

# TEORIA DA PROVA E O PROCESSO: ANÁLISE PELA PERSPECTIVA DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO

*Fabiana Del Padre Tomé<sup>1</sup>*

Sumário: 1. O Constructivismo Lógico-Semântico como instrumento para estudo do direito. 2. A importância da prova no âmbito processual. 3. Delimitando o conceito de “ônus da prova”; 3.1. Função e estrutura do ônus da prova; 3.2. Distribuição do ônus da prova; 3.3. A atribuição do ônus da prova por decisão judicial. 4. A prova como suporte para a tomada de decisão. 6. Conclusões. Referências Bibliográficas.

## **1. O Constructivismo Lógico-Semântico como instrumento para estudo do direito**

O presente trabalho é desenvolvido com suporte no instrumental teórico fornecido pelo Constructivismo Lógico-Semântico. Parte-se de conceitos de Teoria Geral do Direito, tomando como referencial a circunstância de o direito ser constituído por linguagem.

Quando pensamos no fenômeno da percussão do direito, vem-nos à mente a figura de um fato que, subsumindo-se à

---

1. Mestre e Doutora em Direito pela PUC/SP. Professora no Curso de Pós-graduação stricto sensu da PUC/SP. Professora nos Cursos de Especialização em Direito Tributário da PUC/SP e do IBET. Autora do livro “A Prova no Direito Tributário”. Advogada.

previsão hipotética, implica o surgimento de vínculo estipulado no conseqüente normativo. Eis o que chamamos de *incidência*<sup>2</sup>. Referida operação, todavia, não se realiza sozinha. É imprescindível que se efetue o ato de aplicação, mediante o qual se movimentam as estruturas do direito em direção à maior proximidade das condutas intersubjetivas, em decorrência da certificação de fato conotativamente previsto na hipótese da norma. E, para que o relato ingresse no universo do direito, constituindo fato jurídico, é preciso que seja enunciado em linguagem competente, quer dizer, que seja descrito consoante as provas em direito admitidas. Observa-se, aí, importante função da linguagem das provas no sistema do direito. É por meio delas que se compõe o fato jurídico, em todos os seus aspectos (conduta nuclear, tempo e espaço), bem como o sujeito que o praticou e sua medida, estabelecendo-se o respectivo liame obrigacional.

Por essas razões, consideramos a *teoria da prova* um dos pontos centrais do direito, e, especialmente do direito processual. Para aprofundarmos seu estudo, adotaremos como referencial teórico o *Constructivismo Lógico-Semântico*, método de trabalho hermenêutico orientado a cercar os termos do discurso do direito positivo e da Ciência do Direito para outorgar-lhes firmeza, reduzindo as ambigüidades e vaguidades, tendo em vista a coerência e o rigor da mensagem comunicativa.

O termo *constructivismo* é empregado para denominar teorias que defendem a ideia de que há sempre intervenção do sujeito na formação do objeto. É palavra ligada ao contexto epistemológico. Contrapõe-se à corrente *descritivista*, que concebe o conhecimento ao modo aristotélico, como um processo de assimilação das formas.

Para o constructivismo, o mundo é uma entidade cuja morfologia não aparece independente dos sujeitos que formam parte dele. A evolução das ciências, mesmo as chamadas

---

2. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, p. 33.

ciências naturais, demonstra isso. É com frequência que ouvimos falar em criação de grandezas, como força e aceleração; na identificação de novos elementos, como quando se desmembrou os átomos (até então indivisíveis), em prótons, nêutrons e elétrons; nas modificações no modo de enxergar as realidades, como a passagem da teoria geocêntrica para a heliocêntrica; e, até mesmo, na descaracterização de uma realidade até então existente, a exemplo do que ocorreu com Plutão, que deixou de ser um planeta.

Essa concepção implica abandonar a ideia de uma Ciência do Direito meramente descritiva de um objeto dado, em visão ingenuamente imparcial e não valorativa. As normas não são dadas, de antemão, no ordenamento, mas dependem de uma atividade construtiva, em que se atribui sentido ao texto de lei.

Eis o primeiro ponto distintivo do Constructivismo Lógico-Semântico. Adotado esse método, o cientista do direito não se limita a contemplar o texto de lei, mas efetivamente constrói os sentidos normativos. A construção de sentido, porém, não é feita de modo indiscriminado. Nessa linha metodológica, procura-se amarrar as ideias, definir os termos importantes, para conferir firmeza ao discurso. E tal amarração opera-se no plano lógico e no plano semântico. Com isso, busca-se formar um discurso responsável, isto é, comprometido com as premissas, com o sentido que se firmou para os termos.

Isso não significa, contudo, desprezo pelo plano pragmático. Como é sabido, toda linguagem tem um plano pragmático, sendo impossível dissociá-lo dos planos sintático e semântico. Todavia, por meio da abstração, podemos dar ênfase a um ou alguns desses aspectos. E, na proposta metodológica de que estamos tratando, o esforço é acentuado nos planos lógico e semântico.

Para atingir tal desiderato, emprega-se técnica analítica. *Análise* equivale a um processo de resolução ou decomposição do complexo em algo mais simples. Nesse contexto, *analisar* equivale a decompor o objeto de estudo em uma série de

elementos que facilitam a compreensão do fenômeno que se observa. No Constructivismo Lógico-Semântico, o objeto de análise é a linguagem, no caso, a *linguagem do direito*, tendo por procedimento reduzir os complexos linguísticos a elementos básicos, com o fim de facilitar a compreensão de seu significado. Não se confunde, porém, com a filosofia analítica, pois sofre forte influência do *culturalismo*, sendo exatamente o *toque da cultura* o impedimento para que se pretenda entrever o mundo pelo prisma reducionista do racionalismo descritivo.

