seria o ceticismo sobre todas as possibilidades de diálogo válido objetivamente

⁶ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A Treatise in The Sociology of Knowledge*. Middlesex: Penguin Books, 1991 (reimpressão; 1^a. ed. 1966), p. 15.

⁷ RORTY, Richard. *Philosophy and the Mirror of Nature*. New Jersey: Princeton University Press, 1979, p. 308.

⁸ RORTY, Richard. *Philosophy and the Mirror of Nature*, *cit.*, p. 175.

⁹ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A Treatise in The Sociology of Knowledge*, *cit.*, p. 15.

¹⁰ TWINING, William. “Some Scepticism about Some Scepticisms”, *cit.*, p. 134.

¹¹ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World*, *cit.*, p. 19.

se algum conhecimento objetivo não existisse, ninguém teria razões para promover uma discussão, dar aulas, ou mesmo escrever livros¹².

Para refutar as vertentes menos radicais, por outro lado, os defensores da verdade afirmam que, caso essa dependesse de algum consenso, social ou pelos “pares”, seria possível afirmar que, antigamente, o Sol girava em torno da Terra¹³, coisa que veio a mudar, posteriormente, quando se passou a acreditar no contrário.

O problema lógico seria ainda maior, de resto, em uma sociedade em que 50% das pessoas acreditam que o Sol gira em torno da Terra e 50% das pessoas acreditassem que a Terra gira em torno do Sol, pois decorreria daí que ambas as proposições seriam verdadeiras e falsas ao mesmo tempo. Isto é: ao mesmo tempo o Sol giraria em torno da Terra e essa ao redor daquele.

Quanto às questões jurídicas, a situação seria análoga: se houvesse algum consenso sobre a veracidade da proposição “Pedro matou Maria”, mesmo que, em realidade, Pedro estivesse a milhares de quilômetros de distância quando Maria foi morta, o consenso teria a força de “criar” a “realidade” de que Pedro efetivamente tivesse matado Maria.

Consequência de tudo isso seria o fato de que o erro não existiria¹⁴. Nenhuma corte de Justiça poderia julgar de maneira errônea, e ninguém em momento algum poderia ser considerado condenado de maneira injusta¹⁵. A frase “condenou-se um inocente” não teria mesmo qualquer sentido, transformando-se em uma contradição lógica.

Parece, portanto, evidente que a verdade, o que acontece no mundo lá fora, ocorre independentemente da vontade ou da percepção de alguém. Isto é: essa não só não necessita de um consenso total; tampouco necessita de qualquer adepto¹⁶. Os fatos ocorrem no mundo mesmo quando ninguém os constata e mesmo quando todos estão convencidos em sentido contrário (como no caso do Sol).

Uma analogia de GOLDMAN pode esclarecer o ponto¹⁷: em uma corrida de cavalos é possível acreditar ou apostar que qualquer dos animais vai vencer.

¹² GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World, cit.*, 19.

¹³ TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade*. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 96.

¹⁴ TWINING, William. “Some Scepticism about Some Scepticisms”. *cit.*, p. 124. No mesmo sentido, HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010 (reimpressão; 1a. ed. 2008), p. 55.

¹⁵ TWINING, William. “Some Scepticism about Some Scepticisms”. *cit.*, p. 124.

¹⁶ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World, cit.*, p. 12.

¹⁷ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World, cit.*, p. 20.

Entretanto, uma vez feita a escolha, é o mundo real que vai determinar se aquela crença estará correta ou não¹⁸.

Da mesma forma, é possível, teoricamente, acreditar em qualquer proposição a respeito do mundo. A crença, entretanto, não terá o condão de transformar a realidade, mas essa fará com que a crença possa ser considerada verdadeira ou falsa¹⁹. Afinal, não fazemos “mundos”, mas sim descrições do mundo, que se podem nesse “encaixar” ou não²⁰.

Daí porque tampouco a linguagem pode ser considerada como “criadora” da verdade. Caso contrário, como já observado pela doutrina, diante da inexistência da palavra “oxigênio”, as pessoas não poderiam respirar²¹.

A respeito de um determinado fato (que existe no mundo externo), com efeito, é possível fazerem-se muitas afirmações verdadeiras: várias verdades. Tratar-se-á, entretanto, de proposições, crenças etc. que “são verdadeiras”²²; não por corresponderem a algo que a linguagem descreveu, mas, justamente, à verdade²³ (isto é, ao mundo real). A verdade continuará sendo uma só, visto que “[e]xiste uma verdade, mas muitas verdades”²⁴. Isto é: sobre uma verdade podem ser ditas muitas verdades.

A pedra de toque do tema parece estar no desfazimento da confusão entre a suposta (e inexistente) relatividade (ou subjetividade) da realidade e a (realmente existente) “arbitrariedade” ou relatividade da linguagem.

A interrupção dolosa da gestação de uma criança anencéfala pode, por exemplo, ser considerada um homicídio em determinado país e não ser em outro; em certo edifício, um cão-guia para um cego pode ser considerado incluído no suporte fático de uma regra que proíbe a entrada de cachorros e em outro não; para determinada cultura um objeto pode ser considerado uma cadeira e para outra não.

¹⁸ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World, cit.*, p. 20.

¹⁹ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World, cit.*, p. 20.

²⁰ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World, cit.*, p. 20.

²¹ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World, cit.*, p. 17.

²² HAACK, Susan. “Truth, Truths, ‘Truth’ and ‘Truths’ in the Law”. In: *The Journal of Philosophy, Science & Law*, v. 3, Setembro de 2003. Disponível em <http://jpsl.org/archives/truth-truths-truth-and-truths-law>, último acesso em 04/02/2013, às 16:53.

²³ HAACK, Susan. “The Unity of Truth and the Plurality of Truths”. In: *Putting Philosophy to Work, cit.*, pp. 53-54.

²⁴ HAACK, Susan. “The Unity of Truth and the Plurality of Truths”, pp. 53-54.

Isso porque as palavras contêm sentidos mínimos e independentes²⁵, mas muito de seu sentido pode depender do contexto e da cultura.

Semelhantes constatações, entretanto, não possuem qualquer relação com a verdade. Uma vez determinado o significado das palavras “alguém”, “interromper”, “gestação”, “criança” e “anencéfala”, a afirmação de que alguém interrompeu a gestação de uma criança anencéfala só poderá ser considerada verdadeira se corresponder a algo que efetivamente ocorreu na realidade²⁶.

Outro problema importante é saber se realmente seria possível conhecer a verdade²⁷, já que a obtenção de conhecimento seria sempre incompleta (e, dizem alguns, “*portanto*”, falsa²⁸).

Dizem outros, aliás, que a “*out-there-ness*” seria a consequência, e não a causa, do conhecimento científico²⁹, de modo que seria criticável a postura dos “filósofos acadêmicos”, que pretenderiam fazer uma distinção vigorosa entre o que é verdadeiro e o que é *taken do be so*³⁰.

TWINING descreve com eficácia, sobre o tema, as figuras do Perfeccionista Desapontado e do Caricaturista (personalidades que, segundo o autor, em geral vêm associadas)³¹, para os quais “já que a certeza completa é inalcançável pelo direito, segue-se que o direito é totalmente imprevisível”³², exemplifica.

Esse tipo de postura (que, conforme será visto nos capítulos que seguem, é bastante comum na processualística brasileira), entende a doutrina, baseia-se essencialmente em *non-sequiturs*³³. Afinal, não poder alcançar a verdade em todos os casos, ou não poder ter uma relação “automática” entre o que se considera provado e o que é verdadeiro não autoriza de forma alguma que se conclua pela

²⁵ Vide a exposição sobre a independência da palavra “CAT” em SCHAUER, Fredrick. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination on Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 56.

²⁶ DAMAŠKA, Mirjan R. “Truth in Adjudication”. In: *Hastings Law Journal*, 289, 1998, pp. 290-96. Disponibilizado por Faculty Scholarship Series, Paper 1575, em http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1575

²⁷ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World*, cit., p. 10.

²⁸ TWINING, William. “Some Scepticism about Some Scepticisms”. cit., pp. 110 e ss.

²⁹ LATOUR, Bruno; WOOLGAR, Steve. *Laboratory Life. The Construction of Scientific Facts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1986 (1a. ed., 1979) p. 182.

³⁰ SHAPIN, Steven. *A Social History of Truth: Civility and Science in Seventeenth-century*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994, p. 3.

³¹ TWINING, William. “Some Scepticism about Some Scepticisms”. cit., p. 103. Traduções livres dos termos *Disappointed Perfectionist* e *Caricaturist*.

³² TWINING, William. “Some Scepticism about Some Scepticisms”, cit., p. 104.

³³ TWINING, William. “Some Scepticism about Some Scepticisms”, cit., p. 104.

irrelevância ou pela inexistência da verdade (tanto na vida, em geral, como no direito e no processo civil, especificamente).

Trata-se, também, de *non-sequitur* a ideia de que, por algo ser incompleto, deva automaticamente ser falso. É perfeitamente possível, aliás, como será visto no próximo capítulo, que uma investigação muito bem feita possa chegar a um resultado falso, ou, pelo contrário, que outra extremamente mal feita encontre um resultado verdadeiro.

A qualidade da investigação, ou da busca, destarte (e conforme será demonstrado de maneira mais pormenorizada no capítulo que segue), podem chegar a resultados que se encontrem mais ou menos justificados. Entretanto, mesmo algo que esteja bastante justificado, poderá ser demonstrado falso, por exemplo, através de novas provas.

A questão ora em baila liga-se com o que já foi dito sobre a linguagem ou as crenças não criarem o mundo. Mesmo que o ser humano médio não saiba atualmente se existe vida em outro planeta da via láctea, tal fato independe do conhecimento ou da crença: existirá ou não dependendo daquilo que realmente acontece no “mundo lá fora”. Ou seja, a verdade existe quer alguém tenha conhecimento sobre ela, quer não tenha.

Restam, portanto, respondidas as duas primeiras perguntas do início do presente item, no sentido de que a verdade existe e é objetiva (ou seja, não depende de qualquer sujeito).

Tais constatações, como demonstrado, decorrem da afirmação de que “existe um mundo lá fora”, ou seja, de se constatar a “*out-there-ness*”³⁴; e, assim reconhecendo, superar o “erro colossal que determinou uma moda, mas se fundando em um erro filosófico”³⁵. Retorna-se à verdade, que existe e é objetiva.

1.1.2. Da verdade por correspondência

Estando demonstrado que a verdade existe e é objetiva, resta ora verificar como essa é determinada. Ou, em outras palavras, responder à pergunta que

³⁴ A expressão, conforme já destacado, é de LATOUR, Bruno; WOOLGAR, Steve. *Laboratory Life. The Construction of Scientific Facts*, cit., p. 182.

³⁵ TARUFFO, Michele. “La Verdad como Valor Social e Jurídico”. In: *Proceso y Decisión. Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 39.

segue: a verdade é determinada pela coerência das afirmações, ou pela correspondência com o mundo real?

Basicamente, o que se fará, a seguir, será analisar as duas correntes mais importantes sobre como abordar a verdade³⁶: a *coerentista* e a *correspondentista*.

A corrente *coerentista* defende que uma afirmação é verdadeira se ressaí de “um corpo de proposições consistentes”³⁷, isto é, se “resulta, *per se*, coerente com o contexto de enunciados em que se insere”³⁸. Diante do fato de que proposições incompatíveis entre si não podem ser verdadeiras³⁹, pretende tal linha teórica fazer decorrer disso que a coerência seja um requisito necessário e suficiente para a verdade⁴⁰.

Como recorda TARUFFO, entretanto, é possível que algo seja perfeitamente coerente, mas que não guarde qualquer relação com a realidade⁴¹. É o caso, por exemplo, na literatura, de uma narrativa sobre um fato histórico que seja *boa e falsa*; pode ser coerentemente articulada, mas não condizer com os fatos que realmente existiram⁴².

A coerência por si só não é, pois, “razão suficiente” para que proposições possam ser consideradas verdadeiras⁴³. Novamente aqui pode ser repetido tudo quanto foi dito sobre o consenso e sobre a verdade. Isto é, não são as descrições que fazem o mundo, mas o mundo que determina se as proposições estão corretas ou não⁴⁴.

Ademais, se a verdade estivesse ligada a um corpo de proposições coerentemente articulado, mas independentemente de qualquer outra realidade externa, seria novamente impossível falar-se em erro. Ou seja: sendo formuladas diversas afirmações coerentes entre si sobre a assertiva de que “Pedro matou Maria”, sem qualquer relação com o que efetivamente ocorreu, isso seria verdade, decorrendo daí que não seria possível afirmar que a condenação de Pedro foi “injusta” ou que ele era inocente.

³⁶ Nesse sentido, WEIGEND, Thomas. “Should We Search for the Truth, and Who Should Do it?”. In: *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 36 - Issue 2, 2011, p. 394.

³⁷ DAMAŠKA, Mirjan R. “Truth in Adjudication”, *cit.*, p. 291.

³⁸ TARUFFO, Michele. “La Verdad como Valor Social e Jurídico”, *cit.*, p. 40.

³⁹ HAACK, Susan. “Coherence, Consistency, Cogency, Congruity, Cogesiveness &c.”. In: *Putting Philosophy to Work*, *cit.*, p. 71.

⁴⁰ HAACK, Susan. “Coherence, Consistency, Cogency, Congruity, Cogesiveness &c.”, *cit.*, p. 71.

⁴¹ TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade*, *cit.*, pp. 88 e ss.

⁴² TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade*, *cit.*, pp. 89.

⁴³ DAMAŠKA, Mirjan R. “Truth in Adjudication”, *cit.*, p. 292.

⁴⁴ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World*, *cit.*, p. 20.

E pior: surgiria o problema de afirmações absolutamente contraditórias (como “Pedro matou Maria” e “Pedro *não* matou Maria”), que deveriam ambas, e concomitantemente, ser verdadeiras, pois ambas formuladas com coerência. Tal não parece, pois, satisfatório.

Resta, portanto, descrever a abordagem *correspondentista*, justificando a adoção dessa corrente no presente trabalho.

Dizer que algo é verdadeiro, para os correspondentistas, é dizer que corresponde à realidade⁴⁵. É, em outras palavras, sustentar, como já mencionado, que “é a realidade que determina a veracidade ou a falsidade das narrativas que a descrevem⁴⁶”.

Diversos foram os filósofos e pensadores que formularam “fórmulas” correspondentistas. ARISTÓTELES, por exemplo, afirmou que “verdadeiro é dizer que o que é, é, e o que não é, não é”⁴⁷. Tal “insight” foi generalizado em diversas vertentes⁴⁸. Na mais conhecida delas, de TARSKI, afirma-se que “[a] frase ‘a neve é branca’ é verdadeira se, e somente se, a neve é branca”⁴⁹. Em outra bastante popular, WITTGENSTEIN afirma que “proposições podem ser verdadeiras ou falsas somente na medida em que são retratos [*pictures*] da realidade”⁵⁰.

Justamente com base nisso é que se afirmava anteriormente, por exemplo, que não é a linguagem que cria o mundo, mas sim o “mundo que confere veracidade e falsidade”⁵¹. No contexto jurídico, com efeito, a *verdade* de um enunciado “não depende do que resolver o juiz, o tribunal ou um jurado”, “depende exclusivamente de sua correspondência com o mundo”⁵².

Como também já mencionado, de resto, a verdade não depende de consenso, de contexto social ou de narrativas ou palavras que a descrevam, justamente por que, como demonstrado, é *objetiva*, isto é, independe de qualquer

⁴⁵ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World, cit.*, p. 59.

⁴⁶ TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade, cit.*, p. 100.

⁴⁷ ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Leonel Vallandro. Porto Alegre: Ed. Globo, 1969, Livro IV, 7, 1011b25, p. 107.

⁴⁸ Nesse sentido, HAACK, Susan. “Confessions of an Old-Fashioned Prig”. In: *Manifesto of a Passionate Moderate*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998, p. 21.

⁴⁹ TARSKI, Alfred. “The Semantic Conception of Truth”. In: *Philosophy and Phenomenological Research*, v. 4, no. 3, Março de 1944, pp. 341-376, esp. 343.

⁵⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. “Tractatus Logico-Philosophicus”. In: *Major Works*. New York: Harper Collins, 2009, p. 25.

⁵¹ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World, cit.*, p. 21.

⁵² FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*. 2a. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 78.

sujeito e não necessita de adeptos⁵³, sendo determinada exclusivamente pelo mundo lá fora.

Justamente por isso que, por mais que teorias racistas tenham sido aceitas em algumas sociedades como se *verdadeiras* fossem, isso não elimina de forma alguma a existência de uma verdade objetiva⁵⁴ em sentido contrário: aliás, é *justamente* através do conhecimento científico hoje existente é que se pode verificar que a diferenciação não correspondia à realidade do mundo e, portanto, não era verdadeira. Negros não são inferiores a brancos.

Tudo a demonstrar, conforme já repetido, que é o mundo que determina a verdade, ou seja, aquilo que corresponde ao mundo é verdadeiro, aquilo que não corresponde é falso. Daí o porquê da adoção no presente estudo da teoria correspondentista da verdade.

Assume-se, pois, que o que acontece no mundo lá fora “tem valor epistêmica, instrumental e moralmente [*is valuable epistemically, instrumentally and morally*]”⁵⁵. Afinal, para o Direito é necessária, como já anotado pela doutrina, a adoção de uma (alguma) teoria correspondentista, vendo a verdade como existente e objetiva, sob pena de que as decisões sejam tendencialmente injustas (como será demonstrado nos próximos itens) e que “nossos sistemas probatórios atuais percam o significado”⁵⁶, passando a ser mais eficiente e econômico o lançamento de dados⁵⁷.

1.2. Da importância da verdade para a busca dos fatos no Direito, da ligação entre a prova e a verdade, do significado de “está provado que p” e da valoração racional da prova

Ninguém abre um jornal pela manhã espera encontrar na seção de esportes resultados de jogos que não ocorreram efetivamente⁵⁸. Nem pretende votar num

⁵³ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World*, cit., p. 12.

⁵⁴ HAACK, Susan. “Multiculturalism and Objectivity”. In: *Manifesto of a Passionate Moderate*, cit., p. 146.

⁵⁵ HAACK, Susan. “Confessions of an Old-Fashioned Prig”. In: *Manifesto of a Passionate Moderate*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998, p. 21.

⁵⁶ DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*. New Haven-London: Yale University Press, 1997, p. 95.

⁵⁷ Sobre o juiz Bridlegoose e o lançamento de dados, vide TWINING, William. “Some Scepticism about Some Scepticisms”, cit., pp. 125 e ss. e TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade*, cit., p. 122 e ss.

⁵⁸ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World*, cit., p. 3

candidato por algum motivo falso⁵⁹ (exemplo, crença de que propiciou maiores investimentos em saúde, quando, em verdade, isso não ocorreu)⁶⁰.

Se tudo isso já é bastante evidente com relação aos demais ramos sociais, para o Direito a verdade tem importância central: é (como será demonstrado no item seguinte) um elemento necessário para a decisão justa⁶¹ e um verdadeiro fim do próprio Estado Constitucional⁶².

No presente tópico serão respondidas as seguintes questões: (i) a verdade – que, conforme visto no item anterior, existe, é objetiva e corresponde às coisas que efetivamente ocorrem no mundo – importa para o Direito (quanto à busca dos fatos)? (ii) Qual seria, portanto, a relação entre prova e verdade? (iii) O que significaria dizer que “está provado que *p*”? (iv) Como seria possível obter, através da prova, conhecimentos sobre fatos que possuam pretensão efetiva de veracidade? É o que se passa a enfrentar a seguir.

1.2.1. Da importância da verdade para o Direito quanto à busca dos fatos

Não obstante o que foi afirmado acima, conforme já adiantado anteriormente, de um modo geral, a doutrina processualista brasileira (algumas exceções serão apontadas oportunamente) reserva pouco ou mesmo nenhum papel para a verdade dentro do processo. Considere-se, por exemplo, a passagem abaixo, de MARINONI e ARENHART:

“[A] noção de verdade é, hoje, algo meramente utópico e ideal (enquanto absoluto). (...) Diante dessa proteção legal (de forte intensidade) a outros interesses, ou, ainda, da submissão do mecanismo de ‘revelação da verdade’ a

⁵⁹ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World*, cit., p. 326 fala que “*under the majority vote in a two-candidate election, full core knowledge guarantees that a majority of voters get their more preferred outcome set*”.

⁶⁰ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World*, cit., p. 118.

⁶¹ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World*, cit., pp. 141-142.

⁶² “A proposta deste curso é a seguinte: a constituição, informada pelos princípios materiais do constitucionalismo – vinculação do Estado ao direito, reconhecimento e garantias de direitos fundamentais, não confusão de poderes e democracia – é uma *estrutura política conformadora do Estado*”. E segue: o “Estado Constitucional é ‘mais’ do que Estado de direito”. Baseia-se na legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação”, assim como na “legitimidade de uma ordem de domínio” e “legitimação do exercício do poder político”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, pp. 87 e ss.

certos requisitos, *parece não ser difícil perceber que o compromisso que o direito (e, em especial, o processo) tem com a verdade não é tão inexorável como aparenta ser*⁶³.

Os mesmos autores, em obra posterior, dedicada ao direito probatório, reafirmam a posição:

“Acreditar que o juiz possa analisar, *objetivamente*, um fato, sem acrescentar-lhe qualquer dose de subjetividade, é pura ingenuidade. (...) Quer-se um juiz que seja justo e apto a desvendar a essência ‘verdadeira’ do fato ocorrido no passado, mas reconhece-se que a falibilidade humana e o condicionamento dessa descoberta às formas legais não o permitem. (...) Exige-se, portanto, que o juiz seja um deus, capaz de desvendar a verdade velada pela controvérsia das partes. (...) Todavia, e sem que se precise de maior esforço para atingir essa conclusão, tal obra é impossível, somente se prestando como argumento retórico para justificar a ‘justiça’ da decisão tomada. O juiz é um ser humano como qualquer outro e sujeito, conseqüentemente, a valorações subjetivas da realidade que o cerca. A figura mítica do juiz, como alguém capaz de *descobrir* a verdade sobre as coisas e, por isso mesmo, apto a fazer justiça, deve ser desmascarada”⁶⁴.

Em sentido análogo, BAPTISTA DA SILVA:

“De resto, como disse um outro filósofo moderno, mesmo no campo das ciências *ditas da natureza*, ‘o conhecimento científico é sempre a reforma de uma ilusão’ (...), de modo que seria uma pura e pretenciosa ingenuidade imaginar que o processo civil seja instrumento capaz de permitir a determinação da verdade absoluta a respeito dos fatos. (...). Daí a afirmar LUIS RECASÉNS SICHES que os conceitos de ‘verdade’ e ‘falsidade’ são estranhos ao domínio do direito, em que deve ter lugar o que ele denomina ‘lógica do razoável’, diversa da lógica das ciências naturais (...)”⁶⁵.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil. V. 2. Processo de Conhecimento*. 6ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 253.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Ed. RT, 2010, pp. 34-37.

⁶⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil, v. 1, Processo de Conhecimento*. 7a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 321.

Em sentido similar, ALVARO DE OLIVEIRA:

“[F]orçoso é reconhecer que a verdade processual nunca é absoluta, mas relativa, e sempre em certa medida formalizada. Impossível, portanto, aceitar-se nessa matéria informalidade absoluta, como se o direito à prova fosse amplo e ilimitado, de modo que se alcance certeza sobre as alegações de fato da parte, tudo em prol do mito da verdade material, travestida de principal finalidade do processo. (...) [A] tendência atual inclina-se, decididamente, no sentido de libertar o juiz de cadeias formalísticas, tanto na avaliação da prova quanto na investigação dos fatos da causa, facilitando a formação de sua convicção com a verdade *possível*, própria da condição humana”⁶⁶.

O que essas passagens, aqui trazidas a título ilustrativo, demonstram, é uma sólida posição da doutrina processualista brasileira, no sentido daquilo que TWINING denomina Perfeccionista Desapontado⁶⁷ (conforme mencionado no item anterior). Ou seja, se a verdade absoluta (ou a Verdade com letra maiúscula⁶⁸) é inalcançável (inclusive no campo jurídico), isso automaticamente quereria dizer que a verdade não importa ou não é algo que diga respeito diretamente ao Direito⁶⁹.

Como também já foi abordado no item anterior, entretanto, tal raciocínio de “se”, “então”, acaba, reconhece a epistemologia, levando ao mencionado *non-sequitur*⁷⁰. Isto é, o fato de não se poder atingir a verdade em todos os casos, ou o fato do conhecimento e da busca no processo serem limitados, não trazem como consequência direta e necessária que a verdade deva ser abolida dos estudos da processualística como um fim concreto, e não meramente utópico.

Sobre a primeira pergunta, a resposta não apresentaria dificuldades para um leigo em direito, que afirmaria sem sombra de dúvidas ser intrinsecamente injusta

⁶⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil. Proposta de um Formalismo-Valorativo*. 3a. ed. Rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 177 e 178.

⁶⁷ TWINING, William. “Some Scepticism about Some Scepticisms”. cit., p. 103.

⁶⁸ TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade*, cit., p. 95.

⁶⁹ Entendendo, por outro lado, ser a verdade ideologicamente oportuna ao processo, MITIDIÉRO, Daniel. *Antecipação de Tutela. Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, pp. 95 e ss.

⁷⁰ TWINING, William. “Some Scepticism about Some Scepticisms”. cit., p. 104.

uma decisão que considere culpada ou inocente uma pessoa que não o é⁷¹. Isso, como já abordado, porque o que confere a veracidade ou a falsidade de um enunciado é o que realmente ocorre no mundo real.

Levando a questão para o campo da epistemologia, tem-se que um conflito jurídico não possa ser considerado *interest-based*, ou seja, desprovido de qualquer standard externo para sua resolução⁷² (como seria, por exemplo, se dois amigos que passassem a noite juntos tivessem um impasse diante do fato de um preferir jogar cartas e outro preferir ver um filme⁷³). Conflitos jurídicos são necessariamente *merit-based*, ou seja, há um critério externo que determina se alguém tem ou não razão⁷⁴.

Assim, se a regra do art. 121 do Código Penal afirma que quem matar alguém terá uma pena correspondente, será absolutamente injusto aplicar tal pena sem a ocorrência do fato previsto (matar alguém), da mesma forma como em um jogo de futebol será considerada injusta a decisão do juiz que considerar que houve marcação de gol quando, em verdade, a bola não ingressou inteiramente na goleira.

O Direito, ademais, tem como uma das suas funções precípua a ordenação de condutas⁷⁵. Isto é, prevê consequências jurídicas (como, por exemplo, sanções) para determinados atos, a fim de estimular alguns e proibir (ou coibir) outros. E as sanções, como é evidente, devem ser aplicadas somente a fatos que realmente ocorreram, como no exemplo acima sobre o homicídio.

Caso as sanções fossem atribuídas aleatoriamente⁷⁶, através de um sorteio, não haveria qualquer vinculação entre as condutas de cada um dos membros da sociedade e a probabilidade de ser sancionado, não existindo, assim, qualquer razão para que alguém se comportasse de acordo com o estabelecido pelas normas jurídicas. O Direito perderia sua capacidade de ordenar condutas⁷⁷.

⁷¹ HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*, cit., p. 60. Em sentido análogo, ANDERSON, Terence. SCHUM, David. TWINING, William. *Analysis of Evidence*. 2^a. Ed. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 82

⁷² GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World*, cit., p. 280.

⁷³ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World*, cit., p. 280.

⁷⁴ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World*, cit., p. 280.

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 8^a. Ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009, p. 36. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad*, cit., p. 22. Abordando as regras, mas mencionando expressamente a necessidade de *authoritative settlement*, bem como da determinação daquilo que deve ser feito, ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*. Durham e Londres: Duke University Press, 2001, pp. 12.

⁷⁶ O exemplo e o argumento são de FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 30

⁷⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*, cit., p. 30.

E pior: condenando inocentes, ou atribuindo outras consequências jurídicas sem a devida correspondência com a realidade, restaria afetada uma dimensão bastante importante da segurança jurídica, que é justamente a calculabilidade, isto é, “a capacidade do cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica (...)”⁷⁸. Tanto quem segue a lei quanto quem não segue teria as mesmas preocupações quanto à possibilidade de aplicação das sanções.

Isso basta, portanto, para que seja respondida a primeira pergunta formulada acima, no sentido de que, sendo o Direito *merit-based*, é necessário que a busca da verdade esteja entre seus fins; ou seja, a verdade quanto aos fatos não só importa, como é um dos fins do Direito (o assunto será, entretanto, novamente abordado no item que segue).

1.2.2. Da ligação entre a prova e a verdade

Sobre a segunda pergunta, cumpre frisar, em primeiro lugar, que prova e verdade não estão relacionadas de maneira conceitual, ou seja, como se a verdade de uma proposição fosse “condição necessária, mas não suficiente, para que se possa dizer que essa proposição está provada”⁷⁹, acarretando que um fato não pudesse restar provado e ser falso⁸⁰.

Não obstante, tal não parece ser a melhor opção. Um exemplo pode esclarecer a questão⁸¹. Como se sabe, os exames de DNA possuem grau muito elevado de acerto em casos de investigações de paternidade, mas, mesmo assim, alguma mínima margem de erro. Isso quer dizer que, em alguns casos, o exame apontará no sentido de que um indivíduo é pai de outro, mas essa informação será *falsa* (ou seja, não corresponderá com a realidade).

Sendo esse o caso, a afirmação de que o réu é pai do autor poderá certamente ser considerada provada (pelas razões que serão vistas em seguida), mas seguirá sendo *falsa*, justamente porque o réu não é pai do autor.

⁷⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 126.

⁷⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*, cit., p. 55.

⁸⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*, cit., p. 56.

⁸¹ O exemplo é de FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*, cit., pp. 36-37.

Exigir que uma hipótese seja considerada provada somente quando for verdadeira é levar ao Direito a um *standard* elevado em demasia, que não é utilizado em nenhum outro campo do conhecimento humano (nem, por exemplo, na medicina, em que estudos são feitos para corroborar mais ou menos as hipóteses).

A relação entre prova e verdade, portanto, vem melhor definida como sendo *teleológica*⁸², sustentando-se que não se reserva “à verdade qualquer papel definitivo da prova, mas essa é considerada o objetivo último da atividade probatória”⁸³.

É que, conforme salientado pela doutrina, a prova tem uma função instrumental com relação à apuração da verdade dos fatos⁸⁴, mas “a presença do meio (prova) não garante a obtenção do fim (a verdade)”⁸⁵. Como no exemplo destacado acima, do exame de DNA, com efeito, é perfeitamente possível que algo resulte provado, mas não seja verdadeiro.

Tal formatação de relação tem a vantagem de evitar todas as críticas feitas nos itens anteriores: ou seja, privilegia-se a verdade objetiva, correspondente a coisas que realmente ocorreram e coloca-se essa como um fim do processo, incluindo-se um *standard* externo de correção.

Ao mesmo tempo, preserva-se a possibilidade de reconhecimento do erro. Isto é, uma hipótese pode ser considerada provada, mediante altíssimo grau de corroboração, e ainda assim ser falsa. Isso porque restam mantidas as esferas conceituais de prova e de verdade, coisa que não ocorre ao se considerar que *p* está provado é igual a “é verdade que *p*”. Mantendo-se a diferença entre as noções de prova e verdade⁸⁶, com efeito, não se confunde um fim com um meio.

1.2.3. Do sentido de “está provado que *p*”

A concepção mais difundida sobre o tema é aquela que sustenta que “está provado que *p*” é o mesmo que “o juiz está convencido de que *p*”. É a visão, por exemplo, de LIEBMAN:

⁸² FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*, cit., p. 56. No mesmo sentido, KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 15.

⁸³ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*, cit., p. 56.

⁸⁴ TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici. Nozioni Generali*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 64.

⁸⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*, cit., p. 31.

⁸⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*, cit., p. 29.

“Naturalmente, por maior que possa ser o escrúpulo colocado nessa busca da verdade, e copioso e relevante o material probatório disponível, o resultado a que o juiz poderá chegar conservará, ainda assim, um valor essencialmente relativo: estamos no terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica”⁸⁷.

No mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA, que afirma que “a finalidade processual da prova é convencer o juiz”⁸⁸. Com posição análoga, SENTIS MELENDO:

“O juiz, mediante a prova, chega a um resultado que se traduz em uma convicção sobre os elementos que foram objeto da prova (...) É o que se pretende com a prova: alcançar a convicção, chegar a ela”⁸⁹.

O CPC brasileiro de 1973, em seu art. 131, parece também adotar tal posição:

“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*”⁹⁰.

Essa forma de ver a questão acarreta, entretanto, alguns problemas. O primeiro deles, bastante grave, é o de implicar logicamente uma infalibilidade do juiz⁹¹, através da eliminação de qualquer critério externo à decisão⁹². Se o convencimento do juiz é o que importa, mesmo que Pedro não tenha matado Maria, haverá de ser considerada justa a decisão que julgar em sentido contrário.

Tal concepção impossibilitaria até mesmo qualquer ideia sobre recurso quanto aos fatos, já que o segundo grau não poderia questionar o convencimento

⁸⁷ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile. Principi*. 7^a. ed. (atualizada por Vittorio Colesanti, Elena Merlin e Edoardo F. Ricci). Milano: Giuffrè, 2008, p. 296.

⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo 4, p. 225.

⁸⁹ SENTIS MELENDO, Santiago. *La Prueba. Los Grandes Temas del Derecho Probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, p. 40.

⁹⁰ Grifos nossos.

⁹¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*, *cit.*, p. 33.

⁹² TWINING, William. “Some Scepticism about Some Scepticisms”. *cit.*, p. 124. No mesmo sentido, HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010 (reimpressão; 1a. ed. 2008), p. 55.

peçoal do juiz, nem teria elementos para fazê-lo, mesmo que a decisão sobre os fatos viesse adequadamente motivada.

Além disso, a concepção daria azo a uma noção totalmente subjetivista da prova⁹³, acabando por consagrar uma falsa relação segundo a qual a convicção pessoal do julgador teria alguma (falsa) ligação necessária ou direta com o que resta provado. Tal fato suposição resta desmentida pelo fato de que em muitos casos os juízes *acreditam* em uma hipótese fática, mas acabam tendo que julgar provada outra, em sentido contrário⁹⁴, justamente por ter assim resultado objetivamente da instrução probatória.

O convencimento, a crença pessoal do juiz a respeito dos fatos, aliás, *deve* ser deixada de lado, verificando-se o que está realmente provado objetivamente⁹⁵. Afinal, o fato de que o juiz “ser adepto” de alguma hipótese não a torna mais ou menos passível de veracidade. Como já demonstrado nos itens anteriores, afinal, a verdade não necessita de adesão, e a crença de alguém sobre o Sol girar em torno da Terra não faz com que isso tenha maior ou menor possibilidade de ser verdadeiro.

Afastada tal concepção, pelos motivos acima expostos, resta, em seguida, avaliar a proposição doutrinária no sentido de que possa ser considerado provado algo quando existirem “elementos de juízo *suficientes* a favor de *p* (...), com independência da veracidade ou falsidade da proposição *p*”⁹⁶ (“elemento de juízo” vem aqui entendido como “qualquer enunciado fático descritivo de que se possam obter direta ou indiretamente inferências para a corroboração ou refutação da hipótese principal do caso”⁹⁷). Quem determina a suficiência da corroboração, por óbvio, não é a epistemologia, mas sim o Direito, através dos *standards* de prova⁹⁸.

Tal “versão” de “está provado que *p*” tem a vantagem de manter a possibilidade de verificação externa, permitindo controle sobre se a decisão foi feita de maneira adequada, assim como de tornar a *suficiência* da corroboração algo objetivo, determinado pelo Direito, através dos chamados *standards* de prova⁹⁹.

⁹³ FERRER BELTRÁN, Jordi. “Legal Proof and Fact-Finders’ Beliefs”. In: *Legal Theory*, V. 12, n. 04. Cambridge University Press, Dezembro de 2006, pp 293-314, esp. p. 297.

⁹⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. “Legal Proof and Fact-Finders’ Beliefs”, p. 297.

⁹⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. “Legal Proof and Fact-Finders’ Beliefs”, p. 298.

⁹⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*, cit., p. 37.

⁹⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*, cit., p. 35, n. 24.

⁹⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*, cit., p. 80.

⁹⁹ A doutrina brasileira ainda é muito tímida ao enfrentar o tema dos *standards* probatórios. Para uma exceção, vide KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, cit.

Ademais, leva-se ao Direito algo que já ocorre nas diversas áreas do conhecimento humano: o aumento de corroboração, através da investigação e da análise das provas, mas a noção de que mesmo o conhecimento mais corroborado cientificamente poderá, ao fim e ao cabo, ser demonstrado falso.

Com a adoção de tal solução, ainda, fica atendida a diferença entre prova e verdade, solucionando-se o problema apontado no exemplo do exame de DNA. Se, em uma ação de paternidade, houver elementos de juízo *suficientes* em favor de que o réu é pai do autor, a proposição (de que o réu é pai do autor) restará provada, e a ação deverá ser julgada procedente.

Entretanto, nos raros casos em que o exame de DNA der um resultado *falso*, a proposição sobre a paternidade estará provada, mas seguirá sendo falsa (a decisão, conforme será visto nos próximos itens, será, portanto, injusta).

Segue, dessa forma, sendo possível falar sobre decisões injustas, incorreta apuração dos fatos, inocentes condenados etc.

1.2.4. Da valoração racional da prova

Partindo da ideia de que o que está provado pode ser falso, parece, portanto, difícil responder a quarta pergunta formulada no início do presente item: como seria possível obter, através da prova, conhecimentos que possuam pretensão efetiva de veracidade?

Em primeiro lugar, cumpre destacar que mesmo a decisão sobre fatos baseada no lançamento da moeda pode, de maneira ocasional, chegar a conclusões verdadeiras¹⁰⁰. Assim, seguindo a ideia de correspondência explanada no item anterior, se, através do lançamento de dados, estabelecer-se que Pedro matou Maria e Pedro efetivamente tiver matado Maria, a proposição será verdadeira (isto é, corresponderá à verdade).

