

O ÔNUS COMO FIGURA PROCESSUAL^{1 2}

Michele Taruffo

Professor Titular da Universidade de Pávia, Itália.

Resumo: Este artigo representa o texto de uma palestra realizada em 2 de dezembro de 2011, nas proximidades da Faculdade de Direito da Universidade de Brescia (Itália), no âmbito de um encontro em memória de Giacomo Gavazzi.

Palavras-chave: Processo Civil. Ônus. Provas. Modificação.

Riassunto: Questo scritto rappresenta il testo di un intervento svolto il 2 dicembre 2011 presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Brescia, nell'ambito di un convegno in memoria di Giacomo Gavazzi.

Parole Chiave: Procedura Civile. Onere. Prove. Manipolazioni.

Sumário: 1. O ônus como figura processual; 2. Natureza privatista e publicista do ônus processual; 3. O ônus da prova; 4. A modificação dos ônus probatórios.

1.O ônus como figura processual

Quando em 1970 surgiu a primeira edição, *L'onere* de Giacomo Gavazzi,³ era a

¹ Tradução ao português do artigo publicado originalmente em italiano sob o título “*L'onere come figura processuale*” no livro *Teoria generale del diritto e filosofia analitica. Studi in ricordo di Giacomo Gavazzi* (Torino: G. Giappichelli editore, 2012), organizado pela gentil Professora Tecla Mazzaresse, da *Università di Brescia*. Para a tradução, autorizada por correio eletrônico pelo autor, foi utilizada a edição publicada na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè editore. Anno LXVI, n. 2. Giugno 2012. pp. 425-436.

² Esta tradução foi feita graças ao esforço voluntário dos seguintes colaboradores da Revista Eletrônica de Direito Processual: 1. Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues (primeira metade do 1º capítulo), 2. Odilon Romano Neto (segunda metade do 1º capítulo e a integralidade do 2º capítulo), 3. Mauricio Vasconcelos Galvão Filho (3º capítulo), 4. José Aurélio de Araújo (4º cap., 1ª parte), 5. Franklyn Roger Alves Silva (4º cap., 2ª parte), 6. Denise Maria Rodriguez Moraes (4º cap., 3ª parte), 7. Márcio Carvalho Faria (4º cap., parte final), e, por fim, 8. Guilherme Luis Quaresma Batista Santos (organização, acréscimo de textos legislativos estrangeiros e revisão final). A eles, o nosso agradecimento.

³ Conforme GAVAZZI, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*. Torino, 1970 (as citações referem-se a edição de 1985).

primeira obra monográfica que, no âmbito da teoria geral do direito, fora dedicada – mas não apenas na Itália – a esta situação subjetiva. Até hoje, e até onde vai meu conhecimento, a situação não mudou,⁴ motivo pelo qual a obra de Gavazzi continua a ser um ponto de referência essencial. Por sua parte, os processualistas têm sempre concentrado as suas atenções sobre o ônus da prova,⁵ talvez porque o artigo 2697 do Código Civil italiano⁶ (c.c.)⁷ seja a única norma de natureza processual, malgrado a sua inserção no código substancial, que traz no título – embora não no texto - o termo “ônus”.⁸ O único processualista que se ocupou do ônus como figura jurídica de caráter geral foi Carnelutti,⁹ mas a sua análise foi justamente criticada pelo próprio Gavazzi,¹⁰ e, de resto, é notório que o pensamento carneluttiano mais frágil é exatamente aquele que se manifesta nos escritos sobre teoria geral do direito.¹¹

Com isso, os processualistas, sobretudo aqueles com curiosidade teórica, perderam uma boa ocasião, transcurando a possibilidade de identificar no próprio ônus uma das situações subjetivas que possuem a maior relevância – e provavelmente uma relevância geral, não limitada ao âmbito probatório – no contexto do processo. Parece, de fato, digna de consideração a hipótese que a maior parte das situações subjetivas que dizem respeito às partes¹² (se não todas) são interpretáveis como ônus em função de sua estrutura, independentemente de como venham qualificadas – quando estão expressas –

⁴ Exceções isoladas são as vozes de SCOZZAFAVA, verbete *Onere. I. Onere (in generale): a) Nozione*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, p. 99 ss e de GELATO, verbete *Onere*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 62 ss.

