

347.927

## Do Ônus da Prova.

*Alfredo Buzaid*

Catedrático de Direito Judiciário Civil na  
Faculdade de Direito da Universidade de  
de São Paulo.

SUMÁRIO. — I *Considerações Preliminares*. 1. A importância do ônus da prova no processo dispositivo. 2. Princípios que se conjugam na elaboração da doutrina. II — *Perfil Histórico*. 3. O período formular romano. Algumas regras de valor universal. 4. As fontes principais. 5. A prova dos fatos constitutivos, modificativos e extintivos. A *exceptio* e as negativas. 6. A contribuição do direito germânico. 7. Renascença do direito romano. Divisão do processo em *Stadia*. 8. A doutrina dos glosadores. 9. Direito filipino. 10. Antigo direito brasileiro. Direito brasileiro atual. III — *Legislação comparada*. 11. Regras sobre o ônus da prova em direito estrangeiro. IV — *Doutrina geral do ônus da prova*. 12. Distinção entre ônus e obrigação. 13. Conceito de ônus. 14. O ônus da prova é parte da teoria da aplicação do direito. 15. Os elementos do silogismo judicial. 16. Fundamento do ônus da prova. Razões de oportunidade, regra de experiência e princípio de equidade. V — *Ônus subjetivo e ônus objetivo da prova*. 17. O ônus da prova considerado tradicionalmente sob o aspecto subjetivo. 18. Distinção entre ônus subjetivo e ônus objetivo da prova. 19. Os dois aspectos do ônus da prova. Oportunidade de sua apreciação. 20. Atuação do juiz em face das partes. Decisões com reserva. VI — *Teorias modernas sobre o ônus da prova*. 21. Classificação de doutrinas. 2. A doutrina de CHIOVENDA. 23. A doutrina de CARNELUTTI. 24. A doutrina de BETTI. 25. A doutrina de MICHELI. VII — *O regime legal, brasileiro*.

26. A regra do art. 209 do Código de Processo Civil.
27. Consagração do *onus objetivo* da prova no art. 118 do Código.

## I. Considerações preliminares.

1. Dentre os vários temas de direito processual civil relativos à atividade instrutória, raros têm merecido, com tanto interesse, a atenção da doutrina como o do *onus da prova*. Há mais de um século procura a ciência rever-lhe o conceito, dando lugar a uma floração de teorias, que se esforçam por explicar o instituto à luz do direito positivo, preconizando soluções ideais para os complexos problemas que êle sugere<sup>1</sup>. Especialmente depois que a doutrina distinguiu, em termos científicos, o *princípio dispositivo* do

---

1. A bibliografia, rica de idéias e de contribuições pessoais, tem projetado luz abundante sôbre o tema, ora estudando as origens do instituto, ora assinalando os resultados teóricos e práticos das construções elaboradas. Haja vista, entre as monografias mais importantes:

a) na Alemanha, BETHMAN-HOLLWEG, *Über die Beweislast*, em *Versuche über einzelne Theil des Civilprozesses*, 1827, V, p. 319 e segs.; HERMANN FITTING, *Die Grundlagen der Beweislast*, em *Zeitschrift für Deutschen Civilprozess*, vol. 13, 1889, p. 1 e segs.; FRANZ LEONHARD, *Die Beweislast*, Berlim, 1926; AUGUST VON KNIERIEM, *Behauptungspflicht und Beweislast*, Berlim, 1896; LEO ROSENBERG, *Die Beweislast*, 3.<sup>a</sup> ed., Munique e Berlim, 1953; FRIEDRICH SISVEKING, *Bedeutung und Gültigkeit des Satzes Negantis Nulla Probatio*, Lípsia, 1889;

b) na Itália, LUIGI GIANTURCO, *Brevi Note sulla Teoria dell'Onere della Prova*, (apêndice à tradução italiana de Glück, *Commentario alle Pandette*, liv. 22, tit. III, p. 366 e segs.); GIACOMO PRIMO AUGENTI, *L'Onere della Prova*, 1932, Fôro Italiano, Roma; GIAN ANTONIO MICHELI, *L'Onere della Prova*, Cedam, Pádua, 1942 (Trad. esp. de Santiago Sentis Melendo, *La Carga de la Prueba*, Buenos Aires, 1961, Ed. Jur. Europa-América); e

c) no Brasil, S. SOARES DE FARIA, *Principais Teorias relativas ao Onus Probandi*, São Paulo, 1936, ed. Revista dos Tribunais.

*principio inquisitório*<sup>2</sup>, avultou a importância do estudo da distribuição do *onus da prova*, já que o processo civil, transformando-se em instrumento oficial de administração da justiça, devia ser usado, para a tutela dos direitos, por conta e risco das partes. Estas submetem à apreciação do Poder Judiciário um caso concreto e a função do magistrado é a de declarar o direito, nos limites em que foi definida a lide. O juiz não se antecipa aos interessados, nem se move *ex propria auctoritate* para indagar, em público ou em particular, quem sofre violação ou ameaça em sua esfera jurídica; aguarda que lhe provoquem a atividade jurisdicional, cabendo aos litigantes o ônus de afirmar e provar a sua pretensão em juízo. A função do magistrado é, pois, de declarar o direito em cada caso concreto, sem suprir as deficiências das partes, que agem representadas por advogados aptos a postular em juízo.

---

2. A distinção entre processo civil *dispositivo* e processo civil *inquisitório* constitui um dos temas mais importantes, com o qual se ocupa a moderna doutrina científica; ver, entre outros autores, CALAMANDREI, *Linee Fondamentali del Processo Civile Inquisitorio* (Studi in onore di Chiovenda, p. 133 e segs.); e ainda *Studi sul Processo Civile*, V, p. 53 e segs.; CICU, *Il Diritto di Famiglia*, p. 180 e segs.; SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, 7.<sup>a</sup> ed., p. 30; BIRKMAYER, *Das Offizialverfahren im Zivilprozess* (*Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, vol. VII, p. 155 e segs.); LENT & JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 1961, p. 58 e segs.; CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. bras. vol. II, p. 462; CAPPELLETTI, *Principio Dispositivo e Interrogatorio della Parte*, p. 7 e segs..

Sobre a importância do instituto do ônus da prova, as opiniões estão divididas, ROSENBERG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, 8.<sup>a</sup> ed., 1960, p. 559 considerou-o espinha dorsal do processo (*das Rückgrat des Zivilprozesses*). Para CHIOVENDA, *Instituições*, cit., vol. II, p. 503, "a disciplina do ônus da prova figura entre os problemas vitais do processo". JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, p. 379 e seg., encarece o valor do instituto, sobretudo sob o aspecto prático. SCHONKE, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, 7.<sup>a</sup> ed., p. 228, considera incorreta a afirmação de ROSENBERG, em face do direito vigente.