Não obstante, o Direito não faz “apostas” em fatos¹⁰¹, nem lhe interessam “acertos por casualidade”¹⁰², justamente por sua característica de ser ordenador de condutas e *merit-based*.

¹⁰⁰ HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law, cit.*, p. 98.

¹⁰¹ HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law, cit.*, p. 142

¹⁰² FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba, cit.*, p. 101.

Faz-se necessário, portanto, que as decisões sejam tendencialmente corretas (leia-se, verdadeiras), mas, ao mesmo tempo, justificadas¹⁰³. Em outras palavras, uma vez que não se aceitaria na maioria das sociedades atuais uma condenação com base na leitura de folhas de chá¹⁰⁴, ou a inadmissão de uma testemunha com base na cor do cabelo¹⁰⁵, faz-se necessária uma abordagem *racional* à prova.

Tal forma de decisão sobre os fatos, que traz pressuposta uma teoria correspondentista da verdade¹⁰⁶, contrasta com a irracional, como a batalha e os ordálios¹⁰⁷. Caracteriza-se pelo raciocínio indutivo, pelo entendimento de que a verificação de eventos pretéritos pode e deve ser feita pela análise (racional) das provas relevantes¹⁰⁸, verificando-se as probabilidades das alegações de fatos¹⁰⁹.

Atualmente, por exemplo, sabe-se que a leitura das folhas de chá, ou mesmo o lançamento de dados, não são formas racionais de valoração de provas justamente porque a folha de chá ou o dado não permitem a realização de qualquer inferência válida a respeito de determinada hipótese fática. A doutrina, mormente a epistemologia, fala, então, que alguém que sustenta a culpabilidade de um sujeito por homicídio baseando-se em uma leitura das folhas de chá não possui um *justified belief*¹¹⁰.

HAACK, falando sobre o conhecimento em geral, explica que o *belief* em um fato é mais ou menos justificado dependendo da qualidade da prova que o sustenta¹¹¹, isto é, a justificação vem em graus maiores ou menores¹¹². Quando alguém preenche um jogo de palavras cruzadas, escreve, por vezes, firmemente com caneta, e outras vezes de modo bem fraco com lápis¹¹³. Se duas pessoas acreditam que um acusado é inocente, uma por ter visto pessoalmente o sujeito longe da cena do crime na hora em que esse aconteceu e outra porque acredita que

¹⁰³ HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law, cit.*, p. 98.

¹⁰⁴ HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law, cit.*, p. 95.

¹⁰⁵ HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law, cit.*, p. 77.

¹⁰⁶ ANDERSON, Terence. SCHUM, David. TWINING, William. *Analysis of Evidence, cit.*, p. 79.

¹⁰⁷ ANDERSON, Terence. SCHUM, David. TWINING, William. *Analysis of Evidence, cit.*, p. 80. No mesmo sentido, TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade, cit.*, p. 20.

¹⁰⁸ ANDERSON, Terence. SCHUM, David. TWINING, William. *Analysis of Evidence, cit.*, pp. 82-83.

¹⁰⁹ ANDERSON, Terence. SCHUM, David. TWINING, William. *Analysis of Evidence, cit.*, pp. 82-83.

¹¹⁰ Veja-se que, através da utilização de “*justified*” novamente foge-se do problema da subjetivação das crenças. A justificação é, também, objetiva.

¹¹¹ HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*. 2a. ed. Expandida. New York: Prometheus Books, 2009, p. 118.

¹¹² HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology, cit.*, p. 118.

¹¹³ HAACK, Susan. *Defending Science – Within Reason: Between Scientism and cynicism*. New York, Prometheus Books, 2007, p.64.

ele possui um semblante honesto, a primeira estará com maior justificação para seu *belief*¹¹⁴. O grau de justificação, portanto, é algo intersubjetivo.

Outro ponto importante é que o grau de justificação pode mudar: HAACK dá o exemplo de alguém que “olha melhor”: “parecia que havia alguém na porta da frente, até que cheguei mais perto e vi que era somente a sombra do arbusto *hydrangea*”¹¹⁵.

A autora traz, então, a analogia das palavras cruzadas¹¹⁶ para explicar a obtenção de conhecimento: as entradas no jogo devem, ao mesmo tempo, “satisfazer” as dicas dadas e as palavras que se entrecruzam. Se, preenchendo a cruzadinha, imagina-se que no espaço de quatro letras a palavra seja “amor” (cruzando-se com a palavra “omelete”, tendo o “m” em comum), será necessário verificar se a entrada, independentemente de qualquer coisa, “satisfaz” a dica. Se essa for, por exemplo, “pneu utilizado em automobilismo”, não haverá suporte para definir que a palavra é “amor”. Entretanto, não dependerá somente disso, mas também da correção da entrada da palavra “omelete”. Ou seja: “omelete” dependerá de “amor” e vice-versa, e cada uma dessas dependerá de suas dicas.

Seriam necessários, portanto, um grau de *supportiveness* e um grau de *independent security*¹¹⁷, mas não só isso: saindo da analogia das palavras cruzadas, a autora refere que para determinar o *degree of justification* calharia, ainda, uma dimensão de *comprehensiveness*, algo como um princípio de *total evidence*. Isto é, alguém que não levasse em conta uma prova relevante, estaria certamente menos justificado¹¹⁸. Quanto mais provas relevantes são incluídas na pesquisa, maior é tendencialmente o grau de justificação.

A doutrina trabalha, ainda, com o conceito de *warrant*, ou seja, uma confirmação “geral, certificando a correção [*soundness*] de todos os argumentos do tipo apropriado”¹¹⁹. Em conhecido exemplo de TOULMIN, na frase “Harry nasceu em Bermudas, portanto, Harry é um sujeito britânico”, o *warrant* é que “um homem que nasce em Bermudas será um sujeito britânico”¹²⁰. Para HAACK, o grau de *warrant* de

¹¹⁴ HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology, cit.*, p. 119.

¹¹⁵ HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology, cit.*, p. 123.

¹¹⁶ HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology, cit.*, p. 129 e ss.

¹¹⁷ HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology, cit.*, p. 132.

¹¹⁸ HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology, cit.*, p. 132.

¹¹⁹ TOULMIN, Stephen E. *The Uses of Argument*. Ed. Atualizada. New York: Cambridge University Press, 2008 (reimp.), p. 92.

¹²⁰ TOULMIN, Stephen E. *The Uses of Argument, cit.*, p. 92.

uma assertiva depende também de *supportiveness of evidence*, *comprehensiveness* e *independent security*¹²¹.

Alguns *warrants* podem ser aceitos de maneira inequívoca, outros não,¹²² sendo possível o recurso a *backings for warrants*, isto é, afirmações categóricas para suporte direto das conclusões¹²³. Na frase acima mencionada (sobre Harry e as Bermudas), o *warrant* (“um homem que nasce em Bermudas será um sujeito britânico”) pode ter como *backing* a seguinte afirmação: “de acordo com os seguintes diplomas e outras previsões legais”¹²⁴.

Ambos os raciocínios demonstram, desde logo, que quanto mais completa for a busca, ou seja, quanto mais *warranted* estiver uma assertiva sobre um fato, mais *justified* será o *belief* do sujeito (obviamente, intersubjetivamente).

Para o raciocínio probatório dentro do processo, como assinala TARUFFO, a forma de procedimento é bastante análoga. É importante verificar, portanto, quais os critérios que estão por trás das inferências feitas a partir da prova¹²⁵, para constatar se a inferência feita pode ser considerada fundada ou não¹²⁶.

Assim, é importante verificar a qualidade das generalizações utilizadas para a inferência. Uma afirmação como “todos os solteiros não são casados”¹²⁷, por exemplo, é universal, permitindo inferências com altíssimo grau de corroboração¹²⁸. Outras, apesar de não universais, conferem graus bastante elevados de probabilidade, permitindo, também, inferências de grau elevado¹²⁹. Outras ainda, são inferências baseadas em generalizações com base na “normalidade”, gerando, na melhor das hipóteses, graus de confirmação baixos¹³⁰,

As generalizações espúrias¹³¹, por fim, são aquelas que, quando dirigidas a grupos de pessoas, são taxadas de *preconceitos*¹³²; são constituídas por proposições que não possuem qualquer prova em suporte¹³³, base científica ou

¹²¹ HAACK, Susan. *Defending Science – Within Reason: Between Scientism and cynicism*, cit., p. 67.

¹²² TOULMIN, Stephen E. *The Uses of Argument*, cit., p. 93.

¹²³ TOULMIN, Stephen E. *The Uses of Argument*, cit., p. 98.

¹²⁴ TOULMIN, Stephen E. *The Uses of Argument*, cit., pp. 97-98.

¹²⁵ TARUFFO, Michele. *La Prova nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2012, pp. 223-224.

¹²⁶ TARUFFO, Michele. *La Prova nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 224.

¹²⁷ SCHAUER, Frederick. *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Londres: The Belknap of Harvard University Press, 2003, p. 7.

¹²⁸ TARUFFO, Michele. *La Prova nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 225.

¹²⁹ TARUFFO, Michele. *La Prova nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 226.

¹³⁰ TARUFFO, Michele. *La Prova nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 226.

¹³¹ SCHAUER, Frederick. *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, cit., pp. 13 e ss.

¹³² SCHAUER, Frederick. *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, cit., p. 15.

¹³³ SCHAUER, Frederick. *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, cit., p. 15.

mesmo estatística¹³⁴ (algo como “Capricornianos são autoconfiantes”¹³⁵). Justamente por isso, não podem servir para a formulação de inferências¹³⁶.

Ainda quanto à valoração da prova dentro do processo, pelo menos duas outras formulações devem ser levadas em conta. Ambas, entretanto, conforme será visto, não contradizem ou excluem aquilo que foi dito acima.

A primeira delas, por ordem cronológica, é de FERRER BELTRÁN. Segundo o autor, as hipóteses, para serem levadas a sério, devem, antes de tudo, ser¹³⁷: (1) consistentes logicamente; (2) fundadas em conhecimento existente; (3) empiricamente contrastáveis; (4) contrastáveis imediatamente, e (5) ter como objeto fatos juridicamente relevantes.

A corroboração de uma hipótese que passa por esse “teste” preliminar supõe, a seguir, segundo o espanhol, a possibilidade de fazer predições sobre evento ou estado de coisas empiricamente contrastáveis¹³⁸. Se o cumprimento da predição for verificado, isso levará, em princípio, ao apoio indutivo da hipótese¹³⁹.

Para fazer tal predição, o raciocínio incluiria¹⁴⁰: a hipótese (“H”, como, por exemplo, “Pedro efetuou o disparo do tiro”), os supostos auxiliares (“SA”, como “o disparo deixa nas mãos de quem o efetua rastros que podem ser verificados através de determinado exame”) e as condições iniciais (“CI”, como “se o autor não estivesse usando luvas no momento dos disparos”). A estrutura do pensamento seria, portanto: “H e SA e CI → P”.

Ou seja, seria possível predizer que, se Pedro foi realmente quem efetuou os disparos e não estava usando luvas, terá rastros nas mãos. Se Pedro realmente tiver rastros, a hipótese “H” mencionada acima terá sido apoiada indutivamente.

Porém, da mesma forma como ocorria no raciocínio demonstrado anteriormente, é possível que os “SA” e os “CI” contenham equívocos¹⁴¹. Quanto aos “SA”, principalmente, é importante verificar que esses também são integrados

¹³⁴ SCHAUER, Frederick. *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, cit., p. 14.

¹³⁵ SCHAUER, Frederick. *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, cit., p. 13

¹³⁶ TARUFFO, Michele. *La Prova nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 226

¹³⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*, cit., p. 130.

¹³⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*, cit., p. 131.

¹³⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*, cit., p. 132.

¹⁴⁰ O exemplo pode ser encontrado também em FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*, cit., pp. 131-132.

¹⁴¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*, cit., p. 132.

por generalizações empíricas¹⁴², de modo que é necessário, também com esse raciocínio, verificar a qualidade dessas¹⁴³.

Veja-se, novamente, que também através de tal raciocínio resta a possibilidade de que algo seja muito bem corroborado, ou pouco. Da mesma forma, resta a possibilidade de que algo muito bem corroborado ainda assim seja falso, como, por exemplo, se houver uma informação falsa sobre o sujeito não estar usando luvas no momento dos disparos.

Por fim, cumpre seja analisada a recente proposta sobre a valoração das provas formulada por Ho. O autor faz uma formulação ligada ao *justified belief* dentro do Direito, formulando a seguinte “fórmula”:

“O *fact-finder* deve concluir que *p* se (i) uma pessoa teria justificação para acreditar *de maneira suficientemente forte* em *p* levando em conta somente as provas admitidas, ignorando qualquer prova inadmissível a que a pessoa pudesse ter sido exposta, e não se baseando em qualquer linha de raciocínio probatório proibida por lei no caso em questão; e (ii) se a pessoa concluísse que *p*, ela concluiria que *p* pelo menos parcialmente porque uma pessoa teria justificação para acreditar que *p* diante de (i)”¹⁴⁴.

É importante notar que a utilização da palavra “one” (traduzida livremente acima como “uma pessoa”), assim como a palavra *justified*, retiram a subjetividade, passando para um patamar objetivo de justificação; não importa a crença pessoal do julgador¹⁴⁵. Como salienta o autor (e conforme já mencionado), a condição “(i)” não será satisfeita, não resultando justificado o *belief*, se esse partir de uma prova irracional (como a leitura das folhas de chá)¹⁴⁶.

¹⁴² FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*, cit., p. 132

¹⁴³ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*, cit., p. 132. Novamente, vale aqui o mencionado por TARUFFO, Michele. *La Prova nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2012, pp. 223-224.

¹⁴⁴ A expressão original é: “*The fact-finder must find that p only if (i) one would be justified in believing sufficiently strongly that p if one were to take into account only the admitted evidence, ignore any inadmissible evidence to which one might have been exposed, and avoid reliance on any line of evidential reasoning that the law might forbid in the case at hand; and (ii) if one found that p, one would find that p at least in part because one would be justified in believing that p under (i)*”. HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*, cit., p. 93.

¹⁴⁵ HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*, cit., p. 95.

¹⁴⁶ HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*, cit., p. 95.

A regra acima apresentada tem uma função essencialmente epistêmica¹⁴⁷. Entretanto, novamente aqui, é necessário que o raciocínio vise à busca da verdade, no sentido de que o *belief* seja formado, revisado e abandonado tendo como parâmetro justamente a verdade¹⁴⁸. O raciocínio, em outras palavras, deverá ser *truth-conducive*¹⁴⁹, operando a verdade como um verdadeiro *standard de correção*¹⁵⁰.

Dessa forma, segundo o autor, o fim mediato do direito probatório será a obtenção de *justified beliefs*, que satisfaçam a regra epistêmica mencionada¹⁵¹. Entretanto, o fim mediato será a obtenção de *knowledge*, entendido pelo autor como o *justified belief* que também satisfaça o *standard de correção*¹⁵².

O que é importante reter de todos os pensamentos até aqui mencionados, portanto, é que, mesmo que a relação entre prova e verdade seja teleológica, o processo judicial pode ser equipado de maneira mais ou menos *truth-conducive* ou *truth-oriented*. Ou seja: quanto melhor o processo estiver equipado para a busca da verdade, melhor será o grau de corroboração das hipóteses, e mais justificadas estarão as decisões sobre os fatos. Tais aspectos serão retomados com mais profundidade no próximo item.

1.3. Processo justo, decisão justa e a necessidade de um procedimento organizado para a busca da verdade e, conseqüentemente, orientado tendencialmente à completude do material probatório

Já foi salientado nos itens anteriores que uma decisão baseada em fatos que não ocorreram é uma decisão tendencialmente injusta. Cumpre ora, antes de qualquer coisa, aprofundar tal ideia, para, posteriormente, verificar a configuração necessária do processo justo no sentido tendencial da busca da verdade e da completude do material probatório.

As perguntas iniciais do presente tópico serão: (i) quais são os elementos necessários para que uma decisão possa ser considerada justa e o que significa

¹⁴⁷ HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law, cit.*, p. 97.

¹⁴⁸ HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law, cit.*, p. 101.

¹⁴⁹ HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law, cit.*, p. 105.

¹⁵⁰ HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law, cit.*, p. 105.

¹⁵¹ HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law, cit.*, p. 106.

¹⁵² HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law, cit.*, p. 106.

“processo justo”? (ii) Como é possível avaliar e aprimorar um sistema processual concreto quanto à busca da verdade?

1.3.1. Decisão justa e processo justo

Já foi salientado pela doutrina que não é possível eleger-se um único critério idôneo para avaliar a justiça da decisão¹⁵³. Entende, portanto, TARUFFO que seriam necessários pelo menos três critérios, todos necessários, mas nenhum, sozinho, suficiente para garantir a justiça da decisão¹⁵⁴.

Os critérios são os seguintes¹⁵⁵: (a) correta escolha e interpretação da regra jurídica; (b) apuração adequada dos fatos relevantes do caso; (c) emprego de um procedimento válido e justo para chegar à decisão. Para o escopo do presente trabalho será importante avaliar os itens (b) e (c), ficando o item (a) fora do escopo da pesquisa.

Como se pode verificar, portanto, tal concepção a respeito da decisão justa contém duas informações bastante importantes: a primeira, já constatada ao longo de todo o presente estudo, no sentido de que a verdade é o *standard de correção* de uma decisão¹⁵⁶. Isto é, sendo o Direito *merit-based*¹⁵⁷, é necessário que as normas jurídicas sejam aplicadas a fatos que efetivamente ocorreram, sob pena de que a decisão seja injusta¹⁵⁸.

A segunda, que passará a ser enfrentada a partir de agora, no sentido de que não basta, para a obtenção da decisão justa, que o processo tenha seguido “as regras do jogo”.

Na Constituição de nossa República o “processo justo” vem previsto no art. 5º. LIV da CRFB. A nomenclatura utilizada, entretanto, “devido processo legal”, vem criticada pela doutrina por duas questões¹⁵⁹: em primeiro lugar, por remeter “ao contexto cultural do *Estado de Direito* (...), em que o processo era concebido

¹⁵³ TARUFFO, Michele. “Idee per una Teoria della Decisione Giusta”. In: *Sui Confini – Scritti Sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, pp. 219-234, esp. p. 224.

¹⁵⁴ TARUFFO, Michele. “Idee per una Teoria della Decisione Giusta”, *cit.*, p. 224.

¹⁵⁵ TARUFFO, Michele. “Idee per una Teoria della Decisione Giusta”, *cit.*, p. 224.

¹⁵⁶ HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*, *cit.*, p. 106.

¹⁵⁷ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World*, *cit.*, p. 280.

¹⁵⁸ TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade*, *cit.*, p. 142.

¹⁵⁹ As críticas são de SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 616.

unicamente como um *anteparo ao arbítrio estatal*¹⁶⁰. “O Estado constitucional é ‘mais’ do que Estado de direito”¹⁶¹. Em segundo lugar, porque no direito brasileiro não há espaço para a dimensão substancial¹⁶² do *due process* estadunidense, à qual naturalmente a expressão *devido processo* remete¹⁶³.

O justo processo possui fundamentalidade tanto formal (entendida como quando os direitos se “beneficiam da positivação constitucional”¹⁶⁴) quanto material (entendida como quando um direito “é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”¹⁶⁵).

A formal encontra-se no já mencionado art. 5º. LIV da CRFB. A material, por sua vez, vem constatada pelo fato de que o processo justo “é o que impede a degradação de qualquer pessoa à condição de mero objeto de procedimentos e decisões estatais, de modo geral, ou de procedimentos e decisões judiciais, de modo particular”¹⁶⁶.

Além disso, configura-se como direito a prestações em sentido amplo¹⁶⁷, mais especificamente como direito à participação na organização e procedimento¹⁶⁸, acarretando um verdadeiro dever par o legislador de efetivamente organizar um processo idôneo à tutela dos direitos¹⁶⁹ (o que, por óbvio, deve incluir uma apuração adequada dos fatos da causa).

Note-se o ponto: não é suficiente que o legislador organize “algum” processo; é necessário que esse seja organizado de modo a estar em sintonia com as exigências do Estado Constitucional, o que, como mencionado, deve incluir a tutela adequada dos direitos.

¹⁶⁰ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 616.

¹⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7a. Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 100.

¹⁶² ÁVILA, Humberto. “O que é ‘devido processo legal’?”. In: *Revista de Processo*, vol. 163, Setembro de 2008, pp. 50-59.

¹⁶³ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 616.

¹⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7a. Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 406.

¹⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 379.

¹⁶⁶ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 144.

¹⁶⁷ A classificação é de SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7a. Ed. Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Pp. 195-196.

¹⁶⁸ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 616

¹⁶⁹ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 616

Mesmo destacando que definição em abstrato de uma conformação cabal do direito ao processo justo é tarefa impossível¹⁷⁰, traçam SARLET, MARINONI e MITIDIERO um perfil mínimo para o justo processo:

“O juiz é paritário no diálogo e assimétrico no momento da imposição de suas decisões. Em segundo lugar, constitui processo capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, em que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas, em, contraditório, com ampla defesa, com direito à prova, perante juiz natural, em que todos os seus pronunciamentos são previsíveis, confiáveis e motivados, em procedimento público, com duração razoável e, sendo o caso, com direito à assistência jurídica integral e formação de coisa julgada”¹⁷¹.

MATTOS, em sentido análogo, sintetiza assim:

“[O] direito fundamental a um processo justo, como princípio jurídico-constitucional, compreende o direito a um processo legal e informado por direitos fundamentais, celebrado em clima de boa-fé e lealdade de todos aqueles que de qualquer forma dele participam, adequado ao direito material e às exigências do caso concreto, e, enfim, voltado para a obtenção de uma proteção judicial efetiva”¹⁷².

Não obstante, como salienta a doutrina, o “processo não se presta tão-somente para a elaboração de uma decisão, nem esta se legitima só por ter sido imposta segundo os cânones do rito (...)”¹⁷³; “(...) a observância do procedimento não garante necessariamente a produção de um resultado justo”¹⁷⁴.

Seguir as regras do jogo certamente é uma condição importante para a justiça da decisão, mas por si só insuficiente. A “*procedural justice*”, portanto, que vê o próprio processo como uma garantia suficiente para a justiça da decisão, não pode mais ser aceita; daí porque para que o processo seja realmente justo, é necessário

¹⁷⁰ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 618.

¹⁷¹ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 619.

¹⁷² MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*, cit. p. 253.

¹⁷³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*, cit., p. 219.

¹⁷⁴ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 181.

que esse seja arquitetado para a tendencial obtenção de decisões justas¹⁷⁵, o que encontra como um de seus critérios, como mencionado, uma adequada busca da verdade.

1.3.2. Da necessidade de um procedimento organizado para a busca da verdade e, conseqüentemente, orientado tendencialmente à completude do material probatório

O problema da verdade, portanto, na medida em que inserido no direito fundamental à prova¹⁷⁶, também faz parte da conformação mínima do processo justo.

Em nosso ordenamento jurídico, com efeito, o direito à prova, como não poderia deixar de ser, não só é um elemento essencial ligado ao princípio processo justo”, mas também um direito com estatura fundamental, tanto formal quanto material.

Tal direito vem previsto em dois incisos do art. 5º. da CRFB. Primeiramente, no inciso LVI, que proíbe a admissão de provas ilícitas e, por via de consequência, permite a admissão das provas lícitas. Em segundo lugar, no inciso LV, em que, ao garantir o contraditório e a ampla defesa, o legislador constitucional explicitamente faz referência à asseguuração dos *meios inerentes* a essa; entre tais meios inerentes, deve considerar-se incluído o direito à prova.

Sua fundamentalidade material, por outro lado, está ligada ao que já foi dito anteriormente, no sentido de que o Direito tem a função de ordenação de condutas e que, para que isso ocorra, faz-se mister que a decisão se baseie em fatos que realmente ocorreram (pressupondo verdade objetiva e por correspondência); daí que, pressupondo a relação teleológica entre a prova e a verdade, o direito à prova constitui verdadeiro fundamento material de nosso ordenamento jurídico.

Justamente pela ligação teleológica entre prova e verdade, é necessário, portanto, que o processo seja dotado de mecanismos para maximizar e melhorar a busca da verdade. Em outras palavras, o direito à prova só terá seu núcleo duro

¹⁷⁵ TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade*, cit., p. 141. No mesmo sentido, CHIARLONI, Sergio. “Giusto Processo, Garanzie Processuali, Giustizia Della Decisione”. In: Revista de Processo, vol. 152, Outubro de 2007, pp. 87 e ss., esp. item 8.

¹⁷⁶ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 656 e MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*, cit. p. 213.

realizado se o justo processo for ordenado de forma a se tornar “*truth-conducive*”¹⁷⁷, “*truth-oriented*”¹⁷⁸, já que “a característica distintiva de uma busca genuína [não só no Direito, mas em qualquer campo do conhecimento humano] é o fato de quem busca querer *encontrar a verdade de alguma questão*”¹⁷⁹.

A questão não se liga exclusivamente com a admissibilidade da prova. No sistema brasileiro, por exemplo, abstratamente são admissíveis todas as provas que não forem obtidas por meios ilícitos (conforme art. 5º. LVI da CRFB), afirmando o art. 130 do CPC brasileiro serem inadmissíveis apenas as provas “inúteis ou meramente protelatórias” (definidas pela doutrina como impertinentes, incontroversas e/ou irrelevantes).¹⁸⁰

O sistema parece, portanto, não excluir de maneira significativa a admissão de provas relevantes (exceto em casos, por exemplo, de proibição de provas ilícitas, ou de sigilos). Entretanto, isso, por si só, não é suficiente.

Não por acaso, portanto, ANDERSON, SCHUM e TWINING, esclarecem que, para a Tradição Racionalista, a concepção do direito à prova está ligada, não só à verdade como condição necessária para o atingimento da justiça, sendo resultados incorretos considerados formas de injustiça¹⁸¹; à utilização de métodos racionais de determinação de questões de fato¹⁸², e a julgamentos sobre probabilidades das alegações de determinados eventos pretéritos através de raciocínio a partir de provas relevantes apresentadas ao *decision-maker*¹⁸³, mas também ao fato de que tudo isso deve ser visto sob o prisma de que, sendo a verdade um *standard* externo de correção¹⁸⁴, a avaliação das instituições, regras, procedimentos e técnicas de *fact-finding* deverá ter como base crucial de avaliação sua capacidade de maximizar a acuidade da determinação dos fatos.¹⁸⁵

¹⁷⁷ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World.*, cit., p. 29. HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*, cit., p. 101.

¹⁷⁸ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World.*, cit., p. 281.

¹⁷⁹ HAACK, Susan. “Confessions of an Old-Fashioned Pragmatist”, cit., p. 8.

¹⁸⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2010, vol. 1, p. 45. Pertinente será aquela prova que disser respeito ao mérito da causa; relevante aquela que tiver o condão de alterar o resultado do julgamento, e controversa aquela que contar com mais de uma versão nos autos.

¹⁸¹ ANDERSON, Terence. SCHUM, David. TWINING, William. *Analysis of Evidence*, cit., p. 82.

¹⁸² ANDERSON, Terence. SCHUM, David. TWINING, William. *Analysis of Evidence*, cit., 82.

¹⁸³ ANDERSON, Terence. SCHUM, David. TWINING, William. *Analysis of Evidence*, cit., 82.

¹⁸⁴ HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*, cit., p. 106.

¹⁸⁵ ANDERSON, Terence. SCHUM, David. TWINING, William. *Analysis of Evidence*, cit., 83.

Isso, que demonstra que a verdade deve ser colocada como um dos objetivos centrais¹⁸⁶ e primários do processo¹⁸⁷, não quer, por outro lado, dizer que a verdade se torne um único fim¹⁸⁸, absoluto desse¹⁸⁹, ou que deva ser buscada a qualquer custo, por si mesma¹⁹⁰, eliminando-se as outras finalidades. A doutrina, de resto, há tempos aponta neste sentido: “dizer que algo é a finalidade e uma instituição ou atividade não exclui que existam outras finalidades ou propósitos”¹⁹¹. “[V]alores *truth-conducive* não podem ter uma consideração mais importante do que todo o resto em processos judiciais”¹⁹².

Citam-se, exemplificativamente, outros fins, como “tempo, justiça (...)”¹⁹³, “privacidade e dignidade humana, demandas de estabilidade na tomada de decisões (...) e custos (...)”¹⁹⁴, além de exemplos de proteções que acarretam diminuição do conhecimento levado a juízo, como a regra que proíbe a utilização de provas obtidas por meios ilícitos¹⁹⁵ e as regras que protegem os sigilos¹⁹⁶.

A preocupação, entretanto, segue, ou seja, de saber-se como, dentro de tais balizas, proceder para que, na feliz expressão doutrinária, seja possível maximizar a acuidade da determinação dos fatos.

A epistemologia dos últimos anos, tendo resgatado a importância da verdade nas buscas nas diversas áreas do conhecimento humano, tem apontado no sentido de que, conforme já mencionado nos itens anteriores, os graus de *warrant* poderão ser aumentados proporcionalmente à maior ou menor corroboração objetiva das hipóteses, fazendo com que seja um objetivo de toda e qualquer pesquisa a busca pela *comprehensiveness*¹⁹⁷, a completude.

Isso quer dizer que qualquer investigação *truth-oriented* deve providenciar uma busca ampla tendo o fim de que todas as provas relevantes estejam incluídas nessa.

¹⁸⁶ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World.*, cit., p. 279.

¹⁸⁷ HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*, cit., p. 69.

¹⁸⁸ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World.*, cit., p. 284.

¹⁸⁹ HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*, cit., p. 69.

¹⁹⁰ HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*, cit., p. 68.

¹⁹¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*, cit., p. 31.

¹⁹² DAMAŠKA, Mirjan R. "Truth in Adjudication", cit., p. 301.

¹⁹³ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World.*, cit., p. 279.

¹⁹⁴ DAMAŠKA, Mirjan R. "Truth in Adjudication", cit., p. 301

¹⁹⁵ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World*, cit., p. 6.

¹⁹⁶ TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade*, cit., p. 178.

¹⁹⁷ HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*, cit., p. 132.

Isso porque “a qualidade da prova de uma pessoa, e, portanto, o grau de *warrant* de uma assertiva sua, também depende da quantidade de provas relevantes que sua prova inclui”¹⁹⁸; e mais: “um conjunto probatório maior (...) é geralmente um indicador melhor do *truth-value* de uma hipótese do que um menor”¹⁹⁹.

De um modo geral, aliás, em campos de conhecimento humano afastados do processo judicial, quando não há provas suficientemente boas, a saída sugerida pela epistemologia é a busca por mais provas²⁰⁰; justamente porque algo corroborado por poucas provas, confere, em geral, um grau de justificação muito pequeno.

O ponto é até mesmo instintivo: se alguém procura um médico e é diagnosticado com uma doença, certamente preferirá que lhe seja prescrito um remédio que já foi testado e aprovado cientificamente; isto é, um remédio que já tenha passado por diversos estudos e cuja eficácia e segurança tenham sido, assim, corroboradas em todos os testes. Afinal, cada teste novo a que o medicamento é submetido confere um aumento de grau de corroboração no sentido de sua eficácia e segurança.

Por outro lado, alguém que recebe do médico a informação de que se trata de um remédio novo, sem eficácia comprovada cientificamente, terá certamente menores razões para ter um *justified belief* no sentido de que tal medicamento poderá auxiliar no tratamento de sua doença. Além disso, terá que decidir sobre se está disposto ou não a correr o risco de que o medicamento lhe possa causar efeitos colaterais graves, até então desconhecidos, pois não testados.

Os medicamentos, com efeito, passam por diversas etapas de testes²⁰¹, antes de chegarem ao mercado, a fim de que seja aumentada a corroboração sobre a segurança de sua utilização. Primeiro são feitos testes em animais (estudos pré-clínicos), após iniciam-se os estudos clínicos, divididos em quatro fases (a primeira com vinte a cem indivíduos, a segunda com cem a trezentos e a terceira com mil a

¹⁹⁸ HAACK, Susan. *Defending Science – Within Reason*, cit., p. 68.

¹⁹⁹ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World.*, cit., p. 292.

²⁰⁰ HAACK, Susan. *Defending Science – Within Reason*, cit., p. 73.

²⁰¹ As etapas descritas a seguir são encontradas em PESTANA, José Osmar Medina; CASTRO, Maria Cristina Ribeiro de; PEREIRA, Walter Antonio. “Pesquisa Clínica e Farmacovigilância”, 2006, disponível em http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/manual_do_transplantado/Farmacovigilancia.pdf. Último acesso em 10/02/2014, às 19:22. As informações constam, ainda, no sítio <http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/pesquisa/def.htm>, da ANVISA.

três mil)²⁰². Para poder ser comercializado, o medicamento deve passar nas três primeiras, ficando, em seguida, na quarta fase, em período de farmacovigilância.

Da mesma forma ocorre com um detetive²⁰³; se, acreditando na culpabilidade de um sujeito, esse deixa de avaliar provas relevantes, que poderiam, inclusive, determinar a inocência do acusado (exemplo, uma ponta de cigarro encontrada na cena do crime que deixa de ser analisada ou investigada), estará certamente correndo o risco de que tais provas, excluídas, pudessem refutar a justificação da hipótese por ele formulada.

TARUFFO, com efeito, assevera:

“[N]ão parece haver dúvida de que no plano epistêmico deva valer a regra segundo a qual o grau de confirmação de uma hipótese aumenta com a obtenção de provas ulteriores, visto que a situação ótima é a de que todas as provas possíveis sejam obtidas”²⁰⁴.

No processo judicial, com efeito, a questão epistêmica não é diferente. Se é certo que nesse existem limitações de custos e de tempo e exclusões por força de lei para a garantia de outros direitos e deveres, que, de um modo geral, não existem em outras áreas do conhecimento, é também certo que a ampliação do material probatório *deve* ser um objetivo do legislador e de um operador do Direito atento às necessidades impostas pelo processo justo e pelo direito fundamental à prova. É imprescindível, pois, a organização do processo de forma que o seja minimizada a quantidade de provas relevantes não levadas ao processo.

A questão tem importância central quanto ao objetivo de que o processo seja *truth-oriented*, na medida em que uma só prova relevante inadmitida ou não levada ao processo pode determinar que a conclusão sobre os fatos fosse radicalmente diferente, ou mesmo oposta, da conclusão sem aquela prova, afastando-se da verdade e, portanto, da decisão justa.

Vendo-se o direito à prova como um elemento fundamental do processo justo e, conseqüentemente, do Estado Constitucional, faz-se mister que o legislador e o juiz não poupem esforços para que o conjunto probatório seja o mais completo

²⁰² PESTANA, José Osmar Medina; CASTRO, Maria Cristina Ribeiro de; PEREIRA, Walter Antonio. “Pesquisa Clínica e Farmacovigilância”, *cit.*, p. 4-5.

²⁰³ O exemplo, aqui adaptado, é de HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*, *cit.*, p. 167.

²⁰⁴ TARUFFO, Michele. *La Prova nel Processo Civile*, *cit.*, p. 223-224.

possível, o que, conforme a epistemologia e a processualística mais ligada às exigências da verdade, terá o condão de propiciar decisões tendencialmente mais justas.

Afinal, aumentar a qualidade e a amplitude do material probatório tem como consequência o aumento da corroboração das hipóteses fáticas. Isso acarreta, por sua vez, maior qualidade na apuração dos fatos, maior acuidade do processo para o “aporte” da verdade e, conseqüentemente, um processo orientado tendencialmente à obtenção de decisões mais justas. Um processo, em resumo, mais justo.

No próximo capítulo, portanto, será vista a solução que o legislador brasileiro deu ao problema, problematizando-se, em seguida, sobre se essa tem se mostrado suficiente e, na terceira parte, propondo-se uma nova possível conformação para a questão.

Antes, porém, convém analisar um exemplo prático, adaptado a partir daquele trazido por ANDERSON, SCHUM e TWINING, que pode esclarecer a centralidade da questão ora posta, no sentido de que, aumentando o conjunto probatório, aumenta-se o grau de corroboração das hipóteses.

Um homem é morto às 4:30 da manhã do dia primeiro de janeiro²⁰⁵. Uma testemunha afirma ter visto uma pessoa com as características do suspeito entrar na casa do morto às 04:15 da manhã²⁰⁶, e outra afirma ter visto o suspeito sair do edifício às 4:45 da manhã²⁰⁷. Além disso, é encontrado um pedaço de *tweed* marrom da Harris na mão direita do cadáver²⁰⁸, e um casaco de *tweed* marrom da Harris na casa do suspeito²⁰⁹.

Os elementos surgidos até então (dando por certa a credibilidade das testemunhas, para facilitar a argumentação), apontam no sentido de que o suspeito esteve na cena do crime. A polícia, a partir daí, iria, portanto, buscar outras evidências, como a arma do crime, a bala etc.

Se, por exemplo, fosse encontrada na casa do suspeito uma arma com as digitais desse e o exame de balística revelasse que a bala fatal fora disparada por aquela arma, certamente haveria corroboração além de qualquer dúvida razoável no sentido de que o suspeito realmente cometera o crime.

²⁰⁵ ANDERSON, Terence. SCHUM, David. TWINING, William. *Analysis of Evidence, cit.*, p. 40

²⁰⁶ ANDERSON, Terence. SCHUM, David. TWINING, William. *Analysis of Evidence, cit.*, p. 40.

²⁰⁷ ANDERSON, Terence. SCHUM, David. TWINING, William. *Analysis of Evidence, cit.*, p. 96.

²⁰⁸ ANDERSON, Terence. SCHUM, David. TWINING, William. *Analysis of Evidence, cit.*, p. 94.

²⁰⁹ ANDERSON, Terence. SCHUM, David. TWINING, William. *Analysis of Evidence, cit.*, p. 110.

Entretanto, mesmo diante de tais elementos de prova, se surgisse alguma prova que comprovasse cabalmente que o suspeito estava em outro lugar no momento do crime, uma dúvida razoável estaria criada, impedindo, teoricamente, a condenação.