⁵ Na literatura italiana, cfr., em particular, a clássica monografia de MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, reed. 1966, e também. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974; TARUFFO, verbete *Onere della prova*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 65 ss. E, por fim, cfr. COMOGLIO, *Le prove civili*, 3, Torino, 2010, p. 293 ss., também para ulteriores referências bibliográficas

⁶ Art. 2697. *Onere della prova*.

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.

⁷ Nota de Tradução (N.T.): o prof. Michele Taruffo, ao tratar de artigos do *Codice di Procedura Civile* italiano, ele não faz referência ou utiliza a sigla c.p.c. Já quanto aos artigos retirados do Código Civil, estes são geralmente referidos com c.c. ao final. Ao longo da tradução, todos os artigos serão transcritos no original em nota de rodapé para melhor compreensão pelo leitor.

⁸ O artigo 2698 fala de ônus da prova no título e no texto, mas é norma de relevância secundária em respeito ao artigo 2697.

⁹ Conforme CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3, Roma, 1951, p. 138 ss.

¹⁰ Conforme GAVAZZI, *op. cit.* p. 44 ss.

¹¹ Recorda GAVAZZI que a construção carneluttiana das situações jurídicas subjetivas foi objeto de numerosas críticas: v. *Id. Op. cit.*, p. 49, nota 21, também para referências bibliográficas.

¹² Não faço aqui referência às situações subjetivas que são dirigidas ao juiz, que *prima facie* me parecem definíveis como poder e como dever (ou obrigações) ao invés que como ônus.

pelas normas que as disciplinam.

Não é o caso de desenvolver-se aqui um exame analítico e completo destas situações, mas alguns exemplos poderão aclarar o sentido do que se está a afirmar. No momento em que o artigo 163¹³ prevê, no n. 4, que o autor alega os fatos “constitutivos das razões da demanda”, na realidade configura um ônus cuja satisfação é necessária para a proposição de um ato de citação válido. Quando o artigo 183¹⁴ indica os prazos nos quais devem ser efetuadas as deduções instrutórias, na realidade configura ônus que as partes devem satisfazer se quiserem que as suas provas venham a ser admitidas em juízo. O artigo 2697 c.c. prevê que o autor deve provar o fato constitutivo do direito que postula se não quiser sucumbir. Parece, portanto, possível compreender as situações subjetivas de modo que as partes venham a descobri-las como ônus que elas devem satisfazer com a modalidade que a lei prevê, se quiserem obter os efeitos aos quais os relacionados atos são pré-ordenados. Em regra, na verdade, quando a lei fala em termos de “dever” – como faz, por exemplo, no artigo 2697 –, na realidade se refere a ônus ao invés de deveres em sentido estrito. De outra parte, mesmo quando se fala de direitos se faz frequentemente referência a situações que, na realidade, têm a estrutura do ônus: por exemplo, o direito à tutela jurisdicional se realiza adimplindo o ônus de propor uma demanda (com base no artigo 99 c.p.c.),¹⁵ enquanto o direito à prova – que é

¹³ Art. 163. (*Contenuto della citazione*)

La domanda si propone mediante citazione a comparire a udienza fissa.

Il presidente del tribunale stabilisce al principio dell'anno giudiziario, con decreto approvato dal primo presidente della corte di appello, i giorni della settimana e le ore delle udienze destinate esclusivamente alla prima comparizione delle parti.

L'atto di citazione deve contenere:

(...)

4) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni;(...)

¹⁴ Art. 183. (*Prima comparizione delle parti e trattazione della causa*)

(...)Nell'udienza di trattazione (...) l'attore può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto. Può altresì chiedere di essere autorizzato a chiamare un terzo ai sensi degli articoli 106 e 269, terzo comma, se l'esigenza é sorta dalle difese del convenuto. Le parti possono precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate.

Se richiesto, il giudice concede alle parti i seguenti termini perentori:

1) un termine di ulteriori trenta giorni per il deposito di memorie limitate alle sole precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte;

2) un termine di ulteriori trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove, o modificate dall'altra parte, per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime e per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali;

3) un termine di ulteriori venti giorni per le sole indicazioni di prova contraria.

