

VIII

ANOTAÇÕES SOBRE A NOÇÃO DE ÔNUS DA PROVA EM PONTES DE MIRANDA

Robson Renault Godinho

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil – PUC/SP. Promotor de Justiça/RJ.

RESUMO: O texto objetiva apresentar o conceito de ônus da prova por Pontes de Miranda.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to present the concept of burden of proof by Pontes de Miranda.

A vastidão, a profundidade e o estilo da obra de Pontes de Miranda provocam no leitor diversos e descontraídos sentimentos decorrentes da quase impossibilidade de leitura e de reflexão da integralidade de seus escritos. Ao mesmo tempo em que o estilo instiga, o entendimento é dificultado; se os escritos são fundamentais, a aridez e, comumente, fragmentada leitura das dezenas de volumes acenam para uma compreensão mutilada; enfim, a frustração de não se ler tudo, a sensação de se compreender pouco e, entretanto, a satisfação pelo que foi lido e, afinal, compreendido convivem e animam, de algum modo, os que têm contato com a monumental obra.

Na tentativa de evitar maiores percursos e, assim, amenizar as lacunas de conhecimento da obra de Pontes de Miranda, optei por tratar de um tema que dele não recebeu maior dedicação, mas que, mesmo nas poucas páginas que lhe são dedicadas, despertam variadas reflexões.

Este artigo, portanto, mira a vasta obra por uma espécie de escotilha doutrinária, exatamente por não haver indiferença em nada que se lê de Pontes de Miranda, embora os trabalhos dos processualistas, salvo raras exceções, teimem em ignorar seus textos, raramente citados ou estudados nos trabalhos acadêmicos.

Um dado específico que se revelou intrigante ao examinar o que Pontes de Miranda escreveu sobre ônus probatório não se situa exatamente em seu conteúdo, mas, sim, no que ele não disse. Realmente, é surpreendente o fato de que o jurista com que maior profundidade tratou do direito material e do direito processual não

tenha se aprofundado no estudo do ônus da prova, reconhecidamente um tema que toca profundamente as duas áreas de conhecimento¹.

Perplexidade maior foi provocada pelas poucas linhas dedicadas às convenções sobre ônus probatório, não só em virtude de haver diversos subsídios de direito comparado a que certamente teve acesso Pontes de Miranda, mas sobretudo porque se trata da junção entre o ônus e a teoria do fato jurídico. O mesmo discreto silêncio dedicado aos negócios jurídicos processuais² foi reservado ao estudo do ônus probatório em sua obra.

A noção de ônus pertence à Teoria Geral do Direito e se relaciona com estrutura de situações jurídicas, contrapondo-se ao conceito de dever jurídico exatamente por se tratar de comportamento exigido para satisfação de interesse próprio³⁻⁴. O ônus da prova possui como idéia básica, em síntese, o aproveitamento que a parte pode ter ao produzir a prova que, em princípio, traga-lhe benefício⁵, servindo ao

