



REGRA GERAL SOBRE O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO JUDICIAL

*Hugo de Brito Machado**

Resumo

O presente artigo examina a regra geral sobre o ônus da prova, a partir da explicação do significado da expressão “fato constitutivo do direito do autor”, utilizada no art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, com o objetivo de demonstrar que o ônus de provar recai sobre aquele que alega o fato, e não àquele que nega a sua ocorrência, haja vista a impossibilidade de se provar uma negativa absoluta. Por meio de pesquisa bibliográfica e descritiva, utilizou-se o método dedutivo para ressaltar a repercussão do ônus da prova em matéria tributária diante da presunção de validade dos atos administrativos, que devem ser necessariamente motivados. Conclui-se, portanto, que a incumbência do ônus da prova é uma questão de direito, sendo, assim, cabíveis recursos especial e extraordinário às Cortes Superiores.

Palavras-chave

Ônus da prova. Impossibilidade de prova negativa. Presunção de validade. Ato administrativo de lançamento tributário.

Abstract

This article examines the general rule on burden of proof from the explanation of the meaning of "fact constitutive of the right" used in art. 333, inc. I, of the Code of Civil Procedure, in order to demonstrate that the burden of proof falls on the one who claims the fact, and not one who denies its occurrence, given the inability to prove a negative absolute. Through literature research and descriptive, used the deductive method to highlight the impact of the burden of proof in tax matters before the presumption of validity of administrative acts, which must necessarily be motivated. We conclude, therefore, that the assignment of the burden of proof is a question of law's interpretation, and is thus applicable special and extraordinary appeals to the Superior Courts.

Keywords

Burden of proof. Inability to prove a negative absolute. Presumption of validity. Tax act. Assessment.

* Professor Titular de Direito Tributário da UFC. Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários.

1. INTRODUÇÃO

Considerando-se que o Direito é expresso em palavras, é da maior importância o significado das palavras e expressões para a sua adequada compreensão. Assim, todo o cuidado no trato das palavras é de grande utilidade, como ensina Rafael Bielsa, que escreve:

Todo examen del vocabulario jurídico que contribuya a la aclaración y a la depuración de los conceptos debe estimarse como útil en algún grado. Si hay una disciplina en la cual conviene emplear la palabra adecuada o propia, ella es la del derecho. Tanto en el orden legislativo como en el judicial — y no digamos en el administrativo — esta precaución es indispensable aunque sólo sea para evitar controversias o discusiones que surgen precisamente de la confusión y duda sobre un término.¹

Não temos a pretensão de superar controvérsias, nem de fazer valer o nosso ponto de vista sobre o tema que vamos abordar. Vamos produzir um texto com exposição a mais simples possível, e nossa pretensão consiste apenas em que este nosso estudo tenha alguma utilidade, porque a cada dia se torna mais forte a nossa convicção de que a maioria das controvérsias entre os juristas resulta de compreensão equivocada de certos conceitos utilizados na linguagem jurídica.

Começaremos examinando a regra geral sobre o ônus da prova, expressamente adotada pelo vigente Código de Processo Civil. Em seguida vamos explicar o significado da expressão fato constitutivo do direito do autor, e depois fazer ligeiras considerações a respeito da impossibilidade da prova da negativa absoluta. Depois de oferecidos estes esclarecimentos, valor examinar um exemplo com o qual pretendemos deixar demonstrada a nossa tese, com o estudo da ação declaratória de inexistência de dívida, estudo no qual vamos nos reportar a dispositivo expresso de lei que afasta qualquer dúvida.

Por último examinaremos a distinção entre questão de fato e questão de direito, para demonstrar que a questão de saber de quem é o ônus da prova é uma típica questão de direito, cuja apreciação pode ser pleiteada em recurso especial, ou extraordinário.

¹ BIELSA, Rafael. *Los conceptos jurídicos y su terminología*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 9.

2. REGRA GERAL SOBRE O ÔNUS DA PROVA

2.1. Dispositivos do Código de Processo Civil

O vigente Código de Processo Civil estabelece, em seu art. 333, que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Incorpora, assim, o que podemos considerar a regra geral a respeito do ônus da prova, a dizer que este incumbe a quem alega o fato. O autor tem o ônus da prova quanto aos fatos que alega na inicial, e o réu tem o ônus da prova quanto aos fatos que alegar que seriam impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Esses dispositivos do Código de Processo Civil, todavia, não obstante expressos em linguagem clara, têm sido objeto de interpretação equivocada. Assim, há quem invoque a regra segundo a qual o ônus da prova compete a quem alega o fato, para sustentar que se o autor, na inicial, alega não haver praticado a conduta a ele imputada, tem o ônus do provar que efetivamente não praticou aquela conduta. É importante, pois, esclarecermos o sentido dessas regras sobre o ônus da prova.