2. O instituto do ônus da prova se liga, assim, direta e fundamentalmente à atividade das partes, que invocam a aplicação do direito. Conjugam-se dois princípios na elaboração dessa doutrina. O primeiro é o de que o juiz moderno não pode, à maneira do juiz romano, encerrar um processo, dizendo simplesmente *non liquet*<sup>3</sup> e, portanto, esquivando-se de proferir uma decisão de mérito a favor de uma parte e contrária à outra. O segundo é o de que, estando a parte empenhada no triunfo da causa, a ela toca o encargo de produzir as provas, destinadas a formar a convicção do juiz na prestação jurisdicional<sup>4</sup>.

A distribuição dêsse ônus é o problema que constitui o objeto dêste ensaio e a cujo respeito intentamos fazer

---

3. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, p. 270; ROSENBERG, *Die Beweislast*, p. 14 e seg.; HELLWIG, *System des Deutschen Zivilprozessrechts*, Lipsia, 1912, p. 468.

4. Estas idéias, que o jurista surpreende quase que intuitivamente, embora assinalem o aspecto prático da repartição de ônus da prova, são, todavia, insuficientes para explicar muitas incertezas que surgem no espírito do julgador. Um exemplo, bem lembrado por ROSENBERG, pode mostrar as dúvidas que dominam o magistrado em face de um caso concreto e ao mesmo tempo a necessidade de definir as regras que devem orientá-lo no julgamento.

Em certa demanda alegou o autor haver autorizado o réu a vender suínos, inclusive a crédito, sem qualquer obrigação de responder pelas dívidas dos compradores. Rompendo-se as relações comerciais entre ambos, pleiteou o autor um saldo de 6.366 marcos. Defendeu-se o réu, sustentando que vendera uma partida de suínos, por valor equivalente ao do pedido, a "X", que, fugindo para a América, não pagou o preço que, aliás, é de difícil recebimento; mas oferecia uma cessão dêsse crédito. O autor, negando que os porcos tivessem sido vendidos a "X", reclama o seu valor. Não houve provas. Todavia, o magistrado não podia abster-se de resolver a controvérsia. Como deveria julgar? Por que princípios haveria de nortear a sentença? Sôbre qual das partes recairiam as conseqüências desvantajosas da dúvida, que corre acêrca da verdade de uma afirmação de fato?

A estas indagações, conclui ROSENBERG, respondem-nas as regras que disciplinam o ônus da prova. Elas concorrem para formar um juízo, afirmativo ou negativo, sôbre a pretensão deduzida em juízo,

algumas variações. Por questão de ordem e método, começamos por sua história.

## II. Perfil histórico.

3. O ponto de partida de nossa investigação é o período *formular* romano, porque o sistema anterior escassa luz traz para a perfeita compreensão do *onus probandi* em suas origens mais remotas<sup>5</sup>. Como o instituto não foi tratado sistematicamente pelos jurisconsultos, para se ter uma idéia do modo como distribuíam entre as partes o encargo de provar os fatos, afirmados ou negados em juízo, é indispensável pesquisar os textos no Digesto e no Código em lugares e títulos variados, onde a referência é feita ora isoladamente, ou em conjunto. Conquanto as fontes sejam geralmente esparsas, havendo, ao que parece, dois únicos títulos no *Corpus Iuris Civilis*, que se ocupam com a matéria<sup>6</sup>, o certo é que os aspectos fundamentais do problema não escaparam à fina intuição de juristas e magistrados, que procuraram aplicar determinadas regras de valor universal.

Alguns princípios, como *actore non probante, reus absolvitur, probatio incumbit qui dicit, non qui negat, in excipiendo reus fit actor* e *negativa non sunt probanda*, considerados autênticos aforismas, já se encontravam em consultas e decisões, tendo servido, por largo tempo, de base para a repartição do ônus de prova entre os litigantes.

---

malgrado as incertezas acêrca das circunstâncias de fato. Na indicação ao juiz do conteúdo da decisão que há de proferir, em caso em que não se pôde comprovar a verdade de uma afirmação de fato tão importante, é que residem a essência e o valor das regras sôbre o ônus da prova (ROSENBERG, *Die Beweislast*, p. 2).

5. Ver, para a fase primitiva do direito romano, MICHELI, *La Carga de la Prueba*, p. 14 e segs..

6. D. 22.3; C. IV. 19.

Compreende-se a existência de tão poucas regras em direito romano, porque êste fundara o seu sistema no princípio do livre convencimento judicial, cabendo às partes, tanto formular as suas afirmações quanto subministrar as provas tendentes a justificá-las<sup>7</sup>.

4. MARCIANO diz que

D.22.3.21: Verius esse existimo ipsum, qui agit, id est legatarium, probare oportere scilicet alienam rem vel obligatam, legare defunctum, non heredem probare oportere ignorasse alienam vel obligatam; *quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*.

Afirma MARCIANO que a necessidade de provar incumbe sempre a quem intenta a ação (*semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*), mas esta regra, declarada de modo categórico, é sensivelmente enfraquecida pela palavra *verius*, que se lê ao início do fragmento, onde o jurisconsulto observa que isso é mais verdadeiro, mas não que seja um princípio de caráter absoluto. Aliás, o texto é impreciso, ressaltando-se nele como que uma contradição entre o que se supõe mais verdadeiro (*verius*) e a necessidade de provar (*necessitas probandi*), que estabelece um vínculo para a parte<sup>8</sup>.

PAPINIANO emite parecer no mesmo sentido, ao aconselhar que, havendo dúvida se alguém tem ou não parentesco, convém que o prove:

D.22.3.1: Quoties quaereretur, genus vel gentem quis haberet, nec ne, eum probare oportet.

---

<sup>7</sup> CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 189.

<sup>8</sup> GIACOMO PRIMO AUGENTI, *L'Onere della Prova*, p. 13.

Porque, como observa PAULO

D.22.3.2: Et incumbit probatio qui dicit, non qui negat.

Outros textos ainda confirmam os que foram citados. Disseram os Imperadores DEOCLECIANO e MAXIMIANO que do réu não se deve exigir a prova em juízo, sendo em vão o seu temor:

C.4.19.8: Frustra veremini; ne ab eo, qui lite pulsatur, probatio exigatur.

CELSE estuda um curioso caso de testamento, a que se seguiu um codicilo. Se te legaram quinhentos no testamento e o mesmo se dispôs em codicilo escrito depois, importa saber se o testador quis duplicar o legado, ou simplesmente repeti-lo; e havendo-se esquecido que o fizera no testamento, indaga de qual dos dois se há de exigir a prova (ab utro ergo probatio eius rei exigenda est)?