1. O debate sobre a “natureza” das normas que disciplinam o ônus probatório é bastante antigo, marcado sobretudo pela clássica mudança de opinião de Rosenberg (cf., *La Carga de la Prueba*. Ernesto Krotoschin (trad.). 2ª ed. Montevideu/Buenos Aires, B de F, 2002, pp. 98/112). Para uma discussão atual sobre esse tema, que não passou despercebido por Pontes de Miranda, como se verá em momento próprio, vale conferir o grande livro de Salvatore Patti: *Le Prove: parte generale*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 91/93.
2. Em profundo trabalho sobre os negócios jurídicos processuais, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira afirmou que Pontes de Miranda, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, via a desistência da ação como um negócio jurídico, mas não houve preocupação de sua parte em sistematizar o estudo dos negócios jurídicos processuais. Posteriormente, já sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, igualmente não se ocupou de elaborar uma sistematização do negócio processual, embora admitisse, topicamente, a existência de negócios jurídicos na desistência do recurso e na arrematação do processo de execução (*Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Tese de Doutorado. Salvador: UFBA, 2011, p. 135 e nota 595). Ainda para ilustrar o afirmado, Pontes de Miranda menciona negócio jurídico processual no *Tratado de Direito Privado*, Tomo 3, 4ª Ed. São Paulo: RT, 1983, p. 9 e no Tomo 25 da mesma obra, pp. 153 e 158 (3ª ed., RT, 1984). Para uma resenha acerca da categoria dos negócios jurídicos processuais, registre-se, também, o importante livro escrito por Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Fredie Didier Jr.: *Teoria dos Fatos Processuais*. 2ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2012, pp. 56/66. É sintomático que no referido livro não se cite Pontes de Miranda em nenhuma das páginas dedicadas ao negócio jurídico processual (evidentemente sua obra é citada em diversas outras passagens do livro).
3. A contraposição entre ônus e dever é clássica e continua norteando a doutrina (cf., entre tantos, COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le Prove Civili*. 2ª ed. Torino: UTET, 2004, pp. 172/173. Sobre esse ponto e também a relação com uma “obrigação de esclarecimento”, vale conferir PATTI, Salvatore. *Le Prove: parte generale*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 50/51 e 63/68. COUTO, Camilo José D’Ávila. *Dinamização do Ônus da Prova: teoria e prática*. Doutorado. São Paulo: USP, 2011, texto inédito.
4. Além da evidente função normativa, a noção de ônus desempenha uma função lógica. Cf., sobre esse ponto específico, os trabalhos de Neil MacCormick: *A Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Waldéa Barcellos (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 54/65. *Retórica e Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo (trad.). São Paulo: Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 316/320.
5. Em um aspecto subjetivo, o ônus da prova implica assumir o risco da consequência da prova frustrada, motivando psicologicamente a parte a participar da instrução da causa; no aspecto objetivo, interessa o demonstrado, não quem o demonstrou, tratando-se de regra de julgamento (BUZUID, Alfredo. Do ônus da prova. *Estudos de Direito*, 1. São Paulo: Saraiva, 1972, pp. 64/66). O aspecto “motivacional” é mencionado

juiz para o julgamento da causa quando houver dúvidas sobre fatos relevantes⁶. Em clássica passagem, James Goldschmidt considerou ônus como sendo um “*imperativo do interesse próprio*”⁷, transmitindo uma idéia relacionada com situações de necessidade de realizar determinado ato para evitar que sobrevenha um prejuízo processual, acrescentando que o ônus se refere ao aproveitamento que beneficiará a parte diligente, não sem antes anotar que a mais grave culpa perante si mesmo é a perda de uma oportunidade⁸. Também em outra célebre sentença, “*enquanto*

por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 71/72. Interessantes abordagens sobre a persistência e a atenuação do ônus subjetivo da prova podem ser encontradas em PACÍFICO e BADARÓ, em suas obras citadas na nota abaixo (pp. 149/154 e pp. 185/190, respectivamente). Artigo 209 do CPC de 39 previa ônus subjetivo, extraindo-se o aspecto objetivo do ônus da prova do disposto na segunda parte de seu artigo 118 (cf. BUZAID, Do ônus... cit., pp. 76/77. Passou a ser voz corrente na doutrina que “o órgão judicial só tem de preocupar-se, a rigor, com o aspecto *objetivo* do ônus da prova, não com seu aspecto *subjetivo*” BARBOSA MOREIRA, Julgamento e ônus da prova. *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 75. Cf., ainda, o amplo estudo de YARSHHELL, trazendo novas luzes ao tema: *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 56/71.