Tal poderia facilmente ocorrer, por exemplo, se uma câmera, instalada pela polícia para monitorar a estrada, mostrasse que, no momento do homicídio, o suspeito estava, em verdade, em um local a milhares de quilômetros da cena do crime, tendo, inclusive, sido parado por um policial por estar conduzindo em excesso de velocidade.

Tais elementos de prova, conforme mencionado, permitiriam uma inferência baseada em uma generalização universal (ou seja, com alto grau de corroboração), no sentido de que uma pessoa não pode estar em dois lugares ao mesmo tempo; ou seja, o suspeito não poderia estar na cena do crime.

Veja-se que, se por algum motivo, as provas sobre o suspeito estarem em outro lugar fossem excluídas ou não levadas ao processo, certamente o julgador teria elementos suficientes para a condenação. Imagine-se, por exemplo, que, tendo recebido a informação de que o suspeito teria sido filmado em outro lugar, a polícia não checasse a informação.

O processo de investigação, ao ignorar a possível existência de provas relevantes, estaria sendo conduzido de maneira muito menos *truth-oriented*, pela exclusão de uma prova relevante, gerando, conseqüentemente, uma possibilidade maior de que a decisão se baseasse em fatos errados, ou seja, de que fosse injusta.

Por outro lado, se todas as informações fossem checadas e, imagine-se, tal filmagem não existisse em realidade, não passando de um argumento vazio da defesa do suspeito, os elementos de prova seriam uníssonos no sentido da condenação.

O exemplo utilizado serve, pois, como adiantado, para uma vez mais comprovar que, tanto no Direito como nas demais áreas do conhecimento humano, a busca pela máxima completude do material probatório faz com que as decisões e os *beliefs* sejam mais justificados, configurando, portanto, processos mais *truth-oriented* e com maior vocação para a produção de decisões justas.

2. O estado das coisas: ônus da prova e as tentativas atuais de ampliação do material probatório

Postas as premissas que embasam o presente estudo, cumpre, a seguir, verificar a evolução do processo civil na busca do material probatório, notadamente quanto à repartição das “tarefas” probatórias entre as partes e o juiz.

Antes de qualquer coisa, portanto, verificar-se-á o delineamento tradicional do ônus da prova, como regra de julgamento, dirigida ao juiz, e como regra de instrução, dirigida às partes.

Após, analisar-se-á como a distribuição estática do ônus da prova passou a mostrar-se insuficiente para a maior obtenção de material probatório, vindo a doutrina a desenvolver as teorias das inversões e dinamizações dos encargos probatórios.

Por fim, avaliar-se-á a suficiência e/ou a idoneidade de todas essas ferramentas para o atingimento do objetivo de melhorar a completude do material probatório.

2.1. Os dois aspectos do ônus da prova

A teorização sobre o ônus da prova ocorrida no início do século XX desenvolveu-se no sentido de reconhecer no ônus da prova dois aspectos: uma “regra de julgamento”, naquilo que ficou conhecido como sua “função objetiva”, e uma “regra de instrução”, naquilo que ficou conhecido como sua “função subjetiva”. Analisar-se-á, a seguir, cada um desses aspectos.

2.1.1. O aspecto objetivo

O aspecto objetivo do ônus da prova representa a sua função mais clássica, que estaria primordialmente ligado ao juiz²¹⁰. Tal aspecto, portanto, não estaria

²¹⁰ Nesse sentido, PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. 1ª. ed., 2ª. tir. São Paulo: Editora RT, 2001, p. 133. LÓPES MIRÓ, Horacio G. *Probar o Sucumbir. Los Tres Grados del Convencimiento Judicial y la Regla Processal del Onus Probadi*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 35. Entretanto, conforme salientado por PONTES DE MIRANDA, Francisco

ligado à atividade das partes, ou estaria a essa ligado exclusivamente de maneira mediata. Isso porque quando entra em jogo o aspecto objetivo do ônus da prova a atividade probatória das partes e do juiz já se teria encerrado.

O aspecto objetivo do ônus da prova parte da ideia de que “o juiz não pode usar como fundamento de sua decisão a existência de fatos que não lhe foi demonstrada”²¹¹. Serviria, portanto, como uma “regra de julgamento”, a ser utilizada quando, após a produção das provas pelas partes e após a determinação de ofício pelo juiz (art. 130 no Código de Processo Civil brasileiro), permanecesse estado de “dúvida”, ou de “inesclarecibilidade”²¹².

Cada parte, num processo judicial, faria as suas alegações; seria estabelecido o *thema probandum* (formado pelas alegações de fato relevantes²¹³); seriam produzidas as provas requeridas pelas partes; seriam produzidas as provas determinadas de ofício pelo juiz e, caso ainda assim permanecesse “não claro” algum dos fatos alegados pelas partes, o juiz utilizar-se-ia da “regra de julgamento” (aspecto objetivo do ônus da prova) para decidir quem ganharia e quem perderia a demanda.

Nas palavras de BAPTISTA DA SILVA:

“[A]o juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as consequências de tal insuficiência probatória”²¹⁴.

No mesmo sentido, esclarecem MARINONI e ARENHART:

Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil, cit.*, tomo 4, p. 218, “o ônus da prova começa antes de qualquer demanda: preexiste a ela: a utilização processual é apenas a mais importante”.

²¹¹ VERDE, Giovanni. *L'Onere della Prova nel Processo Civile*. Napoli: Jovene, 1974, p. 118.

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil. V. 2. Processo de Conhecimento*. 6a. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 274.

²¹³ PAULA RAMOS, Vitor de. “Direito Fundamental à Prova”. In: *Revista de Processo*. Ano 38, v. 224, outubro de 2013. São Paulo: RT, 2013, p. 41-61. Entendendo serem objeto de prova as alegações pertinentes, relevantes e controversas, MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2a. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 138.

²¹⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil. Volume 1. Processo de Conhecimento*. 7a. ed. Rev. e atual. De acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 327.

“Afirma-se que a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, julgar o mérito e colocar fim ao processo. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova”²¹⁵.

2.1.2. O aspecto subjetivo

O aspecto subjetivo, como o próprio nome sugere, seria dirigido às partes, como uma espécie de “estímulo” dado a elas para que trouxessem ao processo provas²¹⁶. Seria a tentativa mais clara do sistema de, através de tal estímulo, fazer com que o material probatório fosse enriquecido.

Uma vez que o sistema aloca, teoricamente, “o ônus da prova sobre aquela parte que, segundo uma regra de experiência, utilizada pelo legislador, est[aria] em sua posse [da prova]”²¹⁷, onerando quem possui a prova, o legislador estaria “influenciando”, “estimulando” ou “incentivando” as partes a levarem provas para o processo, de modo a “forr[á-lo] (...) com todos os elementos necessários à formação da convicção judicial”²¹⁸.

Partindo da ideia de que o processo lida, via de regra, com versões contraditórias dos fatos (exemplo, alguém alega a ocorrência de dano moral e a parte contrária alega sua inexistência), o legislador incumbe a cada uma das partes a tarefa de aportar aos autos provas dos fatos que, caso resultassem provados, lhes beneficiariam.

Assim, imagina-se que, estando, no exemplo brasileiro, uma parte incumbida da prova dos fatos constitutivos, e a outra dos impeditivos, modificativos e extintivos, todo o material probatório disponível seria levado a juízo. Caso alguma das partes não procedesse assim, correria o risco de perder a demanda.

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Ed. RT, 2010, p 170.

²¹⁶ Nesse sentido, vide MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil, cit.*, p. 140; CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 54.

²¹⁷ AUGENTI, Giacomo Primo. *L’Onere della Prova, cit.*, p. 146.

²¹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil, cit.*, p. 140.

Segundo BUZOID, essa faceta do ônus da prova seria, portanto, “voltada para os litigantes, indagando-se qual delas há de suportar o risco da prova frustrada (...). [C]onstitui uma sanção à inércia, ou à atividade infrutuosa da parte”²¹⁹.

BARBOSA MOREIRA, descrevendo a doutrina tradicional, define o ônus subjetivo como a *necessidade* criada pelo desejo de obter a vitória do litigante, que faria com que esse se esforçasse para que os meios que as provas que lhe auxiliariam no “trabalho de persuasão” fossem efetivamente utilizados na instrução da causa²²⁰.

A parcela subjetiva do ônus da prova, pela lógica, seria, pois, o aspecto mais claramente ligado à ideia de *ônus imperfeito* (que será definida e criticada nos próximos itens), visto que:

“O ônus da prova, entretanto, diferentemente dos outros ônus não comporta necessariamente um prejuízo, mas apenas o risco de um prejuízo, tendo em vista que a produção da prova não está diretamente ligada ao resultado favorável, mas apenas à maior chance de convencimento do juiz. Nesse sentido, o ônus da prova é considerado um ônus imperfeito, porque o seu não cumprimento não enseja diretamente um prejuízo, tendo em vista o princípio da comunhão das provas, mas apenas gera o risco de um prejuízo, ao se observar que, se o juiz continuar com dúvida, as regras do ônus probatório que servirão para a resolução da lide”²²¹.

Em resumo, quanto ao aspecto subjetivo do ônus da prova, sustenta a doutrina que esse consistiria em uma espécie de aviso dado pelo legislador às partes, no sentido de que, não aportando as provas que detêm ao processo, os essas *poderão* sucumbir; em outras palavras, ameaçaria as partes por sua eventual “insuficiente atividade” probatória.

Destarte, e diante disso, o ônus da prova não entraria em cena somente no momento da sentença, mas configuraria uma “regra de instrução”, cuja finalidade

²¹⁹ BUZOID, Alfredo. “Do Ônus da Prova”. In: *Justitia*. São Paulo, a. 25, v. 40, p. 7-26, Janeiro/Março 1963, p. 10.

²²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Julgamento e Ônus da Prova”. In: *Temas de Direito Processual. Segunda Série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p., 74.

²²¹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Direito à Prova”. In: *Revista de Processo*. v. 39. São Paulo: RT, Julho de 1985, pp. 98 e ss.

seria justamente “evitar a ausência de prova, na medida em que serv[iria] de estimulante para que as provas [fossem] produzidas”²²².

2.2. Distribuição fixa, inversões e dinamizações

Conforme visto, portanto, classicamente o ônus da prova, nos ordenamentos de *civil law*, vinha atribuído partindo o legislador da premissa de que alocaria o ônus sobre a parte que detinha a prova,²²³ o que, segundo se acreditava, acarretaria o aumento do material probatório.

A distribuição era feita, portanto, inicialmente de maneira fixa, prévia e abstrata pelo legislador. No caso do Brasil, no CPC de 1973, tal regulação encontra-se no art. 333, que prevê, como mencionado, que o autor tem o ônus de provar o fato constitutivo e o réu o ônus de provar o fato impeditivo, modificativo e extintivo.

A doutrina passou a constatar, entretanto, que nem sempre a atribuição abstrata e rígida era capaz de “estimular” efetivamente a parte que detinha a prova; ou que, por vezes, a parte “mais fraca” da relação processual acabava sucumbindo por ter dificuldades na produção da prova que, pela atribuição legal, lhe incumbia.

Em outras palavras, a constatação passou pelo fato de que muitas vezes uma prova existia sob poder da parte que não era originalmente a onerada, de modo que para enriquecer o material probatório seria necessário providenciar outra solução que não a distribuição fixa prevista pelo legislador.

Surgiu, assim, primeiramente, a doutrina da inversão do ônus da prova, ligada principalmente a situações de hipossuficiência de um dos polos, como em casos de *danno da prodotto* (algo que na legislação consumerista brasileira seria chamado de “fato do produto”) e discriminação da mulher²²⁴.

Não sem problemas, pois desde logo DENTI advertia para o “delicado problema”²²⁵ de coadunar a possibilidade de inversão do ônus da prova prevista na lei com a “vigente disciplina da instrução probatória”²²⁶, “sendo o processo inspirado no princípio da unidade [da prova]”²²⁷.

²²² CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., p. 54, grifos do original removidos.

²²³ AUGENTI, Giacomo Primo. *L’Onere della Prova*, cit., p. 146.

²²⁴ DENTI, Vittorio. “L’Inversione dell’Onere della Prova: Rilevi introduttivi”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano XLVI, n. 3, Setembro de 1992. Milano: Giuffrè, 1992, pp. 709-713.

²²⁵ DENTI, Vittorio. “L’Inversione dell’Onere della Prova: Rilevi introduttivi”, cit., p. 713.

²²⁶ DENTI, Vittorio. “L’Inversione dell’Onere della Prova: Rilevi introduttivi”, cit., p. 713.

²²⁷ DENTI, Vittorio. “L’Inversione dell’Onere della Prova: Rilevi introduttivi”, cit., p. 713.

No Brasil, a inversão do ônus probatório foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º., VIII, permitindo o texto legal que essa seja procedida em benefício do consumidor quando o juiz verificar, no caso concreto, haver verossimilhança das alegações ou hipossuficiência no caso concreto.

Trata-se de uma “vantagem processual”²²⁸ conferida ao consumidor através de *ato judicial*²²⁹, no sentido de que esse fique dispensado de provar determinado fato, “o qual, sem a inversão, lhe tocava demonstrar, à luz das disposições do processo civil comum”²³⁰.

De um modo geral, portanto, as inversões dos ônus da prova são definidas por DINAMARCO como “as *alterações de regras legais sobre a distribuição deste [ônus da prova], impostas ou autorizadas por lei*”²³¹.

A mencionada “vantagem processual” teria, ademais, estreita relação com o aspecto subjetivo do ônus da prova, uma vez que não se pode “apenas a parte que não provou a veracidade ou inveracidade de uma determinada alegação sem que se tenha conferido a ela a oportunidade de fazê-lo”²³². Ou seja: “se a inversão do ônus da prova for conhecida somente na sentença, não se assegurará oportunidade para que o fornecedor possa exercer satisfatoriamente o seu direito à prova”²³³.

Apesar de vozes na doutrina em contrário²³⁴, entendendo que a inversão poderia ocorrer na sentença, acabou por prevalecer a corrente que sustentava que as partes deveriam ser advertidas dos encargos probatórios que, a partir da inversão, lhes seriam atribuídos, tendo tal posição sido endossada pela jurisprudência do STJ²³⁵.

A inversão do ônus da prova foi concebida, portanto, como uma tentativa do legislador de, percebendo a insuficiência da distribuição estática do ônus da prova,

²²⁸ BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. “Notas Sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor”. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 22, Abril de 1997, pp. 135 e ss.

²²⁹ BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. “Notas Sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor”, *cit.*, pp. 135 e ss.

²³⁰ BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. “Notas Sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor”, *cit.*, pp. 135 e ss.

²³¹ DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III. 2a. ed.* São Paulo: Malheiros, 2002, p. 76.

²³² DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil. V. 2. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela.* 8a. ed. Rev. e Ampl. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 94.

²³³ CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância.* São Paulo: RT, 2006, p. 418.

²³⁴ DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III. 2a. ed.* São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 82-84; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*, *cit.*, p. 160.

²³⁵ STJ, REsp 802832/MG, Segunda Seção, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data do Julgamento: 13/04/2011, DJe: 21/09/2011.

criar uma nova ferramenta para a ampliação do material probatório, com a obtenção de decisões tendencialmente mais justas.

A outra técnica desenvolvida para tirar “melhor proveito” do ônus da prova foi a da dinamização dos ônus probatórios²³⁶. Tal ideia parte justamente da constatação de que, em muitos casos concretos, a parte encarregada do ônus de provar pelo legislador não detém as melhores condições para tanto (ou, em outras palavras, não detém a prova que lhe incumbiria).

Reconhecendo que os “conceitos de ‘maior facilidade probatória’ e ‘disponibilidade dos meios probatórios’ são as razões de ser últimas (...) do atual mecanismo de repartição dos esforços probatórios”²³⁷, a doutrina sobre o tema sustenta que, nos casos em que a produção da prova é muito difícil ao autor e o réu está em melhores condições de provar, se mantida a distribuição estática prevista no art. 333 do CPC, haveria inconstitucionalidade do procedimento probatório, “por manifesta violação ao art. 5º. XXXV, da Constituição, que outorga o direito fundamental de acesso à justiça mediante a observância da igualdade substancial de participação das partes (...)”²³⁸.

Assim, seria necessária uma “conformação constitucional do procedimento probatório”²³⁹. Isso, entretanto, deveria ocorrer mesmo sem necessidade de alteração legal²⁴⁰, superando-se a “marca indisfarçável da influência do racionalismo próprio do Estado liberal em nossas instituições jurídicas”²⁴¹ e protegendo-se os direitos fundamentais à igualdade substancial²⁴² e à prova²⁴³ de máculas. Haveria, portanto, um descumprimento por parte do legislador, ante o qual o juiz não poderia ficar “de braços cruzados”²⁴⁴.

Através de decisão judicial²⁴⁵, portanto, o juiz teria o dever²⁴⁶ de, no caso concreto, constatando a inconstitucionalidade na distribuição fixa, atribuir os ônus probatórios de maneira diversa daquela prevista na lei (no caso brasileiro, no art.

²³⁶ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*, cit.

²³⁷ PEYRANO, Jorge W. “Carga de la Prueba”. In: OTEIZA, Eduardo (coord.). *La Prueba en el Proceso Judicial*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 231.

²³⁸ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., p. 85.

²³⁹ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., p. 85.

²⁴⁰ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., p. 108.

²⁴¹ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., p. 108.

²⁴² CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., p. 83.

²⁴³ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., pp. 89-90.

²⁴⁴ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., p. 108.

²⁴⁵ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., p. 133.

²⁴⁶ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., p. 133.

333 do CPC), inclusive de ofício²⁴⁷, lançando mão do postulado normativo aplicativo da razoabilidade²⁴⁸.

Através do exame sob essa perspectiva, portanto, seria possível constatar que havendo mácula ao direito fundamental à prova, mais especificamente aos princípios que “orientam a máxima amplitude dos esforços probatórios, bem como a proibição da *probatio diabólica*”²⁴⁹, ou quando a “razão motivadora da regra – a igualdade – não é atingida no caso concreto, a regra não pode ser aplicada”²⁵⁰.

Para isso, entretanto, seriam necessárias algumas condicionantes materiais e processuais²⁵¹. As materiais seriam a inadequação da distribuição fixa originalmente atribuída pelo legislador (por conta do não atendimento à sua “razão motivadora”) e a “posição privilegiada” da parte contrária quanto à produção da prova (o que inclui a não atribuição de *probatio diabólica inversa*²⁵²), ambas já esclarecidas acima.

As processuais seriam duas; em primeiro lugar, a motivação da decisão, indicando “a razão pela qual não incide o art. 333, CPC”²⁵³ e “os motivos que levaram o órgão julgador a considerar que a parte a princípio desonerada da prova tem maior facilidade probatória diante do caso concreto”²⁵⁴ e a atribuição do ônus com a correlata oportunidade de provar à parte que passou a ser onerada.

Em segundo lugar, a correlata oportunidade de provar, configurando-se como ideal “que essa organização prospectiva do processo em tema de prova se dê no quando da audiência preliminar (art. 331)”²⁵⁵, mas, sendo necessário, que “[se] reabra a fase instrutória, a fim de não se ferir o direito fundamental à prova no processo civil”²⁵⁶.

2.3. Bases teóricas para as críticas

Antes de que se procure demonstrar a insuficiência das teorias tradicionais para providenciar a maior completude do material probatório, faz-se necessário

²⁴⁷ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova, cit.*, p. 133.

²⁴⁸ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova, cit.*, p. 125. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil, cit.*, p. 143.

²⁴⁹ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova, cit.*, p. 126.

²⁵⁰ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova, cit.*, p. 125.

²⁵¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil, cit.*, pp. 143 e ss.

²⁵² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil, cit.*, p. 144.

²⁵³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil, cit.*, p. 144.

²⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil, cit.*, p. 144.

²⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil, cit.*, p. 144.

²⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil, cit.*, p. 144-145.

construir algumas bases teóricas. Nos próximos itens, portanto, far-se-á a distinção entre ônus e dever, a partir da teoria do direito, e, posteriormente, indicar-se-ão traços do contexto da processualística quando do desenvolvimento da teorização sobre o ônus da prova.

2.3.1. Distinção entre *ônus* e *dever*

O conceito de *ônus* envolveu ao longo da história diversas propostas teóricas. A primeira *teorização* científica sobre o tema²⁵⁷ é devida a BRUNETTI, que, ainda em 1906, escreveu:

“Existem certas *ações* que o homem que DEVE *realizar* (mesmo que não sejam impostas pela norma jurídica) se quer produzir determinados resultados jurídicos ou evitar outros”²⁵⁸.

O ponto de BRUNETTI era supostamente comprovar que quem inadimplia uma obrigação (em sentido estrito, de direito privado) não cometia um ato *contrário ao direito*²⁵⁹; isto é, para ele, o único resultado do inadimplemento da obrigação seria que o “o credor tem o direito de satisfazer-se sobre seus [do devedor] bens”²⁶⁰. Essa consequência não seria, portanto, para o autor, um verdadeiro *dever jurídico*, mas sim um “dever juridicamente qualificado” (ou “dever livre”²⁶¹).

O dever juridicamente qualificado vem assim definido: “trata-se de um dever, que não é jurídico, mas tampouco é juridicamente indiferente”²⁶². O inadimplemento da obrigação seria um exemplo de *dever juridicamente qualificado* porque:

“[O] devedor tem a faculdade de *escolher* entre *executar a prestação* e *deixar que o credor se satisfaça sobre os bens*: ele *pode*, portanto, *não a adimplir* sem cometer ilícito [*urtare*], por tal fato, como ocorreria, por outro lado, se se

²⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Editora RT, 1988, p. 115; OBERDAN, Tommaso Scozzafava. “Onere (nozione)”. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, v. XXX, pp. 100-110.

²⁵⁸ BRUNETTI, Giovanni. *Il Delitto Civile*. Firenze: Bernardo Seeber, 1906, p. 405. Os grifos e a caixa alta foram mantidos do original.

²⁵⁹ BRUNETTI, Giovanni. *Il Delitto Civile, cit.*, p. 416.

²⁶⁰ BRUNETTI, Giovanni. *Il Delitto Civile, cit.*, p. 423.

²⁶¹ BRUNETTI, Giovanni. *Il Delitto Civile, cit.*, p. 423.

²⁶² BRUNETTI, Giovanni. *Il Delitto Civile, cit.*, p. 405, n. 2.

tratasse de dever jurídico, contra o *direito* e contra a *força do Estado* que acompanha o direito²⁶³.

A construção brunettiana é aprofundada em obra de 1913, passando, então, pela construção das “regras finais”. Tal construção está calcada naquelas que o autor define como “necessidades finais” ou “teleológicas”, como, em exemplo seu, “se queres chegar logo, deves caminhar rapidamente”²⁶⁴.

As necessidades finais diferenciar-se-iam das necessidades absolutas²⁶⁵, portanto, porque nelas, segundo BRUNETTI, não haveria dever absoluto, mas mera subordinação a um “*fim*, que depende da *vontade do agente*”²⁶⁶. Ou seja: tratar-se-ia de deveres se e somente se desejado o conseqüente resultado (exatamente como no exemplo, “se queres chegar rápido, deves caminhar rapidamente”²⁶⁷).

No plano jurídico, BRUNETTI propõe o seguinte esquema para as *regras finais*: “[q]uem quer que se verifique *B* deve agir no modo *A* (deve cumprir a ação *A*)”²⁶⁸. E define:

“[U]ma regra final existe toda vez que existe um princípio de causalidade eficiente, no qual *causa eficiente* é uma *ação humana* (princípio gerador) para que o *efeito*, por sua vez, torne-se *escopo* e, portanto, *causa (final)* do agir”²⁶⁹.

A grande diferença entre os “deveres absolutos” e os “deveres livres”, ou finais, estaria, portanto, no fato de que as regras finais não seriam, segundo BRUNETTI, imperativas, mas meramente facultativas ou não obrigatórias²⁷⁰: “a *regra final* não é *imperativa*, não é um comando, mas exprime uma simples *necessidade final*”²⁷¹.

As “regras finais” de BRUNETTI, ou os “deveres livres” por ele preconizados, são nada menos do que o início da teorização daquilo que conhecemos atualmente por *ônus*.

²⁶³ BRUNETTI, Giovanni. *Il Delitto Civile*, cit., p. 423.

²⁶⁴ BRUNETTI, Giovanni. *Norme e Regole Finali nel Diritto*. Unione Tipografico-Editrice Torinese: Torino, 1913, p. 61.

²⁶⁵ BRUNETTI, Giovanni. *Norme e Regole Finali nel Diritto*, cit., p. 61.

²⁶⁶ BRUNETTI, Giovanni. *Norme e Regole Finali nel Diritto*, cit., 62.

²⁶⁷ BRUNETTI, Giovanni. *Norme e Regole Finali nel Diritto*, cit., 61-62.

²⁶⁸ BRUNETTI, Giovanni. *Norme e Regole Finali nel Diritto*, cit., 72.

²⁶⁹ BRUNETTI, Giovanni. *Norme e Regole Finali nel Diritto*, cit., p. 85.

²⁷⁰ BRUNETTI, Giovanni. *Norme e Regole Finali nel Diritto*, cit., p. 73.

²⁷¹ BRUNETTI, Giovanni. *Norme e Regole Finali nel Diritto*, cit., p. 73.

Algumas críticas podem ser feitas ao pensamento de BRUNETTI. Em primeiro lugar, parece equivocada elevar-se o ônus ao plano normativo, como se o próprio ônus fosse uma “regra” (final). As regras jurídicas *atribuem* deveres ou ônus, mas não são essas mesmas deveres ou ônus. Assim, pareceria mais adequado falar-se em “regra jurídica que atribui” um ônus, e não em “regra final”.

A segunda crítica é que o que BRUNETTI chamava de “regras finais” são, sim, regras imperativas; acarretam situação jurídica passiva menos drástica (e, portanto, poder-se-ia dizer ilustrativamente, “menos imperativa”) do que a regra que cria um *dever*, mas nem por isso deixam de ser dotadas de imperatividade.

Se a lei afirma que, através da adoção do comportamento *A*, obter-se-á o resultado *B*, o legislador está evidentemente criando uma norma jurídica de “meio” (regra)²⁷², com imperatividade: de todos os “meios” abstratamente disponíveis ao legislador, esse está “escolhendo” aquele que será utilizado para perseguir os fins daquela comunidade.

Assim, por exemplo, a fim de proteger o bem jurídico “vida”, e verificando o grande número de mortes em acidentes de trânsito causados por não utilização de cinto de segurança, o legislador, em ponderação de fins, pode criar um dever de que pessoas o utilizem, ou pode criar um ônus: quem dirigir utilizando o cinto de segurança terá desconto no imposto de seu veículo. Em ambas as situações, entretanto, o legislador estará criando uma regra jurídica, dotada de imperatividade (maior ou menor).

Em terceiro lugar, como já apontado pela doutrina, “dever livre” é uma “*contradictio in adjecto*”²⁷³. Ou algo é dever, ou algo é livre. Afinal, como será exposto a seguir, e como apontado por BRUNETTI quando com referência ao que chama de “deveres absolutos”²⁷⁴, a existência de um *dever* pressupõe justamente que o sujeito não possa escolher se quer ou não cumprir aquilo que determina a regra.

²⁷² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5a. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 78. Sobre coordenação, expertise e eficiência das regras jurídicas vide, por todos, ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*. Durham e Londres: Duke University Prss, 2001, esp. pp. 13 e ss. Sobre funções das regras, vide SCHAUER, Fredrick. *Playing by the Rules. A philosophical examination on Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press, 1991, esp. pp. 147 e ss.

²⁷³ BOBBIO, Norberto. *Teoria della Norma Giuridica*. Torino: Giappichelli, 1958, p. 163. No mesmo sentido, IRTI, Natalino. “La Perfezione degli Atti Giuridici e il Concettodi Onere”. In: *Saggi di Teoria Generale del Diritto*. Milano: Giuffrè, 2008, pp. 107-164, esp. p. 124; GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Editora RT, 1988, p. 117.

²⁷⁴ BRUNETTI, Giovanni. *Norme e Regole Finali nel Diritto*, cit., p. 62.

Seja como for, BRUNETTI teve alguns grandes achados teóricos, que constituíram verdadeiras e sólidas bases para a construção do conceito de *ônus*. O primeiro foi perceber que, diante de uma “regra final” (*rectius*, diante de um ônus atribuído por uma regra jurídica), se o sujeito não adota o comportamento *A* (no exemplo anterior), não entra em contradição, violação ou desobediência à própria regra²⁷⁵. Diríamos nós: não pratica um ato contrário ao Direito, um ilícito.

O segundo ponto de grande relevo em BRUNETTI foi a percepção de que as “regras finais” (*rectius*, regras que atribuem ônus), ao contrário das regras (ditas) imperativas (*rectius*, regras que atribuem deveres), deixam verdadeira escolha para o destinatário da regra. Sabendo da regra jurídica acima (“Quem quer que se verifique *B* deve agir no modo *A*”), o destinatário pode escolher se quer (i) adotar o comportamento *A*, obtendo *B*, ou (ii) não adotar o comportamento *A*, sabendo que não obterá o resultado *B*. A “regra final”, em outras palavras – e ao contrário da regra (dita) imperativa – deixa “liberdade de escolha”²⁷⁶.

No exemplo sobre a utilização do cinto de segurança, ao atribuir um *dever* de utilização de cinto de segurança, o legislador não dá escolha lícita ao destinatário: terá que utilizar o cinto por conta de sua própria escolha, ou por conta da força coativa do Direito. Ao atribuir um ônus, por outro lado, o legislador “estimula” o destinatário da regra no sentido almejado (utilização do cinto, no exemplo); entretanto, ao fim e ao cabo, a escolha fica relegada ao próprio destinatário.

A terceira importante contribuição de BRUNETTI (intimamente ligada à segunda) deu-se através da intuição, mesmo que em exemplo alheio ao Direito (e mesmo que de forma incidental), de que o fato de o Direito tratar algo como um “dever absoluto” ou como um “dever final” (diríamos nós, como *dever* ou como *ônus*) é questão que deve ser enfrentada pelo legislador (diríamos hoje que através do postulado da proporcionalidade²⁷⁷).

BRUNETTI, com efeito, cita, nesse sentido, o seguinte exemplo extrajurídico: trata o autor de um pai que, querendo que o filho estude em determinada instituição de ensino, tem duas opções: a primeira, mais drástica, de *comandar*, utilizando seu pátrio poder, caso em que o filho terá (segundo nossa concepção, que será abordada a seguir) um *dever* (cujo comando poderia ser imaginado como: “terás que

²⁷⁵ BRUNETTI, Giovanni. *Norme e Regole Finali nel Diritto*, cit., p. 74.

²⁷⁶ BRUNETTI, Giovanni. *Norme e Regole Finali nel Diritto*, cit., p. 75.

²⁷⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., pp. 148 e ss.

ir à escola”); a segunda, menos drástica, de dizer “se frequentares aquele instituto, no fim do ano levar-te-ei para fazer uma viagem”²⁷⁸, caso em que o menino não terá um verdadeiro dever (segundo nossa concepção, seria um ônus, conforme será abordado a seguir).

A conclusão que se poderia retirar disso é que o Direito, assim como o pai do menino, na perseguição de seus fins, pode criar regras (meios) mais ou menos drásticos, que confirmam maior ou menor liberdade ao destinatário; isso dependerá estritamente dos fins que o Direito deve promover e dos meios proporcionais para tanto²⁷⁹.

O próximo a dar contribuições relevantes para a construção do conceito de ônus foi CARNELUTTI, que voltou ao tema em algumas ocasiões. Para o autor, ônus é “uma faculdade, cujo exercício é necessário para o atingimento de um interesse”²⁸⁰. Ônus e dever teriam em comum o “elemento formal, consistente no vínculo à vontade”²⁸¹. A diferença entre os dois conceitos estaria na diferença de “interesse”: no dever, o vínculo à vontade seria imposto para a tutela de um *interesse alheio*, e, no ônus, para a tutela de um *interesse próprio*²⁸². Nas palavras do autor:

“Falamos de ônus quando o exercício de uma faculdade é posto como condição para a obtenção de certa vantagem: por isso, ônus é uma faculdade, cujo exercício é necessário para o atingimento de um interesse. Dever [*obbligo*] e ônus possuem elemento formal comum, consistente no vínculo à vontade, mas diferente elemento substancial diferente, pois o vínculo é imposto, quando há dever, para a tutela de *interesse alheio*, e quando há ônus, para a tutela de um *interesse próprio*”²⁸³.

²⁷⁸ BRUNETTI, Giovanni. *Norme e Regole Finali nel Diritto*, cit., pp. 76-77.

²⁷⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., pp. 148 e ss

²⁸⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*, v. 1. *Funzione e Composizione del Processo*. Padova: CEDAM, 1936, p. 55.

²⁸¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*, v. 1. *Funzione e Composizione del Processo*, cit., p. 55. Em sentido contrário, entendendo que o ônus não configura vínculo à vontade, vide AUGENTI, Giacomo Primo. *L’Onere della Prova*. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1932, p. 137.

²⁸² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*, v. 1. *Funzione e Composizione del Processo*, cit., p. 55.

²⁸³ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*, v. 1. *Funzione e Composizione del Processo*, cit., p. 55.

Para CARNELUTTI, portanto, ambos os conceitos estão calcados em uma *necessitas*, uma impotência do sujeito. Entretanto, o sujeito de um dever pode somente escolher entre “sacrifício espontâneo” ou “sacrifício forçado” de seu interesse, ao passo que o sujeito onerado pode escolher qual de seus interesses quer sacrificar²⁸⁴. Daí que quanto ao dever, portanto, seria possível falar em “ato devido”; quanto ao ônus, somente em “ato necessário”²⁸⁵.

O autor também afirmava que a não adoção do comportamento ligado ao ônus não acarretaria ilícito, ao passo que aquele ligado ao dever, sim²⁸⁶. Acrescenta, ainda, que a inexecução ligada ao dever teria como consequência uma sanção jurídica, ao passo que aquela ligada ao ônus acarretaria apenas a “perda dos efeitos úteis do próprio ato”²⁸⁷ (algo que, posteriormente, o jurista italiano referiu como uma sanção “econômica”)²⁸⁸.

Seja como for, para CARNELUTTI não parece haver dúvidas sobre a imperatividade também do ônus: o direito prevê uma “impotência e por isso um dever (...) também a cargo do onerado, que, não fosse assim, não existiria, justamente porque o direito não admite a tutela de um seu interesse sem o sacrifício de outro”²⁸⁹.

O pensamento do jurista italiano serviu de base para muito daquilo que se tem hoje por ônus. Entretanto, suas ideias, como é evidente, não estão infensas a críticas.

Em primeiro lugar, a ideia de “interesse” não encontra uma precisão conceitual ou terminológica. Como bem apontado pela doutrina²⁹⁰, o “interesse” não é passível de identificação²⁹¹, visto que algo interno ao sujeito. Não se trata de algo jurídico, mas de uma mera subjetivação de um fenômeno extrajurídico descrito como se jurídico fosse.

²⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto*. 3a. ed. Rev. e Ampl. Roma: Soc. Ed. Del “Foro Italiano”, 1951, p. 173.

²⁸⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*, v. 2. *Atti del Processo*. Padova: CEDAM, 1938, p. 73.

²⁸⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto*. 3a. ed. Rev. e Ampl. Roma: Soc. Ed. Del “Foro Italiano”, 1951, p. 174.

²⁸⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile – v. 2 – La Funzione del Processo di Cognizione*. Padova: CEDAM, 1933, p. 317.

²⁸⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*, v. 1. *Funzione e Composizione del Processo*, cit. p. 410.

²⁸⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto*, cit., p. 173.

²⁹⁰ IRTI, Natalino. “La Perfezione degli Atti Giuridici e il Concetto di Onere”. In: *Saggi di Teoria Generale del Diritto*. Milano: Giuffrè, 2008, pp. 107-164, pp. 136-137.

IRTI, Natalino. “La Perfezione degli Atti Giuridici e il Concetto di Onere”. In: *Saggi di Teoria Generale del Diritto*, cit., p. 136.

O que importa, afinal, tanto no ônus quanto no dever, não é o que move o sujeito. Se ele cumpre um dever ou um ônus por um “interesse” econômico, de fazer caridade, de agradar o cônjuge, ou de parecer sério perante a sociedade, não só não importa para o Direito, como também é impossível de determinar. O sujeito pode inclusive cumprir o comportamento previsto em contrariedade a seu “interesse”. O que é possível verificar, portanto, ao fim e ao cabo, não é o “interesse” por trás da regra, mas sim a ação cumprida ou não²⁹².

Ademais, nas regras que atribuem ônus ou deveres, por muitas vezes é difícil (ou impossível) estabelecer se o que está em jogo é um “interesse” próprio ou alheio²⁹³. Basta, para tanto, retornar ao exemplo do cinto de segurança. Ao atribuir ao sujeito um dever de utilização de cinto de segurança, não há como verificar se estaria o legislador protegendo um “interesse” alheio ou próprio do sujeito.

A segunda crítica sólida feita ao pensamento de CARNELUTTI concerne à terminologia “ato devido” e “ato necessário”²⁹⁴. Isso porque a utilização do termo “necessário” é feita de maneira “metafórica” e “imprópria”²⁹⁵, algo como uma “necessidade moral”²⁹⁶. Em verdade, a crítica revela o que segue:

“[N]ão somente o cumprimento, mas também o não cumprimento, do ônus tem relevância jurídica, e não simplesmente econômica ou naturalista, como seria se ‘necessário’ fosse entendido em sentido próprio”²⁹⁷.

Por fim, intimamente ligada à anterior, a terceira crítica é sobre a sanção econômica. Se por um lado é verdade que quem não segue o comportamento desejado pela regra que atribui um ônus não incorrerá em sanções, por outro é igualmente verdade que, se a norma traz em si uma consequência, tal consequência não poderá ser meramente econômica, mas também jurídica²⁹⁸.

Não seria correto dizer, com efeito, que alguém que não ataca através de recurso uma sentença teria uma consequência meramente econômica para sua

²⁹² IRTI, Natalino. “La Perfezione degli Atti Giuridici e il Concetto di Onere”. In: *Saggi di Teoria Generale del Diritto*, p. 137

²⁹³ Sustentando a impossibilidade de “contraposição” entre interesse público e interesse privado no processo civil, MICHELI, Gian Antonio. *L’Onere della Prova*. Padova: CEDAM, 1942, p. 80.