Responde CELSE

D.22.3.12: Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit, sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur; nam si creditum petam, ille respondeat, solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est; et hic igitur, quum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id approbare iudici debet.

À primeira vista parece mais equitativo que o autor prove o que pretende, porém indubitavelmente se exigem certas provas do réu, porque se eu reclamo um crédito e êle responde que já pagou a importância, está obrigado a provar êste fato; assim, pois, nêste caso, quando o autor apresenta duas escrituras e o herdeiro contesta a validade

da segunda (*posteriolem inanem esse*), cabe a êste prová-la em juízo.

5. Essa importante distinção entre as alegações que as partes podem fazer em juízo gera a repartição do ônus da prova e constitui a base em que, no direito moderno, se assentou a classificação entre fatos *constitutivos*, *modificativos* e *extintivos*. É que, em direito romano, o fato afirmado pelo autor, por êste devia ser provado; se o réu oferecesse uma exceção de *pagamento*, *non numeratae pecuniae* ou *non adimpleti contractus*, ao réu cabia fazer a prova de sua afirmação, porque tais fatos jurídicos tendiam a modificar ou extinguir a obrigação. Disse-o bem ULPIANO, ao examinar a figura da *exceptio*, na qual o réu faz as vêzes de autor e deve, portanto, provar a sua alegação:

D.22.3.19: In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem, velut intentionem implere.

Relativamente à prova das negativas, mais ricos são os textos de direito romano, dos quais destacamos um principal. Confessando o autor a impossibilidade de provar o que afirma, não pode também constranger o réu a demonstrar o contrário, porque pela natureza das coisas é nula e nenhuma a prova do que nega o fato:

C.4.19.23: Actor, quod asseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, quum per reum naturam factum negantis probatio nulla sit.

6. Antes de tratar do ônus da prova no direito intermédio, do qual os sistemas jurídicos modernos herdaram substancialmente os princípios, convém examinar a contribuição que para o instituto trouxe o direito germânico. Conforme o antigo direito germânico, o processo era divi-

dido em duas fases; uma relativa à sentença de prova, denominada *Beweisurteil*, na qual o juiz declarava a quem cabia o ônus, que geralmente era do réu, porque o autor não reclamava um direito seu, antes atacava a injustiça do comportamento do devedor; e a segunda, na qual a parte, sujeita ao ônus da prova, devia produzi-la. A prova germânica é formal, não se dirige ao juiz e, portanto, não tende a convencê-lo<sup>9</sup>.

As provas eram de duas espécies no primeiro período: as ordálias e o juramento. Ordália, ou juízo de Deus, é a palavra que deriva do antigo alto alemão *Urtheil*, significando sentença. A comunidade se convenceu de que os deuses, quando invocados nos pleitos judiciais, não vinham em socorro de quem não tinha razão. A vitória tocava, por certo, a quem Deus viesse ajudar, não podendo contar com tal auxílio quem não tivesse bôa razão<sup>10</sup>.

7 Quando, depois do Ano Mil, renasce o direito romano, sobretudo por influência da Escola de Bolonha, o processo foi dividido em *stadia*, em cada qual a parte deduzia as suas *positiones* e devia provar as suas afirmações com os meios de prova subministrados pelo direito romano. A atividade judicial foi limitada pelo princípio *iudex debet iudicare secundum allegata et probata*. A prova estava circunscrita às *positiones* contestadas. Porém o juiz não se movia para indagar quais os fatos sôbre que as partes concordavam ou disputavam.

A discussão podia versar tanto sôbre matéria de fato quanto de direito. O princípio de que o juiz conhece o direito já está divulgado amplamente no século XIV. Não é, porém, dêsse período o aforisma *iura novit Curia*, porque no direito intermédio *iura* não significava direito objetivo senão direito subjetivo. A palavra *ius* servia para

---

9. CHIOVENDA, *Instituições, cit.*, vol. I, p. 192 e segs..

10. MOACIR AMARAL SANTOS, *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. I, p. 24 e seg..

designar o direito subjetivo e o direito objetivo em conjunto, mas não a palavra *iura*. A *quaestio iuris* podia equiparar-se à *quaestio facti*, quando era duvidosa<sup>11</sup>.

8. Os princípios gerais de direito romano, acima enunciados, foram desenvolvidos pelos autores, especialmente, BULGARO, DAMASO, PIACENTINO, BARTOLO e BALDO, merecendo a atenção dos glosadores. BULGARO dizia: “Actor ut vincat, intendat actionem, intentionem probet”<sup>12</sup>. DAMASO trata com mais desenvolvimento, abrangendo em sua análise também o problema das negativas: “Ideo videndum est de probationibus, quis probare debeat, cui probandum sit et quot sint species probationum, quae ceteris praeferatur. Et quidem actori incumbit probatio, unde dicit decretalis, quod, actore non probante, reus, et si nil praestiterit, absolvendus est... Reus autem negativam probare non tenetur, quia negantis factum per rerum naturam nulla est probatio”<sup>13</sup>

Com algumas retificações derivadas do estado daqueles tempos e das condições peculiares da sociedade medieval, mantiveram-se fiéis os princípios oriundos do direito romano<sup>14</sup>.

9. Essas regras passaram para o antigo direito português que, do ponto de vista legislativo, é pobre de disposições a respeito. Os títulos mais importantes do Livro III do Código Filipino são o n.º 25, 52 e 53, n.º 10; os dois primeiros contém preceitos gerais sobre a prova, que deve ser feita pelo autor e pelo réu; o último limita o aforisma latino *negativa non sunt probanda*, declarando que não é verdadeiro, porque as chamadas *negativas* bem podem ser

---

11. CALAMANDREI, *Studi sul Processo Civile*, vol. I, p. 80.

12. BULGARO, *Summa de Iudiciis*, p. 9.

13. DAMASO, *Summa de Ordine Judiciario*, tit. 56.

14. ver GIANTURCO, em GLÜCK, *Commentario, cit. lib. 22*, p. 367 e seg.; LESSONA, *Trattato delle Prove*, 3.ª ed., vol. I, p. 167 e segs.; MICHELI, *La Carga de la Prueba, cit.*, p. 29 e segs.; AUGENTI, *op. cit.*, p. 35 e segs..

provadas, se coarctadas a certo tempo e lugar e bem assim quando ela se resolve em afirmativa<sup>15</sup>.

A doutrina, porém, foi rica de informações e, fundada nas lições do direito intermédio, difundida por tôda a Europa, sagrou os princípios derivados do direito romano<sup>16</sup>.

10. O direito brasileiro, nos primeiros tempos, não se afasta do direito português. O Regulamento n.º 737 não contém disposições explícitas sôbre o ônus da prova; os Códigos de Processo Civil dos Estados, no entanto, foram mais minuciosos, prescrevendo de modo geral que compete a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer<sup>17</sup>.