¹⁵ Art. 99.(*Principio della domanda*)

Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente.

comumente associado às garantias previstas pelo artigo 24 da Constituição¹⁶ – encontra na regra do ônus da prova uma consequência direta em termos de decisão final sobre os fatos.

O discurso não muda ao se avançar na análise e se considerar que o processo é interpretável como uma sequência ordenada e coordenada de situações, nas quais, de tempos em tempos, cada parte se encontra diante de uma escolha de caráter discricionário. A lei processual diz, em suma, à parte: se queres obter o resultado *x*, deves cumprir o ato *a* com a modalidade *m*; se, ao contrário, queres obter o resultado *y*, deves cumprir o ato *b* com a modalidade *n*; se queres obter o resultado *z*, deves cumprir o ato *c* com a modalidade *o*. Obviamente, se o ato *a* não é cumprido com a modalidade *m*, o resultado *x* não é alcançado, e assim também o resultado *y* não é obtido se o ato *b* não é cumprido com a modalidade *n*, e o resultado *z* não é alcançado se o ato *c* não é cumprido com a modalidade *o*.¹⁷

O falho cumprimento dos vários ônus é sancionado com consequências diversas, conforme o caso. Por vezes, se prevê que o ato seja nulo (como no caso da citação desprovida da alegação do fato constitutivo, com base no artigo 164, alínea 4^a),¹⁸ outras vezes se verifica uma preclusão (como a que atinge as deduções instrutórias tardias), e outras vezes ainda se determina a sucumbência (como no caso da ausência de prova do fato constitutivo alegado pelo autor).

Em um contexto deste gênero, a “liberdade” de que fala Gavazzi se traduz na “discricionariedade regulada” que a lei processual atribui a cada uma das partes nas diversas situações nas quais elas venham a se encontrar no curso do processo. Por sua vez, o desenvolvimento concreto do processo é determinado pelas escolhas que, de vez

¹⁶ Art. 24. Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.

La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.

¹⁷ Emerge, portanto, com suficiente clareza a analogia entre o ônus e a regra técnica, que já havia sido advertida por GAVAZZI, *op. cit.*, pp. 29 ss., 33 ss. Sobre as regras técnicas, v. a ampla análise de GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Pisa, 2008, *passim*.

¹⁸ Art. 164. (Nullità della citazione)

(...) La costituzione del convenuto sana i vizi della citazione e restano salvi gli effetti sostanziali e processuali di cui al secondo comma; tuttavia, se il convenuto deduce l'inosservanza dei termini a comparire o la mancanza dell'avvertimento previsto dal numero 7) dell'articolo 163, il giudice fissa una nuova udienza nel rispetto dei termini.

La citazione è altresì nulla se è omesso o risulta assolutamente incerto il requisito stabilito nel numero 3) dell'articolo 163 ovvero se manca l'esposizione dei fatti di cui al numero 4) dello stesso articolo.

em quando, as partes realizam no âmbito dessas situações de discricionariedade regulada, cumprindo ou não cumprindo os ônus que a elas pertencem.

1. Natureza privatista e publicista do ônus processual

Ao criticar a teoria de Carnelutti, Gavazzi coloca em evidência como ela se inspira em uma visão estritamente privatista e individualista do ônus.¹⁹ Não causa espanto que tal ocorra no âmbito da teoria carneluttiana, onde a análise integral do fenômeno processual se funda – como é notório – sobre o conceito de “lide”, compreendida exatamente como competição entre interesses individuais.²⁰ Gavazzi é, todavia, exato quando diz que o ônus pode ser orientado também à realização de interesses públicos e desta forma não pode se exaurir em um “fenômeno típico de auto-regulação de interesses privados e, além do mais, internos a um determinado sujeito”.²¹

O que Gavazzi diz em linha geral pode ser verificado sem dificuldade também no contexto do processo. Ao se prestar atenção à imagem que fora evocada pouco antes, a de um processo interpretável como uma sequência de situações subjetivas em larga medida reconduzíveis à estrutura do ônus, observa-se facilmente que a disciplina destas situações é referida às várias posições que as partes assumem no curso do procedimento, mas não é configurada com o propósito exclusivo de consentir às partes a realização dos seus interesses individuais. A menos que se queira permanecer no interior de uma concepção rigorosamente privatista do processo civil, o fator que se deve levar em consideração é que a inteira disciplina do processo tem caráter publicístico e é destinada – pelo menos na sua *ratio* fundamental, e com as modalidades previstas pelas várias leis processuais – a realizar o fim público da administração da justiça civil. Tal fim pode ser realizado de maneira mais ou menos completa e mais ou menos eficaz conforme o caso, mas parece evidente que ele não consiste somente na resolução do conflito entre interesses individuais privados, mas inclui, sobretudo, a resolução das controvérsias com as modalidades disciplinadas pela lei (e também pelas garantias constitucionais) e

¹⁹ Cfr. GAVAZZI, *op. cit.*, p. 53 ss.