Trata-se, portanto, de um estudo hermenêutico-analítico do direito, em que se dirige a atenção aos dados linguísticos (linguagem jurídico-normativa), fazendo uso das categorias lógico-semânticas do texto prescritivo e analisando a norma jurídica na sua inteireza conceptual, mas que, por outro lado, também considera a necessidade premente de o discurso teórico propiciar a compreensão da concretude empírica do direito posto. Apresenta-se, desse modo, como instrumento de grande utilidade para o estudo dos procedimentos voltados constituição de fatos jurídicos, tais como os que se operam no contexto processual. O sistema do direito positivo indica os momentos em que os fatos podem ser constituídos mediante produção probatória, impõe prazos para a apresentação de defesas e de recursos (tempestividade), além de estabelecer o instante em que as decisões se tornam imutáveis (coisa julgada). Com determinações desse jaez, fornece os limites dentro dos quais a verdade será produzida, prescrevendo que sejam tomadas como verídicas as situações verificadas no átimo e forma legais, independentemente de sua relação com o *mundo das coisas*.

Estamos nos referindo à *verdade construída*, que não é simplesmente revelada ou descoberta, mas que nasce do relacionamento intersubjetivo, considerado determinado quadro referencial, ou seja, a verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso. É a *verdade lógica*: verdade em nome da qual se fala e que irá prevalecer se suficientemente convincente (mediante critérios de coerência e consenso no âmbito de determinada comunidade). E, sendo

essa verdade enunciada nos exatos termos prescritos pelo ordenamento, apresenta-se ela como *verdade jurídica*. Havendo construção de linguagem própria, na forma como o direito preceitua, o fato dar-se-á por juridicamente verificado e, portanto, verdadeiro.

## 2. A importância da prova no âmbito processual

Com suporte nas premissas firmadas no tópico anterior, adotamos o entendimento de que o sistema jurídico delimita a própria realidade, elegendo o modo pelo qual seus elementos linguísticos serão constituídos<sup>3</sup>. É o sistema do direito que determina o que nele existe ou não, indicando, para tanto, uma forma linguística específica, que denominamos *linguagem competente*. Somente por meio dela é que a realidade jurídica se constitui, o que, por si só, revela a importância das provas no ordenamento como um todo.

Como os acontecimentos físicos exaurem-se no tempo e no espaço, estes são de impossível acesso, sendo necessário, ao ser humano, utilizar enunciados linguísticos para constituir os fatos com que pretenda entrar em contato. Um evento não prova nada. Somos nós quem, valendo-nos de relatos e de sua interpretação, provamos.

Dentre os mecanismos para aplicação do direito, merecem destaque aqueles de caráter processual, aqui abrangidos tanto os realizados na esfera administrativa como os que se operam perante o Judiciário.

Os eventos não ingressam nos autos processuais. O que integra o processo são sempre fatos: enunciados que declaram ter ocorrido uma alteração no plano físico-social, constituindo a facticidade jurídica. Francesco Carnelutti<sup>4</sup>, embora

---

3. ROBLES MORCHON, Gregório. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*, p. 13.

4. CARNELLUTI, Francesco. *A prova civil*, p. 61.

sem empregar essa terminologia, também vislumbra a prova como suporte necessário à constituição do fato jurídico:

“Isso significa que o confessor declara não para que o juiz *conheça* o fato declarado e aplique a norma *tão somente se o fato é certo*, senão para que *determine* o fato *tal como foi declarado* e aplique a norma *prescindindo da verdade*”.

Para esse jurista, a declaração feita nos processos “não se limita a *trazer ao conhecimento* o fato declarado, senão que vem a constituir por si mesmo um fato diferente, do qual depende a realização da norma, ou seja, fato jurídico processual. (...) Provar, de fato, não quer dizer demonstrar a verdade dos fatos discutidos, e sim *determinar ou fixar formalmente os mesmos fatos mediante procedimentos determinados*”. Daí porque, para Jeremías Bentham<sup>5</sup>, a arte do processo não é senão a arte de administrar as provas.

Não é qualquer linguagem, porém, habilitada a produzir efeitos jurídicos ao relatar os acontecimentos do mundo social. É o próprio sistema jurídico que indica os instrumentos credenciados para constituir os fatos. A linguagem escolhida pelo direito vai não apenas dizer que um evento ocorreu, mas atuar na própria construção do fato jurídico.

O valor *verdade* é posto pelo ordenamento jurídico; encontra-se, pois, *dentro* desse ordenamento, e não fora, ou antes, dele. Assim, provado o *fato*, tem-se o reconhecimento de sua veracidade. Apenas se o enunciado se pautar nas provas em direito admitidas, o fato é tido como juridicamente verdadeiro.

Nesse sentido, afirmamos que a *prova*, em sua acepção de base, indica algo que possa servir ao convencimento de outrem. *Objeto da prova* é o fato que se pretende provar, constante na alegação da parte, ao passo que o *conteúdo* corresponde ao que se conseguiu provar, ou seja, ao fato demonstrado no suporte físico documental. Para que se tenha algo por provado, há de

---

5. BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*, p. 4.

estabelecer-se relação implicacional entre o *conteúdo da prova* e seu *objeto*, consistente no *fato alegado*. Tudo isso, por certo, com o ânimo de convencer o destinatário, na qualidade de julgador, para que se constitua o fato jurídico em sentido estrito, desencadeando o correspondente liame obrigacional<sup>6</sup>.