O Código de Processo Civil nacional regula amplamente a matéria nos artigos 209 e segs..

### III. Legislação comparada.

11. A análise do direito estrangeiro se limita aos Códigos de Processo mais importantes e, de modo particular, de publicação mais recente.

O Código de Processo Civil alemão<sup>18</sup> não contém norma expressa sôbre a repartição do ônus da prova, mas fixa com clareza os limites da atividade do juiz na colheita do material de fato. É da máxima importância o § 286, que permite decidir livremente se um dado fato pode ser ou não havido por verdadeiro. Pelo § 331, se o réu não com-

---

15. Ver MOACIR AMARAL SANTOS, *Da Prova Judiciária*, vol. I, p. 165 e segs.;

16. NEVES E CASTRO, *Teoria das Provas*, p. 36 e segs.; PEREIRA E SOUSA, *Primeiras Linhas*, §§ 196 e segs.; ALMEIDA E SOUSA, *Segundas Linhas*, nota 414 e segs..

17. Cf. *Cod. Proc. Civ.* do Estado de São Paulo, art. 262; Dist. Fed., art. 182; Pernambuco, art. 245; Bahia, art. 126; Rio de Janeiro, art. 1.226; Minas Gerais, art. 255; Santa Catarina, art. 686.

18. ROSENBERG, *Lehrbuch*, 8.<sup>a</sup> ed., p. 557.

parece à audiência para a discussão oral, os fatos deduzidos oralmente pelo autor devem considerar-se como admitidos, bem como os fatos não expressamente contestados (§ 138) e os aceitos pelas partes na discussão (§ 288).

O Código de Processo Civil austríaco não disciplina o instituto, podendo lembrar-se o § 266, segundo o qual os fatos afirmados por uma parte não precisam ser provados, desde que o adversário concordou com êles<sup>19</sup>.

O Código Civil suíço prescreve, no art. 8.º, que, quando a lei não dispõe de outro modo, a existência de um dado de fato afirmado deve ser provado por aquela das partes que deduz um direito. O direito cantonal se inspirou em grande parte nessa regra inserta no Código Civil<sup>20</sup>.

Em França, apesar da recente reforma do Código de Processo Civil, que amplia os poderes do juiz<sup>21</sup>, parece que o dispositivo que regula a repartição do ônus da prova é ainda o art. 1.315, que assim está redigido: “Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.”

O Código Civil Italiano, à semelhança do francês, consigna regra especial sôbre o ônus da prova: “Art. 2.697. Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda”<sup>22</sup>.

---

19. WOLF, *Grundriss*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 295.

20. Sôbre as regras de ônus da prova no direito cantonal, ver HEUSLER, *Der Zivilprozess der Schweiz*, p. 123 e segs..

21. EMMANUEL BLANC, *La Nouvelle Procédure Civile*, p. 130 e segs.. Ver ainda: SOLUS, *Rôle du Juge dans l'administration de la preuve*, em *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tómo V, p. 128 e segs..

22. Cf. PAOLO D'ONOFRIO, *Codice Civile*, libro della Tutela Dei Diritti, diretto da Mariano D'Amelio, p. 364 e segs..

O Código de Processo Civil português disciplina a matéria nos artigos 519 e 520. Declara o primeiro que “incumbe ao autor fazer a prova dos fatos, positivos ou negativos, que servem de fundamento à ação; incumbe ao réu fazer a prova dos fatos, positivos ou negativos, que servem de fundamento à exceção § único. O Tribunal deve tomar em consideração tôdas as provas produzidas, emanem ou não da parte que devia produzi-las nos têrmos dêste artigo, sem prejuízo porém das disposições que declarem irrelevantes a alegação de um fato quando não seja feita por certo interessado”. E o segundo dispositivo, que completa o primeiro, reza: “A dúvida sôbre a verdade de um fato e sôbre a repartição do ônus da prova resolver-se-á contra a parte a quem o fato aproveita”<sup>23</sup>.

O Código Canônico também regula o ônus da prova. No cânone 1.748 preceitua: “Onus probandi incumbit ei qui asserit. Actore non probante, reus absolvitur”<sup>24</sup>.

#### IV Doutrina geral do ônus da prova.

12. Para entrar no estudo da doutrina geral do ônus da prova, convém primeiro estabelecer uma distinção de caráter terminológico, explicando por que se diz *ônus* e não *obrigação* de provar; ou em outras palavras, se êsses dois conceitos se distinguem tendo cada qual uma função própria.

Um dos grandes méritos de CARNELUTTI foi o de estabelecer a distinção entre ônus e obrigação. Obrigação é o lado passivo, a que corresponde do lado ativo um direito subjetivo. Pode dizer-se que o direito subjetivo é um in-

---

23. Para o direito português, ver: JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, vol. III, p. 266 e segs..

24. Ver FERNANDO DELLA ROCCA, *Istituzioni di Diritto Processuale Canonico*, Torino, 1946, p. 206; EICHMANN, *El Derecho Procesal según el Código de Derecho Canónico*, p. 182 e segs..

terêsse protegido mediante um poder da vontade ou um poder da vontade concedido para a tutela de um interêsse. Obtêm-se a noção de obrigação, invertendo simplesmente a de direito subjetivo. É a obrigação um interêsse subordinado mediante um vínculo da vontade; ou, em outros têrmos, um vínculo da vontade impôsto pela subordinação de um interêsse<sup>25</sup>.

A sujeição e correlativamente o poder, prossegue CARNELLUTTI, são o contrário da liberdade. A liberdade termina onde começa não tanto a obrigação quanto a sujeição. A liberdade indica o campo em que a pessoa não está sujeita ao querer alheio; mais exatamente exprime a indiferença recíproca de duas ou mais pessoas no sentido de que nenhuma delas influi sôbre a outra. O direito limita a liberdade, mas não a suprime; justamente por isso a garante. A possibilidade de agir no campo da liberdade se chama faculdade. Neste sentido, faculdade é antítese de obrigação. O direito subjetivo é constituído pela liberdade em que se encontra o titular de um interêsse protegido. A liberdade jurídica é excluída pela sujeição, isto é, pela necessidade de obedecer ao comando, *não, ao contrário, pela necessidade de agir de um modo invés de outro para conseguir determinado interêsse*<sup>26</sup>.