2.2. O fato constitutivo do direito do autor

O significado da expressão *fato constitutivo do direito do autor* é da maior importância no estudo da regra geral sobre o ônus da prova, tendo-se em vista que o vigente Código de Processo Civil estabelece, em seu art. 333, que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.

Em um número de casos bem maior do que se pode à primeira vista imaginar, tem sido apontado um sentido inteiramente equivocado para o dispositivo legal em referência, decorrendo daí uma compreensão absurda da questão de saber de quem é o ônus da prova, que é atribuído a quem na verdade não tem esse ônus e nem teria como produzir a prova que lhe é exigida.

Dito com outras palavras, em um número de casos bem maior do que se pode imaginar tem sido atribuído o ônus da prova a quem na verdade não alegou fato nenhum, mas formulou, isto sim, o que se pode denominar como negativa absoluta, cuja prova direta é impossível e mesmo a indireta é muitas vezes exageradamente difícil, como se passa a demonstrar.

2.3. A prova da negativa absoluta

Seja como for, tem prevalecido o princípio segundo o qual o ônus da prova cabe a quem alega o fato (positivo) e não a quem o nega (alega o fato negativo). Segundo Malatesta isto decorre de ser mais fácil provar o positivo do que o negativo: Comprobada, pues, la mayor facilidad de prueba que presenta el hecho positivo, quien lo afirma es el que debe preferentemente probarlo.²

E ainda, referindo-se a esse princípio, esclarece:

Algunos, para combatir este principio que hemos llamado lógico, han caído en el error de decir que la carga de la prueba se le debe asignar a quien afirma el hecho positivo, a causa de la *imposibilidad* de probar el hecho negativo. Mas ello no es así, pues el hecho negativo puede ser probado, pero únicamente mediante medios indirectos; en cambio, el hecho positivo puede ser demostrado valiéndose de medios tanto directos como indirectos. Esta mayor facilidad de prueba, que en general tiene el hecho positivo, obliga a queien lo afirma a presentar las pruebas, lo cual no ocurre a quien lo niega, pues en este son más limitados los medios de prueba.³

Quando se diz que é impossível provar-se uma negação, essa referência diz respeito a uma negação substancial. Negação pura e simples. E se considera prova apenas a forma direta de demonstrar, pois a indireta tem o nome de prova indiciária, que se opera através dos indícios e das presunções, e em certos casos tem notável força na formação do convencimento do juiz.

É nesse contexto que se há de explicar a regra que o legislador inseriu no art. 333, inciso I, do vigente Código de Processo Civil, segundo a qual o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito. E não se pode considerar que incumbe ao autor provar o que alega, se a sua alegação consiste exclusivamente em uma negação geral, como pode acontecer com o autor de uma ação declaratória de inexistência de uma dívida substanciada em uma duplicata mercantil, quando o autor se limite a dizer que não fez a compra que ensejaria a emissão daquele título.

O estudo dessa situação, que faremos a seguir, certamente deixará definitivamente esclarecido o sentido que realmente tem a expressão fato constitutivo do direito do autor, utilizada no art. 333, inciso I, do vigente Código de Processo Civil.

Vejamos.

² MALATESTA, Nicolas Framarino. *Lógica de las pruebas en matéria criminal*. Colômbia: Temis, 1997, tomo I, p. 158.

³ *Ibid.*, p. 158-159.

3. AÇÃO DECLARATÓRIA DA INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA

3.1. Ato constitutivo do direito do autor

Um comerciante tem contra ele emitida uma duplicata mercantil, que não aceita porque não efetuou a compra da mercadoria descrita no documento correspondente, vale dizer, na nota fiscal ou fatura que justificaria a referida duplicata. Esse comerciante tem o direito à declaração judicial da inexistência da dívida consubstanciada naquela duplicata, e por isto promove ação declaratória dessa inexistência.

O fato constitutivo do direito do autor, neste caso, é o não haver efetuado a compra nem recebido a mercadoria. Ao promover a ação declaratória, portanto, a alegação é feita pelo autor como fato constitutivo de seu direito. Mesmo assim, não se pode afirmar que compete ao autor o ônus da prova de não haver efetuado a compra, ou de não haver recebido uma mercadoria, por se tratar de negativa absoluta, cuja prova é impossível.