²⁰ Sobre esse assunto, é ainda ilustrativa a análise desenvolvida por CALAMANDREI no ensaio *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Id., Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 200 ss.

²¹ Cfr. GAVAZZI, *op. cit.*, p. 55.

com decisões justas fundadas sobre a correta aplicação das normas ao caso concreto.²²

2. O ônus da prova

Uma confirmação de tudo o que se está dizendo pode ser obtida de uma consideração relativa à natureza e à função do ônus da prova. Não há dúvida, como já se mencionou, que a regra expressa no art. 2697 c.c. seja endereçada às partes, segundo a lógica típica do ônus probatório pela qual o legislador diz a elas “se queres vencer a causa, deves provar o fato sobre o qual se fundamenta a tua demanda ou exceção”, assim determinando quais devem ser os comportamentos da parte que tem interesse em não tornar-se sucumbente. Mas parece igualmente claro que, assim fazendo, o legislador aproveita – por assim dizer – os interesses das partes para dirigir o processo com vistas à obtenção de uma finalidade de relevância geral,²³ representada pela possibilidade que a decisão final se fundamente sobre a apuração, decorrente das provas, da verdade dos fatos relevantes. Neste sentido, pode-se, assim, falar de uma função *lato sensu* epistêmica da regra do ônus da prova: se as partes fizerem o que ela prevê, será apurada a verdade dos fatos²⁴ e o processo se concluirá com uma decisão justa enquanto fundada sobre a correta aplicação da norma que rege o caso. E, assim, alcança-se ao fim - não somente privado e individual - que é visado, a princípio, pela administração da justiça.

Uma função publicística da regra sobre o ônus da prova pode, de outra forma, ser revista também no caso em que a hipótese ideal não se verifique, seja quando falta ou não é suficiente a prova do fato sobre o qual – por exemplo – se fundava a demanda do autor.²⁵ Esta é a situação em que dita regra funciona de modo específico como *regra de juízo*, determinando a sucumbência da parte que não cumpriu o seu ônus probatório.²⁶ Como é notório, esta regra se aplica em todos os ordenamentos modernos, a fim de assegurar que o juiz não possa se limitar a um *non liquet* que seja incompatível com a necessidade que a justiça seja feita e que constituiria uma denegação de justiça. Por este escopo – mais uma vez: de direito público (*publicistico*), não privatístico –,

²² Sobre esse assunto, v. mais amplamente as argumentações desenvolvidas em TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, p. 107 e ss.

²³ Em sentido análogo cfr. GAVAZZI, *op. cit.*, p. 68.

²⁴ Sobre esse assunto, v. mais amplamente TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 228.

²⁵ Nesta eventualidade, v. mais amplamente TARUFFO, *op. loc. cit.*

²⁶ Sobre ônus da prova como regra de juízo, v. em particular MICHELI, *op. cit.*, p. 213 ss.; TARUFFO, *Onere della prova*, cit., pp. 66, 73 s.; COMOGLIO, *op. cit.*, p. 310 ss.

ela prescreve ao juiz julgar de qualquer forma, dado que, em regra geral, *interest reipublicae ut sit finis litium*.²⁷

Além disso, a regra pela qual *onus probandi incumbit ei qui dicit* corresponde a um dos princípios fundamentais de exatidão da comunicação, em virtude do qual quem realize uma afirmação deve demonstrá-la, ou deve, de outro modo, estar pronto a demonstrá-la a qualquer momento que seja necessária, ou seja, requisitada.²⁸

3. A modificação dos ônus probatórios

Esta concepção, pela qual a regra fundamental sobre o ônus da prova tem uma função epistêmica e uma natureza acentuadamente publicista, e ainda corresponde a princípios gerais de boa-fé,²⁹ leva a formular algumas observações a propósito dos vários fenômenos que implicam *modificações* ou *manipulações* da regra, através das quais se objetiva a repartir os ônus probatórios entre as partes de maneira diversa daquela que a própria regra prevê.