13. Para CARNELUTTI, basta esta reflexão para se entender a distinção entre o conceito de obrigação e o de ônus. Falamos de ônus, quando o exercício de uma faculdade é pôsto como condição para obter certa vantagem. Por isso ônus é uma faculdade, cujo exercício é necessário para a consecução de um interêsse. Daí o parentesco entre os dois conceitos. Obrigação e ônus têm de comum o elemento *formal*, consistente no vínculo da vontade, mas diferem entre si quanto ao elemento substancial, porque o

---

25. FRANCESCO CARNELUTTI, *Diritto e Processo (Studi in onore di CHIOVENDA*, p. 230 e segs.).

26. FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, vol. I, p. 53 e segs..

vínculo é impôsto, quando há obrigação, para a tutela de um interesse alheio, enquanto, havendo ônus, a tutela é de um interesse próprio. Correlativa à idéia de *ônus* está, portanto, a idéia de *risco*, não a idéia de subordinação, ou sujeição<sup>27</sup>.

14. O instituto do ônus da prova é, no sentir de alguns mestres, uma parte da teoria da aplicação do direito, porque o juiz só pode declarar que o preceito jurídico produziu o seu efeito, quando se convence da existência das circunstâncias que constituem os seus pressupostos<sup>28</sup>. Quê significa aplicar uma norma ao caso concreto? Quando surge um litígio, a atividade do juiz não consiste em *concretizar* uma vontade *abstrata* da lei, mas em declarar que a vontade *abstrata* da lei já se concretizou no momento em que ocorreu a incerteza, ameaça ou lesão do direito. “A função desenvolvida no processo”, escreve CHIOVENDA, “consiste na atuação da vontade concreta da lei, relativamente a um bem da vida que o autor pretende garantido por ela. O objetivo dos órgãos jurisdicionais é afirmar e atuar aquela vontade da lei que êles estimam existente como vontade concreta, à vista dos fatos que consideram como existentes”<sup>29</sup>.

A atividade judicial opera assim em dois planos: um é o do exame da norma como vontade da lei (questão de direito) e outro dos fatos que transformaram em concreta a vontade da lei (questão de fato).

15. O estudo da primeira não é uma operação puramente acadêmica ou especulativa, mas sim o estabelecimento da *premissa maior* de um silogismo, tendo em conta a realização do efeito da norma legal. Na composição dêsse silogismo, observa ROSENBERG, o problema do ônus da prova reside na *premissa menor*, embora nem tôda

---

27. CARNELUTTI, *Sistema, cit.*, p. 55 e segs..

28. ROSENBERG, *Die Beweislast*, p. 11; PLOSZ, *Zwei Vorträge*, p. 24.

29. CHIOVENDA, *Instituições, cit.*, vol. I, p. 75.

premissa menor seja o domínio de aplicação das normas relativas ao ônus da prova. O que entra em cogitação é a verdade dos fatos da causa a ser decidida. Só quando haja incerteza sôbre a questão de fato é que o juiz necessita de uma indicação, que há de orientar o conteúdo da sentença. Não surge, pois, o problema do ônus da prova, quando são pacíficas as afirmações das partes relativas às questões de fato, ou quando o juiz se convence da verdade ou não das afirmações discutidas, seja porque essa convicção nasce da prova produzida, seja porque resulta do conjunto dos debates<sup>30</sup>. Pode dizer-se, pois, que há de suportar o ônus da prova aquêle a quem toca demonstrar os pressupostos do preceito jurídico aplicável.

16. Não nos parece suficiente, para explicar a repartição do ônus da prova, o dizer que foi instituída por uma *razão de oportunidade*<sup>31</sup>, ou por uma *regra de experiência*, fundada no interêsse à afirmação<sup>32</sup>.

O seu fundamento está, como demonstra WACH, em uma regra de equidade, que nasce da consideração que, litigando as partes e devendo conceder-se-lhe a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova. Do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito. Poderá o réu negar, mediante exceção, os pressupostos gerais dêsse estado<sup>33</sup>.

#### V. ônus subjetivo e ônus objetivo da prova.

17. Por largo tempo só se considerou o ônus da prova sob o aspecto *subjetivo*<sup>34</sup>, isto é, como a teoria das conse-

---

30. ROSENBERG, *Die Beweislast*, p. 6 e segs..

31. CHIOVENDA, *Instituições, cit.*, vol. II, p. 508.

32. CARNELUTTI, *Diritto e Processo*, p. 265.

33. ADOLF WACH, *Vorträge*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 210 e seg..

34. WETZELL, *System*, 3.<sup>a</sup> ed., p. 142.

qüências da prova frustrada<sup>35</sup>. As definições e explicações dos autores ressaltam que o ônus da prova consiste na necessidade de provar para vencer. Não é um direito, nem um dever, mas a imposição de ser diligente a fim de evitar prejuízos e danos<sup>36</sup>, isto é, para não sofrer o risco da demonstração falhada<sup>37</sup>. A indagação consistia em averiguar a qual das partes competia o encargo de produzir a prova, a fim de não correr o risco de perder a demanda, considerando a natureza do processo de tipo dispositivo que, confiando-lhes a realização da atividade instrutória, lhes atribuiu responsabilidade correspondente. De outro conceito não se havia pensado até os trabalhos de JULIUS GLASER, publicados em 1883, nos quais já aparece a distinção entre *onus formal* e *onus material* da prova, usada pelos tratadistas de direito processual penal<sup>38</sup>.

18. Coube, porém, aos processualistas civis austríacos o mérito de distinguir o ônus *subjetivo* do ônus *objetivo* da prova<sup>39</sup>. ROSENBERG, admitindo essa classificação, conceitua o ônus da prova como um problema de aplicação do direito, visto que só se pode aplicar uma norma, quando o enunciado hipotético abstratamente formulado pela lei se converteu em realidade concreta, o que não se dá se o magistrado, no pleito, não logrou formar plena convicção. Os inconvenientes dessa incerteza, suporta-os a parte, cujo êxito depende da aplicação do preceito. Daí o seguinte princípio que surge naturalmente: cada litigante sofre o ônus da prova acêrca da existência de todos os pressupostos (ainda os negativos) das normas, sem cuja aplicação não vinga a pretensão, isto é, pressupostos das normas que lhe são favoráveis. Por isso é irrelevante perquirir que

---

35. LEONHARD, *Die Beweislast*, p. 128.

36. KISCH, *Deutsches Zivilprozessrecht*, II, p. 84; KLEINFELLER, *Lehrbuch*, p. 313; SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 437.

37. BETTI, *Diritto Processuale Civile*, p. 332.

38. JULIUS GLASER, *Handbuch*, I, p. 364.

39. POLLAK, *System*, II, p. 656; SPERL, *Lehrbuch*, p. 368 e segs.

fundamentos daqueles pressupostos ficaram duvidosos e também se as partes e o tribunal se preocuparam ou deveriam preocupar-se com esclarecê-los. Aliás, em um procedimento fundado sobre o princípio dispositivo precisa o magistrado de normas, quando há circunstância de fato incertas. E no direito processual, inspirado no princípio dispositivo, não interessa que justamente a parte que arca com o ônus tenha produzido a prova, porque o magistrado deve tomar em consideração toda a matéria dos debates; assim o estabelecimento das bases para formar a convicção judicial não é tarefa exclusiva da parte a quem incumbe o ônus da prova; *o que interessa é somente o demonstrado, não quem o demonstrou*. Este aspecto do ônus da prova, que prescinde qualquer atividade das partes para a afirmação dos fatos controvertidos e para o qual só é relevante a existência da dúvida, é designado pela expressão *ônus objetivo da prova*, ou (menos acertadamente) *ônus material da prova*. Tratando-se das partes, fala-se de *ônus de direção da prova*, ou *ônus subjetivo* e (menos acertadamente) *ônus formal*<sup>40</sup>.