Para concretizar tal desiderato, produzindo enunciados probatórios, exige-se observância a uma série de regras estruturais, que se prestam à organização dos diversos elementos linguísticos, cujo relacionamento se mostra imprescindível à formação da prova. Para além disso, como mecanismo auxiliar na formação do convencimento do sujeito habilitado para decidir conflitos, o ordenamento distribui as incumbências de carrear provas aos autos. Trata-se das chamadas “regras do ônus da prova”.

### 3. Delimitando o conceito de “ônus da prova”

Por “ônus” entende-se a necessidade de desenvolver certa atividade para obter determinado resultado pretendido. Sua existência pressupõe um direito subjetivo de agir, que pode ou não ser exercido, isto é, um direito subjetivo disponível. Sobre o assunto vale conferir as lições de Paulo de Barros Carvalho<sup>7</sup> a respeito das “regras técnicas ou procedimentais”, do que se depreende que o ônus configura, logicamente, uma relação *meio-fim*, estabelecida numa regra técnica e estruturada na forma *ter-que*, enquanto a obrigação funda-se no operador deôntico *obrigatório*.

O ponto diferencial entre *ônus* e *obrigação* está nas consequências cominadas a quem não realiza um determinado ato. Quando se está diante de vínculo obrigacional, a omissão do sujeito que figura no polo passivo desencadeia a relação sancionatória. No ônus, diversamente, o indivíduo que não cumpre suas atribuições apenas sofre as implicações inerentes ao

---

6. TOMÉ, Fabiana. Del Padre. *A prova no direito tributário*, p. 194.

7. CARVALHO, Paulo de Barros. “Regras técnicas ou procedimentais no direito tributário”, *Revista de Direito Tributário* n° 112, p. 7-13.

próprio descumprimento. A respeito do tema, anota Francesco Carnelutti<sup>8</sup>:

“existe somente obrigação quando a inércia dá lugar à sanção jurídica (execução ou pena); entretanto, se a abstenção do ato faz perder somente os efeitos úteis do próprio ato, temos a figura do ônus. (...) Por isso, se a consequência da falta de um requisito dado em um ato é somente sua nulidade, há ônus e não obrigação de efetuar o ato de cujo requisito se trata”.

A esse critério distintivo acrescenta-se outro, fundado no *interesse*: enquanto o vínculo obrigacional se impõe para a tutela de um interesse alheio, no ônus o liame volta-se à tutela de interesse próprio<sup>9</sup>.

Delimitado o que seja um *ônus* processual, Arruda Alvim<sup>10</sup> distingue o *ônus perfeito* do *ônus imperfeito*. Na primeira modalidade o ônus implica uma tarefa que o titular do direito subjetivo disponível tem de exercer caso pretenda obter efeito favorável. Em tal hipótese, o descumprimento da atividade exigida acarreta, necessariamente, consequência jurídica danosa. Quanto ao ônus imperfeito, o resultado prejudicial em razão da ausência de efetivação do ato envolvido na relação de ônus é possível, mas não necessário. Nessa segunda espécie é que se enquadra a figura do *ônus da prova*.

Na lição de Giuseppe Chiovenda<sup>11</sup>, assim como não existe um dever de contestar, igualmente não há que falar em *dever de provar*. Por isso, denomina-se *ônus da prova* a relação jurídica que estabelece a atividade de carrear provas aos autos, já que, nas suas palavras, “é uma condição para se obter a vitória,

---

8. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, p. 255.

9. SILVA, Ovídio A. Baptista, na obra *Curso de processo civil*, v. 1, p. 345, anota: “a parte gravada com o ônus não está obrigada a desincumbir-se do encargo, como se o adversário tivesse sobre isso um direito correspectivo, pois não faz sentido dizer que alguém tenha direito a que outrem faça prova no seu próprio interesse”.

10. ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de direito processual civil*, p. 430-431.

11. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*, p. 48.

não um dever jurídico”. Esse ônus, todavia, é *imperfeito*, no sentido de que, conquanto quem não produza a prova assuma o risco pela sua falta, tal omissão não implica, por si só, a perda do direito que se pretende ver tutelado, pois ainda que a parte não tenha se desincumbido do ônus da prova, o julgador pode dar-lhe ganho de causa em virtude de motivos outros.

Eduardo Cambi<sup>12</sup> formula exemplo no qual os fatos alegados pelo autor são impossíveis, situação em que, mesmo o réu não tendo contestado a ação, apresentando provas em contrário, o juiz pode rejeitar o pedido do autor, julgando-o improcedente. Por outro lado, esclarece o processualista, ainda que a parte tenha realizado o ato exigido em decorrência do seu ônus probatório, isso não é suficiente para que lhe seja atribuído efeito favorável, visto que, ao apreciar os fatos alegados e valorar as provas em seu conjunto, o julgador pode entender mais convincentes os argumentos e elementos probatórios trazidos por uma parte que por outra. Não basta produzir prova, desincumbindo-se do respectivo ônus para obter êxito na demanda: é preciso que a prova resultante cumpra a função em razão da qual foi realizada, sendo persuasiva o bastante para conferir convicção ao seu destinatário.