6. Essa noção de ônus probatório é, com variações de forma, mas não de fundo, utilizada largamente ainda hoje, como se vê, exemplificativamente, em autorizada doutrina moderna: TARUFFO, Michele. *La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009, pp. 226/230. *La Prova nel Processo Civile – Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger (dir.). Milano: Giuffrè, 2012, pp. 244/249. No Brasil, por exemplo, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003pp. 175/178.
7. Não se trata exatamente de um “imperativo”, na medida em que inexistente relação causal entre ônus e prejuízo. Por essa razão, fala-se com mais propriedade em “aumento de risco” PATTI. *Le Prove: parte generale*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 78/82. LEONARDO. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 70/71.
8. *Derecho Procesal Civil*. Leonardo Prieto Castro (trad.). Barcelona: Labor, 1936, p. 203. Essa é a concepção amplamente utilizada ainda hoje pela doutrina processual (entre tantos exemplos, confira-se na doutrina brasileira o trabalho de Maristela da Silva Alves: Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Danilo Knijnik (coord). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 207). Para uma exposição sistemática sobre o ônus da prova, vale conferir, entre outros autores e nas múltiplas obras sistemáticas: ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Ernesto Krotoschin (trad.). 2ª ed. Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2002 (um interessante exame da clássica teoria de Rosenberg foi feito por Pedro Ferreira Múrias: *Por uma Distribuição Fundamentada do Ônus da Prova*. Lisboa: Lex, 2000, pp. 43 e ss.). MICHELLI, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Santiago Sentis Melendo (trad.). Bogotá: Temis, 2004. ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Bogotá: Temis, 2002. FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la Prueba*. 2ª ed. Vol. I. Buenos Aires: Astrea, 2009, pp. 267/337. PATTI, Salvatore. *Le Prove: parte generale*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 47/214. DENTI, Vittorio. L’inversione dell’ onere della prova: rilievi introduttivi. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, XLVI, n° 3. Milano: Giuffrè, setembro, 1992. VERDE, Giovanni. *L’onere della prova nel processo civile*. Napoli: Jovene, 1974. L’inversione degli oneri probatori nel processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, XLVI, n° 3. Milano: Giuffrè, setembro, 1992. LOMBARDO, Luigi. *La Prova Giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*. Milano: Giuffrè, 1999, pp. 223/314. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le Prove Civili*. 2ª ed. Torino: UTET, 2004, pp. 169/290. TARUFFO, Michele. *La Prova nel Processo Civile – Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger (dir.). Milano: Giuffrè, 2012, pp. 244/260. DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima: Communitas, 2009, pp. 101/143. FARIA, Rita Lynce de. *A Inversão do Ônus da Prova no Direito Civil Português*. Lisboa:

que a obrigação é necessidade de subordinar um interesse próprio a um interesse de outrem, o ônus e necessidade de o subordinar a um outro interesse próprio”⁹.

Como bem anota Carlos Alberto da Mota Pinto, o onerado, se não se desincumbir do ônus, não infringe nenhum dever, nem comete ilícito, mas perde ou deixa de obter uma vantagem¹⁰. Trata-se, pois, de encargo posto sob estímulo e

- Tex, 2001. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. BUZUID, Alfredo. Do ônus da prova. *Estudos de Direito*, 1. São Paulo: Saraiva, 1972. KARAN, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. *Revista de Processo* n° 17. São Paulo: RT, jan./mar., 1980. BARBOSA MOREIRA. Julgamento e ônus da prova. *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*. São Paulo: Saraiva, 1980. LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002, pp. 38/52. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, pp. 314/340. DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ônus Processuais: limites à aplicação das consequências previstas para o seu não-cumprimento*. Doutorado (tese). Universidade de São Paulo, 2007. CABRAL. Érico de Pina. *Inversão do ônus da Prova no Processo Civil do Consumidor*. São Paulo: Método, 2008. MIRANDA NETTO. *Ônus da Prova no Direito Processual Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 46/112. CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do ônus da Prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). São Paulo: Método, 2009, pp. 329/365. ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova*. São Paulo: RT, 2010, pp. 159/203. CARPES. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras sobre o Ônus da Prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. COUTO, Camilo José D’Ávila. *Dinamização do Ônus da Prova: teoria e prática*. Doutorado. São Paulo: USP, 2011, texto inédito. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012. Por seu pioneirismo no desenvolvimento do tema no país, vale registrar o trabalho de S. Soares de Faria (ainda hoje fonte única de pesquisa das teorias tratadas em obras modernas, como expressamente citado, por exemplo, nos livros de João Batista Lopes e Paulo Rogério Zaneti antes referidos): *Principais Theorias Relativas ao Onus Probandi*. São Paulo: RT, 1936.
9. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro (trad.). São Paulo: Saraiva, 1942, p. 276. Sobre o ponto, ainda, RANGEL, ob. cit., pp. 89/96, com interessante síntese sobre distinções clássicas. LEONARDO, ob. cit., pp. 53/64, com abordagem mais analítica e crítica.
10. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 180. “No ônus, o onerado ‘precisa de’; no dever jurídico o obrigado *deve*. A contraposição ônus-dever jurídico pode considerar-se na perspectiva da contraposição kantiana *imperativo hipotético-imperativo categórico*. O ordenamento jurídico não desaprova o não acatamento do ônus; ao invés, desaprova a violação de um dever. O onerado, se quer evitar um prejuízo, deve comportar-se de certa forma; de outro modo, suportará o prejuízo sem que se lhe reprove o ter-se comportado assim” (idem). Registre-se que Antônio Menezes Cordeiro entende que essa noção de ônus deve ficar restrita ao direito processual, sendo mais adequado ao Direito Civil a introdução da figura do “ônus material ou encargo”, que corresponde estruturalmente a um dever, mas segue um regime particular: “é um dever de comportamento que funcionando embora também no interesse de outras pessoas, não possa, por estas, ser exigido no seu cumprimento”. Para esse autor, existe a categoria do ônus ou encargo material, que é um dever de comportamento que, embora funcionando também no interesse de outras pessoas, não pode por elas ser exigido, exemplificando com a hipótese de prazo para denúncia ao vendedor de vício de uma coisa dentro de certo prazo (*Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral*. Vol. I, tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 359).