Ocorre frequentemente que estas modificações vêm efetuadas pelo legislador, habitualmente com a previsão de presunções legais relativas, que precisamente - como é notório - têm o efeito de favorecer a parte que deveria provar o fato que a lei presume, e de fazer recair sobre a outra parte o ônus de provar o contrário.³⁰ Às vezes o legislador pretende, deste modo, facilitar a posição processual de um determinado sujeito; outras vezes, vem presumido um fato cuja prova resultaria muito difícil na prática; e ainda outras vezes, se atribui o ônus da prova (contrária) à parte que se achar hábil a disponibilidade do meio de prova ou que possa mais facilmente provar o fato contrário àquele presumido. Ainda ocorre, às vezes, que o legislador pretenda fazer de modo que a prova (direta ou contrária) de um fato seja obtida e, então, na sua intervenção, se possa

²⁷ A propósito, v. de forma genérica COMOGLIO, *op. cit.*, p. 263 ss.; MICHELI, *op. cit.*, pp. 12 ss., 177 ss.; TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*

²⁸ A este respeito, v. em particular GRICE, *Studies in the Ways of Words*, Cambridge, Mass.-London, 1989, p. 27.

²⁹ N.T.: A tradução de *correttezza* é correção, honestidade. A doutrina trata como “princípio geral de direito da correção e da boa fé” que pode estar relacionado ao direito material - como nos artigos 1175 e 1365 do c.c. italiano, que indicam a obrigatoriedade de conduzir-se com boa-fé nas relações creditícias, por exemplo - ou no direito processual, como vedação ao abuso na prática de atos processuais. Assim, traduzimos a expressão *principi generali di correttezza* usada no texto original como *princípios gerais de boa fé*. Sobre o tema, recomenda-se a leitura de COMOGLIO, Luigi Paolo. *Abuso del processo e garanzie costituzionali*. in *Rivista di Diritto Processuale*. Cedam: Milano. 2008. pp. 319-354.

³⁰ O fenômeno é notório e é assaz frequente. A propósito, e por referência específica, v. por todos COMOGLIO, *Le prove civili*. *Op. cit.*, p. 320 ss.

reconhecer também uma finalidade *lato sensu* epistêmica. Em todo o caso, as escolhas que o legislador faz prevendo alocações específicas dos ônus probatórios podem, às vezes, mostrar-se discutíveis, mas têm, ao menos, o mérito de serem predeterminadas: em outros termos, as partes conhecem *ex ante* como são distribuídos os ônus probatórios nas diversas situações e, portanto, podem, por conseguinte, organizar as estratégias processuais.

A mesma consideração não vale, por outro lado, quando é o juiz - não o legislador - a modificar a distribuição dos ônus probatórios entre as partes, afastando-se da regra geral do art. 2697 c.c. O fenômeno é bastante difuso em vários ordenamentos - no nosso, se fala em *presunzioni giurisprudenziali* (presunções jurisprudenciais), na Alemanha em *Anscheinsbeweis* (ou prova *prima facie*), nos ordenamentos latino-americanos, de *carga dinámica de la prueba* e de *ônus dinâmico da prova* - e é devido, o quanto aparenta, à tendência dos juízes de não aplicarem as regras normativas sobre a distribuição dos ônus probatórios e a auto-atribuir-se um amplo poder discricionário de estabelecer "quem deve provar e o quê" e, portanto, também quem sucumbirá por não ter provado aquilo que *segundo o juiz* (não segundo a lei) deveria provar. A propósito, e sem aprofundar o problema como mereceria,³¹ pode-se desenvolver algumas sintéticas observações críticas.

De um lado, se em um ordenamento existe regra geral, como o artigo 2697 c.c. na Itália ou o artigo 1315 do *code civil* francês, é, ao menos, duvidoso que o juiz possa tranquilamente deixar de aplicá-la adotando critérios diversos para estabelecer qual parte teria o ônus de provar qual fato. A mesma consideração vale para os ordenamentos, como o alemão, no qual não existe uma regra geral escrita, mas esta vem derivada por indução das numerosas normas específicas que disciplinam a alocação dos ônus da prova.