### 3.1 Função e estrutura do ônus da prova

Consignamos ser o ônus uma espécie de encargo jurídico a que se veem submetidas as partes do processo com vistas a obter o resultado que o sistema outorga a quem realiza os atos na forma e tempo estabelecidos por esse sistema. A figura do ônus da prova, especificamente, decorre da necessidade de possibilitar a decisão em situações em que o conjunto probatório seja insuficiente para convencer o julgador. Assevera Enrique M. Falcón<sup>13</sup> que tanto as partes, ao desempenhar sua atividade probatória, como o julgador, no momento de avaliar

---

12. CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*, p. 35.

13. FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba*, p. 245.

as provas e ditar a decisão, devem ser orientados por uma regra que ofereça condições de determinar o vencedor e o perdedor na demanda, já que não é possível deixar de julgar.

Ao mesmo tempo em que o ônus da prova corresponde ao encargo que têm as partes de produzir provas para demonstrar os fatos por elas alegados, serve ao julgador como auxiliar na formação de seu convencimento, em especial nas hipóteses em que a prova é insuficiente, incerta ou faltante. Nesse sentido, o ônus da prova está intimamente relacionado com problemas de valoração dos elementos carreados aos autos.

A referência à dupla função do ônus da prova é feita, também, por Eduardo Cambi<sup>14</sup>:

“i) servir de *regra de conduta* para as partes, predeterminando quais são os fatos que devem ser provados por cada uma delas e, assim, estimulando suas atividades; ii) servir de *regra de julgamento*, distribuindo, entre as partes, as conseqüências jurídicas e os riscos decorrentes da suficiência ou da ausência da produção da prova, bem como permitindo que, em caso de dúvida quanto à existência do fato, o juiz possa decidir, já que não se admite que o processo se encerre com uma decisão *non liquet*”.

A partir dessa bipartição, fala-se em *ônus da prova em sentido subjetivo*, no primeiro caso, e em *ônus da prova em sentido objetivo*, na segunda situação. Tal dualidade existe tão somente para fins de estudo analítico, pois uma função não subsiste sem a outra: elas se co-implicam. Sendo o ônus uma faculdade, exige um titular que a exerça, servindo de base para a aplicação da regra de julgamento. Por outro lado, a falta de certeza que conduz o julgador a decidir conforme os preceitos do ônus da prova não pode ser dissociada do encargo que pesa sobre quem solicita a tutela jurisdicional, cujo pressuposto é a verificação desse fato incerto. O âmbito objetivo do ônus da prova está, portanto, intimamente ligado com o aspecto subjetivo, sendo ambos necessários para a compreensão do instituto do ônus da prova.

---

14. CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*, p. 40.

Como discurso dialógico, a comunicação jurídica materializada nos autos processuais exige que todos os fatos alegados sejam fundamentados, com vistas a possibilitar a solução do *du-bium* conflitivo. No discurso jurídico-processual temos duas relações comunicativas: uma, entre sujeito ativo e julgador; outra, entre sujeito passivo e julgador. Em cada um desses liames, os emissores (sujeitos ativo e passivo) enunciam fatos contrapostos, cujo reconhecimento fará prevalecer o direito de um ou de outro. O julgador, como destinatário, exige daqueles que discursam a prova de seus argumentos, os quais devem fazê-lo conforme prescrito pelas regras de distribuição do ônus da prova.

### 3.2 Distribuição do ônus da prova

O direito à produção probatória decorre da liberdade que tem a parte de argumentar e demonstrar a veracidade de suas alegações, objetivando convencer o julgador. Por isso, ainda que não lhe tenha sido atribuído o ônus da prova, todos os elementos de convicção que levar aos autos serão importantes, interferindo no ato decisório. Visto por outro ângulo, o direito à prova implica a existência de ônus, segundo o qual determinado sujeito do processo tem a incumbência de comprovar os fatos por ele alegados, sob pena de, não o fazendo, ver frustrada a pretendida aplicação do direito material.

Existem, nesse sentido, preceitos que determinam a quem incumbe o ônus de provar, denominados *regras de distribuição do ônus da prova*. A respeito delas, três são as principais teorias elaboradas pela doutrina: (i) do *fato afirmativo*, em que o ônus da prova cabe a quem alega; (ii) da *iniciativa*, segundo a qual é sempre do autor o encargo de provar os fatos por ele afirmados; e (iii) dos *fatos constitutivos, impeditivos e extintivos*, nos termos dos quais àquele que demanda compete provar os fatos constitutivos do seu direito, enquanto ao demandado cabe provar fatos impeditivos ou extintivos de sua obrigação.

Essas três concepções, ao nosso ver, estão intimamente relacionadas entre si, podendo ser compiladas em uma só. Daí a assertiva de que o ônus da prova incumbe a quem alega.

Referido conteúdo encontrava-se no Código Processual Civil de 1973 (art. 333, I e II) e foi mantido na Codificação de 2015, na qualidade de regramento geral para a distribuição do ônus da prova, conforme se depreende da redação do *caput* e incisos I e II do art. 373:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

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

Concordamos com Devis Echandía<sup>15</sup> quando este afirma que tal teoria não pode ser admitida como regra geral absoluta, de modo que ao autor caiba provar os fatos constitutivos e, ao demandado, os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos. Mais apropriado seria adaptar a assertiva de forma que esta seja independente da posição processual das partes. Entendemos, portanto, que a prova dos fatos constitutivos cabe a quem pretenda o nascimento da relação jurídica, e a dos extintivos, impeditivos ou modificativos, a quem os alegue, independentemente de ser autor ou réu.