19. Pela exposição que acaba de ser feita, bem se vê que o problema do ônus da prova tem duas faces: uma voltada para os litigantes, indagando-se qual delas há de suportar o risco da prova frustrada; é o aspecto *subjetivo*; e outra, voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento. É o aspecto *objetivo*. O primeiro opera geralmente na ordem privada; o segundo, porém, é princípio de direito público, intimamente vinculado à função jurisdicional. O primeiro constitui uma *sanção* à inércia, ou à atividade infrutuosa da parte; o segundo, ao contrário, é um imperativo da ordem jurídica, que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto de serem incertos os fatos, porque não provados cumpridamente.

---

40. ROSENBERG, *Lehrbuch*, p. 555.

Justamente por se tratar de uma regra valorativa de julgamento, a oportunidade em que deve ser aplicada é a da prolação da sentença, concluindo o processo. O juiz não deve entrar no seu exame na pendência da causa, nem advertir as partes das incertezas da prova, nem, finalmente, do encargo que toca a cada qual; tão só depois de produzidas ou não as provas e de examinadas tôdas as circunstâncias de fato é que o juiz recebe da lei o critério que há de plasmar o conteúdo de sua decisão<sup>41</sup>.

20. WACH assinalou que a questão do ônus da prova não se apresenta já de forma geral, nem se resolve em decisão interlocutória. Não tem o juiz a missão de instruir as partes sôbre que fatos, essenciais e discutíveis, hão de produzir prova, nem a qual delas cabe o ônus; mas sim verificar que fatos não foram provados, para saber a quem prejudica a incerteza<sup>42</sup>. Mas, diante do fato incerto, qual o conteúdo da sentença, que o juiz pode proferir? Sustenta SARRACENO que o juiz não descumpre o seu dever funcional, pondo têrmo a um feito com um *non liquet*<sup>43</sup>. A doutrina exposta por êste autor julga razoável que o juiz, encontrando-se diante de uma situação de incerteza, não se convencendo da veracidade dos fatos discutidos, profira uma decisão conforme ao estado da causa, isto é, uma decisão de caráter dubitativo, sem, contudo, trancar a possibilidade de, com melhor prova, julgar a demanda.

Todavia, a idéia de que o juiz, em tal conjuntura, possa proferir uma decisão *dubitativa*, ou com *reserva*, subordinando outro julgamento à realização posterior de atividade instrutória, não é tolerável no direito público con-

---

41. ROSENBERG, *Die Beweislast*, p. 3; WACH, *Vorträge*, p. 211; SCHONKE, *Lehrbuch*, p. 229; LIEBMAN, *Manuale*, II, 1, p. 89.

42. WACH, *Vorträge*, p. 211 e segs..

43. SARRACENO, *La Decisione sul Fatto Incerto nel Processo Penale*, p. 15 e segs..

temporâneo, embora conhecida e sancionada no antigo direito alemão<sup>44</sup>. É que a atividade jurisdicional há de ser prestada uma vez, não sendo lícito ao juiz declarar que, à míngua de prova que conduz à certeza, se abstenha de julgar o mérito, porque em tal caso não estaria cumprida a sua missão.

Exatamente por ser incerto o estado de fato é que a ordem jurídica positiva confere ao juiz uma regra, que serve de critério no julgamento, dando-lhe o conteúdo da sentença. É claro que a adoção dessa regra de julgamento levou uma parte da doutrina a sustentar que, diante do juiz, as afirmações de fato, ou são verdadeiras, ou falsas, não sendo admissível uma terceira categoria de fatos *dubiosos*. Donde deve ter-se por falsa a afirmação de cuja veracidade não está convencido o juiz<sup>45</sup>. Contestando a legitimidade dessa construção, mostraram ROSENBERG e outros autores que inegavelmente o juiz não pode recusar-se a decidir, porque a situação de fato não está suficientemente esclarecida. Há de julgar sempre ainda que não haja comprovação positiva da verdade, ou falsidade da afirmação discutida. Um *non liquet* na questão de fato está longe de ser um *non liquet* na questão de direito. A função das normas sobre ônus da prova consiste precisamente em evitar a confusão entre os dois modos de encarar o *non liquet*<sup>46</sup>.

A finalidade do processo é a atuação do direito, considerando os fatos tais como ficaram provados ou presupostos. O equívoco em que laboraram os autores acima citados está em admitir que o objetivo do processo seja a procura da verdade material. Mas, como ensinou WACH, a verdade material não é o fim do processo, mas apenas o resultado causal<sup>47</sup>.

---

44. MICHELI, *La Carga de la Prueba*, p. 12.

45. VON BAR, *Recht u. Beweis*, p. 5 e segs. e outros autores citados por ROSENBERG, *op. cit.* p. 14.

46. ROSENBERG, *Beweislast*, p. 15.

47. WACH, *Vorträge*, p. 214.

## VI. Teorias modernas sôbre o ônus da prova.

21. Várias teorias antigas e modernas procuram explicar a natureza jurídica do ônus probandi. Elas podem agrupar-se em duas classes: as teorias de inspiração civilística e as teorias processualísticas. As primeiras, elaboradas ao longo do século passado, por WEBER, BETHMANN-HOLLWEG, FITTING e outros podem considerar-se inteiramente superadas pela ciência contemporânea. Uma exposição destas teorias encontra-se na edição italiana de GLÜCK, no volume XXII<sup>48</sup>, na tese de concurso do prof. SOARES DE FARIA<sup>49</sup> e na *Prova Judiciária* do prof. MOACIR AMARAL SANTOS<sup>50</sup>. As teorias modernas são de CHIOVENDA, CARNELUTTI, BETTI, ROSENBERG e MICHELI. Na impossibilidade material de reproduzir tôdas as teorias, limitâmo-nos às modernas, dada a sua importância e conexão com o sistema legal brasileiro<sup>51</sup>.

22. CHIOVENDA observa que é difícil formular um princípio geral que dê, em todos os casos, a solução do problema da repartição do ônus da prova, acrescentando que, seja qual fôr o princípio adotado, é também difícil justificá-lo em termos plenamente satisfatórios.