A dúvida adquire, pois, ulterior consistência caso se considere que, usualmente, o juiz modifica a distribuição dos ônus probatórios no momento em que se formula a decisão final. Deste modo, são violadas as mais elementares regras do contraditório, com base nas quais as partes deveriam conhecer *in anticipo* e em tempo útil os critérios

³¹ Sobre esse assunto, v. mais amplamente, e por referência, TARUFFO, *La semplice verità, cit.*, p. 227 ss.

aos quais deveriam ater-se na predisposição de suas iniciativas probatórias.³²

A argumentação à qual habitualmente se recorre para justificar essas praxes, segundo a qual o juiz tenderia a evitar o rigor excessivo que derivaria de uma aplicação rigorosa do art. 2.697,³³ não parece suficiente a justificar evidentes violações desta norma, tampouco a legitimar a violação da garantia fundamental do contraditório. São evidentes, por outro lado, os “sérios riscos de incerteza e de aleatoriedade”³⁴ que derivam da falta de critérios prestáveis e coerentes de valoração e é, pelo menos, duvidoso que tendências “judicialistas”³⁵ ou sensibilidades particulares à “justiça do caso concreto” justifiquem a inclinação dos juízes a não aplicar as regras que disciplinam os ônus probatórios. Vale, na verdade, a consideração que se vier a faltar a prova nos prazos e com as modalidades que estas normas preveem, a consequência não é que o juiz possa considerar-se livre para decidir o mérito como queira, eventualmente modificando os ônus probatórios. A consequência, ao contrário, não pode ser outra senão aquela prevista no art. 2.697, ou seja, a sucumbência da parte que deveria ter provado um determinado fato.³⁶

Por outro lado, pode-se observar que o juiz do *civil law* normalmente não dispõe do poder discricionário,³⁷ que compete, ao invés, ao juiz do *common law* no que diz respeito à distribuição dos ônus probatórios entre as partes. Considera-se, todavia, que o juiz americano dispõe deste poder a respeito do *burden of producing evidence*, que se aplica no curso do processo a fim de se estabelecer se ele pode prosseguir, mas não a

³² É duvidoso que a nova redação do art. 101 do c.p.c., que se refere somente a “questões reconhecíveis de ofício” para obrigar o juiz a respeitar a regra do contraditório, também seja adequada a resolver o problema, dado que a modificação dos ônus probatórios não parece constituir uma “questão” em sentido técnico. Para uma análise crítica da norma, v., por todos, GAMBÀ, *L'integrazione dell' art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio e la "scommessa aperta" dell'ordinamento processuale*, in *Il processo civile riformato*, coord. TARUFFO, Bologna, 2010, p. 65 ss.

³³ Neste sentido, v. em esp. COMOGLIO, *op. cit.* p. 323 s., o qual fala de “justiça distributiva” e de “parâmetros hermenêuticos essenciais”.

³⁴ Cfr. COMOGLIO, *op. cit.*, p. 323.

³⁵ N.T.: *giudizialismo* (judicialismo) é como se denomina, hoje, na Itália, movimentos anti-garantistas no âmbito do Poder Judiciário quando há abuso de poder por parte dos órgãos jurisdicionais.

³⁶ Isto não implica que se deva acolher a concepção do ônus da prova em sentido subjetivo, segundo a qual a regra relativa resguardaria a necessária proveniência da prova, posto que ela vem contraditada, seja pela presença dos poderes instrutórios do juiz, seja do denominado (*c.d.*) princípio da aquisição probatória (sobre este assunto, v. sobre o último COMOGLIO, *op. cit.* pp. 296, 310 ss. e, além disso, TARUFFO, *Onere della prova*, *cit.* p. 72). Todavia, o art. 2697 estabelece qual é a parte que deve suportar a consequência negativa da prova faltante dos fatos que alegou.