²⁹⁴ GAVAZZI, Giacomo. *L’Onere – Tra la Libertà e L’obbligo*. Torino: Giappichelli, 1970, pp. 83-84.

²⁹⁵ GAVAZZI, Giacomo. *L’Onere – Tra la Libertà e L’obbligo*, cit., p. 83.

²⁹⁶ GAVAZZI, Giacomo. *L’Onere – Tra la Libertà e L’obbligo*, cit., p. 84.

²⁹⁷ GAVAZZI, Giacomo. *L’Onere – Tra la Libertà e L’obbligo*, cit., p. 84.

²⁹⁸ No mesmo sentido, GAVAZZI, Giacomo. *L’Onere – Tra la Libertà e L’obbligo*, cit., p. 65.

inércia. A ação e os resultados serão, sim, jurídicos; tanto o suporte fático quanto a consequência estão previstos na regra.

As contribuições de CARNELUTTI, por outro lado, são diversas. Em primeiro lugar, ao perceber que também o ônus representa um vínculo à vontade²⁹⁹. Mais brando, menos radical do que aquele imposto pelo dever (conforme será visto a seguir), mas ainda assim um vínculo. A referência do autor sobre o ponto é precisa: “uma impotência e, por isso, um dever [*rectius*: uma conduta desejada] se delinea também para o onerado, que, de outra forma [se a norma não atribuísse a ele um ônus], não existiria (...)”³⁰⁰.

Trata-se de algo que hoje em dia parece claro: diante de uma regra que atribua um ônus, o sujeito sofre uma limitação em sua liberdade que não existiria caso a regra não atribuísse o ônus. Por exemplo: escovar os dentes não é uma conduta geralmente ligada a consequências jurídicas. Recorrer ou não recorrer de uma sentença, por outro lado, sim.

No primeiro caso, não há ônus, e não há vínculo algum à vontade: o sujeito é totalmente livre (inclusive para não promover a escovação, sem que isso lhe traga qualquer consequência jurídica). No segundo caso, havendo ônus, o Direito, atribuindo consequências jurídicas para um comportamento e para outro (o “não-comportamento”), vincula a vontade do sujeito; de maneira menos drástica, é verdade, mas ainda assim limitando a liberdade.

Daí a importância do *resultado* previsto para cada conduta para o conceito de ônus, pois, sem esse, o sujeito é deixado com plena liberdade de escolha, não se configurando um verdadeiro *ônus jurídico* (conforme será abordado a seguir, quando for abordado o tema dos ditos *ônus imperfeitos*).

Pode-se retirar, também, a partir do pensamento carneluttiano, a visão sobre quem faz a escolha do comportamento a ser adotado. Afinal, as críticas a “interesse próprio” e “interesse alheio” subsistem, mas seria perfeitamente possível afirmar que quando há ônus o legislador faz uma escolha (através da proporcionalidade), mas dá, também, uma escolha ao sujeito, que pode escolher licitamente, por exemplo, entre recorrer ou não recorrer.

²⁹⁹ Em sentido contrário, como já apontado, vide AUGENTI, Giacomo Primo. *L'Onere della Prova*. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1932, p. 137.

³⁰⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto*. 3a. ed. Rev. e Ampl. Roma: Soc. Ed. Del “Foro Italiano”, 1951, p. 173. A referência a “dever”, também a cargo do onerado, entra na crítica já formulada, a respeito da impossibilidade de um “dever livre”.

Quando há dever, por outro lado, a escolha lícita está “fora do sujeito”, isto é, é feita exclusivamente pelo legislador (o sujeito comum não tem escolha lícita entre matar ou não matar, salvo as exceções legais).

Depois de CARNELUTTI, outra grande contribuição sobre a teorização do ônus foi dada por GAVAZZI, que, além de ter produzido a única monografia sobre o tema escrita até hoje³⁰¹, criticou e sistematizou toda a teoria anterior. Além das críticas já apontadas ao longo do presente texto, o autor trouxe algumas contribuições importantes.

Ônus, para ele, vem definido como segue:

“Esse [o ônus] é uma técnica sutil e certamente menos autoritária do que o dever, para que as pessoas façam ou não façam certas coisas, conservando, ainda, a sensação, indubitavelmente agradável, de serem livres”³⁰².

Criticando a concepção individualista³⁰³ proposta por CARNELUTTI, GAVAZZI retira o ônus exclusivamente do interior do sujeito. Para tanto, destaca o lado externo da norma que atribui o ônus, que trabalha sempre, pelo menos de maneira mediata, em função de um interesse público³⁰⁴.

O autor destaca, ainda, a instrumentalidade do ônus, que pode ser, dependendo dos casos, “uma forma indireta de proteção de interesses privados, ou (...) uma forma de proteção mediata de interesses públicos, ou (...) ao mesmo tempo ambas as coisas”³⁰⁵. E segue: “em relação ao indivíduo singular, [o ônus] é um modo de deixar fazer, mas em relação à generalidade dos indivíduos é um modo de fazer com que se faça”³⁰⁶.

GAVAZZI resume, portanto, suas ideias diferenciando os vários tipos de comportamentos com relação ao Direito. Dentre esses, interessam para o presente estudo: (i) os comportamentos categoricamente desejados, ou não desejados pelo

³⁰¹ Nesse sentido, TARUFFO, Michele. “L’Onere come Figura Processuale”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè. Anno LXVI, n. 2, Junho de 2012, pp. 425-436. Vide, também, tradução ao português: TARUFFO, Michele. “O Ônus como Figura Processual”. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 7. Volume XI. Tradução: Guilherme Luis Quaresma Batista Santos et ali. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/7998/5783>. Último acesso em 26/11/2013, às 09:56.

³⁰² GAVAZZI, Giacomo. *L’Onere – Tra la Libertà e L’obbligo*. Torino: Giappichelli, 1970, p. 69.

³⁰³ GAVAZZI, Giacomo. *L’Onere – Tra la Libertà e L’obbligo*, cit. p. 53.

³⁰⁴ GAVAZZI, Giacomo. *L’Onere – Tra la Libertà e L’obbligo*, cit., p. 68.

³⁰⁵ GAVAZZI, Giacomo. *L’Onere – Tra la Libertà e L’obbligo*, cit. p. 69.

³⁰⁶ GAVAZZI, Giacomo. *L’Onere – Tra la Libertà e L’obbligo*, cit. p. 165.

legislador; (ii) os absolutamente indiferentes; e (iii) os comportamentos “propostos”, apreciados geralmente e singularmente (“comportamentos contrários são desaprovados, mas não tão fortemente desaprovados a ponto de exigir sanções repressivas ou reparatorias”)³⁰⁷. O dever estaria, portanto, ligado ao item “i”, ao passo que o ônus estaria incluído na categoria “iii”³⁰⁸.

As críticas movidas por GAVAZZI a CARNELUTTI parecem bastante adequadas, assim como suas precisas definições acima destacadas. As reservas a seu pensamento são, portanto, poucas: parecem cingir-se ao fato de que segue utilizando a categoria de “interesses”, já criticada acima.

Suas proposições, por outro lado, trazem importantes pontos. Em primeiro lugar, ao retirar do interior do sujeito a normatividade do ônus; passando a enxergar a norma que o atribui do ponto de vista externo, GAVAZZI pôde solucionar o problema que foi mencionado acima na doutrina de CARNELUTTI, qual seja, o de ser ininteligível em um caso determinado (utilizou-se acima o exemplo do cinto de segurança) se a norma que atribui um ônus ou um dever está tutelando um “interesse” (*rectius* fim) do sujeito ou alheio a ele.

Afinal, quando há a atribuição de um ônus, como visto, é possível que se esteja tutelando de maneira mediata um “interesse” público e, ao mesmo tempo, de maneira indireta um “interesse” privado.

A segunda importante contribuição de GAVAZZI foi justamente definir a diferença de comportamentos dos sujeitos (que, conforme visto, quando se falou sobre CARNELUTTI, é o que é externalizado³⁰⁹, o que importa para o Direito) diante de um ônus e de um dever.

O legislador atribui dever para comportamentos que são categoricamente exigidos e ônus para os que são somente “apreciados”, “desejados”, o que quer dizer, em outras palavras, que o primeiro é uma forma mais drástica e o segundo uma menos drástica de vinculação da vontade do sujeito.

³⁰⁷ GAVAZZI, Giacomo. . *L’Onere – Tra la Libertà e L’obbligo*, cit. p. 165.

³⁰⁸ GAVAZZI, Giacomo. . *L’Onere – Tra la Libertà e L’obbligo*, cit. p. 165.

³⁰⁹ IRTI, Natalino. “La Perfezione degli Atti Giuridici e il Concetto di Onere”. In: *Saggi di Teoria Generale del Diritto*. Milano: Giuffrè, 2008, pp. 107-164, p. 137

O tema do ônus foi enfrentado também pela doutrina civilista, sem, entretanto, contribuições muito originais. Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA³¹⁰, GOMES³¹¹, GIORGIANNI³¹², MESSINEO³¹³, TRIMARCHI³¹⁴ e ANTUNES VARELA³¹⁵.

A processualística discute, ainda, a ideia de que o ônus processual seria diferente do ônus material. Isso se daria da seguinte forma:

“O ônus do direito processual é diferente daquele atinente ao direito substancial, porque neste a vantagem trazida por seu adimplemento consiste na aquisição ou na conservação de um direito. Ao contrário, no processo, o adimplemento do ônus dá somente esta vantagem: de criar uma situação processual que, na perspectiva da parte, concorre ao resultado de uma sentença favorável de mérito, sem, de resto, garantir que aquele resultado, na decisão final, seja conseguido. (...) [O] adimplemento não assegura que a possibilidade que se abriu conduza sozinha à sentença favorável”³¹⁶.

Não obstante, *ônus*, como já anotado pela doutrina³¹⁷, é tema de teoria geral do direito. Não se vislumbra, portanto, qualquer razão para imaginar que o ônus do processo civil seja diferente do ônus do direito material (seja do direito civil, do direito tributário etc.). O ônus de recorrer, no processo civil, por exemplo, tem exatamente o mesmo funcionamento do ônus de registrar uma promessa de compra e venda de imóvel no registro competente, no direito civil, e de um pagamento antecipado de IPTU, no direito tributário.

Nos três casos, a “não prática” do ato estimulado (recurso, registro e antecipação do pagamento, respectivamente) não configuram atos contrários ao

³¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado, t. 3. Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova*. 3a. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 410.

³¹¹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15^a. ed. Rev., atual. e aum. De acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 12.

³¹² GIORGIANNI, Michele. *L'Obbligazione (La Parte Generale delle Obbligazioni)*, v. I. Milão: Giuffrè, 1951, p. 21.

³¹³ MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e Norme Complementari), Volume Primo – Introduzione (L'Ordinamento Giuridico Italiano). Dottrine Generali*. 8a. ed. Ampl. e atual. Milão: Giuffrè, 1952, pp. 202-203.

³¹⁴ TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato, cit.*, p. 64.

³¹⁵ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*, v. 1. 8a. ed. Rev. e atual. Coimbra: Almedina, 1994, pp. 56-57.

³¹⁶ DE STEFANO, Giuseppe. “Onere (dir. proc. civ.) In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, v. XXX, p. 114.

³¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova., cit.*, p. 177. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 53.

Direito, uma vez que o legislador dá, em cada um dos três casos, duas escolhas lícitas ao sujeito destinatário da regra. Uma vez adotada a conduta, o resultado previsto no texto legal automaticamente virá: a análise do recurso³¹⁸, no primeiro caso, a eficácia perante terceiros, no segundo, e o “desconto”, no terceiro.

Parcela da processualística defende, ainda, que alguns dos ônus processuais, diante da adoção da conduta prescrita, não trariam “automaticamente” ou “necessariamente” a consequência prevista. Segundo a doutrina³¹⁹, tal ideia proviria dos ensinamentos de GOLDSCHMIDT, para quem:

“Os ônus processuais encontram-se em estreita relação com as ‘possibilidades’ processuais, visto que toda ‘possibilidade’ impõe às partes o ônus de ser diligente para evitar uma perda. O que pode, deve; a ocasião obriga (é dizer, grava), e *a mais grave culpa frente a si mesmo é a de ter perdido a ocasião*. (...) Os ônus são perfeitos ou menos perfeitos, segundo seu descumprimento *traga forçosamente* aparelhados determinados prejuízos, ou possa trazê-los”³²⁰.

A posição vem repetida, posteriormente, no Brasil, pela doutrina processualística, conforme exemplificado abaixo, por DINAMARCO:

“[R]esulta que o sistema confia aos litigantes muitas atividades como ‘imperativos do próprio interesse’, ou seja, dirige-lhes variados e seguidos *ônus* ao longo de todo o arco do procedimento.

Existem *ônus absolutos* ou *relativos* (‘perfeitos’ ou ‘menos perfeitos’), conforme seu descumprimento conduza fatal e invariavelmente à consequência favorável ou prive inexoravelmente o sujeito de uma situação vantajosa possível – ou somente torne improvável a vantagem ou provável o prejuízo.”³²¹.

No mesmo sentido, ARAGÃO:

³¹⁸ Fazem parte do ônus de recorrer a interposição do recurso com observância dos requisitos legais, como, por exemplo, a tempestividade.

³¹⁹ Nesse sentido, COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le Prove Civili*. 3^a. ed. Torino: UTET Giuridica, 2010, p. 256, n. 31; MICHELI, Gian Antonio. *L’Onere della Prova*, cit., p. 53, n. 2; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 72.

³²⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 203. Grifos mantidos do original.

³²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6^a. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 201-202

“(...) ‘Essencial ao conceito de ônus é esta ligação entre o exercício do direito e o seu resultado; aquele deve ser deste condição necessária e suficiente’. Se não for suficiente, estamos diante de ‘ônus imperfeito’”³²².

Não obstante, a distinção entre *ônus perfeito* e *imperfeito* não parece persuasiva³²³. Isso porque a consequência prevista na regra que atribui o *ônus*, conforme já mencionado, é fundamental e estrutural ao seu funcionamento; é justamente o resultado da regra que estimula o sujeito a adotar ou não a conduta, dependendo de sua atratividade.

Sem a previsão de algum resultado, o “ônus imperfeito” simplesmente perde sua normatividade, sua limitação à liberdade do sujeito da regra que o atribui, visto que a conduta passa a traduzir-se apenas em uma necessidade prática, uma faculdade do sujeito; deixa, portanto, de ser um *ônus jurídico* em sentido técnico.

Os casos trazidos pela doutrina, aliás, parecem justamente não estarem ligados a ônus³²⁴. Assim, por exemplo, o suposto “ônus imperfeito” de alegar incompetência absoluta³²⁵, ventilado por DINAMARCO. Ninguém duvida de que o juiz tenha, no ordenamento jurídico brasileiro, o *dever* de reconhecer a incompetência absoluta a qualquer tempo, de ofício; a parte, constatando que o juiz não cumpriu com seu dever, poderá peticionar nos autos solicitando providências. Ao fazê-lo, certamente “aumentará as chances” de que o juiz observe seu dever, antes descumprido.

Tal, entretanto, pode configurar o exercício do direito da parte de influir sobre os provimentos jurisdicionais, o exercício do direito ao contraditório etc., mas não tem qualquer relação com um *ônus* em sentido técnico-jurídico. Não há qualquer limitação à liberdade natural do sujeito e não há qualquer consequência ligada à conduta de fazer o requerimento ou não fazer; a não ser a consequência natural, que não é criada pela norma, de que, uma vez tendo sido chamada a atenção do juiz pela parte, esse terá maior tendência de prestar atenção no fato.

³²² ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Direito à Prova”. In: *Revista de Processo*. v. 39. São Paulo: RT, Julho de 1985, pp. 98 e ss.

³²³ No caso do ônus da prova, aliás, como será visto nos próximos itens, a conduta do sujeito não tem qualquer relação direta e obrigatória com o resultado da demanda, nem mesmo sendo possível afirmar que a conduta de “produzir provas” aumentará as chances de vitória. A questão do ônus imperfeito será novamente abordada, portanto, oportunamente.

³²⁴ O exemplo do ônus da prova como “ônus imperfeito” será abordado nos próximos itens.

³²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 4a. ed. Rev. e atual. com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 206.

Da mesma forma, aliás, pode-se dizer que o juiz tem o dever de receber o advogado da parte, e o advogado da parte tem o direito de ser recebido pelo juiz. Certamente o advogado que tem uma relação mais próxima com o juiz da causa, comparecendo, prestando esclarecimentos, solicitando providências, estará, ao bem realizar seu mister, aumentando as chances de sucesso de seu cliente na causa. Isso, entretanto, não configura um *ônus* do advogado, mas sim o exercício, com maior ou menor empenho, de seu direito.

Em outras palavras, a parte tem o ônus de apresentar uma demanda, pois, caso não a apresente, não haverá prestação de tutela jurisdicional; tem o ônus de recorrer, pois, caso não o faça, o segundo grau de jurisdição não apreciará o mérito novamente, de modo que haverá trânsito em julgado. Por outro lado, não tem ônus de alegar incompetência absoluta, justamente porque daí não decorrem consequências jurídicas nem no caso da adoção da conduta, nem no caso da não adoção.

Da mesma forma, não configura ônus jurídico, ao contrário do que sugere MARQUES³²⁶, o disposto no art. 345 do CPC, que prevê o seguinte:

“Art. 345. Quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado, ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor”.

Veja-se, primeiramente, que a regra está atribuindo um dever ao juiz, no sentido de determinar que esse leve em consideração as evasivas da parte quando for analisar a corroboração das hipóteses fáticas.

Quanto à parte, não há que se falar, novamente, em ônus “imperfeito”. Uma parte tem o *direito* de requerer o depoimento pessoal daquela do polo oposto. Ambas, entretanto, gravadas por um *ônus*, podem simplesmente silenciar nos depoimentos, sabendo que a consequência disso será uma presunção em seu desfavor (art. 343, § 1º.) Tal presunção é a consequência para a não adoção da conduta prevista na regra que atribui o ônus, que, justamente por isso, pode ser considerado um ônus.

³²⁶ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil. Vol. I. Teoria Geral do Processo Civil*. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 122.

Não há, em outras palavras, qualquer “imperfeição” no ônus atribuído pelo texto legal. A regra prevê duas condutas lícitas (a prestação de depoimento e a não prestação) e duas consequências jurídicas (não presunção de veracidade e presunção de veracidade), uma correspondente a cada conduta. Novamente, portanto, não se está diante de um “ônus imperfeito”.

Para que algo possa ser considerado um ônus, repita-se, é necessário que a regra preveja uma conduta e uma consequência jurídica correspondente, tanto para a adoção como para a não adoção, a fim de que o sujeito da regra seja estimulado a praticar a conduta desejada, através da expectativa legítima no resultado.

Superada tal questão, a doutrina processual não parece ter trazido maiores novidades àquilo que já foi dito pela teoria do direito sobre o conceito de ônus. Nesse sentido, por exemplo, ecoam os ensinamentos de CARNELUTTI: BAPTISTA DA SILVA³²⁷, DIDIER JR., BRAGA E OLIVEIRA³²⁸ e MITIDIERO E ALVARO DE OLIVEIRA³²⁹.

Após abordar as questões e discussões acerca do ônus, a fim de que a diferenciação conceitual fique bastante clara, cumpre sejam ora consideradas as ideias e conceitos a respeito do *dever*.

Um dos maiores expoentes a este respeito é certamente KELSEN. O autor entende ser o Direito uma ordem coativa³³⁰, e a comunidade jurídica a detentora do monopólio da coação³³¹, de modo que, para ele, determinadas condutas humanas são exigidas, uma vez que o ordenamento jurídico liga “à conduta oposta um ato de coerção dirigido à pessoa que assim se conduz”.³³²

Dessa forma, o “dever jurídico é o dever de se abster do delito. ‘Obedecer’ à norma é o dever do sujeito”³³³. Um *malum prohibitum*, na medida em que, para o autor, não existem *mala in se*³³⁴.

³²⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil. Volume 1. Processo de Conhecimento*. 7a. ed. Rev. e atual. De acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 195.

³²⁸ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil. V. 2. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela*. 8a. ed. Rev. e Ampl. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 81.

³²⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil. V. 2. Processo de Conhecimento*. São Paulo: Ed. Atlas, 2012, p. 84.

³³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., pp. 35 e ss.

³³¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 40.

³³² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 36.

³³³ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 4a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 84.

³³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, cit. p. 75.

Não havendo ligação de determinada conduta a um ato de coerção, segundo o autor, não haveria proibição. “Uma conduta que não é juridicamente proibida é – neste sentido negativo – juridicamente permitida”³³⁵.

Por outro lado, “a conduta a que um indivíduo é juridicamente obrigado é uma conduta que (...) tem de ser realizada em face de outro indivíduo”³³⁶. Assim, uma conduta somente seria o conteúdo de um dever jurídico “se uma norma jurídica liga à conduta oposta um ato coercitivo como sanção”³³⁷.

O sujeito do dever jurídico, ou seja, “o indivíduo cuja conduta é o pressuposto a que é ligada a sanção dirigida”, ao violar o dever, provocaria a sanção³³⁸; ao cumprir o dever, evitaria essa³³⁹.

Tal centralização do conceito de dever jurídico na ideia de sanção é criticada veementemente por HART. O autor concorda com a ideia de que o Direito torna a conduta humana, em algum sentido, “não-opcional ou obrigatória”³⁴⁰, mas afirma que um ladrão com uma pistola pode ordenar que um bancário lhe entregue o dinheiro, mas não se falará, nesse caso, em “obrigação” ou “dever”³⁴¹, mesmo diante da ameaça a mão armada. Haveria, assim, uma diferença entre alguém que “foi obrigado” a algo e alguém que “tinha um dever”³⁴².

Para o autor, portanto, haveria regras jurídicas primárias, que confeririam deveres, isto é, requereriam que os seres humanos se abstivessem de determinadas ações, mesmo contra sua própria vontade³⁴³. As regras secundárias, de seu turno, confeririam poderes³⁴⁴.

Para HART seriam três as condições necessárias para que as regras pudessem criar deveres: seriedade da pressão social por trás das regras, percepção de importância das regras no sentido de serem necessárias para a manutenção da vida social e que a conduta requerida pela regra entre em conflito com o que a pessoa a quem o dever é atribuído poderia querer fazer³⁴⁵.

³³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 46.

³³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., pp. 128-129.

³³⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 129.

³³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 131.

³³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 131.

³⁴⁰ HART, Herbert Lionel. *The Concept of Law*. 1a. ed., 10a. Reimp. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 80.

³⁴¹ HART, Herbert Lionel. *The Concept of Law*, cit., p. 80.

³⁴² HART, Herbert Lionel. *The Concept of Law*, cit., p. 80.

³⁴³ HART, Herbert Lionel. *The Concept of Law*, cit., pp. 78-79.

³⁴⁴ HART, Herbert Lionel. *The Concept of Law*, cit., p. 79.

³⁴⁵ HART, Herbert Lionel. *The Concept of Law*, cit., pp. 84-85.

O autor adverte, entretanto, que não seria necessário que o sujeito destinatário da regra se *sentisse* pressionado. Afinal, “*sentir-se obrigado e ter uma obrigação são coisas diferentes, mesmo que frequentemente concomitantes*”³⁴⁶.

A coercibilidade é posteriormente abordada por BETTI, que resume afirmando que seria possível entender que a “coercibilidade, direta ou indireta, tenha caráter tendencial, mas não constante nem necessário do dever jurídico”³⁴⁷.

A doutrina posterior a KELSEN e HART sustenta ser o dever um “*comportamento de obediência jurídica*”³⁴⁸. Seu conteúdo seria o “comportamento com que o sujeito deve [è tenuto a] manifestar sua obediência, é dizer, a estrutura da sua ação”³⁴⁹. Utilizando-se novamente da (já criticada) noção carneluttiana de “interesse”, afirma-se, assim, que o dever seria “consequência de um *ato normativo* emanado em um ordenamento jurídico e de um suporte fático [*fattispecie*] determinado para que se produzam os efeitos jurídicos previstos no ato normativo”³⁵⁰, em “interesse alheio”³⁵¹.

O dever jurídico teria, portanto, a particularidade de fazer com que o sujeito “não se possa comportar a não ser no modo estabelecido, cumprindo o ato devido, sob pena de incorrer nas sanções legais”³⁵².

Não parece necessário, de resto, proceder, como a doutrina italiana, com a diferenciação entre *obblighi* e *doveri* (ambos, em português, simplesmente “deveres”). A diferença, aqui citada somente a título ilustrativo, poderia ser assim definida:

“Uma primeira distinção pode ser feita, no âmbito das posições passivas, entre deveres em sentido estrito, nos quais a posição do destinatário do comando é tomada em consideração direta e imediata pelo ordenamento jurídico, tendo em vista a defesa de um interesse geral, público, e deveres relativos, em que a posição do sujeito passivo é correlata, por outro lado, à posição ativa (direito subjetivo) de outro ou de outros sujeitos, para os quais o comportamento do

³⁴⁶ HART, Herbert Lionel. *The Concept of Law, cit.*, p. 86.

³⁴⁷ BETTI, Emilio. “Dovere Giuridico (teoria gen.)”. In: *Enciclopedia del Diritto*. V. XIV (*Dote-Ente*). Milão: Giuffrè, 1965, p. 58.

³⁴⁸ FROSINI, Vittorio. “Dovere”. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. VI. Torino: UTET, 1975, p. 302.

³⁴⁹ FROSINI, Vittorio. “Dovere”, *cit.*, p. 303.

³⁵⁰ FROSINI, Vittorio. “Dovere”, *cit.*, p. 303.

³⁵¹ FROSINI, Vittorio. “Dovere”, *cit.*, p. 303.

³⁵² PALERMO, Antonio. “Obbligo Giuridico”. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. XI. Torino: UTET, 1965, p. 703.

primeiro insere-se na vida, no desenvolvimento de uma relação jurídica obrigatória.

Para esses últimos, a doutrina prevalente entende que se deva falar mais adequadamente de *obblighi*³⁵³.

As características do *dever* jurídico são bem sintetizadas, de resto, pela civilística, geralmente ao diferenciar o *dever* (obrigação em sentido amplo) da *obrigação* (obrigação em sentido estrito).

Para PONTES DE MIRANDA o dever jurídico vem definido como segue:

“[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”³⁵⁴.

Na doutrina civilista portuguesa ensina ANTUNES VARELA:

“A primeira dessas noções, a de mais amplo corte, é a do *dever jurídico*.

O dever jurídico é a *necessidade imposta pelo direito (objectivo) a uma pessoa de observar determinado comportamento*. É uma *ordem*, um *comando*, uma *injunção* dirigida à inteligência e à vontade dos indivíduos, que só no domínio dos factos podem cumprir ou deixar de o fazer. Não é simples *conselho*, mera *advertência* ou pura *exortação*; a exigência da conduta (imposta) é normalmente acompanhada da cominação de algum ou alguns dos meios coercitivos (*sanções*) próprios da disciplina jurídica, mais ou menos fortes consoante o grau de exigibilidade social da conduta prescrita (...)

O *dever jurídico* abrange não só as situações de vinculação de uma pessoa a uma conduta *específica* (como sucede nas obrigações), mas também as situações de vinculação de uma pessoa a um comportamento *genérico* (como sucede com os deveres gerais de abstenção, correspondentes aos direitos reais)³⁵⁵.

³⁵³ PALERMO, Antonio. “Obbligo Giuridico”, *cit*, p. 705.

³⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil, cit.*, tomo 4, p. 217.

³⁵⁵ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*, v. 1. 8a. ed. Rev. e atual. Coimbra: Almedina, 1994, pp. 51/54.

Seja como for, a fim de sintetizar o que foi até aqui exposto, cumpre destacar inicialmente que tanto as regras que atribuem ônus como as que atribuem deveres são jurídicas e imperativas. Entretanto, importam graus diferentes de restrição à liberdade dos sujeitos, visto que o ônus configura uma vinculação mais branda à vontade, e o dever uma vinculação mais radical.

Tanto as regras que atribuem ônus como as que atribuem deveres trabalham com fins que, em última instância, são públicos (fins exclusivamente privados, como boas relações com os amigos, matrimônio feliz e duradouro, sucesso na vida profissional etc. não são ou não deveriam ser tutelados pelo Direito). Entretanto, nas que atribuem ônus o fim público fica em uma posição apenas mediata.

A regra que atribui um ônus descreve um comportamento “apreciado”, mas não categoricamente exigido, ao passo que a que atribui um dever descreve um categoricamente desejado. Não por acaso, portanto, o descumprimento do comportamento (positivo ou negativo) previsto na regra que atribui o dever configura um ato/omissão contrário ao Direito, ao passo que quanto à regra que atribui o ônus isso não ocorre.

Em outras palavras, quando o sujeito descumpre um dever age ilicitamente, de modo que não só o Direito prevê (ou pode prever) sanções, mas também pode/deve utilizar sua força para impedir a reiteração/continuação do ilícito. Quando o sujeito “descumpre” um ônus (*rectius*: não adota o comportamento desejado pela regra que atribui o ônus), não tendo praticado um ilícito, tem apenas as consequências “negativas” (ou não positivas) previstas na própria regra.

Um exemplo bastante ilustrativo é dado por AUGENTI³⁵⁶: se um policial vê um sujeito em vias de assassinar outro deve impedi-lo, mesmo se o ofensor afirmar estar disposto a ser preso após a prática do ilícito pretendido. Isso porque “não matar” é um dever jurídico, e o Direito deve usar sua força para impedir sua prática/reiteração/continuação.

Por outro lado, mesmo diante de um delegado de polícia, de um juiz de direito, ou de qualquer outra autoridade, se um sujeito deixa de observar uma formalidade de um título de crédito³⁵⁷, ou se deixa de apresentar um recurso a uma sentença de primeiro grau, ou de registrar uma promessa de compra e venda de

³⁵⁶ AUGENTI, Giacomo Primo. *L'Onere della Prova*. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1932, pp. 133.

³⁵⁷ Este é o segundo exemplo do autor. AUGENTI, Giacomo Primo. *L'Onere della Prova, cit.*, p. 137.

bem imóvel, isso não configura um ilícito, de modo que qualquer intervenção de tais autoridades será ilegítima (além de, no Brasil, inconstitucional, por força do art. 5º., II da CRFB).

Tem-se, portanto, que as duas categorias podem ser resumidamente definidas conforme segue:

1. O ônus:

- 1.1. é uma situação passiva subjetiva com sujeição branda;
- 1.2. é atribuído por uma regra jurídica imperativa;
- 1.3. é uma forma de tutela que descreve um comportamento (positivo ou negativo) “apreciado” pelo Direito, mas não categoricamente exigido;
- 1.4. dá ao sujeito onerado a possibilidade de escolha entre o agir ou não de acordo com o comportamento (positivo ou negativo) “apreciado”;
- 1.5. agindo em “contrariedade” com o comportamento previsto na regra que atribui o ônus o sujeito não estará praticando um ato/omissão contrário ao Direito, não se configurando um ilícito;
- 1.6. justamente por isso, ao sujeito que não quer adotar o comportamento “apreciado” não poderão ser cominadas sanções diretas ou indiretas, multas, penalidades, técnicas coercitivas (ex: multa diária), nem mesmo ser exigido de forma alguma pelo Direito que seja adotado o comportamento previsto na regra;
- 1.7. a consequência para a não adoção do comportamento estará na própria regra, no resultado “prometido” para cada escolha. Isto é: “se adotares o comportamento A terás B”; “se não adotares o comportamento A não terás B”.

2. O dever:

- 2.1. é uma situação subjetiva passiva com sujeição radical;
- 2.2. é atribuído por uma regra jurídica imperativa;
- 2.3. é uma forma de tutela que descreve um comportamento (positivo ou negativo) categoricamente exigido pelo Direito;
- 2.4. não dá ao sujeito obrigado a possibilidade de escolha sobre sua intenção de agir ou não de acordo com o comportamento (positivo ou negativo), apenas exige que se cumpra;

- 2.5. agindo em contrariedade com o comportamento previsto na regra que atribui o dever o sujeito estará praticando um ato/omissão contrário ao Direito, configurando-se um ilícito;
- 2.6. justamente por isso, ao sujeito que não quer adotar o comportamento exigido pelo Direito serão cominadas sanções diretas ou indiretas, multas, penalidades, técnicas coercitivas (ex: multa diária), de modo que o Direito utilize sua força para a adoção do comportamento desejado;
- 2.7. a consequência para a não adoção do comportamento estará não só na consequência prevista na própria regra (ex: pena de prisão para quem praticar homicídio), mas também na força do Direito (v. g., a polícia deve utilizar a força para impedir que esse ocorra).

2.3.2. Bases culturais da doutrina processual do século XX e a despreocupação com a completude do material probatório quando da construção científica do ônus da prova

É certamente bastante difícil agrupar cerca de cem anos de produção doutrinária para encontrar raízes que estariam supostamente à base de algum pensamento.

Com o ônus da prova não é diferente. Muito se escreveu, desde as primeiras teorizações científicas sobre o tema, de modo que seria praticamente impossível agrupar toda a doutrina em um grande grupo, a fim de detectar o cenário cultural da processualística no início das construções sobre a temática.

Não obstante tudo isso, é perfeitamente possível, comparando-se o cenário cultural do início do século XX com o atual, verificar que algumas ideias-chave que marcavam o pensamento da época não mais subsistem, ao passo que outras seguem sendo sustentadas por importante parcela da doutrina.

O escopo do presente item, pois, longe de atingir a impossível completude, é de sugerir relações entre algumas marcas profundas do pensamento da processualística do século passado e a construção das ideias e conceitos relacionadas ao ônus da prova.

A doutrina tradicional, principalmente do século XX, tinha, primeiramente, como já destacado, a ideia de que a verdade não era assunto para o processo civil.

Afinal, aquilo que ocorria dentro desse, ou a “verdade” (com aspas) que lá se produzia, não necessariamente tinha relação com o mundo exterior, ou seja, com a “verdade” externa ao processo.

Haveria, portanto, uma “verdade formal”, ou “judicial”, que seria aquela obtida no processo, e uma verdade “material”, que seria aquela relacionada ao mundo dos fenômenos reais³⁵⁸.

Já que a busca da verdade (da “verdade verdadeira”, “verdade material”) no caso singular não poderia ser um escopo do processo³⁵⁹, a “verdade formal”, “verdade processual”, “verdade jurídica” deveria ser suficiente. Apesar de ser conhecida como uma “*não verdade*”³⁶⁰, era tida como a única ligada ao processo, já que coincidia com a “verdade material na média dos casos”³⁶¹. Sustentava CARNELUTTI:

“O que aqui, por outro lado, impende que eu constate é como essa disciplina jurídica do processo de busca dos fatos controversos, alterando sua construção puramente lógica, não consinta a rigor mais, de fato, que se considere a *busca da verdade no caso singular* como o escopo, ou melhor, como o resultado do próprio processo. (...) O conceito dessa reação vem resumido comumente na antítese significativa da *verdade material* à *verdade formal* ou *jurídica*; o resultado da apuração juridicamente limitada ou disciplinada não é mais a *verdade material*, ou, como se diria com um truísmo eficaz, a *verdade verdadeira*, mas uma verdade *convencional*, batizada de *verdade formal* (...) ou de *verdade jurídica*, uma vez que buscada mediante leis jurídicas (...), e somente por efeito dessas leis jurídicas substitui-se à *verdade material*”³⁶².

Mesmo quem criticava a ideia de *verdade formal*, entretanto, como CHIOVENDA, reconhecendo que os fatos considerados “como existentes (...) não são sempre correspondentes à verdade [*al vero*]”³⁶³, acabava por retirar a importância daquilo que acontecia fora do processo, sustentando que “a vontade da lei é *aquilo*

³⁵⁸ Para uma descrição sobre tal contexto, com o fim de criticá-lo, vide TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici. Nozioni Generali*. Milano: Giuffrè, 1992, pp. 3-4.

³⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. 2a. ed. Roma: Edizioni dell’Ateneo, 1947, p. 29.

³⁶⁰ CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*, cit., p. 62.

³⁶¹ CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*, cit., p. 62.

³⁶² CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*, cit., p. 29.

³⁶³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1965, p. 77.

que o juiz afirma ser a vontade da lei”³⁶⁴, de modo a não haver diferença entre o que o “juiz afirma e aquilo que poderia afirmar”³⁶⁵. Isso porque o conhecimento humano seria relativo³⁶⁶, dada a ausência de limites para a pesquisa sobre a verdade³⁶⁷.

Nas palavras do autor:

“[O] juiz apura [*accerta*] como indiscutível a vontade concreta da lei, mas não *accerta* como efetivamente existentes fatos que tenham tornado concreta a vontade da lei: os fatos são aquilo que são, e o Estado não pode pretender lhes dar por verdadeiros”³⁶⁸.

No mesmo sentido, GOLDSCHMIDT, para quem “[a]s provas destinam-se a convencer o juiz da verdade. Essa estima-se aqui em um sentido histórico-empírico, é dizer, como mera verossimilhança”³⁶⁹.

Ainda, LIEBMAN, que afirma:

“Naturalmente, por maior que possa ser o escrúpulo posto nessa busca da verdade, e copioso e relevante o material probatório disponível, o resultado a que o juiz poderá chegar conservará sempre um valor essencialmente relativo: estamos no terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica, não da certeza lógica, e, portanto, tratar-se-á sempre de um juízo de probabilidade, mesmo que muito elevada, de verossimilhança (...)”³⁷⁰.

Ou seja: o que ocorria efetivamente no “mundo lá fora” não era a preocupação direta e central do direito processual civil. Os fatos eram apenas “fixados” em juízo³⁷¹, já que a “verdade” no processo seria diferente e autônoma com relação à “verdade” do mundo exterior.

A posição demonstrada acima (que recebeu de TWINING, como já mencionado, a classificação de “Perfeccionista Desapontado”³⁷²) não teve,

³⁶⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*, cit., p. 79.

³⁶⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*, cit., p. 79.