A teoria do ônus da prova relaciona-se estreitamente com a conservação do princípio dispositivo no processo pelo que respeita à verificação dos fatos. Num sistema que admitisse a pesquisa de ofício da veracidade dos fatos,

---

48. GIANTURCO, nota à obra de GLUCK, *Commentário alle Pandette*, vol. XXII, p. 366 e segs..

49. SEBASTIÃO SOARES DE FARIA, *Principais Teorias relativas ao "Onus Probandi"*, São Paulo, 1936, p. 37 e segs..

50. MOACIR AMARAL SANTOS, *Prova Judiciária* (obra fundamental), vol. I, p. 93 e segs..

51. As variações acêrca do ônus da prova deram lugar à formulação de conceitos de rara beleza. Haja vista, por exemplo, a lição de SENTIS MELENDO, para quem tal ônus é o preço da liberdade (*Teoria y Prática del Proceso*, vol. III, p. 110).

não teria significação a repartição do ônus da prova. Ora, acontece justamente que, de par com a tendência contrária ao princípio dispositivo na verificação dos fatos, se manifesta uma tendência contrária à distribuição do ônus da prova na doutrina e até nas obras legislativas mais recentes.

Assim, por exemplo, KOHLER, *Civilprocess*, § 55, reputa tôda a doutrina da prova como própria de um passado já superado, como uma derivação do sistema legal; e sustenta que, às considerações de equidade aproximativa, que inspiram as normas gerais sôbre o ônus da prova, devem substituir-se considerações precisas de equidade, por obra do juiz. O Código Suíço informa-se nesse princípio da liberdade. Partindo da distinção entre fatos constitutivos e extintivos, escreve que quem reclama uma obrigação tem de prová-la e quem pretende libertar-se dela, deve, por seu lado, provar o pagamento, ou o fato que produziu a extinção da obrigação.

Sem embargo, nem tôda prova, que se torne necessária no processo para formar a convicção do juiz, é atribuída ao autor. Quando o réu não se limita a negar o direito do autor, mas afirma que o direito desapareceu, toca-lhe provar o fato extintivo e outro tanto ocorre quanto aos fatos impeditivos.

Esclarece CHIOVENDA que da fórmula romana *incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, resultou a afirmação, definida no direito intermédio, de que *negativa non sunt probanda*. Semelhante princípio repudiou-o a doutrina moderna com todo acêrto. De ordinário, tôda afirmação é ao mesmo tempo uma negação, porque, quando se atribui a uma coisa um predicado, se lhe negam todos os predicados *contrários* ou *diversos*.

Por outro lado, a fórmula *negativa non sunt probanda* é contraditada em muitos casos, em que o fundamento da demanda do autor, cuja prova a êste cabem, representa um fato negativo. Assim que, na *condictio indebiti* (Cód. Civ. bras., art. 964), deve provar-se que aquilo que se negou não é devido. Na ação de indenização por omissão

culposa, deve-se provar que não foi feito pelo réu aquilo que lhe cumpria fazer. Na ação de prescrição de servidão, deve provar-se o não uso (Cód. Civ. bras., art. 710). Acontece o mesmo nas ações declaratórias negativas.

Freqüentemente, no caso concreto, sente-se a oportunidade de atribuir o ônus da prova a uma das partes, enquanto seria difícil formular uma regra geral para fazê-lo. Não é possível dizer *a priori* que a repartição da prova seja rigorosamente justa e lógica. *É uma razão de oportunidade que leva a repartir o ônus da prova. Mas há mais, para fazê-lo, um princípio de justiça distributiva, o da igualdade das partes.* E como, prevalecendo o processo dispositivo, às partes incumbe, em regra, a tarefa de preparar o material de cognição, de alegar e provar ao juiz aquilo que pretendem, daí resulta que a distribuição do ônus é feita de modo que deixe a cada uma das partes fazer valer os fatos que ela quer sejam considerados pelo juiz, ou em outros termos, *que tem interesse em que sejam por ele considerados como verdadeiros.* E conclui CHIOVENDA que o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede que estes produzam o seu efeito natural.

Como se vê, a fórmula empregada por CHIOVENDA se funda no *interesse em provar e se inspira num critério de mera oportunidade*<sup>52</sup>.

23. CARNELUTTI e BETTI observam que o critério do *interesse* para justificar a repartição do ônus não é idôneo para resolver o problema. É, ao contrário, um critério equívoco. O interesse na prova tem caráter *bilateral* e corresponde à estrutura dialética do processo. Alegando um fato, ambas as partes têm interesse em direções opostas.

---

52. CHIOVENDA, *Instituições*, vol. II, p. 503 e segs..

Se o autor tem interêsse em fazer a prova da sua existência, o réu tem interêsse em fazer a prova da sua inexistência.

CARNELUTTI parte da distinção entre interêsse na afirmação e interêsse na prova. O *interêsse na afirmação é unilateral*, no sentido que cada uma das partes tem interêsse em afirmar só os fatos que constituem a base de sua pretensão ou de sua exceção; o *interêsse na prova é bilateral*, no sentido que, uma vez afirmado um fato, cada uma das partes tem interêsse em subministrar a seu respeito a prova. Dêste duplo interêsse em antítese, a experiência do processo oferece exemplo no *concurso da prova e da contraprova*, freqüentissimo em matéria testemunhal e indiciária; enquanto o autor faz a prova que o contrato foi concluído, o réu procura provar que não; enquanto o réu oferece a prova que pagou, o autor oferece a prova que não pagou e assim por diante.

O critério que a lei italiana adota para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação, está no *interêsse da própria afirmação*. Toca o ônus da prova a quem tem interêsse em afirmar; portanto, quem ajuíza a pretensão tem ônus de provar os fatos constitutivos e quem oferece a exceção, tem ônus de provar os fatos extintivos, ou as condições impeditivas ou modificativas. Êste é um critério que se harmoniza com o conteúdo da lide, porque se funda sôbre a diferença entre *defesa e exceção*; é também um critério sugerido por uma regra de experiência, porque quase sempre aquêle, a favor de quem um fato constitui a base de uma pretensão ou exceção, procura premunir-se dos meios necessários para demonstrá-lo. Assim, quem dá dinheiro a título de mútuo, não deixa de documentar o empréstimo, ou pelo menos de testemunhar êsse fato.

O instituto do ônus da prova se resolve, portanto, em duas proposições: a) na proibição ao juiz de procurar por si a prova, que não seja subministrada pelas partes; b)

na distribuição entre elas do risco da prova frustrada, ou, em outras palavras, da incerteza dos fatos<sup>53</sup>.