não de dever imposto mediante coação¹¹⁻¹². Pietro Perlingieri, “com expressão de conveniência”, chega a denominar o ônus de “*obbligo potestativo*”¹³, no sentido de que seu titular pode realizá-lo ou não, com base em uma própria análise discricionária. Na realidade, quer com essa denominação expressar uma ideia singela e afirmada por todos os que tratam do tema, como se vê nas palavras do próprio Perlingieri: “o adimplemento do ônus da prova não realiza um direito de outrem, mas o próprio interesse do titular”¹⁴.

Para Salvatore Patti, na linha do que já foi mencionado na nota de rodapé nº 7, mais apropriado seria proceder a uma tripartição de situações jurídicas¹⁵: obrigação¹⁶,

-
11. COSTA JUNIOR, Olimpio. *A Relação Jurídica Obrigacional: situação, relação e obrigação em direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 31.
 12. Por considerar bastante sutil a diferença entre faculdade pura, ônus e poder, prefere Cândido Rangel Dinamarco o conceito amplo de *situações jurídicas ativas*, concluindo que “a liberdade de uma conduta processual é sempre uma *faculdade* (pura ou não, conforme o caso), que a parte exercerá conforme queira, caracterizando-se como situação redobradamente ativa quando seu exercício lhe trazer direito a uma providência do juiz (*poder*) e não deixando de ser o que é ainda quando haja a ameaça de consequências negativas pela omissão”. Nesse contexto, ônus é o reverso de certas faculdades e se caracteriza pelas consequências desfavoráveis que a lei associa a algumas delas, tendo a parte “plena liberdade de optar pela conduta ou pela omissão (daí ser o cumprimento ou descumprimento do ônus uma *faculdade*), sabendo no entanto que, omitindo-se, agravará sua situação no processo (daí tratar-se de um ônus)” (*Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 203/204). A principal nota diferenciadora entre ônus e deveres e obrigações, nessa óptica, está na consequência do descumprimento destes últimos, que, por violar alguma norma, é passível de alguma sanção. O descumprimento de uma obrigação pode ensejar numa sanção que afeta a fixação de um ônus. Veja-se o disposto no art. 519º do Código de Processo Civil português: “*Dever de cooperação para a descoberta da verdade – Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados. 2 – Aqueles que recusem a colaboração devida serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ônus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil. 3 – A recusa é, porém, legítima se a obediência importar: a) Violação da integridade física ou moral das pessoas; b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no n.º 4. 4 – Deduzida escusa com fundamento na alínea c) do número anterior, é aplicável, com as adaptações impostas pela natureza dos interesses em causa, o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado*”.
 13. O próprio Perlingieri apresenta várias ressalvas à denominação proposta, por ser questionável sua utilidade inclusive didática (*O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Maria Cristina de Cicco (org. e trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 698/699). Sobre poderes processuais e direitos potestativos, convém conferir Paula Costa e Silva, em *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra: 2003, pp. 135/138.
 14. *Idem*, p. 699.
 15. *Ob.cit.*, p. 81.
 16. “*necessità giuridica di un determinato comportamento stabilito da una norma a carico de un soggetto, per la realizzazione di un interesse di un diverso soggetto, che gode di una correlativa situazione di potere*” (*idem*).