Segundo Pontes de Miranda<sup>16</sup>, o ônus da prova incumbe ao sujeito que alega a existência ou a inexistência de um fato, do qual deva resultar uma mutação no estado jurídico atual das coisas. Eis o motivo porque Emílio Betti<sup>17</sup> conclui serem dois os ônus assumidos por quem pede qualquer coisa em juízo: (i) o ônus da afirmação, isto é, deve afirmar a existência de um fato jurídico no qual se funda o pedido; e (ii) o ônus da

---

15. ECHANDÍA, Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, p. 216.

16. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Anotações à obra de Francisco Augusto das Neves e Castro, *Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis*, p. 63.

17. BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile*, p. 91.

prova, quer dizer, precisa provar aquela alegação. A repartição do ônus da prova acompanha o ônus da afirmação, tanto em relação ao autor como ao demandado.

### 3.3 A atribuição do ônus da prova por decisão judicial

Autores há, como Jeremías Bentham<sup>18</sup>, que entendem que o ônus da prova deve ser imposto à parte que puder satisfazê-lo com menores inconvenientes, isto é, menor perda de tempo, menos incômodos e despesas inferiores. A dificuldade da adoção dessa sistemática é que, na realidade, não haveria, propriamente, regra norteadora da distribuição do ônus, considerando que ao julgador caberia, caso a caso, deliberar livremente sobre a que parte incumbiria constituir prova dos fatos.

Modernamente, Leo Rosenberg<sup>19</sup> e Gian Antonio Micheli<sup>20</sup> se encarregaram de desenvolver teorias sobre o ônus da prova, sempre considerando sua função auxiliar à atividade julgadora. Para Rosenberg, as regras inerentes ao ônus da prova ajudam o aplicador do direito a formar um juízo afirmativo ou negativo sobre a pretensão, ainda que remanesçam incertezas com respeito às circunstâncias do fato, porque referidas regras lhe indicam o modo de chegar a uma decisão em tais situações. A essência e o valor das normas sobre o encargo da prova consistem nessa instrução dada ao julgador acerca do conteúdo da decisão que deve pronunciar num caso em que não se têm elementos de convicção sobre um fato importante

No mesmo sentido, Micheli assevera que a regra do ônus da prova manifesta natureza de norma dirigida exclusivamente ao julgador para regular o exercício concreto da jurisdição. O ônus da prova adquire sua maior relevância no momento em que o julgador deve exarar sua decisão, motivo pelo qual

---

18. BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*, p. 36.

19. ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, p. 27.

20. MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*, p. 59 e ss.

não se apresenta como um dever jurídico, mas apenas como uma necessidade prática de provar, a fim que o julgador possa considerar determinado fato como existente.

Em obra sobre o assunto<sup>21</sup>, já anotei considerar ser a posição de Bentham demasiadamente ampla, atribuindo ao julgador a função de estabelecer, em cada caso concreto, a parte que tem o ônus da prova. Ao mesmo tempo em que estabelecem encargos às partes, as regras de distribuição do ônus da prova conferem um norte ao julgador, nas hipóteses em que as provas não sejam suficientes para convencê-lo deste ou daquele fato. Há de ter-se disposições que especifiquem o modo pelo qual se operam essas atribuições, no que andou bem o legislador no atual Código de Processo Civil. Este, nos §§ 1º e 2º do art. 373, assim estabeleceu:

“§ 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º. A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo seja impossível ou excessivamente difícil.”

Com preceito de tal conteúdo, há uma espécie de atribuição diversa do ônus da prova. Fala-se, assim, em inversão de ônus da prova.

Seguindo, porém, a linha de raciocínio de Leo Rosenberg<sup>22</sup> e Gian Antonio Micheli<sup>23</sup>, entendemos inexistir inversão do ônus da prova, pois referido encargo não está determinado previamente para esta ou aquela parte, ficando na

---

21. TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*, p. 261.

22. Ob. cit., p. 43.

23. Ob. cit., p. 61.

dependência das alegações efetuadas. Não obstante se observe no ordenamento uma série de normas que, aparentemente, estabeleçam essa inversão do ônus da prova, a interpretação sistemática desses dispositivos leva à conclusão de que eles não invertem, efetivamente, o encargo de provar, pois continua havendo necessidade de que cada uma das partes demonstre o pressuposto de fato previsto na hipótese da norma que invoca como fundamento à sua pretensão, ainda que seu pleito seja exatamente a constituição de um fato (F1) que o desincumba de provar outro fato (F2).

Sistematizando as disposições do art. 372, I e II, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil de 2015, temos os seguintes desdobramentos:

1. o inciso I estipula que o ônus da prova cabe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
2. no inciso II, tem-se a atribuição ao réu do ônus da prova dos fatos por ele alegados, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor;
3. o § 1º prevê hipóteses de nova atribuição do ônus da prova, mediante demonstração de fatos atinentes (i) às peculiaridades da causa ou (ii) à impossibilidade ou excessiva dificuldade de produção probatória pelo sujeito a quem inicialmente era atribuído o ônus;
4. o § 2º, contudo, dispõe sobre o mecanismo para desconstituir-se a atribuição do ônus da prova posto nos termos do § 1º, o que dá com suporte na prova da dificuldade excessiva ou impossibilidade de desincumbência do ônus probatório que lhe tenha sido imposto pelo julgador.