24. Segundo BETTI, para se poder sancionar, a cargo das partes, a falta de prova, como conseqüência de sua *inércia ou de atividade instrutória infrutuosa*, é preciso tomar por base um critério diverso do do interesse na prova. CARNELUTTI procurou encontrar tal critério no interesse da afirmação de cuja prova se cuida; mas a proposição enunciada nesses termos é equívoca. É certo que o réu tem interesse em demonstrar a inexistência dos fatos afirmados pelo autor; mas enquanto este não provar os fatos que afirma, aquêle nada tem que provar, não estando sujeito, portanto, a nenhum risco. Assim, é necessário considerar não tanto o *interesse*, quanto o *ônus*. Sim, o ônus da afirmação e da prova.

Para chegar a um critério plenamente satisfatório, cumpre, pois, substituir o critério do *interesse* pelo do *ônus da afirmação*. A repartição do ônus da prova corre paralelamente com a repartição do ônus da afirmação (ou da contestação) e se inspira num critério de igualdade entre as partes, entendida no sentido das diferentes posições que assumem no processo. Como ao ônus do pedido corresponde o ônus da afirmação, assim também ao ônus da afirmação corresponde o ônus da prova.

Entre o ônus da afirmação e o ônus da prova há uma coordenação rigorosa, que só em relação aos fatos notórios desaparece. Dado o princípio da aquisição processual, que governa não só as produções, mas também as afirmações em juízo, a declaração de um fato favorável a uma parte não tem necessidade, normalmente, para ser levada em conta, de ser feita pela parte a quem beneficia<sup>54</sup>.

25. Discrepando das doutrinas acima expostas pensa MICHELI que os critérios de distribuição do ônus da prova,

---

53. CARNELUTTI, *Sistema*, I, p. 424 e segs..

54. BETTI, *Diritto Processuale Civile*, p. 333 e segs..

que derivam da diversa relevância dos fatos que constituem a hipótese legal, não são por si sós suficientes para explicar inteiramente o fenômeno. Até agora se tem considerado, relativamente à classificação dos fatos em constitutivos, modificativos, impeditivos e extintivos, uma diversa qualificação jurídica dos elementos relevantes da causa. Porém, para se ter uma perspectiva mais correta, cumpre ver como se manifesta o processo em concreto.

Já se assinalou, anteriormente, que a distribuição do ônus da prova parece estabelecida principalmente pela posição, ocupada pela própria parte, em relação ao efeito jurídico pedido; tal relação está determinada pelo direito material, enquanto disciplina a hipótese legal; e pelo direito processual, enquanto tem presente o perfil unilateral adotado por uma das partes no processo.

Esta colocação do problema permite chegar a resultados satisfatórios, seja por que dêste modo se distingue o que alude à valoração das provas, seja porque se dá o justo valor ao conteúdo da demanda judicial, isto é, à afirmação de uma relação ou estado jurídico, formulado pelas partes. Daí resulta a íntima correspondência entre o aspecto propriamente processual e o de direito material.

Reagindo, assim, contra as várias doutrinas que consideram abstratamente a relação jurídica, o que preocupa MICHELI é definir a *posição real das partes*, tendo em conta o efeito jurídico que elas pretendem alcançar. Vendo-a, pois, não em relação à lei considerada abstratamente, mas ao caso concreto, que está no processo, MICHELI conclui que a repartição do ônus da prova é definida pela posição da parte relativamente ao efeito jurídico que pretende conseguir<sup>55</sup>.

## VII. O regime legal brasileiro.

26. Chegados a êste ponto, resta-nos examinar agora o tratamento que o direito brasileiro deu ao instituto do

---

55. MICHELI, *La Carga de la Prueba*, p. 429 e segs..

ônus da prova. Profundamente influenciado pelas codificações européias e pelas lições da doutrina, o legislador nacional, que reformou o processo civil brasileiro em 1939, procurou consagrar os princípios, que disciplinam a distribuição do ônus da prova. Assim, o Código prescreveu no art. 209: “O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será, admitido como verdadeiro, se o contrário não resultar do conjunto das provas. § 1º. Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a êste incumbirá o ônus da prova. § 2º. Se o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro, que lhe obste aos efeitos, a êle cumprirá provar a alegação”.

Como resulta claramente dessa norma legal, aí estão os princípios que definem o *ônus subjetivo da prova*. O Código aceita a distinção entre fatos constitutivos, modificativos, impeditivos e extintivos, seguindo bem de perto a construção elaborada pela doutrina italiana. E distribui o ônus da prova entre as partes, em correspondência com o ônus de afirmação (art. 209, §§ 1.º e 2.º). O *caput* do artigo alude à admissão de fatos, pelo procurador, quando não contestados, desde que o contrário não resulte do conjunto das provas.

A regra geral, adotada pelo direito processual brasileiro, é que os fatos constitutivos devem ser provados pelo autor, não se atribuindo à revelia o efeito de dispensá-lo do ônus, salvo nos casos expressamente previstos no Código (arts. 350, 354, 380, 382, § único e 406, § 2.º), em relação aos quais a falta de contestação acarreta o acolhimento do pedido, desde que concorram os requisitos de admissibilidade da ação.

27 Mas teria o legislador regulado apenas e *ônus subjetivo* da prova, desprezando o outro aspecto do problema, ou seja, o *ônus objetivo*? A nosso ver, o legislador deu a êste respeito um passo fundamental. O art. 118 do Código preceitua: “Na apreciação da prova, o juiz formará

livremente o seu consentimento, *atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte*".

Parece-nos que, nessa regra legal foi sancionado o princípio do *ônus objetivo da prova*. Para decidir, o juiz tomará em consideração todos os fatos e circunstâncias constantes dos autos, sem indagar se as provas procedem de uma ou de outra parte; em outras palavras, sem verificar se a prova foi subministrada pela parte a quem tocava o ônus de sua produção, ou pela parte contrária. O essencial é saber se os fatos relevantes foram devidamente provados. Portanto, no momento de proferir a sentença, não há mais interesse em averiguar qual a parte, de que adveio *originariamente* a prova, mas sim o seu *resultado*<sup>56</sup>, isto é, se, dentro do processo, o material probatório permite ao juiz decidir conscienciosamente.

Esta orientação adotada pelo Código brasileiro está em perfeita harmonia com a evolução do direito processual civil contemporâneo, que substituiu o juiz *inerte* pelo juiz *ativo*, conferindo-lhe atividade instrutória, não para sanar as deficiências da prova que a parte deixou de produzir, mas para formar o seu convencimento, como órgão jurisdicional, a quem toca a direção do processo.

O Código de Processo Civil brasileiro tem, portanto, o mérito de haver contemplado o instituto do ônus da prova sob o seu duplo aspecto, *subjetivo e objetivo*, pondo-se em dia com as melhores conquistas do progresso científico moderno.

---

56. POLLAK, *System*, Vienna, 1931, p. 657.