ônus¹⁷ e ônus da prova¹⁸, precisamente porque se trata de uma situação com conteúdo diverso de “outros ônus”, na medida em que não se trata de condição necessária para alcançar o objetivo¹⁹.

É oportuno lembrar a diferenciação entre ônus e dever exposta por Pontes de Miranda, para quem o dever sempre se dá em relação a outrem²⁰ e o ônus “*é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse. Por onde se vê que como a teoria do ônus da prova diz respeito, de perto, à pretensão à tutela jurídica*”²¹. E acrescenta, em

-
17. “*necessità pratica che il titolare di un potere (ad esempio, potere di agire in giudizio) ló eserciti qualora voglia ottenere un effetto favorevole, che impende ineluttabilmente dal compimento dell’atto previsto*” (idem).
18. “*convenienza pratica di un certo comportamento, poichè a diferenza dell’ipotesi precedente non può parlarsi di ‘unico mezzo per conseguire il risultato favorevole’*” (idem).
19. Idem, p. 82, acrescentando que “*si accentua così la strumentalità dell’onere [probatorio]: il comportamento del soggetto non è condizione essenziale e imprescindibile per il compimento dell’atto da parte dell’organo dello Stato (domanda-sentenza) ma uno strumento, anche se il principale, che tuttavia non condiziona ineluttabilmente il risultato finale a cui si tende*” (a expressão entre colchetes foi acrescentada por mim, porque no texto original se encontra na margem do livro, indicando o assunto tratado no parágrafo, mantendo, assim, a coerência com o que o autor escreveu na p. 81 de sua obra, antes citada).
20. Para entendimento mais detido sobre o entendimento de Pontes de Miranda, há que se ter em mira o plano da eficácia, especificamente tratado em seu *Tratado de Direito Privado*. T. 5. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983. Entre tantas passagens significativas, remarque-se que “*o dever jurídico é o correlato do direito: ao plus, que é o direito, corresponde o minus, que é o dever. Há de haver relação jurídica básica, ou relação jurídica interna à eficácia (relação intrajurídica), para que haja direito e, pois, dever. Quem está no lado ativo da relação jurídica é o sujeito de direito; quem está no lado passivo é o que deve, o devedor (em sentido amplo). A atividade (=qualidade de ser ativo) de um é o direito; a passividade é o dever. Por isso mesmo, não há direitos contra si-mesmo, na direção de si-mesmo; nem deveres perante si-mesmo, na direção de si mesmo*” (pp. 422/423), lembrando que “*dever corresponde a direito; obrigação a pretensão. [...] Porque à pretensão é que corresponde a obrigação, há direitos sem pretensão e, pois, do outro lado, sem obrigação. Não, porém, obrigações sem dever*” (p. 429). Cf., ainda, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia (1ª parte)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 163
21. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 281. As mesmas palavras foram reproduzidas nos comentários ao CPC de 1973: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 253. E também no *Tratado de Direito Privado*. T. 3. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, p. 410. No mesmo sentido, Paula Costa e Silva: “*se observarmos estritamente os ônus processuais, rapidamente concluímos que estas situações jurídicas não ordenam as partes entre si. O ônus, sendo autonomizado, pressupõe apenas a posição de um sujeito concreto. Não é referido à posição jurídica de outrem*” (*Acto...cit.*, p. 155). Ainda: NOGUEIRA e DIDIER JR. *Teoria...cit.*, p. 127. Para esses autores, “*o que se considera como ônus não é aquilo que o titular da situação jurídica sofre, mas aquilo que lhe é lícito fazer. É precisamente nesse sentido que se fala em ônus da prova, ônus do pagamento das custas processuais, ônus da defesa etc. Todas essas situações representam autênticas posições ativas dos sujeitos, daí por que preferimos tratá-las como poderes processuais*”, assinalando que “*o que irá distinguir o ônus dos demais poderes processuais é a circunstância de que outra norma comina, para a hipótese do não exercício do poder, uma consequência jurídica negativa para o titular do ônus*” (ob. cit., p. 129). Entendendo que o ônus é a dimensão negativa do direito formativo, temos interessante trabalho de José Maria Rosa Tesheiner: “Sobre o ônus da prova”, originalmente publicado no livro em homenagem a Egas Dirceu Moniz de Aragão (*Estudos de Direito Processual Civil*. Luiz Guilherme Marinoni (coord.). São Paulo: RT, 2005) e disponível no sítio www.tex.pro.br, fonte utilizada neste trabalho. Para o citado autor,