³⁷ Uma exceção limitada é encontrada no art. 217, n. 6 da *Ley de enjuiciamiento civil* espanhola, segundo a qual o juiz, ao aplicar os critérios gerais de repartição dos ônus probatórios previstos nas outras partes da norma (e, em particular, no n. 2, que corresponde ao nosso art. 2697 do c.c. italiano), tomará conta da *disponibilidad y facilidad probatoria* de cada uma das partes. Neste contexto, v. em particular, ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Carga de la prueba y sociedad del riesgo*, Madrid-Barcelona, 2004, p. 23 ss.

propósito do *burden of proof*, ou seja, do ônus que funciona como regra de julgamento final sobre os fatos.³⁸

De um ponto de vista diverso, pode-se observar em seguida que a modificação dos ônus por parte do juiz é assaz perigosa, porque, na realidade, acaba por determinar o êxito da controvérsia: estabelecendo em sede de decisão que uma partia havia – sempre segundo uma valoração discricionária do juiz – um ônus probatório não previsto em lei e aplicando a regra pela qual quem não prova, sucumbe, na realidade, o juiz decide - sempre discricionariamente - quem sucumbe e quem vence. Não justifica esta consequência a eventualidade que seja “próxima à prova” ou que a disponha a parte que, na realidade, não havia o ônus originário de provar aquele fato. Se, na verdade, o objetivo que se quer perseguir é aquele da aquisição da prova em juízo, a inversão do ônus da prova, além de ser substancialmente injusta, não é sequer necessária: seria, de fato, suficiente que o juiz ordenasse à parte que dispõe da prova produzi-la, eventualmente sancionando a falta de observância a tal ordem, sem, porém, intervir sobre a distribuição “final” do ônus da prova condicionando arbitrariamente o êxito final da controvérsia.

Por vezes, a modificação dos ônus probatórios vem justificada afirmando-se que não nos há nenhuma necessidade de se demonstrar aquilo que é normal, enquanto deveria ser provado um fato anormal,³⁹ mas essa argumentação não é completamente convincente. De um lado, deve-se tomar conta da ambiguidade semântica que caracteriza o conceito de “normalidade” (é normal aquilo que ocorre com maior frequência, interpretando os prazos de maneira descritiva, ou se faz também referência a uma implicação valorativa, pela qual aquilo que é normal é bom, enquanto é ruim aquilo que é anormal?). Ademais, não se negligencia a arbitrariedade ínsita no emprego da ideia de “normalidade”: com base em qual critério um fato é normal? Quem estabelecesse que ele é normal ou não o é?⁴⁰

De outro lado, é constatação óbvia aquela pela qual a narração de um fato que parece normal (qualquer coisa que seja dita) possa tranquilamente não ser verdadeira, pela razão banal que aquele fato pode não ser verificado. O cisne negro, ou seja, o

³⁸ A propósito cfr., também por referência, TARUFFO, *Onere della prova, cit.*, p. 73.

³⁹ V. uma observação sobre isso em COMOGLIO, *op. cit.*, p. 323.

⁴⁰ HACKING, *op. cit.*, p. 161, diz que a ideia de normalidade corresponde ao marco do século XIX, mas, a esse respeito, traz um discurso complexo que não pode ser aqui desenvolvido (e que Hacking desenvolve na página seguinte à qual se refere).

improvável, imprevisível (veja: o anormal) se verifica com frequência e falsifica claramente o critério da normalidade.⁴¹ Por conseguinte, porém, o critério da normalidade/anormalidade do fato que se trataria de provar parece um fundamento mais fraco ainda para uma modificação dos ônus de prova, por meio da qual haveria uma classe de *relevatio ab onere probandi* em favor da parte que tivesse o ônus de provar a verdade de um fato que parece normal, enquanto o equilíbrio dos ônus – e do correlativo risco de sucumbência – deveria pender em prejuízo da outra parte.