³⁶⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*, cit., p. 78.

³⁶⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*, cit., p. 78.

³⁶⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*, cit., p. 79.

³⁶⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 255-256.

³⁷⁰ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile. Principi*, cit., p. 296.

³⁷¹ CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*, cit., p. 34 e 61.

³⁷² TWINING, William. “Some Scepticism about Some Scepticisms”. cit., p. 103.

entretanto, importância somente histórica, sendo bastante presente na processualística atual.

CAVALLONE, por exemplo, em escrito recente, explicitamente defende a *veriphobia*, afirmando que o “mundo assim como é” seria um sinônimo de “como hoje estamos convencidos de que seja”³⁷³. Para o autor a verdade seria, portanto, socialmente determinada³⁷⁴, ou mesmo baseada no convencimento gerado dentro do processo:

“[N]ão penso, de fato, que nossos juízes devam decidir as causas jogando os dados (...); mas sim com base em provas idôneas à verificação das alegações fáticas das partes, na medida tanto das regras de processo como de critérios epistemológicos sensatos, compreensíveis e coerentes com nossa cultura”³⁷⁵.

No Brasil, como já demonstrado nos itens anteriores, a corrente chamada de Perfeccionistas Desapontados, é, também, bastante frequente na processualística, ganhando a adesão de nomes de peso, como MARINONI e ARENHART³⁷⁶, BAPTISTA DA SILVA³⁷⁷ e ALVARO DE OLIVEIRA³⁷⁸ (os trechos citados encontram-se transcritos no item 1.2.1).

O que tais posições têm em comum, como já assinalado anteriormente, é que retiram a importância da verdade como *standard de correção*³⁷⁹ da decisão, isto é, não permitem que seja possível averiguar se o resultado da busca procedida dentro do processo corresponde ou não com aquilo que ocorreu no “mundo real”.

Em outras palavras, a qualidade e a completude do material probatório podem ser algo relevante para a qualidade da argumentação sobre os fatos, mas não

³⁷³ CAVALLONE, Bruno. “In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)”. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. LXV, n. 1. Milano: CEDAM, Janeiro/Fevereiro de 2010, p. 10.

³⁷⁴ Daí que, para ele, uma decisão baseada na ordália do fogo não seria necessariamente por si só mais justa do que uma produzida com base em conhecimentos científicos. CAVALLONE, Bruno. “In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)”, *cit.*, p. 9.

³⁷⁵ CAVALLONE, Bruno. “In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)”, *cit.*, p. 9.

³⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Ed. RT, 2010, pp. 34-37.

³⁷⁷ SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1, *Processo de Conhecimento*. 7a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 321.

³⁷⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil. Proposta de um Formalismo-Valorativo*. 3a. ed. Rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 177 e 178.

³⁷⁹ HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*, *cit.*, p. 105.

crucial, visto que mesmo diante de poucas provas será possível formar um grau de “convicção” suficiente para satisfazer os parâmetros argumentativos.

Daí que, tendo como premissa a inexistência da verdade, ou a verdade como mera questão de consenso dentro do processo, o aumento e a melhoria da qualidade do material probatório não se configurava como uma necessidade. Em outras palavras, a tendencial insuficiência das provas não era vista como uma perda tendencial do processo quanto à possibilidade de produção de decisões justas; afinal, repita-se o processo não contava com *standards* externos quanto aos fatos.

Tal questão vem explicitada com clareza por CHIOVENDA:

“Também na apuração domina de regra o princípio dispositivo: incumbe às partes propor as provas que creem oportunas. O magistrado julga com base nas provas produzidas: pior para as partes se forem insuficientes³⁸⁰ .

O trecho tem o condão de explicitar outra ideia que também estava à base do pensamento tradicional do século XX: de que o procedimento probatório, e o processo de um modo geral, eram desenvolvidos exclusiva ou quase que exclusivamente no interesse das partes. O princípio dispositivo era elevado à máxima potencia, incluindo também a colheita do material probatório. Esclarece o autor:

“A teoria do ônus da prova está estreitamente conexa com a conservação do *princípio dispositivo* no processo, no que diz respeito à apuração dos fatos. Em um sistema que admitisse a busca de ofício da verdade dos fatos, a repartição do ônus da prova não teria significado³⁸¹ .

No mesmo sentido, afirmava categoricamente GOLDSCHMIDT que “[o]s aportes de provas são atos da parte. Esses são uma consequência do princípio dispositivo³⁸² .

Da mesma forma, na doutrina recente do Brasil, ensinava BUZAID que a “teoria do ônus da prova relaciona-se estreitamente com a conservação do princípio

³⁸⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1965, p. 730.

³⁸¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1965, p. 796.

³⁸² GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil, cit.*, p. 253.

dispositivo no processo pelo que respeita à verificação dos fatos”³⁸³. A ideia segue viva, ainda, na obra de DINAMARCO:

“As regras sobre o ônus da prova e sua distribuição constituem uma inerência do princípio dispositivo. Onde se tivesse um processo puramente inquisitivo, não se cogitaria do *onus probandi*, nem das consequências do seu descumprimento, simplesmente porque ao juiz incumbiria a busca da verdade dos fatos e a cooperação das partes seria pelo menos dispensável e sequer haveria como sancioná-la pela omissão de provar”³⁸⁴.

LIEBMAN, mesmo reconhecendo que o processo não é um “negócio privado”³⁸⁵, não constituindo o ônus da prova um princípio absoluto³⁸⁶, define drasticamente:

“Mas essas [as partes] possuem também o ônus de fornecer as provas dos fatos que alegaram. A esse ônus das partes corresponde um limite aos poderes do juiz (...). Isso significa que o juiz não pode, via de regra, assumir iniciativas instrutórias, nem andar à busca dos meios que podem lhe parecer úteis à busca da verdade. *Iudex iudicare debet iuxta alligata et probata partium*”³⁸⁷.

O trecho revela aquela que a doutrina mais recente³⁸⁸ denunciou como uma recepção equivocada do brocardo “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata*”, com a inclusão da palavra “*partium*” ao final.

Tal confusão, que teria começado na doutrina italiana, pelas mãos de CHIOVENDA³⁸⁹ (possivelmente pela influência de WACH)³⁹⁰, ganhou, como se pode

³⁸³ BUZAID, Alfredo. “Do Ônus da Prova”. In: *Justitia*. São Paulo, a. 25, v. 40, p. 7-26, Janeiro/Março 1963, p. 19.

³⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6^a. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 247-248.

³⁸⁵ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile. Principi, cit.*, p. 309.

³⁸⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile. Principi, cit.*, p. 309.

³⁸⁷ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile. Principi, cit.*, p. 308.

³⁸⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba. Estudio de la Errónea Recepción del Brocardo Iudex Iudicare Debet Secundum Allegata et Probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Bosch Editor, 2007.

³⁸⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1965, p. 725.

³⁹⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba. Estudio de la Errónea Recepción del Brocardo Iudex Iudicare Debet Secundum Allegata et Probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual, cit.*, pp. 53-54.

ver, eco na doutrina processual³⁹¹, tendo importante papel na “neutralização” do juiz³⁹².

PICÓ I JUNOY, que localizou tal equívoco histórico, faz uma verdadeira cruzada para demonstrar que o aporte de provas ao processo não se inclui no princípio dispositivo, nem pode ser limitado pelo princípio de *aportación de parte* (influenciado pelo mencionado erro histórico). Nas palavras do autor:

“Uma das consequências mais relevantes da ‘publicização’ ou socialização do processo civil concreta-se no fato de que, sem discutir a vigência do princípio dispositivo, coloca-se em liça o de *aportación de parte*, pelo menos no que diz respeito à repartição das funções entre o juiz e os litigantes e ao incremento de faculdades probatórias do órgão jurisdicional, indicando-se que se, por um lado, os litigantes são livres para dispor dos interesses deduzidos em juízo (ou seja, do objeto do processo), não o são a respeito do próprio processo, é dizer, seu desenvolvimento, ao conceber-se não somente como instrumento dirigido à tutela jurisdicional de direitos privados, mas, ainda, como função pública do Estado, interessado, portanto, no melhor cumprimento de tal função”³⁹³.

O autor destaca, ainda, que foram há muito superadas as concepções privatistas do processo³⁹⁴, bem como que não há qualquer contradição entre os poderes probatórios das partes e os do juiz³⁹⁵.

Tais visões, entretanto, criticam justamente o caldo cultural formado a partir a inclusão indevida das partes no brocardo. Essas, de resto, tiveram impacto central na formação da ciência sobre o ônus da prova. Afinal, uma vez excluída qualquer possibilidade de iniciativa probatória pelo juiz, os fatos poderiam, assim, ser provados somente por uma parte, ou pela outra³⁹⁶.

³⁹¹ PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba. Estudio de la Errónea Recepción del Brocardo Iudex Iudicare Debet Secundum Allegata et Probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, cit., pp. 55 e ss.

³⁹² O equívoco é repetido, por exemplo, em MICHELLI, Gian Antonio. *L’Onere della Prova*, cit., p. 161.

³⁹³ PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba. Estudio de la Errónea Recepción del Brocardo Iudex Iudicare Debet Secundum Allegata et Probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, cit., pp. 102-103.

³⁹⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba. Estudio de la Errónea Recepción del Brocardo Iudex Iudicare Debet Secundum Allegata et Probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, cit., p. 104.

³⁹⁵ PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba. Estudio de la Errónea Recepción del Brocardo Iudex Iudicare Debet Secundum Allegata et Probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, cit., p. 106.

³⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*, cit., p. 22.

Daí que, novamente, a completude do material probatório, ou a preocupação com sua qualidade, era somente um problema das partes, pois somente através da atividade dessas era que a “certeza” era alcançada no processo³⁹⁷.

Imaginava-se, pois, que as partes eram depositárias das provas, e que onerando adequadamente cada uma delas, seria possível convencê-las, ou estimulá-las a levar as provas a juízo³⁹⁸. Caso não as levassem, por quaisquer que fossem os motivos, isso não acarretaria qualquer consequência negativa ao processo em si, notadamente à sua qualidade como tendencialmente orientado à produção de decisões justas: tratava-se, isto sim, de uma preocupação atinente somente às partes (“pior para as partes” se as provas fossem insuficientes, nas já citadas palavras de CHIOVENDA).

Por fim, outra questão bastante importante para o objeto deste trabalho, presente na doutrina do século XX e posterior, era justamente o fato da figura do juiz estar colocada como o cerne de toda a apuração dos fatos, como destinatário da prova, fonte imperscrutável do que poderia ser considerado provado e “metro” para análise da “suficiência” do “convencimento”.

A função da prova estava intimamente ligada ao juiz, visto que era ele quem deveria ser “convencido” sobre os fatos da causa. A prova tinha uma única direção: das partes para o juiz, seu destinatário exclusivo; somente caso não houvesse condições para esse de “formar o próprio convencimento sobre a existência de fatos relevantes”³⁹⁹ é que se utilizaria o ônus da prova. Nos outros casos, o juiz decidiria com base naquilo sobre o que *se convencera*.

A ideia aparece estampada em GOLDSCHMIDT, para quem:

“O fim da prova é lograr o convencimento do *juiz*. Sendo a *verdade* que se persegue somente relativa, é dizer, simples *verossimilhança*, deve substituir-se o padrão objetivo para apreciá-la por um subjetivo: o convencimento do juiz”⁴⁰⁰.

O tema transparece com clareza na obra de MICHELI:

³⁹⁷ AUGENTI, Giacomo Primo. *L’Onere della Prova, cit.*, p. 122,

³⁹⁸ AUGENTI, Giacomo Primo. *L’Onere della Prova, cit.*, p. 146 e 225.

³⁹⁹ MICHELI, Gian Antonio. *L’Onere della Prova, cit.*, p. 151; ROSENBERG, Leo. *La Carga de La Prueba*. Tradução: Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956, p. 7.

⁴⁰⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil, cit.*, p. 256.

“[O] juiz é posto na condição de pronunciar em todos os casos, mesmo quando não tenha condições de formar seu próprio convencimento sobre a existência dos fatos relevantes”⁴⁰¹.

Também nesse sentido, ROSENBERG:

“[O] problema do ônus da prova não pode surgir, quando as afirmações das partes não se discutem ou quando o tribunal está firmemente convencido da verdade ou falta de verdade das afirmações discutidas”⁴⁰².

Mesmo a doutrina mais recente, entretanto, segue tratando o tema da mesma forma. É o que se vê, por exemplo, em SENTIS MELENDO⁴⁰³, COUTURE⁴⁰⁴ e, no Brasil, em MARINONI e ARENHART⁴⁰⁵.

A questão demonstra, portanto, que para a processualística do século XX, e para muitas importantes vozes da doutrina atual, o sentido de “está provado” significa “o juiz está convencido”. E mais: o grau de suficiência para que algo possa ser considerado provado é dado também pelo juiz, de maneira subjetiva.

O ponto já foi bastante criticado no item 1.2.3, quando se abordou que o sentido emprestado pela doutrina moderna, no plano internacional, para “está provado que *p*” é, atualmente, equivalente a “há elementos de corroboração suficientes no sentido de *p*”, sendo que o grau de suficiência é dado pelo Direito, através dos *standards* probatórios.

Não obstante, para o que interessa no momento, cumpre salientar que, ao conferir ao juiz, subjetivamente, a tarefa de “estar convencido” ou não, além de eliminar-se a possibilidade de erro das decisões judiciais, a qualidade e a completude do material probatório tampouco são alçadas a preocupações centrais.

Afinal, mesmo um conjunto probatório bastante limitado pode causar *beliefs* no juiz; e, não sendo possível, sem um *standard* externo de correção, verificar se tal *belief* pode ser definido como *justified* ou não, pouco importará a qualidade ou a *comprehensiveness* das provas.

⁴⁰¹ MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*, cit., p. 151.

⁴⁰² ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*, cit., p. 7.

⁴⁰³ SENTIS MELENDO, Santiago. *La Prueba. Los Grandes Temas del Derecho Probatorio*, cit., p. 40.

⁴⁰⁴ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, cit., p. 179.

⁴⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., pp. 86-87.

Em outro exemplo, se o juiz estiver convencido, mesmo contrariando robusto material probatório, que aponte de maneira clara e unívoca em um sentido, a decisão produzida poderá não guardar qualquer relação com os fatos efetivamente ocorridos no mundo real, com uma necessária tendência do processo à produção de decisões injustas.

Todo o caldo cultural do século XX, portanto, quando foram desenvolvidas as teorias científicas sobre o ônus da prova, dispensavam ou simplesmente não consideravam como uma preocupação central para a justiça da decisão o incremento do material probatório.

2.4. Críticas à doutrina tradicional

É necessário, a seguir, proceder-se com críticas, a fim de demonstrar que e por quais razões a doutrina do ônus da prova não tem condições de propiciar maior completude do material probatório (o que, aliás, como demonstrado no item anterior, sequer era uma prioridade quando da teorização inicial sobre o tema). É o que se passa a fazer a seguir.

2.4.1. Ônus e possibilidade de recusa de produção de prova contrária ao próprio interesse

A primeira crítica importante à construção tradicional sobre o ônus da prova vai no sentido de que, conforme largamente exposto no item 2.3.1. supra, a atribuição de um ônus traz consigo justamente a possibilidade de recusa, sem cometimento de ilícito (ato contrário ao Direito), da prática do ato “desejado”.

Isso, com relação à prova, quer dizer justamente que, atribuindo um *ônus* da prova, ninguém, nem mesmo a Justiça, pode forçar o sujeito a produzir prova que não seja de seu interesse. O sujeito terá, teoricamente, sempre a possibilidade de simplesmente vir aos autos e informar que pretende correr o risco da não produção da prova.

Afinal, se o legislador afirma que a parte tem um *ônus* de produzir determinada prova, dá ao jurisdicionado duas escolhas lícitas e legítimas: entre

produzir a prova, ou não produzir a prova, correndo o risco de sucumbir. Se optar pela segunda, o juiz, ou a parte contrária, não têm autorização legal ou constitucional para *exigir* que a prova seja produzida.

Não se trata, como se pode perceber, de questão meramente conceitual. Trata-se, isto sim, do fato de que um mesmo ordenamento jurídico não pode determinar que uma conduta seja, para o mesmo sujeito, ao mesmo tempo, um *ônus* e um *dever*; a produção da prova ou é um *ônus*, ou é um *dever*.

Levando a questão para outros campos da experiência jurídica, pode-se esclarecer melhor o ponto. O legislador pode atribuir a um sujeito o dever de pagar imposto, imagine-se, sendo esse exigível no mês de fevereiro. O mesmo legislador pode atribuir ao sujeito um *ônus* de antecipar o imposto: o cidadão que quiser antecipar o pagamento, ganhará um desconto de quinze por cento; o que não quiser, por outro lado, não ganhará desconto.

A conduta “desejada”, com a atribuição do *ônus*, é a *antecipação* do recolhimento do imposto, que não se confunde com o próprio dever jurídico de recolhimento: o primeiro é *ônus*, o segundo é *dever*. Ou seja: um sujeito pode escolher licitamente entre pagar o imposto em dezembro, janeiro ou fevereiro. Não pode, por outro lado, *licitamente* escolher entre pagar ou deixar de pagar o imposto em fevereiro.

O que o legislador não poderia, com efeito, seria determinar que o pagamento em fevereiro fosse, ao mesmo tempo, um *ônus* e um *dever*. Justamente porque tal fato configuraria uma contradição lógica: o ato do não pagamento seria, ao mesmo tempo, ilícito e lícito, o que não pode ser aceito.

É justamente por isso que o CPC brasileiro não configura um verdadeiro *dever* de exibição de documentos. A parte tem o *ônus* de produzir documentos, o que implica logicamente que esse não seja um *dever*. Isto é, não é possível afirmar que a parte tenha o “*ônus*” de produzir provas e, ao mesmo tempo, um *dever* de exibição.

Toda a ideia da parte ter um *ônus* da prova é construída, como já demonstrado nos itens anteriores, sobre a premissa de que a prova deve ser levada ou por uma parte ou por outra; assim, onerando-as será possível estimulá-las a levar as provas a juízo⁴⁰⁶. Entretanto, a realidade é que, se a prova que a parte detém comprova algo em sentido contrário às suas alegações (ou aos seus “interesses”),

⁴⁰⁶ AUGENTI, Giacomo Primo. *L'Onere della Prova*, cit., p.225.

essa certamente não terá estímulos concretos, tendo somente um *ônus*, para levá-la a juízo.

Imagine-se o seguinte exemplo: um sujeito ingressa com uma demanda contra um centro comercial, alegando que seu veículo sofrera danos enquanto estacionado dentro do estabelecimento. A demanda consiste, portanto, na alegação, por parte do autor, de um fato constitutivo de seu suposto direito (qual seja, dano sofrido em seu veículo) e na negativa de tal fato constitutivo por parte do réu, sem alegação de qualquer fato extintivo, impeditivo ou modificativo. No caso concreto, pois, imaginando que a demanda não fosse considerada consumerista por algum motivo, o *ônus* da prova seria exclusivamente do autor.

Durante a produção da prova, o autor demonstra através de fotografias que o réu possui câmeras de segurança. Ao rever as imagens das câmeras, entretanto, o advogado da empresa constata que o vídeo demonstra de maneira cabal que os danos ao veículo do autor foram efetivamente causados dentro do estabelecimento, por um veículo da segurança do próprio demandado.

Se esse fosse o caso, a consequência seria simplesmente que o demandado não levaria a prova a juízo. Em primeiro lugar, porque essa incumbiria justamente ao autor. Sem alegar qualquer fato extintivo, impeditivo ou modificativo, o réu não teria, a princípio, qualquer *ônus* da prova.

Em segundo lugar, mesmo imaginando que o demandado tivesse algum *ônus* – por exemplo, diante do reconhecimento de relação de consumo e de uma inversão do *ônus* de provar, com base no preenchimento dos critérios da legislação consumerista vigente – ainda assim não teria esse qualquer razão para levar a prova a juízo.

Afinal, levando a prova, o réu teria praticamente a certeza de que a ação seria julgada procedente, uma vez que o vídeo demonstraria de maneira cabal que os danos alegados efetivamente teriam decorrido de um ato de um preposto do estabelecimento; assim, a hipótese fática do autor atingiria, muito provavelmente, grau de corroboração suficiente.

Por outro lado, não levando a prova, teria o demandado no máximo um “risco”, uma “ameaça”, de que isso ocorresse, seja por conta da inversão do *ônus* da prova, seja por conta da presunção causada pela recusa havida por ilegítima, nos termos do art. 359, II do CPC.

A “ameaça” trazida pelo ônus da prova (ou pela presunção do art. 359) não são concretas; se a parte recusar-se a levar uma prova que lhe desfavorece a juízo, mas o resto do conjunto probatório lhe for favorável, sua recusa muito provavelmente beneficiar-lhe-á. Afinal, os casos cíveis normais são julgados pela ótica do *standard* “preponderância de provas”, de modo que, mesmo com a inversão dos ônus ou com a presunção prevista no art. 359, a parte que se recusa a levar a prova que lhe é desfavorável será beneficiada.

Se é certo, como demonstrado nos itens anteriores, que o ônus dá ao jurisdicionado uma escolha, “respeitando” sua vontade com a chancela da licitude, a consequência do ônus da prova é que o sujeito onerado terá, repita-se, o *direito* de recusar-se a produzir provas; terá o *direito* de ter uma prova e não a levar a juízo; terá o *direito*, para tornar a situação mais caricatural, de, no caso acima, simplesmente peticionar informando ao juiz que possui a filmagem, mas que não tem interesse de levá-la a juízo. Afinal, o que ele terá será um *ônus*, com todas as características delineadas no item 2.3.1. *supra*, inclusive a incoercibilidade.

O ponto é bastante importante: se o Direito confere ao sujeito a possibilidade de, licitamente, fazer uma escolha, o próprio Direito, seja através do Estado-legislador, seja através do Estado-juiz, tem o *dever* de respeitar essa escolha, configurando-se toda e qualquer subtração dessa uma inconstitucionalidade.

A questão fica bastante visível no exemplo do imposto, ventilado acima. Caso o sujeito que tem o dever de recolher o imposto não o faça após o prazo (fevereiro, no exemplo dado), o Estado poderá utilizar sua força para constrangê-lo a pagar: utilizar-se-á, para isso, do Judiciário, inclusive, se necessário, com recurso ao bloqueio *online* de valores.

Se o sujeito não *quiser* antecipar o pagamento do tributo, para, com isso, obter desconto de quinze por cento, por outro lado, o Estado não poderá, legitimamente, forçá-lo ou constrangê-lo ao pagamento. Não seria, por exemplo, lícita a aplicação de multa diária para cumprimento do ônus de antecipar o pagamento. Afinal, a conduta do sujeito onerado de proceder com o pagamento não será juridicamente exigível antes de fevereiro, por força do previsto no art. 5º., II da CRFB (que pode ser lido da seguinte forma: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, a não ser que a lei obrigue).

No caso da prova, portanto, ter *ônus* da prova significa que ninguém, nem mesmo o Estado-juiz, estará constitucionalmente autorizado a forçar ou constranger

de qualquer forma a parte que não tem interesse em levar uma prova a juízo a fazê-lo. O Estado, em outras palavras, dá duas escolhas lícitas para a parte, não podendo, posteriormente, quando feita a escolha, retirá-la unilateralmente. Não pode, em resumo, usar legitimamente, diante do ônus de provar, de sua força coativa para que um documento ou qualquer outra prova relevante sejam levados ao processo.

O STJ, aliás, editou súmula expressamente proibindo a cominação de multa coercitiva para casos de exibição de documentos⁴⁰⁷. Mesmo sem fazer a distinção entre ônus e dever, afirmou a Corte, em um dos casos que serviram de base para o verbete sumular, que as consequências jurídicas para a não exibição de documentos são aquelas delineadas nos arts. 355 e ss. do CPC:

“Como sabido, a multa cominatória é própria para garantir o processo por meio da qual a parte pretende a execução de uma obrigação de fazer ou não fazer (REsp nº 148.229/RS, da minha relatoria, DJ de 13/10/98). No caso da cautelar de exibição de documentos, não tem cabimento a imposição da multa cominatória. Há, é certo, questionamento sobre a incidência do art. 359 do Código de Processo Civil”⁴⁰⁸.

A argumentação parece simplista demais, deixando de mencionar o fato de que o sujeito onerado tem a possibilidade de escolha sobre sua intenção de adotar ou não o comportamento previsto na regra, de modo que nem mesmo as Cortes de Justiça podem determinar forçadamente seu cumprimento ou constrangê-lo.

Por outro lado, e de maneira absolutamente contraditória, o mesmo STJ, que entende pela impossibilidade de aplicação de multa, julga possível a busca e apreensão do documento que a parte pretende ver exibido:

“Já decidi [o STJ], ainda, que ‘na ação de exibição de documentos não cabe a aplicação de multa cominatória (Súmula 372) e nem a presunção de veracidade contida no art. 359, do CPC (REsp 1094846/MS, rel. Ministro Carlos Fernando Mathias, submetido ao rito dos recursos repetitivos). Poderá, em tese, haver busca e apreensão, se comprovado que o réu injustificadamente

⁴⁰⁷ Súmula 372: “Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”.

⁴⁰⁸ STJ, REsp 433711/MS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Julgado em 25/02/2003, DJ em 22/04/2003.

não atendeu à ordem judicial de exibição, deixando de apresentar documentos que efetivamente estejam em seu poder”⁴⁰⁹.

Tal solução, apesar de inegavelmente pragmática, contém um problema insuperável de teoria do direito⁴¹⁰: ou bem a exibição consiste em um *dever*, podendo a parte ser coagida, seja através de multa coercitiva, ou ter sua vontade substituída, através – por exemplo – de busca e apreensão etc., ou bem consiste em um *ônus*, caso em que nem a busca e apreensão, nem a multa, nem qualquer outra utilização da força, técnica ou medida coercitiva serão legítimas.

De resto, é interessante notar que o próprio CPC de 1973 fez a diferenciação entre ônus e dever, ao atribuir aos terceiros um verdadeiro *dever* de produção e de exibição de documentos, aparelhando o juiz com uma série de medidas coercitivas (exemplificadas no art. 362 do diploma processual). Veja-se, nesse sentido, que, caso o terceiro não cumpra a ordem judicial, estará sujeito à busca e apreensão, inclusive com força policial, sem prejuízo de vir a responder por crime de desobediência. Isto é, o terceiro tem um verdadeiro e claro *dever* de produzir a prova determinada pelo juiz.

Isso porque, segundo a ideia carneluttiana baseada no interesse, que, conforme demonstrado, guiou a processualística na diferenciação entre ônus e dever, a produção de prova relacionada ao terceiro deveria ser considerada um “imperativo de conduta em benefício alheio”. Presumia-se que o terceiro não teria qualquer “interesse” em produzir a prova, a não ser recebendo ameaças de sanções.

Para as partes, por outro lado, o pensamento era possivelmente diferente. Presente o cenário cultural descrito nos itens anteriores, via-se a prova como algo que interessava somente às partes (“...*secundum allegata et probata partium*”). Se a prova estava, supostamente, ou com uma parte ou com outra, imaginava-se que onerando adequadamente cada uma delas, como exaustivamente frisado, seria

⁴⁰⁹STJ, 3ª. Turma, AgRg no Agravo em Recurso Especial nº. 341.077 – SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 27/08/2013, DJe 07/09/2013.

⁴¹⁰Padece do mesmo problema, em nosso sentir, a ideia de abalizado setor da doutrina, que, sem abandonar a categoria do ônus da prova, critica a súmula 372 do STJ, entendendo possível a cominação de multa para exibição de documentos. Nesse sentido, vide MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil. Comentado Artigo por Artigo*. 3a. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, pp. 358.

possível ter suficientes elementos de prova em juízo (mesmo que isso não pudesse ser considerado um objetivo central, como demonstrado nos itens anteriores).

Tratar-se-ia, aí, de um “imperativo de conduta em benefício próprio” (ainda usando a denominação carneluttiana, apenas para efeito ilustrativo), ou seja, uma conduta que poderia ser realizada ou não realizada somente no interesse da própria parte, não guardando relação com o juiz. Daí decorrer que sua produção traduzia-se somente em um *ônus*, tendo consequência, segundo a lei e o STJ, que não poderia passar daquela prevista no art. 359.

Cumpra salientar, por fim, que a presunção de veracidade contida no art. 359 do CPC não traz à parte beneficiada nem de perto a mesma consequência favorável que lhe traria a produção efetiva da prova, revelando-se um excelente negócio para a parte que se recusa à exibição. Traz, isto sim, apenas um instrumento para que a prova não seja valorada de maneira racional e que, portanto, tenha maior tendência à produção de decisões injustas.

Isso porque a presunção simplesmente acarreta um “risco”, totalmente abstrato, para a parte que se recusa a exhibir. Para ela certamente valerá a pena correr o risco de *talvez* sucumbir, no lugar de fornecer uma prova contrária a seus “interesses” e ter praticamente a certeza.

Tal presunção, de resto, quando avaliada sob o prisma da valoração racional da prova, tem pouca ou nenhuma consequência prática, mormente em casos cíveis, em que o *standard* probatório, como já mencionado, é o de “preponderância de provas”. Afinal, a presunção poderá ser facilmente derrubada por um conjunto que, mesmo com pouca força probatória, permita que se façam inferências em sentido contrário.

Caso a prova fosse levada a juízo, por outro lado, o resultado poderia ser totalmente outro, como demonstrado no final da primeira parte do presente estudo. O elemento de prova que a parte se recusa a levar a juízo poderia, mesmo, ser central para o deslinde do feito, inclusive para a mensuração, por exemplo, da gravidade ou da extensão da responsabilidade civil, como em casos de vícios de engenharia, ou de negligência ou imperícia médica.

Sem levar o elemento de prova a juízo, a parte opta por correr um risco que, em verdade, não se sabe exatamente qual é, virando, como já mencionado, negócio extremamente vantajoso não levar a prova que lhe desfavorece a juízo.

A consequência prática, em outras palavras, é que a doutrina do ônus da prova, adotada integralmente pelo CPC de 1973, dá um escudo legal (e, posteriormente, jurisprudencial) para que a parte se recuse a produzir provas que não sejam em seu “interesse próprio”. Se a prova for favorável, será levada a juízo. Se for desfavorável, não será levada.

O resultado disso é que, não tendo aptidão para forçar as partes à produção de provas que sejam contrárias a seus “interesses”, o processo civil brasileiro contenta-se com uma busca da verdade bastante limitada, guiada quase que exclusivamente pela disputa de forças entre as partes. Contenta-se, em outras palavras, com um processo muito menos orientado à busca da verdade, apto tendencialmente para a produção de decisões muito menos justas, visto que bastante distante de buscar o ideal da completude do material probatório.

2.4.2. Da inexistência do dito aspecto subjetivo do ônus da prova e da ausência de estímulos concretos e efetivos para a produção de provas

O aspecto subjetivo do ônus da prova envolveu desde sua teorização uma série de controvérsias, havendo desde o início (e até hoje) autores que neguem sua existência. AUGENTI, por exemplo, afirma:

“Por conseguinte, ao que se reduz, em última análise, a essência do ônus da prova no processo civil? À atividade da parte, ou à determinação dos fatos que devem ser estabelecidos a fim de que o autor ou o réu obtenham a vitória? (...) De fato, quando uma prova é levada [aos autos], o problema que nos diz respeito não surge; mas, se, por outro lado, tal prova falta – e, portanto, a incerteza atinge a decisão, é então que no processo civil pergunta-se “quem devia demonstrar”, visto que o juiz não pode desenvolver qualquer atividade de ofício. (...) Demonstramos como para nós as consequências da incerteza são estabelecidas somente por uma regra processual que impões ao juiz de ter por inexistentes os fatos não amparados por prova”⁴¹¹.

⁴¹¹ AUGENTI, Giacomo Primo. *L’Onere della Prova*, cit., p. 172.

No mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA⁴¹²e, mais modernamente, ARENHART⁴¹³ e TARUFFO⁴¹⁴.

De fato, pelas mesmas razões, tampouco no ordenamento jurídico brasileiro o aspecto subjetivo do ônus da prova parece ter relevância.

Em primeiro lugar, porque no ordenamento jurídico brasileiro (assim como na maioria dos ordenamentos modernos de *civil law*) a proveniência da prova tampouco importa, como bem anotado pela doutrina⁴¹⁵.

Pode ser o réu a fornecer prova que corrobore de maneira cabal o fato constitutivo do direito do autor, e, nesse caso, mesmo na inércia total do demandante, deverá ele vencer a causa. Pode, por outro lado, ser o autor a comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo de seu próprio direito, caso em que, mesmo diante da inércia do demandado, esse deverá vencer a causa.

No sistema brasileiro, ademais, o próprio juiz é dotado de poderes instrutórios (conforme art. 130 do CPC), de modo que a corroboração das hipóteses fáticas pode, inclusive, provir de uma ordem do magistrado⁴¹⁶, que redundará na produção de provas determinadas de ofício.

O que determina o resultado de uma demanda, com efeito, é a suficiência de elementos de corroboração a favor de determinada hipótese fática, conforme essa beneficie o autor ou o réu. E tal corroboração das hipóteses fáticas *não tem qualquer relação com a atividade das partes*; a prova não é medida em termos quantitativos.

Se o autor levar dez documentos aos autos e o réu levar cinco, o autor não será necessariamente beneficiado por isso. Afinal, os dez documentos levados por ele podem demonstrar cabalmente a ausência de fundamento de sua demanda, caso em que a ação será julgada improcedente, independentemente de sua diligência e boa vontade⁴¹⁷.

⁴¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., tomo 4, pp. 219-220.

⁴¹³ ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro*. Disponível em: http://www.academia.edu/attachments/1471882/download_file. Último acesso em 12/02/2013.

⁴¹⁴ TARUFFO, Michele (org.). *La Prova nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 249.

⁴¹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro*. Disponível em: http://www.academia.edu/attachments/1471882/download_file. Último acesso em 12/02/2013.

⁴¹⁶ TARUFFO, Michele. *Onere della Prova*. In: *Digesto - Banca di Dati Ipertestuale*. Torino: UTET, 2008, item 8. No mesmo sentido, TARUFFO, Michele. *La Prova nel Processo Civile*, cit., pp. 248-249.

⁴¹⁷ Tal questão já fora anotada com precisão por BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Julgamento e Ônus da Prova", cit., pp. 75-76.

Não sendo possível vincular qualquer resultado à conduta ou não do jurisdicionado, não há que se falar em ônus jurídico, que pressupõe, conforme abordado no item 2.3.1., que seja atribuída alguma consequência *jurídica* para o caso do sujeito cumprir com o comportamento “desejado”. O *ônus imperfeito*, portanto, não é um ônus jurídico, justamente porque lhe falta o resultado jurídico para vincular (mesmo que de maneira branda) a conduta do sujeito da regra.

No caso do ônus da prova, esse vem também incluído pela doutrina em tal categoria⁴¹⁸, já que, como é sustentado, “ao contrário do que ocorre com relação aos demais ônus (de afirmar, por exemplo), o seu descumprimento não necessariamente irá acarretar automaticamente uma consequência desfavorável”⁴¹⁹.

“Esse ônus, posto que importantíssimo no processo e para a efetividade dos direitos, inclui-se entre aqueles cuja inobservância não determina consequências inevitáveis para o sujeito”⁴²⁰.

A questão pode ser enfrentada através do exemplo já mencionado, ora um tanto alterado para o que se pretende demonstrar: se uma regra jurídica afirmasse que quem contrata um bom advogado tem mais chances de não sucumbir, estaria afirmando uma obviedade prática, mas não atribuindo um ônus jurídico, em sentido técnico.

A conduta de contratar o bom profissional, como já dito, certamente é um *direito* do sujeito (nos termos do art. 421 e ss. do CC), algo no seu “interesse”, assim como algo que certamente favoreceria o desfecho positivo para esse numa ação judicial; entretanto, nem por isso configuraria um ônus jurídico. Afinal, a conduta de contratar ou não contratar um profissional competente não teria qualquer consequência *jurídica* atrelada ao comportamento ou à falta dele.

Da mesma forma, dizer que quem produz provas a seu favor tem mais chances de não sucumbir é uma obviedade, mas não um verdadeiro ônus jurídico

⁴¹⁸ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. “Inversão do Ônus da prova no CDC e a Inversão Procedimental no Projeto de Novo CPC: Distinção entre institutos afins”. In: *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 91/2014. São Paulo: RT, Janeiro de 2014, p. 309 e ss.; GARCIA, André Almeida. “A Distribuição do Ônus da Prova e sua Inversão Judicial no Sistema Processual Vigente e no Projetado”. In: *Revista de Processo*. v. 208. São Paulo: RT, Junho de 2012, p. 91 e ss. Considerando o ônus de exibição de documentos como imperfeito, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Direito à Prova”, cit.

⁴¹⁹ GARCIA, André Almeida. “A Distribuição do Ônus da Prova e sua Inversão Judicial no Sistema Processual Vigente e no Projetado”, cit.

⁴²⁰ DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III., cit., p. 85.

(nem mesmo um – inexistente – *ônus imperfeito*). A parte tem o “*direito à prova* (...), de modo que não se pode transmutar este *direito* em *ônus*”⁴²¹; mesmo sendo claro que quem age com maior diligência terá melhores chances de *contribuir* para que a corroboração das hipóteses fáticas que lhe são favoráveis seja procedida, a *produção da prova*, o dito aspecto subjetivo do ônus da prova, não é um *ônus jurídico*.

Em outras palavras, do comportamento positivo ou negativo do sujeito, ou seja, do comportamento de produzir ou não uma prova em juízo, não advém qualquer consequência jurídica imediata e concreta. A produção da prova relevante é um exercício regular de direito, sem qualquer consequência jurídica necessariamente atrelada ao comportamento. “Conforme bem se percebe, o primeiro aspecto desse conjunto de fenômenos [o aspecto subjetivo do ônus da prova] tem relevância muito mais *psicológica* do que *jurídica*”⁴²²,

Da forma como o sistema processual civil brasileiro é projetado, pode-se afirmar, por conseguinte, que não existe dimensão subjetiva do ônus da prova, nem mesmo um *ônus subjetivo*.