seu peculiar estilo: “*o que tem o ônus da prova pode dar prova, ou não; dá-la como melhor a poderia dar, ou deixar de dá-la como poderia; não tem dever, nem há, do outro lado, direito de outrem à prova; tudo se passa como a respeito de qualquer risco*”²².

Pontes de Miranda afirma, também, que o ônus da prova é anterior à demanda²³. As regras sobre ônus da prova são sobre a discussão acerca da incidência da regra jurídica, não sendo de direito material ou processual, mas, sim, comum a ambos, por se tratar da tutela jurídica²⁴. Prosseguindo em sua exposição, Pontes de Miranda, na mesma linha da doutrina majoritária da época, foi peremptório no sentido de que “*o ônus da prova é objetivo e não subjetivo*”²⁵.

“quando se fala em ônus, afirma-se que, não sendo praticado o ato, um interesse do sujeito ativo (ou, eventualmente, de um terceiro) é desatendido; quando se fala em direito formativo, afirma-se que, sendo praticado o ato, um interesse do sujeito ativo (ou, eventualmente, de um terceiro) é atendido. Em suma: não há diferença senão na forma de expressão. Quando se fala em ônus, pensa-se, de preferência, nas conseqüências jurídicas decorrentes da omissão do ato. Quando se fala em direito formativo, pensa-se, de preferência, nas conseqüências jurídicas da prática do ato [...] Na verdade, a idéia expressa por ônus e por direito formativo é idêntica. Apenas a formulação é diferente. Esta é a fórmula do ônus: não sendo praticado o ato “a”, não ocorre a conseqüência “x”. A do direito formativo é: somente sendo praticado o ato “a”, ocorre a conseqüência “x”. As duas proposições são idênticas, do ponto de vista da lógica. A idéia última contida nas duas expressões (ônus e direito formativo) é simplesmente esta: se, para que se produzam certos efeitos jurídicos, é necessário que se pratique determinado ato, não se produzem tais efeitos, se o ato não é praticado”.

22. Na mesma sequência das três obras citadas na nota anterior, respectivamente na p. 282, p. 254 e p. 411.
23. “*O ônus da prova começa antes de qualquer demanda; preexiste a ela: a utilização processual é apenas a mais importante*” (Idem, respectivamente na p. 283, p. 254 e p. 411).
24. *Comentários...cit.* Tomo IV, p. 254 (antes, na p. 197, Pontes de Miranda faz afirmações um tanto contraditórias sobre o tema). Afirma ainda Pontes de Miranda: “*No processo, os juízes ignoram, oficialmente, os fatos. Quem alega é que se refere a fatos. Toda cognição supõe bases para decisões sobre regras jurídicas, sobre regras de experiência e sobre fatos. A decisão tem, em qualquer das três espécies, de ser justa (= exata). O ônus de comunicar é concernente às três espécies. Pensou-se em distribuição subjetiva do ônus de afirmar e do ônus de provar; porém, em verdade, a distribuição é somente objetiva. Pode ser que o ônus da prova resulte de regra de direito material, e. g., se a lei estabelece que, não apresentado o recibo, até certa data, pode alguém solver por conta do que devia pagar: trata-se de interesse de esclarecimento, independente de qualquer discussão extrajudicial ou judicial. Mas, aí, já há alusão a suporte fático de alguma regra jurídica, e não precisamente de regra sobre ônus da prova*” (idem, pp. 254/255). Nos *Comentários ao CPC de 1939* (cit., Tomo III, as mesmas considerações estão nas pp. 283/284 e as aparentes afirmações contraditórias estão na p. 294).
25. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 270. Em um aspecto subjetivo, o ônus da prova implica assumir o risco da conseqüência da prova frustrada, motivando psicologicamente a parte a participar da instrução da causa; no aspecto objetivo, interessa o demonstrado, não quem o demonstrou, tratando-se de regra de julgamento (BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Estudos de Direito*, 1. São Paulo: Saraiva, 1972, pp. 64/66). O aspecto “motivacional” é mencionado por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 71/72. Interessantes abordagens sobre a persistência e a atenuação do ônus subjetivo da prova podem ser encontradas em PACÍFICO e BADARÓ, em suas obras já citadas (pp. 149/154 e pp. 185/190, respectivamente). Artigo 209 do CPC de 39 previa ônus subjetivo, extraindo-se o aspecto objetivo do ônus da prova do disposto na segunda parte de seu artigo 118 (cf. BUZAID, Do ônus... cit., pp. 76/77). Passou a ser voz corrente na doutrina que “o órgão judicial só tem de preocupar-se, a rigor, com o aspecto