O discurso sobre o critério da normalidade poderia evocar alguma associação com o que tem sido dito por alguns filósofos, e, em particular, por Nicholas Rescher.⁴² Em síntese apertada, a tese de Rescher é que no raciocínio que visa o conhecimento prático é inevitável mover por *presunções* em torno de estados de coisas tão diversas, assumindo-as como premissas para escolhas e comportamentos sucessivos: elas são destinadas a ser mantidas até que não venham contraditadas ou substituídas por premissas melhores. Tratar-se-ia, ou seja, de assunções *plausíveis* enquanto correspondentes ao que se considera “*the usual, normal, customary course of things*”.⁴³ É provável – mas demandariam aprofundamentos a tal propósito que não são possíveis nessa sede – que o discurso de Rescher corresponda a uma praxe muito difundida e que é capaz de explicar vários aspectos do raciocínio prático. Isto que aqui se quer enfatizar, no entanto, é que, malgrado a semelhança entre este discurso e as argumentações daqueles que aprovam a inversão judicial do ônus da prova, a análise de Rescher não justifica essa orientação. E isto por várias razões. Antes de tudo, Rescher repete muitas vezes que a plausibilidade das premissas presuntivas não tem nada a ver com a sua verdade: trata-se, na verdade, de hipóteses operativas que não dizem nada acerca da realidade dos fatos às quais se referem.⁴⁴ Além disso, Rescher acena, por vezes, ao problema do *burden of proof*, mas não o aprofunda.⁴⁵ Em particular, não se põe e não resolve o problema de estabelecer por qual razão a assunção de uma premissa presuntiva exime o sujeito que se serve do ônus de provar que aquela premissa é

⁴¹ Sobre o assunto, cfr. TALEB, *The Black Swann. The Impact of the Higly Improbable*, New York, 2007, *passim*.

⁴² De RESCHER cfr., sobretudo, *Presumption and the Practices of Tentative Cognition*, Cambridge, 2006, mas também *Epistemology. An Introduction to the Theory of Knowledge*, New York, 2003, p. 81 ss.

⁴³ Cfr. RESCHER, *Epistemology, cit.*, p. 82; ID., *Presumption, cit.*, p. 10, mas afirmações análogas são repetidas diversas vezes em seus escritos.

⁴⁴ Cf. RESCHER, *Presumption, cit.*, p. 28 ss, 36 ss, 70 ss.; Id., *Epistemology, cit.*, pp. 82 ss.

⁴⁵ Cf. em particular RESCHER, *Presumption, cit.*, p. 13 ss.

verdadeira (ou que é a melhor entre as hipóteses possíveis) e recai, ao invés, sobre qualquer um outro o ônus de demonstrar que ela não é verdadeira (ou não é a melhor possibilidade), com o acréscimo de que se este não cumprir esse ônus, é destinado a sofrer consequências prejudiciais.

Em outros termos, parece claro que a teoria de Rescher não reflete aquilo que ocorre no contexto do processo e, sobretudo, não justifica as razões pelas quais o autor que alega um fato “normal” a título de premissa plausível seria, por isso mesmo, isentado do ônus de demonstrar que aquilo que diz é verdadeiro, enquanto tocaria ao réu o ônus de demonstrar que aquilo que o autor diz é falso, restando sucumbente se não tiver êxito nessa tarefa. Parece claro, de qualquer modo, que a situação extraprocessual da qual se ocupa Rescher é estruturalmente diversa da situação que se verifica no âmbito do processo. Na vida comum certamente um sujeito raciocina e toma decisões movido por premissas plausíveis e “normais”, que podem também ser falsas ou não serem as melhores possíveis. Até que essas premissas não venham a ser desmentidas pelos fatos, as consequências que delas advêm podem ser racionais e justificadas (mas não têm a ver com a verdade das premissas).

No processo, ao contrário, não é suficiente que quem afirma a verdade de um enunciado de fato, alegando-o como fundamento de uma demanda ou de uma exceção, o configure como “normal”, pois que, de acordo com a lei, ele também tem o ônus de demonstrar que aquilo que afirma é verdadeiro. *Onus probandi incumbit ei qui dicit* significa – veja – que a alegação de um fato não implica na demonstração da normalidade daquele fato, mas requer a demonstração probatória da verdade daquilo que foi alegado. De outra parte, para demonstrar a verdade de uma alegação não é certamente suficiente a falta de demonstração probatória da sua falsidade. Isso torna – na melhor das hipóteses – ineficaz a inversão do ônus da prova operada pelo juiz: atribuindo ao réu o ônus de fornecer a prova contrária do fato alegado pelo autor, e declarando o réu sucumbente se não cumpriu com este ônus, o juiz não chega certamente a estabelecer a veracidade daquele fato. Ao contrário, a situação permanece em um estado de incerteza cognitiva, cujas consequências negativas deveriam ser imputadas ao autor que não provou o fato constitutivo da demanda, e não ao réu que não conseguiu provar o contrário.