Existe, isto sim, um *ônus jurídico* (*perfeito*, portanto) de exibição de documentos, conforme arts. 359 e ss., sendo que quem se recusa de maneira ilegítima à exibição de documento pode ter contra si somente a consequência jurídica (*perfeita*, e totalmente dependente do comportamento da parte) uma presunção *juris tantum* de veracidade dos fatos que a parte contrária pretendia provar (o que, conforme item anterior, mostra-se insuficiente para estimular efetivamente o jurisdicionado à produção de provas contrárias ao seu “interesse”).

Conforme mencionado, portanto, não há dúvida sobre que alguém que forma um conjunto probatório mais sólido, antes mesmo de qualquer processo judicial (por exemplo, quando assessorado por advogado desde o início de uma contratação), tem mais chances de vencer a demanda; entretanto, tal, reitera-se, não configura um *ônus jurídico*.

Afinal, a atividade das partes não tem ligação ou consequência direta no resultado da demanda. Quem prova, quem pratica atividade probatória, não necessariamente vencerá, e quem não prova, quem não pratica atividade probatória, não necessariamente perderá.

⁴²¹ ARENHART, Sérgio. *Ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro*, cit.

⁴²² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Julgamento e Ônus da Prova”, *cit.*, p. 75.

Isso tudo demonstra cabalmente que o sistema, interpretado pela doutrina como contendo um *ônus subjetivo* da prova, não tem o condão de causar qualquer constrangimento às partes, não servindo, portanto, para estimulá-las jurídica ou pragmaticamente a levarem provas a juízo.

Por essa razão, novamente, é forçoso constatar que o processo civil brasileiro contenta-se com a incompletude do material probatório, tendo tendência à produção de decisões menos justas e sendo, portanto, a um processo menos justo.

2.4.3. O aspecto objetivo e o juiz como destinatário da regra: da ausência de estímulos jurídicos às partes para a produção da prova

O aspecto objetivo do ônus da prova tampouco está infenso a críticas. Conforme largamente abordado no item 2.3.1. supra, a regra que atribui um ônus dá ao sujeito onerado uma escolha, atribuindo consequências jurídicas para a adoção e para a não adoção do comportamento almejado pela norma, ambas lícitas.

Toda regra que institui ônus, portanto, tem como destinatário o próprio sujeito onerado. Isto é, somente mediante a escolha do sujeito onerado é que será possível determinar se serão aplicadas a ele as consequências da adoção ou da não adoção do comportamento.

O julgador, que exerce sua função exatamente como terceiro imparcial, como ressabido, não possui ônus⁴²³, mas tão somente deveres ao atuar em um processo. Em outras palavras, a própria figura do juiz no processo é incompatível com a figura do ônus. Daí concluir-se, apesar de óbvio, que, se for entendido que a regra de ônus da prova no seu caráter objetivo é dirigida ao juiz, ela não pode significar, para ele, a atribuição um ônus.

É claro, por outro lado, que um único texto legal pode, ao mesmo tempo, atribuir um ônus para um sujeito e um dever para outro⁴²⁴, dada a inexistência de “correspondência biunívoca dispositivo e norma”⁴²⁵. Assim, poder-se-ia sustentar que a regra insculpida no art. 333 do CPC poderia significar um *dever* para o juiz e um *ônus* para as partes. Entretanto, tal solução não parece satisfatória.

⁴²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. v. II, cit.*, p. 208.

⁴²⁴ “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, cit.*, p. 30.

⁴²⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, cit.*, p. 31.

Em primeiro lugar porque o aspecto objetivo do ônus da prova é, como mencionado, uma regra de julgamento, entrando em cena no momento da decisão. Isto é, em tal oportunidade, não existe mais qualquer comportamento que a parte possa ou não adotar, e nenhum resultado a que seu comportamento possa ser ligado. Sem comportamento, ou sem possibilidade de comportamento, não há que se falar em *ônus*.

Em segundo lugar porque, caso se entenda que o aspecto objetivo também tem consequências no momento da instrução da causa, estar-se-á justamente a sustentar a existência do aspecto subjetivo do ônus da prova, com todos os problemas e imprecisões já relatados no item anterior.

Novamente se cairá na questão dos estímulos, uma vez que o “estímulo” dado pelo legislador para que a parte evite o julgamento pela regra de ônus da prova a seu desfavor não configurará um ônus jurídico, mas uma mera consequência prática do *dever* judicial de utilizar a regra do art. 333 como “critério de desempate”.

Conforme será demonstrado na terceira parte do presente estudo, com efeito, a regra do ônus da prova, insculpida, no Brasil, no art. 333 do CPC, nada mais é do que a atribuição de um dever ao juiz de julgar conforme a regra, em caso de insuficiente corroboração das hipóteses fáticas. A parte certamente tem “interesse” em evitar tal julgamento, fazendo valer seu *direito* à prova. Não terá, entretanto, repita-se, um *ônus* jurídico (o ônus de exibição, conforme mencionado, nenhuma relação guarda com o dito aspecto subjetivo do ônus da prova).

Trata-se, de resto, do mesmo que ocorre, por exemplo, quando há empate nas eleições presidenciais e a Constituição, no art. 77, § 5º., determina que o critério de desempate será a idade dos candidatos. A Constituição atribui um *direito* para o candidato mais velho e um *dever* da autoridade competente de cancelar o resultado da eleição nesse sentido.

O aspecto objetivo do ônus da prova, único existente, conforme demonstrado, não tem, portanto, a função de propiciar a completude do material probatório. Tem, isto sim, a função de fornecer ao juiz uma espécie de “critério de desempate”, em casos de insuficiente corroboração.

Dito isso, o que impende verificar é que o aspecto objetivo do ônus da prova tampouco tem condições de propiciar a maior completude do material probatório, servindo somente como uma espécie de critério de “desempate” dirigido ao juiz (sendo que tal ponto será abordado de maneira mais completa na terceira parte do

presente estudo), num momento em que as partes nada mais podem fazer para “salvar” suas versões fáticas.

2.4.4. Inversões e dinamizações e a ausência de estímulos concretos para o aumento da completude do material probatório

Conforme já mencionado nos itens anteriores, com o passar do tempo a distribuição fixa do ônus da prova passou a mostrar-se insuficiente para estimular as partes a levarem provas a juízo. Ademais, passou-se a notar que essa acabava criando dificuldades por vezes insuperáveis para uma parte, a mais fraca na relação processual. Conforme também já mencionado, surgiram daí primeiramente a doutrina da inversão do ônus da prova e, posteriormente, a da dinamização.

Ambas as soluções, entretanto, conforme será visto a seguir, não são capazes de fornecer estímulos concretos tendentes à maior completude do material probatório.

A inversão do ônus da prova, como aquela prevista no CDC, primeiramente, traz consigo alguns graves problemas. O primeiro deles, que pode parecer à primeira vista somente de nomenclatura, consiste em algo, em verdade, bastante mais sério. Nas palavras de CARPES:

“[O] objeto litigioso é composto de inúmeras alegações fáticas relevantes – o *thema prondandum* -, mas que nem todas elas são aptas a fundamentar a transferência dos ônus probatórios. (...) [Q]uando se fala em ‘inversão’ está-se a pressupor a transferência integral do encargo probatório de uma parte à outra (...). Em outras palavras, o termo ‘inversão’ consagra a transferência do esquema legal, imóvel e estático, de um lado para outro, restando mantido, portanto, o generalismo e abstracionismo legal”.⁴²⁶

No mesmo sentido, LEONARDO:

“Quando o magistrado decide pela inversão do ônus da prova, passa-se a imputar ao réu, automaticamente, a carga da prova de todos os fatos constitutivos (originariamente imputados ao autor) ou inverte-se apenas parcela

⁴²⁶ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., pp. 116 e ss.

desses fatos constitutivos? (...) Como um fornecedor poderia comprovar a inexistência de qualquer vínculo contratual com um consumidor? (...) Sem que o consumidor provasse, pelo menos, a ocorrência de um fato potencialmente danoso, seria justo imputar ao fornecedor a prova sobre a ausência dos fatos constitutivos?⁴²⁷.

As críticas consistem no fato de que não é possível estabelecer a consequência ou mesmo a amplitude da inversão dos ônus probatórios. Nos dois exemplos citados pelo último autor, para o fornecedor seria absolutamente impossível providenciar a prova de um ou de outro.

Considerando que, em geral, o autor tem o ônus da prova do fato constitutivo e o réu o ônus da prova dos fatos impeditivos, extintivos e modificativos, ao inverter o ônus da prova em favor do consumidor-autor, não resta claro se isso quer dizer que o fornecedor-réu passa a ter o ônus de provar os fatos impeditivos, extintivos e modificativos, ou se passa a ter o ônus de provar negativamente, ou seja, de provar que o fato constitutivo do autor não ocorreu. Nenhuma das hipóteses, entretanto, parece satisfatória.

O que ocorre é que a chamada inversão do ônus probatórios, em realidade, nada mais é do que a mudança do “critério de desempate”, ou seja, da mudança do sujeito que sofrerá as consequências pela insuficiente corroboração das hipóteses fáticas. Opera, portanto, no momento em que já houve a instrução probatória, e não durante; no aspecto objetivo do ônus da prova, portanto.

Durante a instrução probatória, de resto, a “inversão” dos (inexistentes) “ônus subjetivos” não traz qualquer consequência prática, não servindo de forma alguma para estimular alguém a levar uma prova a juízo que, sem a inversão, não levaria.

Imagine-se que, no exemplo dado nos itens anteriores, sobre os supostos danos causados a um veículo dentro de um estabelecimento, o réu possuísse uma filmagem, na qual fosse possível ver um funcionário da empresa abrindo à força o porta-malas do carro do autor-consumidor – o que significaria prova cabal para que fosse condenada. Sem a “inversão” do “ônus da prova”, a parte demandada não teria qualquer vantagem em levar a prova a juízo: saberia, com efeito, que, levando a prova a juízo, teria chances concretas de sucumbir.

⁴²⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*, cit., p. 53.

A situação não mudaria minimamente, entretanto, diante da inversão dos ônus probatórios. Afinal, a empresa, mesmo com a inversão, seguiria sem estímulos concretos para levar a prova a juízo. Isso porque, conforme já mencionado, entre “correr o risco” e “ter a certeza” de sucumbir, qualquer demandado preferiria a primeira opção.

O sistema, mesmo diante da inversão do ônus da prova, favorece, portanto, a parte que não colabora com o Judiciário, a quem é deferida a possibilidade de “esconder” uma prova somente pelo fato de desfavorecer-lhe. O “risco”, remoto e não concreto, gerado pelas “ameaças” do (inexistente) “ônus subjetivo”, não são minimamente “persuasivos” para fazer com que o réu escolha trocar uma situação de sucumbência incerta por uma de sucumbência certa. O legislador, em outras palavras, estimula o réu a “apostar” no risco.

Ainda no exemplo do estacionamento, se o consumidor registra um boletim de ocorrência e, posteriormente, ingressa com demanda em face da empresa, alegando que os danos teriam ocorrido dentro do estabelecimento, pela letra fria da lei consumerista, pode-se afirmar certamente que o consumidor, em relação ao estabelecimento, seria hipossuficiente, bem como que suas alegações são “verossímeis” (a verossimilhança, segundo a doutrina⁴²⁸, não é aqui entendida em sentido técnico⁴²⁹). Seria, portanto, o caso, de acordo com o CDC, de inverter o ônus da prova e, não havendo qualquer prova pelo sim ou pelo não, seria condenado o réu.

Não por acaso, entretanto, a jurisprudência acabou sobrevalorizando o critério da verossimilhança para evitar a inversão do ônus da prova ocorresse em qualquer situação, de modo que, para vencer a causa, bastasse a mera afirmação do consumidor. Passou-se a sustentar, portanto, que a mera afirmação unilateral, inclusive aquela contida em um boletim de ocorrência, não seria suficiente para ensejar a inversão do ônus da prova. O STJ assim decidiu:

⁴²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova, cit.*, pp. 210 e ss.

⁴²⁹ “A primeira distorção diz respeito ao conceito de verossimilhança, e se verifica quando essa é compreendida como sinônimo de probabilidade, ou seja, como ituação na qual um fato não é provado de modo pleno, mas existem elementos para entendê-lo crível. (...) [U]m fato é verossímil não quando há elementos de prova para que se entenda confiável a sua afirmação, mas quando essa parece conforme ao *id quod plerumque accidit*”. TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici Giuridici, cit.*, pp. 475 e ss.

“Vale ressaltar, ademais, que é entendimento pacífico nesta Corte que o boletim de ocorrência policial, isoladamente apresentado, desacompanhado de outros elementos probatórios, não é suficiente para embasar as alegações da parte”⁴³⁰.

No mesmo sentido, o TJRS:

“Compulsando os autos, verifico que a parte autora limitou-se a trazer, como prova documental, o boletim de ocorrência (fl. 19) e a nota de aquisição de uma cerveja e uma água mineral (fl. 21).

O boletim de ocorrência lavrado não é prova cabal para comprovar o fato, eis que é prova produzida unilateralmente, possuindo, portanto, valor escasso. (...) No caso dos autos, a parte autora não comprovou os fatos constitutivos de seu direito. Assim, não há que se falar em inversão do ônus da prova”⁴³¹.

“*In casu*, como adiante se verá, as alegações expendidas pelo demandante na exordial não guardam qualquer verossimilhança com a prova colhida ao bojo dos autos, de modo que deva ser afastada a pretensão quanto à inversão do ônus da prova”⁴³².

⁴³⁰ “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. AUSÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1. Mesmo em caso de relação de consumo, a inversão do ônus da prova não é automática, cabendo ao magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, em conformidade estabelece o art. 6º, VIII, do referido diploma legal. 2. Rever apreciação desses pressupostos é inviável por óbice da Súmula 7/STJ. 3. Conforme sedimentada jurisprudência do STJ, o boletim de ocorrência policial não possui força probante suficiente para fundamentar a alegação da parte. Precedentes. 4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO”. STJ, 3ª. Turma, AgRg no REsp 1216562 / SP, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data do Julgamento: 04/09/2012, Data da Publicação/Fonte: DJe 10/09/2012.

⁴³¹ “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NEGATIVA DE CRÉDITO. FATOS CONSTITUTIVOS. ALEGAÇÃO DE ABORDAGEM EXCESSIVA. ÔNUS DA PROVA. ART. 333, I, DO CPC. AUSÊNCIA DE PROVA DOS FATOS CONSTITUTIVOS INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DESCABIMENTO. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. Não tendo a parte autora comprovado os fatos constitutivos de seu direito, não estão presentes os pressupostos do artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, sendo inviável a inversão do ônus da prova. 2. Ausência de prova cabal para comprovação do fato alegado. O Boletim de Ocorrência - porquanto produzido unilateralmente - não serve como prova suficiente para comprovar os fatos constitutivos de seu direito. Da mesma forma, a nota fiscal acostada somente comprova que a autora compareceu no estabelecimento da ré para efetuar compras. 3. Diante do quadro apresentado, é de ser mantida a improcedência da demanda. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME”. TJRS, Nona Câmara Cível, Apelação Cível Nº 70053700258, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 10/04/2013.

⁴³² “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. BOLETIM DE OCORRÊNCIA. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. 1. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. Inviável que se acolha a pretensão quanto à inversão do ônus da prova em sede recursal, mormente quando ausente seus pressupostos verossimilhança e hipossuficiência. 2. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. Não há falar-se em ilicitude na conduta da empresa demanda que, agindo no exercício regular de um

O que se verifica em todos esses casos é que o recurso à verossimilhança “esconde” o fato de que inversão do ônus da prova acaba, nesses casos, não desempenhando qualquer função. A jurisprudência acaba, em outras palavras, dizendo o óbvio e o normal: se o fato constitutivo do direito do autor restar provado, deverá esse vencer a demanda; se não restar minimamente provado, o autor perderá a demanda.

Isso se deve justamente à impossibilidade de, através da “inversão” dos ônus probatórios, *estimular* uma parte a produzir prova contra si mesma, ou, melhor dizendo, prova contrária aos seus “interesses”. Daí que de nada adianta promover modificações e inversões do ônus da prova se seguir-se utilizando a categoria do ônus, que justamente dá escolha lícita ao sujeito da regra de recusa à entrega do material probatório.

A inversão do ônus da prova funciona, portanto, somente para alocar de maneira diferente os riscos da demanda, preferindo o legislador que, em caso de insuficiente corroboração, seja o fornecedor a sucumbir, e não o consumidor. Não tem, destarte, qualquer influência sobre a completude do material probatório.

Analisada a inversão do ônus da prova, cumpre, a seguir, analisar a dinamização do ônus da prova, verificando que essa não encontra melhor sorte quanto ao desejável estímulo às partes em relação à produção de provas e à completude do material probatório, praticamente pelas mesmas razões.

CARPES, entretanto, adverte:

“Assim, a dinamização significa a flexibilização do esquema estático para permitir a transferência do ônus da prova relativamente apenas a alguma ou algumas circunstâncias de fato que, por razões de índole técnica ou da sua respectiva natureza, enseja a vedação do direito fundamental à igualdade substancial das partes e do direito fundamental à prova”⁴³³.

direito, levou a efeito ocorrência policial dando conta da não devolução de fitas locadas em seu estabelecimento, baseado-se em recibo firmado pelo requerente. Hipótese em que o apelante não logrou produzir provas quanto à injustiça do ato da ré, tendo desistido da prova pericial, única que seria capaz de minimamente amparar sua pretensão. Juízo de improcedência mantido. APELAÇÃO IMPROVIDA”. TJRS, Décima Câmara Cível, Apelação Cível Nº 70012631156, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 15/12/2005.

⁴³³ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., p. 117.

De fato, a especificação de quais são os fatos objeto da dinamização poupa tal ideia de parte da série de críticas feita acima, quanto à impossibilidade de determinação sobre qual fato recai a dinamização etc.

Não obstante, novamente aqui está-se diante de *ônus*, que, conforme mencionado exaustivamente, comporta necessariamente a possibilidade de recusa na produção pela parte que o detém (ou, nesses casos, que passa a deter).

Com efeito, da mesma forma que ocorre com a inversão, a dinamização não traz qualquer “benefício” ou acréscimo para o conjunto probatório. Com dinamização ou sem dinamização, o conjunto probatório será rigorosamente o mesmo. Afinal, a parte que detém uma prova contrária à sua versão dos fatos não a levará aos autos; a que detém uma que corrobore com sua versão a levará.

Ademais, também aqui está presente a questão sobre não ser o (inexistente) ônus subjetivo o que é dinamizado, operando-se somente uma mudança da regra de julgamento feita pelo ônus da prova.

Note-se o ponto: novamente, a *conduta* da parte de levar ou não uma prova a juízo não traz qualquer consequência necessária e direta sobre sua sucumbência ou não. Afinal, como já dito à exaustão, o que determina a vitória ou a derrota em juízo é a suficiência de elementos de corroboração em favor das hipóteses fáticas do autor ou do réu, e não a (in)atividade das partes.

A parte, detendo ônus da prova, como já referido inúmeras vezes, levará a juízo as provas que lhe favorecem e somente essas. Enquanto os sujeitos parciais detiverem um ônus de produzir provas, não terão qualquer estímulo concreto para levar mais provas a juízo do que levariam naturalmente, pois o risco de sucumbir na demanda será maior levando o elemento de prova a juízo do que não levando; isto é, valerá sempre a pena correr o risco de sucumbir do que ter praticamente a certeza.

Dinamizando o ônus da prova não se estará, com efeito, a promover uma instrução mais completa do feito, visto que, transferindo o ônus de uma parte para outra, a nova onerada terá sempre a possibilidade (bastante concreta, de resto) de optar licitamente por não levar a prova que lhe é desfavorável a juízo.

O que se está a fazer, em verdade, repita-se, é distribuir de maneira diversa o risco pela insuficiente corroboração, o “critério de desempate”, e não a (inexistente) “regra de instrução”. Ao invés de vencer o mais idoso, ganhará o menos idoso (para

usar o exemplo das eleições); ao invés de ganhar o fornecedor, ganhará o consumidor.

Não obstante, tal, como já salientado, não terá o condão minimamente de promover uma melhor instrução da causa, tornando o processo mais *truth-oriented* e, por consequência, tendencialmente mais justo. O material probatório será rigorosamente o mesmo.

Por fim, cumpre referir que a dinamização feita sem lei, como sugerida por CARPES, não parece a melhor solução. Nas palavras do autor gaúcho:

“O direito processual civil brasileiro carrega consigo um mito, que nada mais configura senão marca indisfarçável a influência do racionalismo próprio do Estado liberal em nossas instituições jurídicas: aquele de que, para qualquer alteração no esquema legal de distribuição dos ônus probatórios seja necessária uma lei”⁴³⁴.

Efetivamente, parece não haver dúvidas no atual estágio da ciência jurídica no sentido de que nem sempre é necessária lei para a alteração de interpretações sobre regras. Como reconhecido pela doutrina, e já mencionado, um mesmo texto legal pode conter diversas normas diferentes⁴³⁵, sendo que, com o tempo, é possível que os tribunais entendam que a interpretação dada ao texto deva ser alterada, criando-se outra norma.

Todavia, a doutrina adverte que “a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação”⁴³⁶. E segue: “há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem”⁴³⁷.

É, aliás, o próprio ÁVILA, citado por CARPES para sustentar a possibilidade de superação do art. 333 do CPC⁴³⁸, quem afirma a *impossibilidade* de fazê-lo, no que diz respeito a situações como a em tela:

⁴³⁴ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., pp. 108.

⁴³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 31.

⁴³⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 32.

⁴³⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 32.

⁴³⁸ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., pp. 124.

“Nesse segundo caso, a aceitação da decisão individual (admissibilidade do recurso, apesar de ausentes os documentos legalmente obrigatórios) prejudicaria a promoção da finalidade subjacente à regra (garantia de segurança das partes). Ao contrário, permitir, individualmente, que recurso fosse admitido prejudicaria drasticamente a segurança das partes, que não saberiam quais regras obedecer, e a própria prestação jurisdicional, em virtude da falta de delimitação precisa do objeto da discussão. Mais ainda, a aceitação da decisão individual discrepante da hipótese da regra geral prejudicaria a promoção da segurança jurídica em geral: de um lado, porque a circunstância particular (...) seria facilmente reproduzível ou alegável por outros recorrentes de outro, porque a ausência de preenchimento dos requisitos legais deixaria de depender de qualquer demonstração de anormalidade da situação”⁴³⁹.

Uma vez que o art. 333, conforme pretende-se ter demonstrado, traz somente uma regra de julgamento, e não uma regra de instrução (como defendido pela doutrina⁴⁴⁰), esse configura um verdadeiro *direito* da parte, no sentido de que, em caso de insuficiente corroboração, o critério legal seja respeitado. Não é dado ao juiz, por força do art. 5º., II da CRFB suprimir tal direito subjetivo do jurisdicionado.

Cumprir referir, ademais, que o art. 333 visa, como todas as regras jurídicas, a solucionar problemas de coordenação (no sentido de que providencia um “*authoritative settlement*”⁴⁴¹), expertise (no sentido de importar “uma redução do erro na tomada de decisões individuais através da superioridade de expertise moral e fática do *authoritative decision-maker*”⁴⁴²), eficiência (no sentido de “redução de custos na tomada de decisões”⁴⁴³) e, principalmente, de segurança jurídica⁴⁴⁴.

Permitir a superação constante da regra do art. 333, como no caso de que se permitisse a dinamização do ônus da prova, seria, por conseguinte, justamente reavivar todos os problemas de coordenação, expertise, eficiência e segurança jurídica que a regra originalmente visava a solucionar. Isso tudo, em nosso sentir, sem ganhos efetivos.

⁴³⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 114 e ss.

⁴⁴⁰ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., pp. 51 e ss.

⁴⁴¹ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*. Durham e Londres: Duke University Prss, 2001, p. 14.

⁴⁴² ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, cit., p. 15.

⁴⁴³ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, cit., p. 15

⁴⁴⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, esp. pp. 122-123.

Mesmo quando isso é permitido por lei, entretanto, (como no caso do primeiro parágrafo do art. 380 do Novo Código de Processo Civil), há, em nosso sentir, uma desnecessária e indevida perda de segurança jurídica dos jurisdicionados, que ficam verdadeiramente sem ter condições reais de saber que resultados advirão da demanda em caso de insuficiente corroboração, sem, por outro lado, quaisquer benefícios efetivos (o material probatório não é incrementado).

Melhor seria, portanto, que a regra de julgamento fosse aquela estampada no *caput* do dispositivo legal, sem exceções dependentes de análises posteriores, ou com exceções que não acarretassem perda de cognoscibilidade e calculabilidade (fornecimento de critérios pelo legislador), e que, concomitantemente, o legislador criasse formas de forçar as partes a produzirem provas mesmo quando essas forem contrárias a seus “interesses”.

Não parece ser o caso, portanto, de defender a necessidade de “conformação” do art. 333, inclusive porque, em um sistema bem dotado de formas e instrumentos para eficiente produção de prova, essa será uma regra totalmente residual, apenas um “critério de desempate”.

Por fim, mesmo a solução propugnada pelo Novo Código de Processo Civil, no art. 380, não parece, como já referido, configurar verdadeira ferramenta idônea a estimular as partes a produzirem “mais” provas do que já produziriam naturalmente. Referido dispositivo, com efeito, novamente só permite uma alteração da regra de julgamento, de modo que o “critério de desempate” seja diferente do estático, acarretando, por outro lado, problemas de segurança jurídica para o jurisdicionado.

3. Pela construção da doutrina do dever de prova

Uma vez assentadas as premissas de que decisão baseada em “fatos” que não ocorreram é decisão injusta, é imperioso constatar que evitar que a decisão seja baseada na regra de julgamento do “ônus” da prova deve ser uma prioridade de qualquer processo que vise a ser justo.

Demonstrado nos itens anteriores, como se espera, que as doutrinas de inversão e dinamização em nada contribuem para o aumento do material probatório, cumpre, a seguir, verificar uma potencial forma de rearranjo da atividade probatória, de modo a efetivamente estimular as partes a contribuírem com a completude daquele.

3.1.A reestruturação do “aspecto subjetivo”: da necessária criação de um dever de produzir provas

Conforme já demonstrado nos itens anteriores, as premissas do direito processual civil contemporâneo são totalmente distintas daquelas que faziam parte do contexto cultural em que foram desenvolvidas as primeiras teorizações científicas sobre o ônus da prova. É necessário, portanto, retomar alguns dos raciocínios feitos anteriormente, a fim de demonstrar que o desenvolvimento de um verdadeiro *dever* de prova atende melhor as exigências do Estado Constitucional brasileiro.

Em primeiro lugar, nesse sentido, foi dito que atualmente a epistemologia reconhece a importância da verdade; da mesma forma, a processualística, mormente no âmbito internacional, reconhece que o processo deva ser *truth-oriented*, o que acarreta a necessidade de busca da tendencial completude do material probatório; e isso, por conseguinte, passa a ser um objetivo central tanto do legislador como do juiz.

Da mesma forma, para a doutrina atual, no plano internacional, um fato pode ser considerado provado somente diante da existência *objetiva* de elementos suficientes de corroboração, fazendo com que o convencimento subjetivo, a crença do juiz, não estejam mais no centro do procedimento probatório. Isso porque, como largamente demonstrado na primeira parte do presente estudo, o consenso não faz verdade, sendo necessário que o processo busque ao máximo que as provas

demonstrem a veracidade ou falsidade das hipóteses fáticas mediante a verificação de correspondência com o mundo real.

Por fim, atualmente não se reconhece mais que o processo seja desenvolvido exclusivamente no interesse das partes. Pelo contrário, parece claro que a “descoberta da verdade atende não apenas ao interesse da parte, mas também ao interesse do Estado que presta jurisdição”⁴⁴⁵.

E tal busca pela verdade, como também demonstrado, não pode ser limitada pela vontade das partes. Uma vez superado o equívoco histórico do brocardo “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata*”, eliminando-se a ideia que sugerisse algum monopólio das partes quanto à instrução probatória⁴⁴⁶, não restaram quaisquer razões para impedir que o juiz exercesse a função do autêntico buscador da verdade dentro do processo.

A doutrina atual, assim, reconhece no juiz, por excelência, “o sujeito a quem compete a função epistêmica fundamental, ou seja, a apuração da verdade dos fatos”⁴⁴⁷. Isso, como já mencionado, não significa ligar o “estar provado” ao convencimento subjetivo do juiz, mas sim que o juiz deve promover a busca da verdade tanto de maneira imediata, sendo dotado de poderes instrutórios para determinar de ofício a produção de provas, seja mediando a atividade das partes, possuindo ferramentas para determinar o aporte de provas ao processo.

Quanto ao primeiro ponto, portanto, diversos ordenamentos jurídicos modernos conferem ao juiz o poder de determinar a produção de provas de ofício⁴⁴⁸, entendendo que tal não fere de maneira alguma o princípio dispositivo, uma vez que “a determinação das provas pertence à dimensão epistêmica do procedimento, ou seja, à técnica do processo, e não ao princípio dispositivo em sentido próprio”⁴⁴⁹.

A necessidade de que o juiz busque a verdade, entretanto, como mencionado, significa mais do que isso, ou seja, importa desenhar um procedimento de modo que o resultado do processo não dependa exclusivamente das partes, de “suas iniciativas e escolhas táticas”⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 149.

⁴⁴⁶ TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade*, cit., p. 204.

⁴⁴⁷ TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade*, cit., p. 200.

⁴⁴⁸ TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade*, cit., p. 202.

⁴⁴⁹ TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade*, cit., p. 204.

⁴⁵⁰ TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade*, cit., p. 203.

Em outras palavras, é chegado o momento de constatar que a produção de provas determinadas de ofício pelo juiz, já reconhecida no art. 130 do CPC brasileiro, mostra-se insuficiente para promover a completude tendencial do material probatório, visto que, em muitos casos, a prova a ser produzida pode encontrar-se na esfera jurídica de uma das partes, restando, a princípio, inacessível.

As soluções ventiladas pelo legislador e pela doutrina atuais, no sentido de atribuir supostamente um *ônus* da prova para a parte (mesmo que com possibilidade de inversões e dinamizações), como demonstrado, são inidôneas para o fim de promover uma busca da verdade com maior qualidade.

Isso porque não servem de verdadeiros estímulos jurídicos para que a parte produza uma prova quando essa lhe é desfavorável; e nisso, diga-se de passagem, nada há de estranho. O papel da parte e do seu respectivo advogado no processo não configura “uma função epistêmica, pela fundamental razão de que as iniciativas e as atividades das partes não são direcionadas no sentido da busca e da descoberta da verdade”⁴⁵¹.

Não se trata, note-se bem, de qualquer desprestígio ou “antipatia” à função do advogado, como parece a CAVALLONE⁴⁵², mas de simples constatação no sentido de que, sendo o advogado (e a própria *parte*, como o próprio nome sugere) um sujeito parcial, não tem (e nem pode ter) preocupação direta com a busca da verdade.

Se à parte é dada, pois, a possibilidade de escolha, como ocorre com a atribuição de um *ônus*, ela optará (sempre *licitamente*) por aportar ao processo somente as provas que lhe são favoráveis, deixando de fora, por outro lado, aquelas que lhe são desfavoráveis; isso tudo, frise-se, sem que qualquer sanção possa ser atribuída diretamente a seu comportamento.

A questão central é que atualmente é dado às partes, mesmo que indiretamente, o “direito” de não levar a juízo uma prova que lhe desfavorece, sendo, portanto, natural que ela se valha desse, já que seu intuito final em juízo é vencer a demanda. Quanto menos elementos de prova contrários às suas versões forem levados ao processo, melhor para a parte, que terá maiores chances de não sucumbir.

⁴⁵¹ TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade*, *cit.*, p. 197.

⁴⁵² CAVALLONE, Bruno. “In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)”, *cit.*, p. 6.

A consequência é que, se outras provas apontarem em seu favor – e mesmo que a prova não levada a juízo pudesse sozinha demonstrar cabalmente o contrário – a parte será mesmo beneficiada, transformando-se o não aporte da prova desfavorável em algo bastante valioso para a parte que promove a ocultação; o processo, por sua vez, será tendencialmente menos justo, já que contará com uma busca bastante limitada da verdade, que dependerá da vontade e das vicissitudes das partes.

Um procedimento epistemicamente direcionado, por outro lado, deve necessariamente ser “estruturado de modo a contrastar – ou pelo menos a minimizar – a tendência das partes de distorcerem a verdade”⁴⁵³, isto é, de desenvolver procedimentos que pudessem não só permitir que o juiz tivesse condições de buscar a verdade com poderes instrutórios de ofício, mas também de regular a atividade das partes de modo a não permitir que essas “atrapalhassem” ativa ou passivamente esse seu mister.

É necessário, portanto, que o legislador dê ao juiz a possibilidade de “estimular as partes a produzirem provas que ele mesmo considera relevantes e que as partes não tenham produzido”⁴⁵⁴, mas tudo isso de maneira coativa, sem dar escolhas. Em outras palavras, estimular com meios jurídicos, concretos e efetivos, que podem ser utilizados somente diante de um correlato *dever* (e não um *ônus*) da parte.

Faz-se mister, portanto, para tolher as escolhas das partes quanto ao material probatório, a criação de um *dever* de que as partes produzam provas relevantes para o deslinde do feito, tendo, isso sim, como consequência a ampliação do material probatório.

Tal dever, por um lado, obrigaria as partes a produzirem provas que, sem o dever, não produziriam; por outro, daria condições ao juiz de combater o *ilícito* que seria criado pela parte que se recusasse a aportar o documento determinado, através de imposição de multa, busca e apreensão etc.

O dever de prova em procedimento “preparatório” já fora pensado por YARSHELL, que sustenta a possibilidade de antecipação da prova (sem o requisito da

⁴⁵³ TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade*, cit., p. 197.

⁴⁵⁴ TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade*, cit., p. 202.

urgência exigido pelo CPC), defendendo a autonomia desse⁴⁵⁵ e configurando, quanto à prova antecipada, um verdadeiro *dever* de colaboração das partes⁴⁵⁶.

Entretanto, apesar de reconhecer que o “desatendimento do ônus de provar não acarreta consequências desfavoráveis apenas para uma das partes, mas em alguma medida, para o interesse público que está presente no processo”,⁴⁵⁷ o autor entende que o verdadeiro *dever* não apareceria no processo “declaratório” (“de mérito”), uma vez que aí não se poderia “sobrepôr o interesse estatal ao da parte interessada”⁴⁵⁸. Nas palavras do autor:

“[E]nquanto é mais difícil identificar verdadeiros deveres jurídicos ou éticos em matéria de prova dentro do processo (especialmente o de colaboração), dado que as posições jurídicas tendem a se esgotar no conceito de *ônus*, a possibilidade de tal identificação, contudo, cresce no terreno das providências de instrução preliminares ou antecipadas”⁴⁵⁹.

A razão de ser de tal diferença estaria ligada à ideia de que, em processo autônomo de produção de provas, essa não teria a finalidade de “formar, direta e imediatamente, a convicção do juiz, com vistas ao julgamento estatal”⁴⁶⁰. Teria, isto sim, a função essencial de que as partes pudessem dela “extrair elementos a nortear sua conduta, fora e dentro de júízo”⁴⁶¹.

Dentro do processo “declaratório”, por outro lado, a imposição de um ônus tornaria “relativa a importância da falta de colaboração, porque a inércia da parte tende antes a prejudicar o interesse dela própria”⁴⁶². E mais: a configuração de alguma sanção para a “falta de cooperação, consistente, por exemplo, na imposição

⁴⁵⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 332 e ss.

⁴⁵⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*, cit. p. 334.

⁴⁵⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*, cit. p. 149.

⁴⁵⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*, cit. p. 174.

⁴⁵⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*, cit. pp. 187-188.

⁴⁶⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*, cit. p. 332.

⁴⁶¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*, cit. p. 333.

⁴⁶² YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*, cit. p. 174.

de uma multa”⁴⁶³ significaria, para o autor, “penalizar aquele que presumivelmente já foi penalizado pela própria injustiça da decisão”⁴⁶⁴.

Em nosso sentir, entretanto, se a parte deixa de levar aos autos algum elemento de prova que somente ela possui e que é contrário aos seus “interesses”, não haverá mesmo qualquer sanção a ela; bem pelo contrário, será extremamente vantajoso o não aporte do material probatório, a fim de que sua versão prevaleça, em detrimento da verdade.

Assim entendendo, temos que seria desejável, no ordenamento jurídico brasileiro, não só que o legislador desenhasse procedimentos como aqueles sugeridos por YARSHELL, mas também, a uma, deveres extraprocessuais das partes de produção de provas e, a duas, deveres de produção de provas mesmo no procedimento ordinário. Tudo isso a fim de promover o incremento do material probatório e, portanto, procedimentos tendencialmente mais *truth-oriented*.

Um interessante exemplo de dever extraprocessual pode ser dado pela recentemente publicada Resolução 632/2014 da ANATEL, que prevê às companhias de telefonia, em seu art. 26, não só o *dever* de gravar todas as ligações procedidas pelos consumidores à central de relacionamento, mas também de disponibilizar o áudio ao consumidor, sem qualquer custo e em um prazo máximo de dez dias. Trata-se tal disposição claramente de verdadeiro *dever* de prova, anterior e desvinculado de qualquer ação judicial.

Soluções como essa configuram, em nosso sentir, uma forma de concretizar com bastante efetividade o direito à prova, desde que o legislador ordinário se ocupe de prever verdadeiros deveres materiais de produção e pré-constituição de prova, podendo aplicar multas e outras medidas sancionatórias e coercitivas para tutelar tal produção.

Em relações materiais como de consumo, por exemplo, cuja proteção é exigida por regra constitucional, o legislador eficazmente poderia prever um *dever* de conservação de documentos escritos, filmagens, registros etc., obrigando o fornecimento de tais documentos em benefício do consumidor, sob pena de multas a serem aplicadas por órgãos ou agências reguladoras dotadas pelo legislador de tal

⁴⁶³ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*, cit. p. 174.