Especificamente acerca da “convenção sobre ônus da prova”, Pontes de Miranda foi conciso e impreciso. Após afirmar que a regra do parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil é heterotópica, por se referir a elementos probatórios de direito material, entendeu que “*apenas se traçaram dois limites a tal acordo entre figurantes de algum negócio jurídico com a previsão de algum dia se iniciar alguma ação. Se o direito do figurante é indispensável [indisponível], compreende-se que não se permita negócio jurídico em que se restrinja a prova; outrossim, se tornaria excessiva a dificuldade do exercício do direito. O direito público ou o direito privado, civil ou comercial, pode exigir instrumento público e os próprios contraentes podem estabelecer que somente alienará algum bem móvel ou semovente, se a prova do depósito em pagamento foi em determinado banco, ou que só recebe cheque visado*”²⁶. Eis a íntegra do que escreveu Pontes de Miranda sobre a convenção envolvendo ônus da prova.

Na doutrina estrangeira – e no direito positivo estrangeiro, tendo em vista que o dispositivo antes citado é cópia de regras existentes nos códigos italiano e português –, os acordos probatórios são debatidos há décadas, com intensa discussão sobre todos os aspectos, desde a possibilidade da convenção até a natureza das regras, passando pelos seus limites e elementos²⁷, mas nenhum desses temas recebeu atenção mais detida. Nem mesmo a indisponibilidade do direito²⁸, cuja

objetivo do ônus da prova, não com seu aspecto subjetivo” BARBOSA MOREIRA, Julgamento e ônus da prova. *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 75. Cf., ainda, o amplo estudo de YARSHELL, trazendo novas luzes ao tema: *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 56/71.

26. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 273/274 (a palavra entre colchetes foi acrescentada por mim, mas não pude confirmar se o equívoco constava desde o edição original da obra ou se foi algum erro da edição por mim consultada).
27. Exemplificativamente, com diversas outras referências citadas nas obras a seguir: MICHELLI, ob. cit. Pp. 216/221. ROSENBERG, ob. cit., pp. 109/112 e 396. RANGEL, ob. cit., pp. 181/193. FARIA, Rita Lynce de. *A Inversão do Ônus da Prova no Direito Civil Português*. Lisboa: Tex, 2001, pp. 45/50. PATTI, ob. cit., pp. 255/284. COMOGLIO, ob. cit., pp. 280/290. PEZZANI, Titina Maria. *Il Regime Convenzionale delle Prove*. Milano, Giuffrè, 2009.
28. Para Pontes de Miranda, “*direito indisponível é direito que não pode ser retirado da pessoa, quer pela alienação, quer pela renúncia, quer pela diminuição ou substituição de seu conteúdo*” (ob. cit. na nota anterior, p. 202). Também se afiguraria pertinente abordar a dispositividade da regra envolvendo ônus probatório, na medida em que esse ponto é outra fonte de perene controvérsia: “*dispositiva é a regra jurídica que somente incide, se os interessados não regram seus interesses, no tocante ao suporte fático; de modo que essa regra jurídica se pode definir como a regra jurídica que incide, se o seu suporte fático não foi colorido pela vontade dos interessados: se houve essa vontade, o suporte fático tornou-se inadequado, por excesso [...] “Nem se há de confundir a regra jurídica dispositiva com as regras jurídicas sobre ônus da prova, se bem que das regras jurídicas dispositivas resulte determinação do ônus da prova ao que não admite a incidência daquela”* (PONTES de MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. T. I. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, pp. 59 e 62).

vinculação com o tema sob exame é quase absoluta nas discussões doutrinárias ao longo do tempo²⁹, despertou maiores considerações.