Com efeito, a “carga dinâmica da prova” veiculada pelo art. 373 do Código de Processo Civil vigente não implica mera inversão do ônus da prova, com sua dispensa a quaisquer das partes. Somente se demonstrado o fato da maior facilidade de obtenção

da prova por parte processual diferente da que alegou o fato, ou impossibilidade de o sujeito que fez a alegação prová-la, tem lugar a conferência do encargo à parte adversa. Desloca-se, assim, o objeto da prova, que deixa de ser o *fato alegado* constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito (art. 373, I e II), passando a consistir no *fato alegado* da impossibilidade probatória ou da maior facilidade alheia (art. 373, § 1º). A presença de tal requisito é indispensável para que se atribua a carga da prova a quem não tenha alegado o fato, cabendo, por isso mesmo, a alegação de fato contrário e respectiva contraprova, nos termos do art. 373, § 2º, desse Estatuto Processual.

#### 4. A prova como suporte para a tomada de decisão

Ultrapassada a fase instrutória, chega o momento de o julgador se manifestar, proferindo decisão. Esta consiste em norma individual e concreta que relata, no antecedente, o fato jurídico em sentido estrito constituído a partir das provas carreadas aos autos (fatos jurídicos em sentido amplo)<sup>24</sup>, prescrevendo, no conseqüente, a correspondente relação jurídica, em que se confere a uma das partes determinada obrigação relativamente à parte adversa, a quem é atribuído o direito subjetivo. A norma assim veiculada deve vir acompanhada de fundamentação, abrangendo a valoração das provas colacionadas pelas partes, esclarecendo o julgador as razões que o levaram àquela conclusão.

Importante aspecto da fase de julgamento é a valoração das provas pelo julgador, pois, como pondera João Batista Lopes<sup>25</sup>, “um fato só se considera provado no momento em que o juiz o admite como existente ou verdadeiro, isto é, o juiz, como destinatário da prova, é quem diz a última palavra sobre a existência ou veracidade do fato”. Por isso, essa avaliação

---

24. Sobre a distinção entre “fato jurídico em sentido estrito” e “fato jurídico em sentido amplo”, vide: TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*, p. 82.

25. LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, p. 53.

probatória também está sujeita a normas jurídicas, que traçam limites à atividade julgadora. Conquanto ordinariamente se afirme que a decisão é tomada segundo o livre convencimento do julgador, tal assertiva carece de precisão terminológica, pois o *critério do livre convencimento*, considerado em sua acepção técnica, confere liberdade total a quem decide, permitindo que este julgue até mesmo contra as provas dos autos. Não é esse, entretanto, o sistema adotado pelo direito positivo brasileiro, quer na esfera judicial, quer na administrativa. O critério eleito é o da *persuasão racional*, que não impõe valores tarifados na apreciação das provas, conferindo certa margem de liberdade para decidir, mas exige que esta se dê em consonância com o conjunto probatório constante do processo.

Dentro da margem de liberdade conferida ao julgador atuam as denominadas *máximas de experiência*. Os conhecimentos adquiridos pelo julgador ao longo de sua vivência social e profissional influem decisivamente na apreciação das provas.

Tudo isso contribui para a complexidade da atividade decisória, especialmente se considerarmos que, geralmente, os fatos constituídos nos autos do processo não se encontram, todos eles, ligados por relação de coordenação, confirmando uns aos outros. Ao contrário, via de regra há provas que corroboram as alegações de uma das partes, enquanto outras respaldam os argumentos da parte adversa. Diante de tal situação, o julgador, com base nas normas jurídicas vigentes e em seus valores, seleciona os fatos que entende convincentes, considera-os provados e constitui o fato jurídico em sentido estrito.

Nos autos processuais, um fato só se considera provado no momento em que o julgador o admite como existente ou verdadeiro. É o julgador, como destinatário da prova, quem diz a última palavra sobre a existência ou veracidade do fato. Para fazê-lo, utiliza critérios fixados pelo ordenamento, que podem ser de três espécies: (i) critério das provas legais ou tarifadas; (ii) do livre convencimento; e (iii) da persuasão racional.

A adoção das provas legais ou tarifadas consiste na atribuição, a cada prova, de um valor fixo e imutável, não deixando margem de liberdade para apreciação do julgador. Explicando essa sistemática, assevera Renan Lotufo<sup>26</sup> que o denominado regime da prova legal tem sua origem na Idade Média, quando se iniciou a cientificação da prova. Evidentemente, tal sistema diminui em muito a importância do julgador como intérprete dos fatos em relação aos quais deve aplicar o direito, sendo, por isso, historicamente ultrapassado.

Na atualidade, a chamada prova legal ou tarifada aparece de forma muito esparsa no sistema jurídico, tal como no art. 406 do CPC/2015, nos termos do qual não se admite qualquer outra forma de prova quando a lei exija como da substância do ato o instrumento público.

Semelhante era a natureza da prescrição veiculada no art. 401 do Estatuto Processual revogado, não conferindo efeito probatório ao depoimento testemunhal realizado sem respaldo em outros elementos de convicção, quando estiver em discussão contrato com valor superior ao décuplo do maior salário mínimo vigente no País. O Código de Processo Civil de 2015, entretanto, conferiu ampla possibilidade de utilização de prova testemunhal, estipulando ser esta sempre admissível, salvo que a lei dispuser especificamente de modo diverso (art. 442).

Nota-se que a prova “tarifada”, de valor previamente escalonado, é situação excepcional e de aplicabilidade restrita.

De modo oposto, o critério do livre convencimento confere liberdade plena ao julgador, autorizando que este decida sem tomar por base as provas dos autos, e, até mesmo, contra elas.

Como essa sistemática geraria insegurança aos cidadãos, também esse critério de avaliação probatória foi historicamente afastado, podendo seus resquícios serem observados na figura do Tribunal do Júri, cujos componentes decidem por convicção íntima ou livre apreciação, não fundamentando

---

26. LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*, v. 1, p. 564.

30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL  
E O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

as razões de seu convencimento, nem importando como formaram sua convicção.