⁴⁶⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*, cit. p. 174.

poder; ou, ainda, de que, mediante requerimento judicial do consumidor, o juiz pudesse determinar a busca e apreensão de documento relevante.

Quanto ao procedimento ordinário, por fim, a situação é análoga: dotando o juiz de poderes para determinar de maneira coativa que as partes produzissem determinadas provas relevantes para o deslinde do feito, ter-se-ia uma concretização muito mais efetiva do direito à prova das partes, promovendo-se um procedimento muito mais *truth-oriented* e, portanto, tendencialmente mais justo.

Afinal, como já demonstrado, a atribuição do dever (para as partes) configura técnica legislativa muito mais “incisiva” e, portanto, mais idônea para que determinado comportamento (como o aporte de determinada prova ao processo) seja adotado.

O que se está sustentando, note-se bem, não é que as partes, no procedimento ordinário, devam colaborar entre si⁴⁶⁵; mas sim que o juiz, autêntico buscador da verdade no processo civil do Estado Constitucional, deva ter o poder-dever para *determinar* a produção das provas relevantes, tendo as partes, em geral, um correlato *dever* de levar a juízo as provas determinadas. Repita-se: não por força de um *ônus*, mas sim por força de um verdadeiro *dever* jurídico.

Afinal, o juiz, dentro do Estado Constitucional, deve ser equipado pelo legislador com ferramentas idôneas ao cumprimento também do seu dever de auxílio para com as partes⁴⁶⁶, ou seja, “o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”⁴⁶⁷.

E a produção de provas relevantes nada mais é do que um *direito* de cada uma das partes, que pode ser exercido por essas de modo mais ou menos eficiente, mas que, conforme demonstrado, não configura de forma alguma, no sistema brasileiro, um “ônus” da prova (em sentido técnico), por todas as razões expendidas ao longo do presente trabalho.

Como demonstrado, com efeito, a desídia da parte no exercício de tal *direito* poderá ser-lhe prejudicial, mas somente como uma consequência prática. Repita-se,

⁴⁶⁵ MITIDIERO, Daniel. “Processo Justo, Colaboração e Ônus da Prova”. In: *Revista do TST*, vol. 78, no. 1, Janeiro/Março de 2012. Brasília. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/1295387/4235912/Processo+Justo,%20colabora%C3%A7%C3%A3o+e+%C3%B4nus+da+prova?version=1.1>. Último acesso em 14/03/2014, às 18:32.

⁴⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*, cit., p. 114.

⁴⁶⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*. 2a. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 67.

está-se a falar do exercício mais ou menos eficiente, mais ou menos atento, de um direito (como pode ser mais ou menos atento o exercício de qualquer direito, como, por exemplo, o de contratar um advogado).

Seja como for, frise-se, mesmo refutando-se a ideia aqui sustentada da necessidade de construção de um *dever* de produzir provas, não há, quanto ao momento da produção, como se falar em um *ônus* das partes (exceto nos casos específicos de *ônus* de exibição, por força do art. 359 do CPC), mas tão somente no exercício regular de um *direito* de cada uma das partes.

A construção do dever de produzir provas, dessa forma, parece desejável, e pode funcionar como a seguir sugerido: havendo uma prova relevante que não esteja em juízo, o legislador confere ao juiz poderes para *determinar de maneira coativa* que essa seja produzida, seja nos termos do art. 130 CPC (quando a produção da prova não depender da atividade de alguém específico), seja por um terceiro (como previsto no art. 362 do CPC), seja por alguma das partes (sendo a possibilidade de determinação coativa solução *de lege ferenda*).

Isso significa, em outras palavras, que o legislador equipe o juiz com poderes para, também em relação à parte, proferir uma verdadeira *ordem* para a produção de provas, com sanções e consequências jurídicas similares àquelas previstas no art. 362 do CPC (ou até mesmo mais amplas) para os terceiros que se recusam imotivadamente à exibição. Ordem, portanto, que tenha, quanto à parte, respaldo em um *dever* jurídico.

A configuração de um verdadeiro *dever* de produzir provas atribuído às partes, mediante ordem judicial, faz com que a parte *obrigada* a fornecer uma prova não se possa beneficiar da própria desídia, sendo-lhe retirada a “escolha lícita” sobre levar ou não a juízo uma prova que lhe é desfavorável.

Sua desobediência, destarte, caracterizaria um verdadeiro ilícito, podendo não só acarretar sanções, mas também a utilização de técnicas coercitivas, para que sua vontade fosse dobrada, ou subrogatórias, para que fosse substituída.

Atribuindo às partes o *dever* de produzir provas, quando assim determinado pelo juiz, ademais, essas passam a ter verdadeiros estímulos jurídicos para que não valha a pena “arriscar” com a não produção da prova, ao contrário do que ocorre, como demonstrado, com a inversão ou a dinamização (que promovem ameaças que não fazem com que a parte produza qualquer prova que não produziria

naturalmente). Mesmo que a prova seja desfavorável, repita-se, a parte não terá opções a não ser a levar a juízo.

Soluciona-se, assim, de maneira muito mais eficaz, em nosso sentir, o problema que a dita “dimensão subjetiva” do “ônus” da prova e as doutrinas sobre inversões e dinamizações pretendiam solucionar, promovendo-se maior completude do material probatório, uma vez que, em determinados casos, essa pareceria a única solução possível para que fosse levada aos autos uma prova que, diferentemente, não compareceria.

Isso tudo de modo não só a propiciar, tendencialmente, decisões mais justas, mas também de fazer com que seja desnecessário “mexer” nos “ônus” probatórios⁴⁶⁸ (isto é, no critério de “desempate” para casos de insuficiente corroboração de hipóteses fáticas).

Tal solução, ainda, resolve o problema, também levantado nos itens anteriores, de falsamente ligar o resultado da demanda à atividade das partes, como ocorre com a ideia de “aspecto subjetivo do ônus da prova”. A questão da produção da prova, como é desejável que seja, fica totalmente desligada do resultado da demanda.

Afinal, como também demonstrado, o que determina quem vence e quem sucumbe em um processo judicial, ao fim e ao cabo, não é a atividade das partes, mas sim a existência de elementos de corroboração suficientes. Tudo isso independentemente de quem foi o sujeito responsável pelo aporte de uma ou de outra prova ao juízo.

Trata-se, com efeito, daquilo que CHIOVENDA⁴⁶⁹ e DINAMARCO⁴⁷⁰ já previam, ou seja, que conferindo ao juiz poderes de investigação sobre os fatos da causa, não haveria mais sentido e falar-se em um *ônus* de produzir provas, por não ser algo ligado necessariamente a uma atividade da parte.

É, portanto, necessário que o legislador e o juiz tratem de maneira separada o momento da produção de provas, o momento da valoração dessas e as consequências por eventual insuficiente corroboração das hipóteses fáticas. A

⁴⁶⁸ Em sentido análogo, TARUFFO, Michele (org.) *La Prova nel Processo Civile*, cit., p. 256-257.

⁴⁶⁹ A passage já foi citada no ponto 2.3.2, supra, de modo que se evita reproduzir novamente; CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*, cit., p. 796.

⁴⁷⁰ A passage já foi citada no ponto 2.3.2, supra, de modo que se evita reproduzir novamente; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. cit., pp. 247-248.

produção da prova não tem ligação direta e necessária com sua valoração; muito menos com a eventual insuficiência de corroboração.

Solução análoga, também determinando um *dever* de prova, ocorre no processo civil estadunidense, pelo mecanismo do *discovery*, muitas vezes mesmo sem a necessidade de intervenção judicial⁴⁷¹. Trata-se de procedimento através do qual uma parte pode “compelir seu oponente ou um terceiro a revelar [*disclose*] informações que estiverem em seu poder e que forem relevantes para a ação”⁴⁷².

A doutrina estadunidense reconhece, com efeito, a utilização de tal instituto não só para a preservação de provas e fixação dos pontos controversos, mas também para que seja possível a uma parte a obtenção de informações sobre fatos relevantes e documentos da parte contrária⁴⁷³, salientando que, sem adequadas normas de *discovery*, as regras do procedimento [*pleading*] seriam inoperantes [*unworkable*] nas condições modernas⁴⁷⁴, uma vez que “é lugar comum que as demandas são ganhas ou perdidas antes do julgamento [*trial*]”⁴⁷⁵.

Mesmo com as inúmeras limitações que o instituto veio sofrendo ao longo da história, mormente com as reformas do ano 2000⁴⁷⁶, o escopo do *discovery* não só segue bastante amplo (“*for good cause, the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action*”, segundo a *Rule 26 (b) (1)* das *Federal Rules of Civil Procedure*), como, segundo a doutrina, segue sendo utilizado da mesma forma⁴⁷⁷.

Seja como for, atualmente, para poder aproveitar-se totalmente do instituto, a parte deve receber a autorização judicial⁴⁷⁸, uma vez que o órgão pode determinar um procedimento de *discovery* mais amplo do que aquele tipicamente previsto na regra legal⁴⁷⁹, assim como pode, por outro lado, sancionar abusos na utilização do

⁴⁷¹ TARUFFO, Michele; HAZARD, Geoffrey C. *American Civil Procedure*. New Haven and London: Yale University Press, 1993, p. 114.

⁴⁷² JOLOWICZ, John A. *On Civil Procedure*. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 41.

⁴⁷³ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. 4a. ed. St. Paul: Thomson West, 2005, p. 398.

⁴⁷⁴ MORGAN, Edmund. *Some Problems of Proof Under the Anglo-American System of Litigation*. New York: Columbia University Press, 1956, p. 29.

⁴⁷⁵ MORGAN, Edmund. *Some Problems of Proof Under the Anglo-American System of Litigation, cit.*, p. 29.

⁴⁷⁶ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure, cit.*, p. 400.

⁴⁷⁷ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure, cit.*, p. 400.

⁴⁷⁸ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure, cit.*, p. 400.

⁴⁷⁹ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure, cit.*, p. 400.

instituto⁴⁸⁰, como ocorre quando esse é pretensamente transformado pela parte em uma “*fishing expedition*”⁴⁸¹.

Trata-se, como é incontroverso, de equipar o juiz com ferramentas para que possa verdadeiramente *ordenar* que uma parte apresente determinada prova, podendo os resultados do *discovery* ser utilizados em eventual *trial*⁴⁸² (com a condição de que a prova não seja matéria de sigilo – por exemplo, profissional – e de que guarde relevância com o objeto da ação⁴⁸³).

A parte que desobedecer à ordem judicial, que consubstancia para essa um verdadeiro *dever*, estará sujeita a gravíssimas sanções⁴⁸⁴, incluindo, entre outras coisas, de acordo com a *Rule 37 (b) (2) (A)*, a limitação dos seus direitos à prova e ao contraditório (ii) e a configuração de *contempt of court* (vii).

Nossa proposta, portanto, é de permitir ao juiz brasileiro que *ordene* a produção de provas e que, com isso, a parte contrária tenha o *dever*, e não o *ônus*, de produzir provas, retirando dela a possibilidade de escolha (como é próprio ao *dever* jurídico).

Tal *dever* jurídico deverá, entretanto, ser considerado apenas como uma das ferramentas à disposição do juiz, não sendo necessária sua utilização em todo e qualquer caso. Ademais, deve esse ser delineado dentro de diversos limites (que serão abordados nos itens seguintes), uma vez que, como já mencionado, a busca da verdade é certamente um fim central do processo civil, mas não o único.

Seja como for, entretanto, a atribuição de um verdadeiro *dever* de produção de provas, quer antes da instauração de um processo, quer durante, constitui, em nosso sentir, técnica mais efetiva do que a atribuição de ônus para o intuito de propiciar a maior completude do material probatório, promovendo um procedimento mais *truth-oriented* e mais orientado, em outras palavras, à produção de decisões justas.

⁴⁸⁰ TARUFFO, Michele; HAZARD, Geoffrey C. *American Civil Procedure, cit.*, p. 118.

⁴⁸¹ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure, cit.*, p. 400.

⁴⁸² TARUFFO, Michele; HAZARD, Geoffrey C. *American Civil Procedure, cit.*, p. 117.

⁴⁸³ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure, cit.*, p. 399.

⁴⁸⁴ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure, cit.*, p. 425.

3.1.1. O direito fundamental à prova, sua eficácia vertical e sua eficácia horizontal mediada pela vertical; da possibilidade e da oportunidade, sob o viés constitucional, da criação pelo legislador de um *dever de prova* no âmbito legal

A solução delineada no item anterior deveria ser operada *de lege ferenda*, uma vez que a CRFB, em seu art. 5º. II, determina claramente ser prerrogativa do legislador, no Estado Constitucional brasileiro, a criação de deveres jurídicos. Será necessário, portanto, no presente ponto, verificar se e como a ideia do dever de prova se coadunaria com o direito fundamental à prova.

Tal direito, como os demais dotados de fundamentalidade no ordenamento constitucional brasileiro, tem reconhecida para si não só uma dimensão subjetiva – no sentido de que “ao titular (...) é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses (...) perante o destinatário (obrigado)”⁴⁸⁵ –, mas também uma dimensão objetiva, isto é, uma “eficácia em todo o ordenamento jurídico”⁴⁸⁶, fornecendo “diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”⁴⁸⁷.

A perspectiva objetiva do direito fundamental à prova faz com que não só o legislador e o juiz sejam considerados vinculados à sua promoção, através da chamada *eficácia vertical*, mas, em alguma medida, e com toda a complexidade que o tema comporta, também os particulares. Ou seja: o Estado sendo vinculado verticalmente, de maneira direta, pelo direito fundamental à prova dos jurisdicionados, e os particulares sendo vinculados horizontalmente, através de mediação vertical, isto é, de maneira indireta.

A primeira dessas afirmações, sobre o fato do Estado-legislador e Estado-juiz terem verdadeiro *dever* de promoção e realização do direito fundamental à prova dos jurisdicionados, através da chamada *eficácia vertical*⁴⁸⁸, não apresenta maiores

⁴⁸⁵ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007, p. 178.

⁴⁸⁶ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007, p. 168.

⁴⁸⁷ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007, p. 168.

⁴⁸⁸ SARLET, Ingo. “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. In: B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 4 - n.16, Julho/Setembro de 2005, p. 193-259, disponível em <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-16-2013-julho-setembro-de-2005/direitos-fundamentais-e-direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais>, esp. p. 195.

dificuldades: afinal, “desde os actos normativos típicos (leis, regulamentos) às várias medidas administrativas ou decisões judiciais, passando pelas próprias intervenções fácticas, nenhum acto das entidades públicas é ‘livre’ dos direitos fundamentais”⁴⁸⁹.

Trata-se, ademais, da já mencionada necessidade de que o Estado-legislador organize os procedimentos de forma a equipar o Estado-juiz para que esse confira a máxima efetividade ao direito fundamental à prova, tendo presente a “compreensão constitucionalmente ‘referenciada’ do direito processual e do direito organizatório dos tribunais”⁴⁹⁰, ou seja, a conformação do procedimento às exigências do processo justo.

Afinal, especificamente sobre o direito à prova, conforme largamente demonstrado (inclusive em outra sede⁴⁹¹), processo sem ligação teleológica da prova com a verdade, sem busca adequada dessa, sem um procedimento verdadeiramente *truth-oriented*, não é processo justo, não sendo apto para atender as necessidades impostas pelo Estado Constitucional⁴⁹².

Dificuldades um tanto maiores aparecem quando do dimensionamento da chamada *eficácia horizontal*, isto é, da vinculação dos particulares (problema que não ocorre só com o direito fundamental à prova, mas com todos os demais). Afinal, apesar da regra do art. 5º., § 1º da CRFB referir a “aplicabilidade imediata”, sem alguma restrição subjetiva explícita (isto é, sem afirmar que se aplicam somente aos órgãos públicos), não há qualquer menção expressa quanto à forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Em outras palavras, se por um lado é certo que a dimensão objetiva e a chamada *eficácia irradiante*⁴⁹³ dos direitos fundamentais lançam efeitos entre todos os componentes do ordenamento jurídico, é também certo que o particular não tem,

⁴⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 439.

⁴⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 446.

⁴⁹¹ PAULA RAMOS, Vitor de. “Direito Fundamental à Prova”, cit.

⁴⁹² “A proposta deste curso é a seguinte: a constituição, informada pelos princípios materiais do constitucionalismo – vinculação do Estado ao direito, reconhecimento e garantias de direitos fundamentais, não confusão de poderes e democracia – é uma *estrutura política conformadora do Estado*”. E segue: o “Estado Constitucional é ‘mais’ do que Estado de direito”. Baseia-se na legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação”, assim como na “legitimidade de uma ordem de domínio” e “legitimação do exercício do poder político”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, pp. 87 e ss.

⁴⁹³ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007, p. 173.

em todos os casos, o dever de contribuir para a realização dos direitos fundamentais de seus pares na mesma medida e da mesma forma que o Estado.

O STF, sem pretensão de encerrar o problema, já se manifestou no seguinte sentido, quanto à eficácia horizontal dos direitos fundamentais em geral:

“As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição *vinculam diretamente* não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”⁴⁹⁴.

A doutrina, de seu turno, procurando fornecer uma resposta mais ampla e completa, já apontou para o fato de que não há uma resposta só para a pergunta formulada; isto é, a existência e o grau de vinculação dos particulares dependerá das características do direito fundamental em questão, apontando-se para a tendência das *soluções diferenciadas*⁴⁹⁵.

Afinal, existem direitos diante dos quais o problema nem se coloca, como é o caso daqueles que têm como destinatário única e exclusivamente os órgãos estatais (“como ocorre, por exemplo, com os direitos políticos, assim como no caso do direito à nacionalidade (...)”⁴⁹⁶) e dos direitos que têm como “destinatários (ao menos também) entidades privadas e os particulares em geral”⁴⁹⁷, tendo como exemplos a inviolabilidade do domicílio⁴⁹⁸ e os direitos do trabalhador⁴⁹⁹. Em outros, o problema não só se coloca, como é, como mencionado, bastante complexo.

⁴⁹⁴ STF, REx 201819/RJ – Rio de Janeiro. Relatora: Min. Ellen Gracie. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJ no dia 27/10/2006. Grifos nossos.

⁴⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1289.

⁴⁹⁶ SARLET, Ingo. “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, cit., p. 203.

⁴⁹⁷ SARLET, Ingo. “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, cit., p. 203.

⁴⁹⁸ SARLET, Ingo. “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, cit., p. 203.

⁴⁹⁹ SARLET, Ingo. “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, cit., p. 203.

CANOTILHO, buscando sintetizar a questão, divide a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais em cinco grupos⁵⁰⁰, segundo casos em que: (i) a eficácia horizontal é expressamente consagrada na Constituição; (ii) a eficácia horizontal é realizada pela mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada; (iii) a eficácia horizontal é imediata e operada pela mediação do juiz; (iv) há “poderes privados” (como associações, empresas, igrejas e partidos) e “eficácia horizontal” e (v) há núcleo irreduzível da “autonomia pessoal” (quando não há possibilidade de eficácia horizontal sem verdadeiro confisco da autonomia pessoal).

Nada impede, portanto, no âmbito constitucional, sendo bastante desejável, aliás, que sejam delineados, no plano legal, verdadeiros *deveres* das partes de produzirem provas; seja diretamente pelo legislador (como no já mencionado *dever* extraprocessual de produção de provas, exemplificado com as gravações telefônicas a centrais de atendimento ao consumidor), seja pelo legislador autorizando e dando ferramentas ao juiz.

A configuração de tais deveres no âmbito legal não só propiciaria maior completude ao material probatório, tornando o processo civil tendencialmente mais orientado à busca da verdade (e, portanto, tendencialmente mais justo), mas faria com que o direito fundamental de cada uma das partes fosse atuado de maneira muito mais eficiente.

3.1.2. Da ausência de qualquer direito fundamental à não produção de provas desfavoráveis no âmbito cível

Uma possível (e inconsistente, a nosso ver) objeção à construção de um verdadeiro *dever* de produzir provas pode advir de uma impressão, bastante difundida, segundo a qual no ordenamento jurídico brasileiro como um todo (inclusive no âmbito civil, portanto) haveria um suposto *direito* constitucional de não produção de provas em próprio desfavor. Tal ideia necessita ser desmistificada.

O direito de não produção de provas, *no âmbito penal*, possui origem no *privilege against self-incrimination*, isto é, ao direito de não autoincriminação. Esse, por sua vez, possui raízes históricas (um “*murky topic*” na doutrina⁵⁰¹) provavelmente

⁵⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, pp. 1289 e ss.

⁵⁰¹ LANGBEIN, John. “The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law”. In: *Michigan Law Review*. Vol. 92, Março de 1994, pp. 1047-1085, esp. p. 1072.

na Inglaterra, a partir do século XIII⁵⁰², “em oposição ao assim chamado juramento *ex-officio* imposto pelos oficiais eclesiásticos na tentativa de descobrir violações ao direito ou ao costume eclesiástico”⁵⁰³, tendo surgido também tal resistência em procedimentos similares utilizados pela coroa⁵⁰⁴.

Com o juramento *ex-officio* a “corte instruía o acusado (...) no sentido de que ele deveria jurar responder quaisquer questões que a corte dirigisse em seguida a ele”⁵⁰⁵. A máxima *nemo tenetur prodere seipsum* (ou “ninguém pode ser obrigado a se auto-acusar”⁵⁰⁶) auxiliava a tornar clara a “linha entre as duas esferas da obrigação Cristã. O dever do crente de confissão penitencial não autorizava a instituição de procedimentos criminais contra ele”⁵⁰⁷. Em outras palavras, ele “podia confessar um pecado a um padre sem ser obrigado a confessar ofensas puníveis por juízes e promotores”⁵⁰⁸.

Não se sabe exatamente como essa resistência transformou-se, mais tarde, em um direito de alguém “formalmente acusado de determinada ofensa recusar-se, em uma corte de *common law*, a responder uma pergunta que demandasse uma resposta incriminadora”⁵⁰⁹.

Seja como for, em meados do século XVIII, nenhuma pessoa na Inglaterra poderia ser obrigada a fornecer respostas incriminadoras nas seguintes circunstâncias:

“(a) sob juramento, diante de um tribunal oficial buscando informações, ou (b) sem juramento, diante de um magistrado investigando uma acusação contra ele, ou (c) sob juramento como testemunha ou similar em uma corte de *common law* ou *chancery*”⁵¹⁰.

⁵⁰² MORGAN, Edmund. *Basic Problems of Evidence*, cit., p. 144.

⁵⁰³ MORGAN, Edmund. *Basic Problems of Evidence*, cit., p. 144.

⁵⁰⁴ MORGAN, Edmund. *Basic Problems of Evidence*, cit., p. 144.

⁵⁰⁵ LANGBEIN, John. “The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law”, cit., p. 1073.

⁵⁰⁶ LANGBEIN, John. “The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law”, cit., p. 1072.

⁵⁰⁷ LANGBEIN, John. “The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law”, cit., p. 1072.

⁵⁰⁸ LANGBEIN, John. “The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law”, cit., p. 1072.

⁵⁰⁹ MORGAN, Edmund. *Basic Problems of Evidence*, cit., p. 144.

⁵¹⁰ MORGAN, Edmund. *Basic Problems of Evidence*, cit., p. 144.

Na história americana, a doutrina considera provável que o direito fosse bastante reconhecido antes de 1789⁵¹¹, vindo a ser, posteriormente, reconhecido pela *Fifth Amendment à Federal Constitution*. O texto de tal emenda não deixa dúvidas sobre o âmbito de aplicação da proteção: “[n]inguém (...) poderá ser compelido, em nenhum caso criminal, a ser testemunha contra si mesmo” [*No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*].

A doutrina estadunidense aponta pelo menos três aspectos da aplicabilidade do *privilege against self-incrimination* ou *right to silence*⁵¹²: (i) a pessoa não tem o dever de revelar informações que a possam expor a processos criminais; (ii) os *factfinders* não podem retirar qualquer consequência adversa para a parte que se recusar a falar em sua defesa ou responder a questões durante o interrogatório policial; (iii) havendo uma confissão obtida de maneira involuntária (como, por exemplo, se o suspeito não for avisado sobre seu direito ao silêncio e sobre a possível utilização de suas falas contra si mesmo – os conhecidos *Miranda rights*), essa não pode ser utilizada como prova no julgamento.

O direito à não autoincriminação não se aplica, entretanto, em procedimentos que não são criminais⁵¹³, ou em que a regulação legal é exclusivamente civil⁵¹⁴. O risco de incriminação deve, ainda, ser real,⁵¹⁵ a fim de que o *privilege* tenha aplicabilidade.

No ordenamento jurídico brasileiro a clareza solar com que é redigido o texto constitucional não pode mesmo deixar dúvidas sobre o âmbito de aplicação do direito ao silêncio: “Art. 5º., LXIII - o *preso* será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”⁵¹⁶.

Com o mesmo intuito, prescreve o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (internalizado no Brasil pelo Decreto nº. 592/1992), no seu art. 14, 3, g:

⁵¹¹ MORGAN, Edmund. *Basic Problems of Evidence*, cit., p. 144.

⁵¹² STEIN, Alex. “Self-Incrimination”. In: *Encyclopedia Of Law And Economics*, Vol. 10, Fevereiro de 2011. Edward Elgar Publishing Limited, pp. 366-385. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1759454>, último acesso em 19/03/2014.

⁵¹³ ALLEN, Ronald J.; MACE, M. Kristin. “The Self-Incrimination Clause Explained and its Future Predicted”. In: *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2003. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=480143> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.480143>, último acesso em 19/03/2014, às 22:15, p. 14.

⁵¹⁴ ALLEN, Ronald J.; MACE, M. Kristin. “The Self-Incrimination Clause Explained and its Future Predicted”, cit., p. 14.

⁵¹⁵ ALLEN, Ronald J.; MACE, M. Kristin. “The Self-Incrimination Clause Explained and its Future Predicted”, cit., p. 16.

⁵¹⁶ Grifo nosso.

“Durante o processo, toda a pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) A não ser obrigada a prestar declarações contra si própria nem a confessar-se culpada”.

No mesmo sentido vai a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (internalizado no Brasil pelo decreto número 678/1992):

“Art. 8º., 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”

O STF, como não poderia deixar de ser, reconhece, em tal texto um direito à não autoincriminação, ou *nemo tenetur se detegere*, com suas consequências para os processos criminais assim definidas:

“O privilégio contra a autoincriminação – *nemo tenetur se detegere* - , erigido em garantia fundamental pela Constituição (...) importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal (...)”⁵¹⁷.

“O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra--orgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova ‘ex propria auctoritate’, não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio (‘nemo tenetur se detegere’), nem lhe ordenar a

⁵¹⁷ STF, Primeira Turma. HC 80.949-9/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 30/10/2001, D.J. 14/12/2001.

condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio (...)⁵¹⁸.

Não há dúvida, tampouco para a doutrina, quanto ao fato de se tratar de um direito fundamental ligado ao processo penal:

“O princípio *nemo tenetur se detegere* consagrou-se como direito fundamental com o surgimento e a gradativa consolidação do Estado Democrático de Direito, fundamentando-se como importante diretriz principiológica, tendo em vista sua ampla dimensão e abrangência no direito processual penal”⁵¹⁹.

“Como se vê, os dois instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos *complementam* a Constituição Federal (LGL\1988\3) no que diz respeito ao direito a não cooperar na própria incriminação. Enquanto esta garante ao preso o direito de permanecer calado, aqueles dois instrumentos instituem garantias processuais penais outorgando ao acusado os direitos de não depor contra si mesmo e nem de confessar-se culpado”⁵²⁰.

Quanto ao processo civil, em outras palavras, simplesmente *inexiste no ordenamento jurídico brasileiro algum direito, mormente fundamental, de não produção de provas contra si próprio*, não podendo tal argumento servir como limite para a construção de um dever de produzir provas, mesmo quando essas forem potencialmente prejudiciais ao obrigado.

Gize-se o ponto: não existe na Constituição qualquer dispositivo ou fundamento para que se vede ao legislador a possibilidade de instituição de procedimentos de busca da verdade no âmbito cível que determinem à parte o dever de produzir determinada prova.

A aplicabilidade do *nemo tenetur se detegere* para limitar o dever de prova no processo civil dar-se-á, portanto, somente quando a mesma hipótese fática em debate na esfera civil puder acarretar riscos reais de incriminação, ou seja, trazer consequências desfavoráveis para o sujeito na esfera penal. Fora disso, não haverá

⁵¹⁸ STF, Segunda Turma, HC 94173/BA, Rel.: Min. Celso de Mello, Julgamento: 27/10/2009, Publicação: 27/11/2009.

⁵¹⁹ MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. “Princípio Nemo Tenetur se Detegere no Estado Democrático de Direito”. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 941/2014, Março de 2014, p. 145.

qualquer razão para sustentar a impossibilidade de atribuição pelo legislador e pelo juiz de um verdadeiro *dever* de produzir provas.

Feito tal esclarecimento, no item seguinte serão enfrentados, por outro lado, diversos direitos fundamentais que, estes sim, podem servir de fundamento para barrar, ou restringir em determinadas circunstâncias, o dever de prova decorrente da eficácia horizontal mediada pela vertical do direito fundamental à prova.

3.1.3. Os possíveis limites do *dever* de produzir provas

Uma vez que o direito à prova tem a estatura de direito fundamental, somente outros direitos fundamentais poderão servir de limite à produção da prova. O tema certamente merecerá aprofundamento muito maior e detalhado do que aquele que o escopo do presente trabalho pode permitir. Entretanto, será importante pelo menos desenhar alguns limites iniciais, sem pretensão de exaustividade, para que se possa delimitar a amplitude do debate sobre o dever de produzir provas.

Um primeiro limite ao dever de produzir provas facilmente identificável é a impossibilidade de forçar alguém a submeter-se a exame que envolva o próprio corpo, diante do direito fundamental à integridade física e psíquica. Tal direito, como reconhecido pela doutrina, diz respeito a “intervenções na estrutura física e psíquica da pessoa humana que não têm por consequência a morte ou que não colocam efetivamente em risco a vida no sentido da sobrevivência física”⁵²¹, guardando “estreita conexão com a dignidade da pessoa humana”⁵²².

O STF, aliás, já se manifestou sobre a impossibilidade de submissão compulsória a exame de DNA pelo menos em duas oportunidades:

"DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do *habeas corpus* na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende – de resto, apenas para obter prova de reforço – submeter ao exame o pai

⁵²¹ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 371.

⁵²² SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 376.

presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria"⁵²³.

“Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos”⁵²⁴.

Outro limite constitucional, mesmo que dotado de maior possibilidade de relativização de acordo com as circunstâncias do caso concreto, é o direito fundamental à vida privada (privacidade e intimidade), que, segundo a doutrina, consiste “no direito de se estar só e se ser deixado só (the right to be let alone), no sentido, portanto, de um direito a viver sem ser molestado pelo Estado e por terceiros no que toca aos aspectos da vida pessoal (afetiva, sexual etc.) e familiar”⁵²⁵.

Tal limitação, por sua vez, encontrará também limites, uma vez que, por vezes, será justamente a intimidade do sujeito que estará em discussão, como em casos de Direito de Família, como disputas por guarda de filhos, paternidade etc. Nesses casos a limitação não parecerá mesmo razoável.

⁵²³ STF, Primeira Turma, HC 76.060, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 31-3-1998, *DJ* de 15-5-1998.

⁵²⁴ STF, HC 71.373, Plenário, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 10-11-1994, *DJ* de 22-11-1996. O relator para o acórdão, aliás, registrou em seu voto: “Senhor Presidente, jamais pensei que, tendo assento no Supremo Tribunal Federal, pudesse defrontar-me com um quadro de tão extravagante – sob a minha óptica e com a devida vênia dos Senhores Ministros que me antecederam – abuso de poder, a implicar inegável constrangimento para o Paciente”.

⁵²⁵ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 393.

A proteção da vida privada depende, ainda, do “próprio modo de vida individual”⁵²⁶, uma vez que “pessoas com vida pública, tais como artistas e políticos naturalmente são mais expostas”⁵²⁷. Daí a doutrina referir a possibilidade de maior limitação a tal proteção, desde que isso, por outro lado, não acarrete sua anulação⁵²⁸.

Da mesma forma, o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio poderá servir de limite ao dever de produção de prova. Está protegido por tal direito, segundo a doutrina, “todo aquele espaço (local) delimitado e separado que alguém ocupa com exclusividade, seja para fins de residência, seja para fins profissionais”⁵²⁹.

A própria regra constitucional do art. 5º., XI, entretanto, já traz uma autolimitação, que pode e deve ser utilizada para temperar a proteção dada por tal direito quando diante do direito fundamental à prova, e o respectivo dever de produzir provas. Trata-se da expressão final, de que salvo “durante o dia, por determinação judicial”.

Tal expressão confere expressamente ao juiz o poder de, mediante exame das circunstâncias do caso concreto, permitir as autoridades a procederem a invasão do domicílio, de modo que a proteção do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, assim, dependa da relevância do direito material posto em juízo e das demais questões envolvidas no litígio.

Quanto às pessoas jurídicas, ainda, cumpre referir que a proteção “alcança apenas os espaços físicos indispensáveis ao desenvolvimento das atividades essenciais da pessoa jurídica sem estar sujeita a intromissões de terceiros”⁵³⁰. Dessa forma, no caso das pessoas jurídicas, a proteção sofrerá limitações de modo mais fácil.

Por fim, novamente ressaltando a inexistência de pretensão de exaustividade no elenco de limites aqui procedidos, cumpre referir o limite imposto pelo direito ao sigilo profissional, previsto no art. 5º. XIV da CRFB.

⁵²⁶ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 396.

⁵²⁷ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 396.

⁵²⁸ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 396.

⁵²⁹ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 405.

⁵³⁰ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 407.

Esse limite é reconhecido, também, pela *Rule 26 (b) (1)* das *Federal Rules of Civil Procedures*, que mencionam expressamente estarem dentro do escopo do *discovery* justamente as questões “*nonprivileged*”, sendo isso explicado pela doutrina pelo fato de que “[e]ncorajar confiança nessas relações é tido como mais importante do que conferir acesso total a essa informação para fins do litígio”⁵³¹.

O que é importante notar, entretanto, é que os sigilos do médico, do advogado (do cirurgião-dentista etc.) somente têm razão de ser para proteção da intimidade e da vida privada do próprio paciente/cliente. Não será possível, portanto, que o médico, o advogado, ou outro profissional com dever de sigilo, defendendo-se em demanda contra o próprio paciente/cliente, oponha contra esse mesmo o segredo profissional, a fim de escudar-se da produção de provas que puder lhe prejudicar.

Por fim, cumpre referir que é possível também o desenho de ferramentas para, em determinados casos, limitar a publicidade quanto a informações levadas ao processo.

Se o juiz determina que uma prova seja levada ao processo, sendo essa absolutamente indispensável à instrução em uma demanda que envolva, por exemplo, menores, constatando-se em tal prova potencial para macular o direito à intimidade de algum dos envolvidos, podem ser desenvolvidas ferramentas de sigilo inclusive para a parte contrária; exemplo disso poderia dar-se com a determinação de que a parte que requereu a prova assinasse um termo de sigilo, sob pena de que não fosse ordenada sua produção à parte contrária.

Como se pode ver após a sumária exposição de alguns limites constitucionais, o tema deverá ser amplamente debatido, não só em sede doutrinária como em sede jurisprudencial, a fim de que se verifiquem as hipóteses em que o dever de prova deverá ceder em face de outros direitos fundamentais.

Seja como for, entretanto, mesmo que o dever de produzir provas venha a sofrer (desejáveis) limitações, espera-se ter demonstrado sua importância e idoneidade no sentido de promover uma maior completude do material probatório, tornando-se o processo tendencialmente mais *truth-oriented* e, portanto, mais justo.

⁵³¹ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*, cit., p. 406.

3.2. A reinterpretação do “aspecto objetivo”: dever judicial de julgamento em desfavor da parte que detinha o risco da demanda em caso de não corroboração dos fatos

Pelas diversas razões expendidas ao longo dos itens anteriores, demonstrou-se que o dito aspecto “subjetivo” do “ônus” da prova está desvinculado do resultado da demanda, bem como que o dito aspecto objetivo não tem o condão (nem a pretensão, aliás) de propiciar a maior completude do material probatório, uma vez que, não sendo gravadas por um dever de produzir provas, as partes levam ao processo somente as provas que lhes favorecem.

A regra do ônus da prova, encontrada, no Brasil, no art. 333 do CPC, portanto, não configura, em nosso sentir, uma regra de *instrução*, mas tão-somente uma *regra de julgamento*, entrando em jogo exclusivamente no momento do julgamento da causa; isto é, unicamente quando todos os esforços probatórios já tiverem sido feitos e, ainda assim, não restarem corroboradas suficientemente as hipóteses fáticas. Trata-se, portanto, de uma regra *dirigida ao juiz*.

Não seria, de resto, nem mesmo lógico pensar que, em um sistema que atribui poderes-deveres para o juiz de instrução da causa, colocando-o como a figura epistêmica do processo, fosse possível decidir a causa com base na verificação de qual parte teria “falhado”. Nas palavras de DAMAŠKA:

“Basear a decisão em uma regra de ônus da prova é dizer a um litigante que ele perdeu a demanda porque não teve sucesso em carrear sua carga probatória [*evidentiary load*]. (...) Entretanto, uma vez que um oficial responsabiliza-se pela obtenção das provas, não é mais apropriado – mesmo que comum – justificar *factual findings* em termos de ônus não satisfeitos ou requerimentos não preenchidos pelos litigantes. Se algum dos protagonistas do processo falhou em satisfazer um ônus deverá ser o próprio *fact finder* oficial”⁵³².

Veja-se, portanto, nesse ponto, que, equipando o juiz com poderes instrutórios (como aqueles do art. 130 do CPC brasileiro) e com a possibilidade de ordenar no caso concreto a produção de determinada prova (mesmo com todos os

⁵³² DAMAŠKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 121.

limites previamente mencionados), à regra do art. 333 será reservada uma função bastante residual, já que muito menor será o número de casos de insuficiente corroboração.