É bem verdade que as convenções envolvendo ônus da prova não despertaram maiores interesses na doutrina brasileira, mas o silêncio de Pontes de Miranda – e, mais importante, o modo um tanto impreciso com que tratou do assunto – é especialmente significativo em virtude de o tema necessariamente exigir aprofundamento em noções de direito material, envolvendo temas sobre os quais ele versou com inigualável profundidade. Ou seja: simplesmente um assunto envolvendo a teoria do fato jurídico e a prova não recebeu atenção de Pontes de Miranda.

Alguns outros comentadores do Código de Processo Civil, nesse particular, se, repito, não chegaram a desenvolver o tema, indubitavelmente o versaram com um pouco mais de atenção e propriedade³⁰, mas efetivamente, como bem percebido por Fredie Didier Jr., trata-se de um dispositivo ignorado³¹ e esquecido. Em suas precisas observações, Didier Jr. cuida exatamente de dois pontos que não foram adequadamente versados por Pontes de Miranda: *“Primeiro ponto. A convenção sobre o ônus da prova pode acontecer em que momento? Parece-me que é lícita a convenção tanto antes como durante o processo. Em ambos os casos, estaremos diante de um negócio jurídico processual – compreendido como qualquer negócio jurídico cujos efeitos repercutam em um procedimento atual ou futuro. Não há razão alguma para impedir que essa convenção seja celebrada durante o processo, como alguns autores fazem. Segundo ponto. A convenção pode recair sobre o ônus da prova de qualquer fato. Pode tratar-se de fato simples ou de fato jurídico; fato relativo a negócio jurídico ou a vínculo extracontratual; fato lícito ou ilícito etc. Alguns autores, porém, restringem a convenção a fatos do próprio negócio em que a convenção porventura esteja inserida. Ao adotarem este entendimento, ignoram que a convenção sobre o ônus da prova pode ser um negócio jurídico autônomo, sem qualquer relação com um negócio anterior – e a possibilidade de essa convenção realizar-se na pendência de um processo reforça essa conclusão”*³².

29. DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima: Communitas, 2009, pp. 137/140.

30. AMARAL SANTOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 30. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, pp. 162/166. MONIZ DE ARAGÃO. *Exegese do Código de Processo Civil*. Vol. IV – I. Rio de Janeiro: Aide, s. d., pp. 101/102. ARAUJO CINTRA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 23. AGUIAR SILVA. *As Provas no Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 62/64.

31. Duas questões sobre o ignorado parágrafo único do art. 333 do CPC: a convenção sobre o ônus da prova. Momento e objeto (*Editorial n° 153*, disponível em www.frediedidier.com.br).

32. Idem.

O tema foi versado com mais profundidade por Marinoni e Arenhart, que expressa e corretamente criticaram o enfoque temático conferido por Pontes de Miranda: *“parece que a norma não trata disso. Todavia, a fixação de certo meio específico de prova – para a demonstração de determinado fato em juízo –, como cogitado pelo autor, deve, realmente, ser admitida, ainda que sob fundamento distinto: ela não tem por base o parágrafo único do artigo 333 do CPC, mas sim a apreciação dos requisitos formais do negócio jurídico celebrado entre as partes (a respeito do direito material)”*³³.

A intenção deste artigo não é aprofundar no estudo das convenções probatórias, tema que abordarei em outra sede de modo mais detido, mas apenas de elaborar uma espécie de reclamação pública e de lamento acadêmico por Pontes de Miranda haver se dedicado pouco ao estudo do ônus da prova. Voltando ao que se disse no início deste texto, para entender o dispositivo legal sobre convenções probatórias, não se pode prescindir do que Pontes de Miranda escreveu, mesmo diante do silêncio específico e da imprecisão conceitual e topográfica dos comentários antes transcritos, porque, em essência, seus estudos são a retaguarda e o ponto de partida para as pesquisas acadêmicas.

33. *Prova...cit.*, p. 201. Sobre a convenção do ônus probatório na doutrina brasileira, confirmam-se também: LEONARDO, ob. cit., pp. 224/229. NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pp. 576/577.