No sistema orientado pela persuasão racional, o julgador é livre para decidir segundo seu convencimento, mas não tem liberdade absoluta, devendo ater-se ao conjunto probatório posto nos autos. Essa modalidade, esclarece Vicente Greco Filho<sup>27</sup>:

“ao mesmo tempo em que mantém a liberdade de apreciação, vincula o convencimento do juiz ao material probatório constante dos autos, obrigando, também, o magistrado a fundamentar sua decisão de modo que se possa aferir o desenvolvimento do seu raciocínio e as razões de seu convencimento”.

Duas, portanto, são as decorrências da adoção de tal critério: (i) impossibilidade de o julgador decidir exclusivamente com base em seu conhecimento pessoal e (ii) necessidade de motivar a decisão.

O *conhecimento privado do julgador*, consistente no conjunto de fatos que chegaram ao seu intelecto pelos mais diversos meios e que não constam dos autos processuais, não pode ser invocado como justificativa da sua decisão. Esta deve fundar-se, sempre, nas provas constantes do processo. É claro que o conhecimento pessoal acaba por influenciar o ato decisório, mediante interferência na valoração dos enunciados probatórios. Mas, o que não se admite é que o julgador constitua fatos sem nenhuma prova que os respalde. Seguindo essa linha de raciocínio, Celso Agrícola Barbi<sup>28</sup> certifica que:

“O juiz é livre para se convencer acerca dos fatos, mas os elementos para essa convicção são apenas os existentes nos autos. Tem aplicação correta o brocardo *quod non est in actis non est in mundus*; os autos são o mundo do juiz na apreciação dos fatos”.

O julgador fica adstrito aos fatos alegados e provados, devendo decidir com base nas provas que lhe são apresentadas,

---

27. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 199.

28. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, p. 535.

podendo sopesá-las de acordo com sua livre convicção para construir, a partir delas, o fato jurídico em sentido estrito. Esse critério é também denominado, por isso, *livre convencimento motivado*, tendo em vista que não se admite arbitrariedade, exigindo-se razoabilidade entre as provas constantes dos autos e a decisão do julgador. Este, tendo em mãos vários fatos em sentido amplo (seleções de propriedades dos fatos sociais), faz nova seleção, mediante escolha motivada e baseada em seu livre convencimento, decidindo o relato que prevalecerá e constituindo, desse modo, o fato jurídico em sentido estrito.

É esse o critério adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro (arts. 369 e 371) do qual se depreende que a liberdade do julgador está delimitada às provas produzidas nos autos. Essa conclusão é ratificada de modo incisivo pelo §1º do art. 489 do CPC/2015, de modo que, para haver decisão efetivamente fundamentada, representativa do livre convencimento motivado, o julgador precisa examinar todos os fatos alegados nos autos, as respectivas provas e as normas jurídicas cuja subsunção se pretende efetuar ou afastar.

Com efeito, dentre as decorrências de se adotar a sistemática de avaliação probatória com base na persuasão racional, tem-se a obrigatoriedade de fundamentar o ato decisório, permitindo evidenciar as condicionantes que levaram o julgador ao convencimento dos fatos. É a motivação da decisão figurando, segundo Juan Carlos Cabañas Garcia<sup>29</sup>, como expressão do juízo jurisdicional, propiciando objetivação do ato valorativo.

Como a decisão não pode justificar-se a partir da íntima convicção do julgador, devendo pautar-se nos fatos constituídos nos autos, a fundamentação caracteriza requisito essencial do ato decisório. Na lição de Pontes de Miranda<sup>30</sup>:

29. GARCIA, Juan Carlos Cabañas. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, p. 223.

30. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, p. 253.

30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL  
E O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

“Tem o juiz de dar os fundamentos, que lhe assistiram, para a apreciação das provas: porque desprezou umas e acolheu outras, porque não atribuiu o valor que fora de esperar-se, a alguma, ou algumas, e porque chegou às conclusões que expende.”

É na fundamentação que se demonstra o caminho traçado para alcançar a conclusão veiculada, assegurando que a razão do convencimento, conquanto inevitavelmente impregnada pelas máximas de experiência e por valores do intérprete, tenha sido moldada com base nas alegações e provas processuais.

A apreciação ou valoração da prova, considerada em toda sua amplitude, exige estudo crítico do conjunto, abrangendo as várias provas constituídas pelas partes para demonstrar a veracidade de suas alegações, e, ainda, as que tenham sido produzidas por iniciativa do julgador. A comparação das provas permite ao julgador estabelecer as que sejam essenciais e decisivas para a solução da causa, desconsiderando as que lhe pareçam impertinentes ou as que entenda insuficientes ou fracas perante outras provas. Desse modo, realiza uma espécie de seleção, que se opera tendo em conta a lide instalada, os fatos alegados pelo requerente e pelo demandado, bem como as provas verificadas no processo.

Do mesmo modo que a formação de um enunciado probatório envolve uma combinação de elementos, segundo procedimento apropriado (sintaxe interna), as diversas provas são articuladas entre si (sintaxe externa) com vistas a constituir o fato jurídico em sentido estrito. Segundo Michele Taruffo<sup>31</sup>, histórias e narrativas são necessárias tanto no contexto do processo como fora dele, pois são instrumentos mediante os quais informações esparsas e fragmentárias combinam-se e compõem um complexo de fatos dotado de sentido. Tratando-se de um processo, contudo, conclui o autor, não há apenas *uma* narrativa, mas *“uma situação complexa, em que várias histórias são construídas e contadas por sujeitos diferentes, de pontos de vista e em modos diferentes”*.