Mesmo assim, tal hipótese poderá ocorrer, de diversas formas. É possível, por exemplo, que não existam provas que favoreçam o autor e nem que favoreçam o réu. Podem existir casos em que não haja qualquer prova que favoreça uma das partes, e provas que corroborem de maneira *insuficiente* as hipóteses fáticas que favorecem a outra. Pode ser que as hipóteses fáticas que favorecem ambas as partes sejam corroboradas de maneira igualmente insuficiente pelas provas.

O legislador brasileiro, como sabido, atribui, como regra geral, o *risco pela insuficiente corroboração* dos fatos constitutivos para o autor e dos fatos impeditivos, extintivos e modificativos para o réu. Entretanto, poderia determinar algo totalmente diferente: que o mais velho vencesse, o mais jovem, a parte que se esforçou mais no processo, aquela com o advogado mais diligente, aquela financeiramente mais fraca. Ou mesmo, como ocorre em diversas situações, um critério de desempate baseado em sorteio, como o lançamento de uma moeda ou o “par ou ímpar”.

Sem entrar em debates sobre qual desses critérios abstratamente possíveis seria mais justo, o que importa salientar é que a regra do art. 333 do CPC nada mais configura do que um verdadeiro “critério de desempate”, como ocorre, por exemplo, quando há empate nas eleições presidenciais e a Constituição, no art. 77, § 5º., determina que o mais velho vencerá.

A Constituição, com efeito, determina que, em certos casos, não será desejável seguir investindo recursos e tempo para a “descoberta” da vontade popular na eleição. A disputa, de tão acirrada, não terá condições de apontar claramente para um candidato ou para outro.

Assim, reconhecendo indesejável que o país siga demorando na definição do nome de seu presidente, a Constituição atribui um *direito* para o candidato mais velho de, em caso de empate, ser considerado eleito, e um correlato *dever* da autoridade competente de cancelar o resultado da eleição nesse sentido.

O critério de desempate dado pelo direito, nos diversos casos em que isso é necessário, pode ser mais ou menos aleatório, dependendo daquilo que está em jogo. Pode ou não, em outras palavras, basear-se em alguma regra de experiência, como, por exemplo, de que o candidato mais velho tende a ser mais experiente e, portanto, mais apto a governar.

O sorteio, por outro lado, não tem relação com regras de experiência, sendo, mesmo assim, bastante utilizado em diversos ramos do direito (como em casos de concursos públicos) para “desempates”.

Entretanto, no caso das eleições, o que é importante notar é que a escolha do mais velho não quer dizer que candidatos mais velhos contem com maior apoio popular, ou mesmo que o candidato tenha um *onus* de ser mais velho. Significa, isto sim, simplesmente que, em determinado momento, o Direito entende ser mais importante deixar de lado a “busca” pela vontade popular e dar um critério para que, de alguma forma, o país possa ter algum presidente eleito.

Com a regra do art. 333, portanto, ocorre rigorosamente a mesma coisa. O legislador *ordena* ao juiz que, após todos os esforços probatórios, inclusive a utilização dos poderes instrutórios de ofício e as *ordens* coativas de produção de prova que se está aqui sustentando desejável que o legislador desenhe, julgue não mais com base na verdade, naquilo que ocorre no mundo lá fora, mas sim em um critério pré-estabelecido, que nada tem a ver com a busca da verdade.

Nesse caso, assim como no das eleições, preferiu o legislador não fazer uso de critérios aleatórios, como o sorteio, entendendo que atribuindo os riscos de tais formas estar-se-ia promovendo uma distribuição mais justa desses.

O réu, de acordo com o art. 333 do CPC, tem, também (como o candidato mais velho à presidência no caso de “empate”), o *direito* de ser considerado vencedor da demanda se a hipótese fática que beneficiaria o autor não restar comprovada de maneira *suficiente*. E o juiz tem o correlato *dever* de assim julgar, deixando de lado a busca da verdade e colocando fim à controvérsia da forma determinada pelo legislador.

Tal já fora há muito notado por AUGENTI, que, mesmo falando de uma suposta necessidade de que os fatos fossem “tidos por inexistentes” (o que, a rigor, não ocorre), mencionava uma verdadeira *imposição* do legislador ao juiz de que julgasse em determinado sentido:

“Demonstramos como para nós as consequências da incerteza [*rectius*, da insuficiente corroboração das hipóteses fáticas] são estabelecidas somente por uma regra processual que impõe ao juiz de sustentar inexistentes os fatos não amparados por prova”⁵³³.

⁵³³ AUGENTI, Giacomo Primo. *L’Onere della Prova*, cit., p. 172.

A existência de tal “critério de desempate”, de modo geral, é visto pela doutrina com ligação muito clara com a proibição do *sibi non liquere*, considerando-se essa “o último refúgio para evitar o *non liquet*”⁵³⁴. Nesse sentido, esclarecem TARUFFO, FERRI e COMOGLIO:

“Visto, todavia, que o juiz não pode se furtar de decidir, nem pode limitar-se a pronunciar um *non liquet*, é necessário individualizar critérios que consintam que a controvérsia seja resolvida quando não resulte prova a existência dos fatos principais. Tais critérios são constituídos das regras que disciplinam o *onus da prova*”⁵³⁵.

Tal ligação, entretanto, é atenuada por PUGLIESE, que sustenta que no Direito Romano clássico, em que ainda era possível o juramento de *sibi non liquere*, o ônus da prova já existia e era juridicamente vinculante⁵³⁶, sugerindo que tal juramento era somente *uma* das ferramentas disponíveis para o *iudex*, e talvez a mais drástica delas, uma vez que era, segundo sustenta, perfeitamente possível o recurso às normas de ônus da prova⁵³⁷.

Certamente não há pertinência no presente tópico para discutir a existência ou não do ônus da prova já no direito romano clássico, mas importa, para o presente escopo, referir que para o romanista a existência do *sibi non liquere* “não excluía objetivamente o ônus da prova”⁵³⁸.

Isso porque afirmava que “a prova de que os romanos da época clássica conheciam e atribuíam valor ao ônus da prova é dada pelo número, não altíssimo mas tampouco exíguo, das passagens em que os juristas estabeleciam quem e o

⁵³⁴ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil. V. 2. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela, cit.*, p. 83.

⁵³⁵ TARUFFO, Michele; FERRI, Corrado; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Lezioni sul Processo Civile. I. Il Processo Ordinario di Cognizione*. 4a. ed. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 438.

⁵³⁶ PUGLIESE, Giovanni. “Per L’Individuazione dell’Onere della Prova nel Processo Romano Formulare”. In: *Studi in Onore di Giuseppe M. de Francesco*, v. 1, Milano: Giuffrè, 1957.

⁵³⁷ PUGLIESE, Giovanni. “Regole e Direttive Sull’Onere della Prova nel Processo Romano Per Formulas”. In: FURNO, Carlo (org.). *Scritti Giuridici in Memoria di P. Calamandrei*, v. III. Padova: CEDAM, 1958, pp. 552 e ss.

⁵³⁸ PUGLIESE, Giovanni. *Per L’Individuazione dell’Onere della Prova nel Processo Romano Formulare, cit.*, p. 553.

quê devesse ser provado”⁵³⁹, ao passo que a consequência do *sibi non liquere* era justamente a substituição do *iudex* que o jurara por outro *iudex*;⁵⁴⁰ assim, diante do novo *iudex* ou órgão colegiado “a necessidade da prova repropunha-se em toda sua plenitude”.⁵⁴¹

O que é interessante notar, para o escopo do presente trabalho, é que a regra de julgamento do “ônus” da prova não é, portanto, uma resposta automática para a “inesclarecibilidade” (*rectius*, ausência de corroboração objetiva das hipóteses fáticas *sub iudice*), mas apenas uma das possíveis soluções. Em tese, afinal, seria mesmo possível que, diante da ausência de resultados apontando em um sentido ou em outro, fosse determinada a reabertura da fase probatória.

Conforme demonstrado através do exemplo da eleição, por outro lado, pretendendo colocar fim ao litígio, diversos poderiam ser, abstratamente (e sem entrar no mérito de qual desses seria mais justo), os critérios para “desempate” em uma ação judicial. A parte financeiramente mais fraca, a parte mais idosa, a parte mais jovem, a parte com maior instrução, a parte com menor instrução etc., ou mesmo um “sorteio”.

Não se está, obviamente, aqui sugerindo que o legislador devesse prever uma regra de julgamento baseada em um sorteio; está-se, isto sim, pretendendo chamar a atenção para o fato de que o critério de desempate da regra do “ônus” da prova, seja qual for, configura um momento em que, sem ter condições de estabelecer os fatos através da valoração racional, o processo, como mencionado, *desiste da busca da verdade*.

Entendendo mais importante resolver o litígio de alguma forma (mesmo correndo o risco de afastar-se da verdade), do que deixar as partes no estado de incerteza jurídica, o legislador fornece um critério legal com um correlato *dever* para o juiz. Tal decisão, entretanto, é por natureza tendencialmente menos justa do que uma tomada com base na valoração racional dos elementos de juízo.

A chamada “inversão” do ônus da prova promovida, por exemplo, pelo art. 6º. VIII do CDC, como já mencionado, nada mais faz do que estabelecer um “critério de desempate” diferente daquele estabelecido pelo art. 333 do CPC. E o legislador tem

⁵³⁹ PUGLIESE, Giovanni. “Per L’Individuazione dell’Onere della Prova nel Processo Romano Formulare”, *cit.*, p. 546-547.

⁵⁴⁰ PUGLIESE, Giovanni. *Il processo Civile Romano. v. 2, t. 1. Il Processo Formulare*. Milano: Giuffrè, 1963, p. 327.

⁵⁴¹ PUGLIESE, Giovanni. *Per L’Individuazione dell’Onere della Prova nel Processo Romano Formulare, cit.*, p. 542.

a possibilidade, como feito em tal legislação, de determinar critérios de desempate que promovam mais ou menos a proteção de determinados sujeitos em detrimento de outros.

A opção do legislador consumerista, com efeito, significa apenas que esse preferiu que os casos de insuficiência de corroboração das hipóteses fáticas corressem, preenchidos os requisitos legais, sob risco do fornecedor, dando ao juiz o *dever* de, em caso de não atingimento dos *standards* probatórios, julgar em favor do consumidor. Para que isso funcionasse, entretanto, seria necessário estabelecer limites e formas de aplicação mais claros para a regra.

Não obstante, a regra do “ônus” da prova só determina as consequências do litígio quando não há suficiente corroboração das hipóteses fáticas⁵⁴², no momento determinado pelo legislador. Caso contrário, se alguma hipótese fática restar *suficientemente corroborada* (isto é, provada), as consequências serão impostas pelas regras de direito material.

VERDE, com base em tal ideia, chega mesmo a negar qualquer conteúdo normativo à regra de julgamento em questão, afirmando ser essa uma consequência lógica do próprio Direito:

“Pode-se, então, começar a acreditar que a exigência de uma regra de julgamento nasce não da necessidade de autorizar o juiz a decidir no mérito mesmo em caso de incerteza sobre o fato, mas da convicção de que seja necessária uma regra desse tipo para tornar possível ao juiz pronunciar a improcedência dos pedidos cujos pressupostos de fato não tenham sido provados. (...) [A] função da regra de juízo não deveria ser a de impedir ao juiz de pronunciar sentenças de *non liquet*, mas deveria concretizar-se naquela que podemos definir como consequência de uma escolha de civilidade, visto que se proíbe ao juiz de considerar existentes fatos de que não lhe tenha sido ofertada prova plena e convincente”⁵⁴³.

E acrescenta:

⁵⁴² Tal pensamento é fruto de sólida crítica formulada por JORDI FERRER BELTRÁN no seminário apresentado em Girona em 14/06/2013.

⁵⁴³ VERDE, Giovanni. *L’Onere della Prova nel Processo Civile*, cit., p. 27.

“[J]ustamente considerando as situações concretas em que poderia ter relevo a natureza e, antes ainda, a existência da assim chamada regra de julgamento, tem-se a confirmação de que essa regra é um derivado de exigências sistemáticas e conceituais, sendo totalmente carente de conteúdo normativo”⁵⁴⁴.

Assim, segundo a ideia do autor, se o art. 927 do Código Civil brasileiro afirma que aquele que causar dano a outrem será obrigado a indenizar, uma vez não restando provado o fato danoso, não poderá o autor beneficiar-se da consequência jurídica prevista na regra, ou seja, não poderá o juiz “forçar” a parte contrária a indenizar, justamente pela falta de provas.

A ideia de VERDE, entretanto, parece fazer sentido somente se tiver-se por base a premissa de que “estar provado” é o mesmo que “ser verdadeiro”, hipótese já refutada na primeira parte do presente estudo.

Afinal, quando há insuficiente corroboração dos fatos, não é possível dizer coisa alguma sobre esses. Não é possível afirmar nem que o dano ocorreu, nem que o dano não ocorreu; isso porque nem a hipótese fática que favorece o autor (ocorrência do dano) nem a hipótese fática que favorece o réu (inocorrência do dano) restaram comprovadas.

A questão pode ficar mais clara em um caso de declaratória de união estável, em que o homem sustente sua existência e a mulher sustente a sua inexistência. Imaginando que nenhuma das partes produza provas, que o juiz não consiga utilizar seus poderes instrutórios de maneira exitosa etc., ou mesmo que por qualquer outra razão haja corroboração insuficiente das hipóteses fáticas, ao fim do processo simplesmente não haverá qualquer base para a decisão calcada nos fatos.

A regra de ônus da prova significará, assim, simplesmente o momento em que o Direito – decidindo ser melhor acabar com a incerteza, mesmo correndo-se o risco de uma decisão injusta, do que a perpetuar – dá um critério ao juiz para acabar com o “empate”.

Tal regra, como não poderia deixar de ser, é *dirigida ao juiz*, mas que tem consequências indiretas às partes, no sentido de que, havendo insuficiente corroboração, a parte beneficiada pela regra fica com um verdadeiro *direito* de não sucumbir.

⁵⁴⁴ VERDE, Giovanni. *L’Onere della Prova nel Processo Civile*, cit., p. 125.

A parte que detiver o risco da insuficiente corroboração certamente empreenderá maiores esforços para que os fatos que lhe beneficiam restem comprovados, da mesma forma como a parte que tem urgência na resolução de determinado conflito empreenderá maiores esforços para que o processo caminhe em marcha acelerada. Nem uma hipótese nem outra, entretanto, conforme exaustivamente abordado, configuram verdadeiros *ônus* jurídicos.

Mesmo diante de tal interpretação para o dito “aspecto objetivo” do “ônus” da prova, espera-se tenhamos escapado à crítica de YARSHELL, que afirma que:

“[E]ncarar as regras sobre ônus da prova exclusivamente sob um prisma objetivo – como regras de julgamento – é desconsiderar o papel que elas desempenham sobre o comportamento das partes no processo e mesmo antes dele”⁵⁴⁵.

Isso porque não se pretendeu eliminar a importância das partes no procedimento probatório, mas tão-somente afirmar que, mediante a criação de um verdadeiro *dever* de produzir provas (ordenadas pelo juiz), fazendo com que as partes não possam escolher não aportar uma prova ao processo, o sistema tem maiores condições de ser *truth-oriented*, na medida em que propiciará uma maior completude do material probatório.

Procedendo dessa forma, como demonstrado, o “ônus” da prova nada mais será do que uma regra de julgamento, dirigida ao juiz, que não só terá função ainda mais residual (visto que na maioria dos casos será possível a apuração dos fatos através de métodos racionais), mas que também deverá ser evitada ao máximo, uma vez que sua aplicação acarreta resultados tendencialmente injustos, por se afastarem tendencialmente da busca da verdade.

⁵⁴⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova, cit.*, p. 66.

4. Conclusões

1. A verdade existe e é objetiva, não sendo determinada pela linguagem ou pelo consenso, mas sim pelo “mundo lá fora”, isso é, por correspondência da assertiva que se pretende verificar com o que efetivamente ocorreu no mundo real.

2. O direito é necessariamente *merit-based*, isto é, possui critérios externos para a verificação da justiça de uma decisão. Assim, só será justa a conclusão pela assertiva de que “Pedro matou Maria” se Pedro efetivamente tiver matado Maria.

3. O processo deve, portanto, buscar a verdade, reconhecendo-se uma ligação teleológica entre prova e verdade.

4. “Estar provado” não significa nem “ser verdadeiro” e nem “o juiz estar convencido”, mas simplesmente “existirem elementos de corroboração suficientes”, sendo o grau de suficiência dado pelo direito, através dos *standards* probatórios.

5. A prova deve ser valorada de maneira racional.

6. Seja na proposta de HAACK, na epistemologia em geral, ou na de FERRER BELTRÁN ou na de HO, essas últimas com referência específica ao direito, restam preservadas, como é desejável que seja, as possibilidades de reconhecimento de erros, diferenciando-se o “estar provado” do “ser verdadeiro”.

7. As soluções permitem, ao mesmo tempo, que alguns conhecimentos possam ser considerados mais corroborados do que outros, dependendo o grau de corroboração de fatores objetivos.

8. Um procedimento epistêmico qualquer, como o processo, portanto, pode ser mais ou menos *truth-conducive*, na medida em que tenha maiores ou menores condições de gerar *justified beliefs*.

9. A doutrina atual entende que o mero respeito às regras e direitos relativos ao procedimento não bastam para que o processo possa ser considerado justo.

10. Para que a decisão possa ser considerada justa são necessários pelo menos: (a) correta escolha e interpretação da regra jurídica; (b) apuração adequada dos fatos relevantes do caso; (c) emprego de um procedimento válido e justo para chegar à decisão.

11. O direito ao processo justo, assim como o direito à prova, são dotados tanto de fundamentalidade material quanto formal no ordenamento jurídico brasileiro,

devendo o legislador organizar procedimentos que visem de maneira séria à busca da verdade.

12. Sendo a verdade um *standard* externo de correção da decisão, a maior acuidade da apuração dos fatos, deve balizar a avaliação das instituições, regras, procedimentos e técnicas de *fact-finding*, tendo como base crucial de avaliação sua capacidade de maximizar a qualidade da pesquisa.

13. Nesse sentido, um objetivo de toda e qualquer pesquisa que vise a ser *truth-oriented* deve ser a busca pela *comprehensiveness*, isto é, pela completude do material probatório; a situação ótima é a de que todas as provas relevantes possíveis sejam obtidas.

14. Atualmente, o direito brasileiro pretende providenciar a maior completude do material probatório através do ônus da prova, que parte da ideia de que onerando adequadamente ambas as partes, todo o material probatório será levado a juízo.

15. Nesse sentido, a doutrina atual entende existirem dois aspectos quanto ao ônus da prova, um objetivo, como regra de julgamento, e um subjetivo, como regra de instrução.

16. A doutrina desenvolveu, ainda, técnicas como a inversão e a dinamização dos ônus probatórios, uma vez constatada a insuficiência da solução do ônus da prova atribuído de maneira fixa.

17. Tomando por base a teoria do direito, a diferenciação entre ônus e dever dá conta de que o primeiro é uma situação passiva subjetiva branda, com um comportamento “apreciado” pelo Direito, mas não categoricamente exigido e que dá ao sujeito onerado a possibilidade de escolha sobre sua intenção de agir ou não de acordo com o comportamento (positivo ou negativo) “apreciado”, sem que a não adoção da conduta acarrete um ilícito.

18. O dever, por outro lado, é uma situação subjetiva passiva com sujeição radical, atribuído por uma regra jurídica imperativa e que descreve um comportamento (positivo ou negativo) categoricamente exigido pelo Direito; o sujeito obrigado não tem a possibilidade de escolha sobre sua intenção de agir ou não de acordo com o comportamento (positivo ou negativo), e, uma vez não adotado o comportamento, resta configurado o ilícito.

19. Medidas coercitivas ou subrogatórias só podem ser adotadas diante de um *dever* jurídico, não diante de um *ônus*.

20. Quando desenvolvidas as ideias sobre ônus da prova, a verdade (a correspondência com o mundo “lá fora”) não era uma preocupação para a doutrina, o juiz era visto como o único destinatário da prova e o processo (e o procedimento probatório em geral) corriam, segundo a doutrina, no interesse exclusivo das partes.

21. O *ônus* da prova permite que a parte não produza provas que sejam contrárias aos seus “interesses”.

22. O dito “aspecto subjetivo” do “ônus” da prova inexistente, uma vez que não importa no processo brasileiro a proveniência da prova, que o juiz possui poderes de instrução de ofício e que a atividade das partes não tem qualquer relação *direta* com o resultado da demanda (esse é determinado exclusivamente pela existência de elementos de corroboração suficientes).

23. O que existe, em verdade, não é um *ônus* jurídico da prova, mas sim um direito fundamental de cada uma das partes à produção de provas relevantes; tal direito, assim como o direito do advogado de ter contato com o juiz, pode ser desempenhado com maior ou menor afincamento e cuidado, mas nem por isso configurará um verdadeiro *ônus* em sentido técnico-jurídico.

24. O dito “aspecto subjetivo” não tem, portanto, condão de estimular as partes a contribuírem para a maior completude do material probatório, diante da ausência de estímulos concretos para a produção de elementos probatórios contrários aos seus “interesses”.

25. O “aspecto objetivo” do ônus da prova é dirigido ao juiz, não tendo a pretensão e nem condições de propiciar a maior completude do material probatório.

26. Seguindo trabalhando com *ônus*, as doutrinas de inversão e dinamização não conferem estímulos concretos às partes para que produzam provas que lhes são desinteressantes, fazendo com que tampouco funcionem para a maior completude do material probatório.

27. Além disso, as inversões de ônus da prova não permitem saber exatamente qual é o “objeto” da inversão, ou seja, o que exatamente fica a cargo de quem.

28. A dinamização feita sem lei acarreta problemas indesejáveis e, a nosso ver, desnecessários de segurança jurídica. Mesmo a feita com lei, entretanto, como já mencionado, não parece contribuir com a instrução probatória, promovendo, por outro lado, problemas indesejáveis de calculabilidade.

29. A criação de um verdadeiro dever de produção de provas privilegiaria de forma muito mais direta e eficaz o direito fundamental à prova. Tal seria possível tanto na proposta de YARSHELL, como mediante a construção de deveres extraprocessuais e processuais (mesmo no procedimento ordinário).

30. O juiz, através de tal sugerida alteração legal, passaria a ter o poder de *ordenar coativamente* que as partes produzissem provas consideradas relevantes.

31. Resistindo a tal ordem, as partes praticariam atos ilícitos, que poderiam ser combatidos tanto mediante aplicação de técnicas coercitivas como de técnicas subrogatórias.

32. Tal solução não só propiciaria a maior completude do material probatório, tornando o processo mais *truth-oriented* e, portanto, tendencialmente mais justo, mas também evitaria a indesejável manipulação dos “ônus” probatórios (e mesmo das regras legais) sugeridas pelas doutrinas da inversão e da dinamização.

33. Em outras palavras, através do dever de produzir provas, solucionar-se-ia de maneira muito mais efetiva os problemas que as doutrinas de inversões e dinamizações se propunham (a nosso ver sem sucesso) a resolver.

34. A construção pelo legislador de um verdadeiro dever de prova configuraria uma eficácia horizontal do direito fundamental à prova, mediada pela eficácia vertical do legislador e do juiz, aumentando-se sua amplitude de realização.

35. Não existindo no sistema brasileiro qualquer direito constitucional (muito menos fundamental) de não produção de prova em próprio desfavor no âmbito cível, não há argumentos válidos para aplicação em tal área do *nemo tenetur se detegere*, exceto quando a revelação de uma prova puder ter consequências penais.

36. O dever de prova, por outro lado, poderá ser limitado por outros direitos fundamentais, como (mas não exclusivamente) o direito à integridade física e psíquica, o direito à vida privada, o direito à inviolabilidade do domicílio, o direito ao sigilo profissional etc.

37. É possível (e desejável), ainda, a construção de limites à publicidade do processo quando isso se mostrar necessário para que a prova possa ser produzida sem violações a direitos fundamentais, podendo-se inclusive criar um mecanismo para determinar o segredo a uma das partes a fim de que a outra possa revelar alguma prova.

38. O dito “aspecto objetivo” do ônus da prova nada mais é do que um “critério de desempate”.

39. Não se trata de uma resposta automática à proibição do *sibi non liquere*, mas uma forma que o legislador encontra de fazer com que seja encerrada a busca da verdade e, ainda assim, possam ser “resolvidas” as questões levantadas pelas partes no processo.

40. Abstratamente seria possível que o critério de desempate fosse baseado em qualquer circunstância, mais ou menos aleatória, como a idade dos litigantes, sua condição social etc.

41. O legislador, entretanto, deve utilizar tal critério de “desempate” para promover a decisão mais próxima possível da decisão justa, uma vez “falida” no caso concreto a busca da verdade.

42. Trata-se, de qualquer forma, de uma regra que atribui ao juiz um verdadeiro *dever* de utilizar o critério de desempate estabelecido em lei em caso de insuficiente corroboração dos fatos.

43. As partes, conhecendo tais critérios e o dever judicial, certamente terão maior ou menor “interesse” na apuração dos fatos, mas nem por isso será possível falar em um verdadeiro *ônus* em sentido técnico-jurídico.

44. A parte terá, isto sim, um *direito* de vencer a demanda sempre que o critério de “desempate” lhe beneficiar.

Referências bibliográficas

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*. Durham e Londres: Duke University Press, 2001.

ALLEN, Ronald J.; MACE, M. Kristin. "The Self-Incrimination Clause Explained and its Future Predicted". In: *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2003. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=480143> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.480143> , último acesso em 19/03/2014, às 22:15.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil. Proposta de um Formalismo-Valorativo*. 3a. ed. Rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Curso de Processo Civil*. V. 2. *Processo de Conhecimento*. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

ANDERSON, Terence. SCHUM, David. TWINING, William. *Analysis of Evidence*. 2ª. Ed. New York: Cambridge University Press, 2005.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*, v. 1. 8a. ed. Rev. e atual. Coimbra: Almedina, 1994.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Direito à Prova". In: *Revista de Processo*. v. 39. São Paulo: RT, Julho de 1985, pp. 98 e ss.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro*. Disponível em: http://www.academia.edu/attachments/1471882/download_file. Último acesso em 12/02/2013.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Leonel Vallandro. Porto Alegre: Ed. Globo, 1969.

AUGENTI, Giacomo Primo. *L'Onere della Prova*. Roma: Società Editrice del "Foro Italiano", 1932.

ÁVILA, Humberto. "O que é 'devido processo legal'?". In: *Revista de Processo*, vol. 163, Setembro de 2008.

_____. *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5a. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil. Volume 1. Processo de Conhecimento*. 7a. ed. Rev. e atual. De acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. “Notas Sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor”. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 22, Abril de 1997, pp. 135 e ss.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Julgamento e Ônus da Prova”. In: *Temas de Direito Processual. Segunda Série*. São Paulo: Saraiva, 1980.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A Treatise in The Sociology of Knowledge*. Middlesex: Penguin Books, 1991 (reimpressão; 1^a. ed. 1966).

BETTI, Emilio. “Dovere Giuridico (teoria gen.)”. In: *Enciclopedia del Diritto*. V. XIV (Dote-Ente). Milão: Giuffrè, 1965.

BOBBIO, Norberto. *Teoria della Norma Giuridica*. Torino: Giappichelli, 1958.

BRUNETTI, Giovanni. *Il Delitto Civile*. Firenze: Bernardo Seeber, 1906.

_____. *Norme e Regole Finali nel Diritto*. Unione Tipografico-Editrice Torinese: Torino, 1913.

BUZAID, Alfredo. “Do Ônus da Prova”. In: *Justitia*. São Paulo, a. 25, v. 40, p. 7-26, Janeiro/Março 1963.

CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: RT, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7a. Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile – v. 2 – La Funzione del Processo di Cognizione*. Padova: CEDAM, 1933.

_____. *Sistema del Diritto Processuale Civile, v. 1. Funzione e Composizione del Processo*. Padova: CEDAM, 1936.

_____. *Sistema del Diritto Processuale Civile, v. 2. Atti del Processo*. Padova: CEDAM, 1938.

_____. *Teoria Generale del Diritto*. 3a. ed. Rev. e Ampl. Roma: Soc. Ed. Del “Foro Italiano”, 1951.

CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CAVALLONE, Bruno. “In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)”. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. LXV, n. 1. Milano: CEDAM, Janeiro/Fevereiro de 2010.

CHIARLONI, Sergio. "Giusto Processo, Garanzie Processuali, Giustizia Della Decisione". In: *Revista de Processo*, vol. 152, Outubro de 2007, pp. 87 e ss., esp. item 8.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1965.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le Prove Civili*. 3ª. ed. Torino: UTET Giuridica, 2010.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4a. ed., 4a. reimp. Buenos Aires: Ed. B de F, 2010.

DAMAŠKA, Mirjan R. "Truth in Adjudication". In: *Hastings Law Journal*, 289, 1998, pp. 290-96. Disponibilizado por Faculty Scholarship Series, Paper 1575, em http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1575 .

_____. *Evidence Law Adrift*. New Haven-London: Yale University Press, 1997.

_____. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

DE STEFANO, Giuseppe. "Onere (dir. proc. civ.) In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, v. XXX, p. 114.

DENTI, Vittorio. "L'Inversione dell'Onere della Prova: Rilevi introduttivi". In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano XLVI, n. 3, Setembro de 1992. Milano: Giuffrè, 1992, pp. 709-713.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil. V. 2. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela*. 8a. ed. Rev. e Ampl. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil. v. II*. 4a. ed. Rev. e atual. com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III*. 2a. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRER BELTRÁN, Jordi. "Legal Proof and Fact-Finders' Beliefs". In: *Legal Theory*, V. 12, n. 04. Cambridge University Press, Dezembro de 2006, pp 293-314.

_____. *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. *Prueba y Verdad en el Derecho*. 2a. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. 4a. ed. St. Paul: Thomsom West, 2005.

FROSINI, Vittorio. "Dovere". In: *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. VI. Torino: UTET, 1975.

GARCIA, André Almeida. "A Distribuição do Ônus da Prova e sua Inversão Judicial no Sistema Processual Vigente e no Projetado". In: *Revista de Processo*. v. 208. São Paulo: RT, Junho de 2012.

GAVAZZI, Giacomo. . *L'Onere – Tra la Libertà e L'obbligo*. Torino: Giappichelli, 1970.

GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World*. Oxford: Oxford University Press, 1999 (reimpressão de 2003).

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15^a. ed. Rev., atual. e aum. De acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Editora RT, 1988.

HAACK, Susan. "Truth, Truths, 'Truth' and 'Truths' in the Law". In: *The Journal of Philosophy, Science & Law*, v. 3, Setembro de 2003. Disponível em <http://jpsl.org/archives/truth-truths-truth-and-truths-law>, último acesso em 04/02/2013, às 16:53.

_____. *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*. 2a. ed. Expandida. New York: Prometheus Books, 2009.

_____. *Putting Philosophy to Work*. Versão Expandida. New York: Prometheus Books, 2013.

HART, Herbert Lionel. *The Concept of Law*. 1a. ed., 10a. Reimp. Oxford: Oxford University Press, 1979.

HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010 (reimpressão; 1a. ed. 2008).

IRTI, Natalino. "La Perfezione degli Atti Giuridici e il Concettodi Onere". In: *Saggi di Teoria Generale del Diritto*. Milano: Giuffrè, 2008.

JOLOWICZ, John A. *On Civil Procedure*. New York: Cambridge University Press, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 4a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 8ª. Ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009.

KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LANGBEIN, John. "The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law". In: *Michigan Law Review*. Vol. 92, Março de 1994, pp. 1047-1085.

LATOUR, Bruno; WOOLGAR, Steve. *Laboratory Life. The Contruction of Scientific Facts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1986 (1a. ed., 1979).

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Impsoição e Inversão do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile. Principi*. 7ª. ed. (atualizada por Vittorio Colesanti, Elena Merlin e Edoardo F. Ricci). Milano: Giuffrè, 2008.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. "Inversão do Ônus da prova no CDC e a Inversão Procedimental no Projeto de Novo CPC: Distinção entre institutos afins". In: *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 91/2014. São Paulo: RT, Janeiro de 2014.

LÓPES MIRÓ, Horacio G. *Probar o Sucumbir. Los Tres Grados del Convencimiento Judicial y la Regla Processal del Onus Probadi*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. "Princípio Nemo Tenetur se Detegere no Estado Democrático de Direito". In: *Revista dos Tribunais*, vol. 941/2014, Março de 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. V. 2. *Processo de Conhecimento*. 6ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____. *Prova*. São Paulo: Ed. RT, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil. Vol. I. Teoria Geral do Processo Civil*. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. Padova: CEDAM, 1942.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de Tutela. Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2a. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

_____. “Processo Justo, Colaboração e Ônus da Prova”. In: *Revista do TST*, vol. 78, no. 1, Janeiro/Março de 2012. Brasília. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/1295387/4235912/Processo+Justo,%20colabora%C3%A7%C3%A3o+e+%C3%B4nus+da+prova?version=1.1> . Último acesso em 14/03/2014, às 18:32

MORGAN, Edmund. *Some Problems of Proof Under the Anglo-American System of Litigation*. New York: Columbia University Press, 1956.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: Fundamentos do Direito das Obrigações: Introdução à Responsabilidade Civil*. 2a. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

OBBERDAN, Tommaso Scozzafava. “Onere (nozione)”. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, v. XXX, pp. 100-110.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. 1ª. ed., 2ª. tir. São Paulo: Editora RT, 2001.

PALERMO, Antonio. “Obbligo Giuridico”. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. XI. Torino: UTET, 1965, p. 703.

PAULA RAMOS, Vitor de. “Direito Fundamental à Prova”. In: *Revista de Processo*. Ano 38, v. 224, outubro de 2013. São Paulo: RT, 2013, p. 41-61.

PESTANA, José Osmar Medina; CASTRO, Maria Cristina Ribeiro de; PEREIRA, Walter Antonio. “Pesquisa Clínica e Farmacovigilância”, 2006, disponível em http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/manual_do_transplantado/Farmacovigilancia.pdf .

PEYRANO, Jorge W. “Carga de la Prueba”. In: OTEIZA, Eduardo (coord.). *La Prueba en el Proceso Judicial*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 231.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba. Estudio de la Errónea Recepción del Brocardo Iudex Iudicare Debet Secundum Allegata et Probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Bosch Editor, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *Tratado de Direito Privado*, t. 3. *Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova*. 3a. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 410.

PUGLIESE, Giovanni. “Per L’individuazione dell’Onere della Prova nel Processo Romano Formulare”. In: *Studi in Onore di Giuseppe M. de Francesco*, v. 1, Milano: Giuffrè, 1957.

_____. *Il processo Civile Romano. v. 2, t. 1. Il Processo Formulare.* Milano: Giuffrè, 1963

_____. “Regole e Direttive Sull’Onere della Prova nel Processo Romano *Per Formulas*”. In: FURNO, Carlo (org.). *Scritti Giuridici in Memoria di P. Calamandrei, v. III.* Padova: CEDAM, 1958.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil.* 3a. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações.* 5a. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RORTY, Richard. *Philosophy and the Mirror of Nature.* New Jersey: Princeton University Press, 1979.

ROSENBERG, Leo. *La Carga de La Prueba.* Tradução: Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais, 7ª.* Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007.

_____. “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. In: *Boletim Científico ESMPU.* Brasília, a. 4 - n.16, Julho/Setembro de 2005, p. 193-259, disponível em <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-16-2013-julho-setembro-de-2005/direitos-fundamentais-e-direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais> , último acesso em 11/03/2014, às 16:00.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SCHAUER, Frederick. *Profiles, Probabilities and Stereotypes.* Londres: The Belknap of Harvard University Press, 2003.

_____. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination on Rule-Based Decision-Making in Law and in Life.* Oxford: Clarendon Press, 1991.

SENTIS MELENDO, Santiago. *La Prueba. Los Grandes Temas del Derecho Probatorio.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

SHAPIN, Steven. *A Social History of Truth: Civility and Science in Seventeenth-century.* Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil, v. 1, Processo de Conhecimento.* 7a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos Sobre o Novo Processo Civil.* 2a. ed. Lisboa: Lex, 1997.

STEIN, Alex. "Self-Incrimination". In: *Encyclopedia Of Law And Economics*, Vol. 10, Fevereiro de 2011. Edward Elgar Publishing Limited, pp. 366-385. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1759454> , último acesso em 19/03/2014.

TARSKI, Alfred. "The Semantic Conception of Truth". In: *Philosophy and Phenomenological Research*, v. 4, no. 3, Março de 1944, pp. 341-376.

TARUFFO, Michele; FERRI, Corrado; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Lezioni sul Processo Civile. I. Il Processo Ordinario di Cognizione*. 4a. ed. Bologna: Il Mulino, 2006.

TARUFFO, Michele; HAZARD, Geoffrey C. *American Civil Procedure*. New Haven and London: Yale University Press, 1993.

TARUFFO, Michele (org.). *La Prova nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 249.

_____. "L'Onere come Figura Processuale". In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè. Anno LXVI, n. 2, Junho de 2012, pp. 425-436.

_____. "O Ônus como Figura Processual". In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 7. Volume XI. Tradução: Guilherme Luis Quaresma Batista Santos et alii. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/7998/5783> . Último acesso em 26/11/2013, às 09:56.

_____. *La Prova dei Fatti Giuridici. Nozioni Generali*. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. *Onere della Prova*. In: *Digesto - Banca di Dati Ipertestuale*. Torino: UTET, 2008, item 8.

_____. *Proceso y Decisión. Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. *Uma Simples Verdade*. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 96.

TOULMIN, Stephen E. *The Uses of Argument*. Ed. Atualizada. New York: Cambridge University Press, 2008 (reimp.).

TWINING, William. *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. 2a. Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

VERDE, Giovanni. *L'Onere della Prova nel Processo Civile*. Napoli: Jovene, 1974.

WEIGEND, Thomas. "Should We Search for the Truth, and Who Should Do it?". In: *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 36 - Issue 2, 2011, p. 394.

WITTGENSTEIN, Ludwig. "Tractatus Logico-Philosophicus". In: *Major Works*. New York: Harper Collins, 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.