---

31. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*, p. 54-55.

Diante de situação como esta, o julgador, com base em suas vivências, valores e máximas de experiência que edificou, seleciona as provas que considera convincentes, construindo o fato jurídico em sentido estrito, mediante a emissão de norma individual e concreta.

A apreciação das provas é a atividade intelectual que o julgador realiza para determinar o poder de convencimento relativo de cada um dos enunciados probatórios, em sua comparação com os demais, para chegar à conclusão acerca da força do conjunto probatório como um todo. Fazendo uso novamente dos ensinamentos de Michele Taruffo<sup>32</sup>, os fatos constantes dos autos (fatos jurídicos em sentido amplo) propõem *possibilidades*, as quais não de ser articuladas pelo intérprete e aplicador do direito, podendo, metaforicamente, ser comparados a um punhado de pedaços de vidro colorido, cuja combinação faz um mosaico (fato jurídico em sentido estrito).

Daí a relevância da fundamentação decisória, em que se expõe a articulação entre os enunciados fáticos, consistente no relacionamento entre as alegações das partes e as provas por elas produzidas. *Fundamentar* significa, segundo Nelson Nery Junior<sup>33</sup>:

“o magistrado dar as razões de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão”.

Por isso, continua o autor, “não se consideram *substancialmente* fundamentadas as decisões que afirmam que *segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido*. Esta decisão é nula porque lhe falta fundamentação”.

---

32. *Idem*, p. 54.

33. NERY JÚNIOR, Nélson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 175.

O julgador precisa indicar as provas que considera convincentes e as que entende de baixa força probatória, explicando o motivo por que fez prevalecer uma sobre a outra. Assim como em todo procedimento interpretativo, cumpre ao julgador efetuar a conexão necessária entre as partes do texto, para que este seja compreendido na complexidade inerente ao texto como um todo. Os significados das parcelas singulares da narrativa da parte somente podem ser determinados com referência à totalidade do texto, no que se incluem as provas, narrativas contrárias e contraprovas.

## 6. Conclusões

No âmbito jurídico, a veracidade de um fato exige que este seja constituído mediante o emprego dos instrumentos indicados pelo próprio sistema do direito positivo. Desse modo, a linguagem das provas, prescrita pelo direito, não apenas diz que um evento ocorreu, mas atua na própria constituição do fato jurídico, e, por conseguinte da realidade jurídica.

O direito à produção probatória decorre da liberdade que tem a parte de argumentar e demonstrar a veracidade de suas alegações, objetivando convencer o julgador. Visto por outro ângulo, o direito à prova implica a existência de ônus, segundo o qual determinado sujeito do processo tem a incumbência de comprovar os fatos por ele alegados, sob pena de, não o fazendo, ver frustrada a pretendida aplicação do direito material. Desse modo, a prova dos fatos constitutivos cabe a quem pretenda o nascimento da relação jurídica, enquanto a dos extintivos, impeditivos ou modificativos compete a quem os alega.

A figura do ônus da prova decorre da necessidade de possibilitar a decisão em situações em que o conjunto probatório é insuficiente para convencer o julgador. Funciona como regra auxiliar na formação do convencimento do sujeito incumbido de compor conflitos, o que levou a Lei nº 13.105/2015 a estabelecer uma espécie de carga probatória dinâmica, possibilitando ao julgador atribuir o ônus da prova a quem tenha melhores condições de cumpri-lo (art. 373, §§ 1º e 2º do CPC de 2015).

Observa-se que, se por um ângulo o ônus da prova corresponde ao encargo que têm as partes de produzir provas para demonstrar os fatos por elas alegados, por outro serve ao julgador como auxiliar na formação de seu convencimento, apresentando função dúplice. É, pois, importante elemento e suporte para a tomada de decisão.

A apreciação da prova exige análise crítica do conjunto probatório, comparando-se todas as provas, estabelecendo-se as que aparentem ser essenciais para a solução da causa e desconsiderando-se as que pareçam impertinentes, insuficientes ou fracas perante outras provas. Desse modo, o julgador seleciona os enunciados que considera convincentes, construindo o fato jurídico em sentido estrito, mediante emissão de norma individual e concreta. Tudo devidamente explicitado na fundamentação decisória.

### **Referências Bibliográficas**

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 1.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Tradução de Manuel Osorio Florit. Granada Editorial Comares, 2001.

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile*. 2ª ed. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1936,.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 2ª ed. Tradução de Lisa Pary Scarpa, Campinas: Bookseller, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. “Regras técnicas ou procedimentais no direito tributário”. *Revista de Direito Tributário* 112. São Paulo: Malheiros. [s.d].

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 4ª ed. Nápoles: Jovena, 1928.

ECHANDÍA, Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1970.

FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba*, Buenos Aires: Astrea, v. 1., 2003.

GARCIA, Juan Carlos Cabañas. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Madrid: Estudios Trivium Procesal, 1992.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.

LOPES, João Batista. *A prova no direito procesual civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Tradução de Sentís Melendo, Buenos Aires: Ejea, 1961.

NERY JÚNIOR, Néelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Anotações à obra de Francisco Augusto das Neves e Castro, *Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis*, Campinas: Servanda, 2000.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 3.

ROBLES MORCHON, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves, Barueri: Manole, 2005.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução de Krotoschin, Buenos Aires: Ejea, 1956.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no civil e comercial*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 1.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2001.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*, 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2016.