Por outro lado, não se pode negar a ninguém o direito à afirmação de que não é devedor. Temos todos, portanto, o direito de promover ação judicial declaratória da inexistência de uma dívida, especialmente como forma de afastar a imputação da qualidade de devedor inadimplente. Assim, o fato de não ser devedor pode ser o fato constitutivo do direito do autor, que ao promover uma ação declaratória da inexistência da dívida, afirma-o. Tal afirmação pode ter como fundamento a não realização da compra, e pode ter como fundamento o já ter efetuado o respectivo pagamento. Assim, o ônus da prova pode ser do réu, se o autor limitou-se a fazer uma simples negativa. E pode ser do autor, se este afirmou um fato extintivo do direito do réu.

Neste sentido é a doutrina de Fábio Tabosa que, comentando o art. 333 do Código de Processo Civil, esclarece:

Pode ocorrer, com efeito, de no processo ser o réu quem afirme fatos constitutivos de direito próprio, assumindo o ônus probatório respectivo; figure-se assim o exemplo de uma ação declaratória onde o autor sustente a inexistência de qualquer relação jurídica entre as partes, enquanto o réu na defesa alegue haver compra e venda mercantil a efetivamente vincular o autor em termos obrigacionais. Ainda em termos de ação declaratória negativa, caso o proponente alegue que nada deve porque já pagou o débito, estará na prática alegando como fundamento central de sua pretensão fato extintivo de um direito do réu, e não

obstante será dele, autor, o ônus da prova do fato assim afirmado.⁴

3.2. Prova da negativa absoluta

Realmente, a prova de uma negativa absoluta é logicamente impossível, e não é razoável que se exija de alguém aquilo que não pode fazer.

Podemos citar nesse contexto vários exemplos de negativas absolutas, cuja comprovação, por quem alega, é impossível. Eu não comprei, feita por quem é apontado como comprador de determinada mercadoria. Eu não recebi, feita por quem se recusa a aceitar uma duplicata emitida por quem diz e prova haver efetuado a venda de determinada mercadoria. Eu não fiz isto, ou aquilo, e assim por diante. Nesses casos, o ônus da prova compete a quem alega o fato, e não a quem o nega.

3.3. O direito à declaração de inexistência da dívida

Ocorre que o direito à declaração da inexistência de uma dívida pode decorrer da não existência do fato gerador dessa dívida, e pode decorrer de um fato que a extinguiu. Por isto mesmo é que, como afirma Fábio Tabosa no trecho acima transcrito, tanto pode o autor da ação declaratória de inexistência de dívida afirmar a inexistência do fato que seria gerador da dívida, como a existência de um fato que seria extintivo da dívida. A diferença resta evidente. No primeiro caso o autor simplesmente nega. Trata-se de negativa absoluta porque o autor não afirma nada. Simplesmente nega. Já no segundo caso o autor afirma, sim, um fato extintivo da dívida. O pagamento, por exemplo. Trata-se da afirmação de um fato, que ao autor cabe provar.

Essa distinção, embora muito simples, parece não ser observada por muitos que escrevem sobre o ônus da prova, que preferem valorizar as condições de autor, e de réu, como partes em um processo, em vez de darem maior ênfase ao que é dito pelo autor, e pelo réu, para, a partir daí, verificarem a qual dos dois cabe o ônus da prova.

3.4. Dispositivo legal expreso

Em se tratando de duplicata mercantil relativa à venda de mercadoria que não ocorreu, ou cuja mercadoria não foi entregue, a Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968, que dispõe sobre as duplicatas, tem dispositivo expreso a dizer que o ônus da prova é de quem afirma, e não de quem nega o fato.

⁴ TABOSA, Fábio. In MARCATO, Antonio Carlos (coord.). **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1003.

Realmente, em seu art. 15, inciso II, alínea “b”, diz que a cobrança judicial de duplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais. Entretanto, quando se tratar de duplicata não aceita, esta deve estar acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria.

Como se vê, temos dispositivo legal expresso estabelecendo que o ônus da prova não é de quem nega, mas de quem afirma o fato. Quem emite a duplicata está afirmando que entregou a mercadoria à qual se refere a duplicata, e somente com a prova documental dessa entrega se faz possível considerar-se existente o título de crédito que o pressupõe.

4. PROVA DA INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA TRIBUTÁRIA

4.1. O ônus da prova no procedimento administrativo

Situação idêntica pode ocorrer no âmbito do Direito Tributário. Conhecemos caso no qual uma empresa teve contra ela lavrado auto de infração, no qual foi afirmado que a mesma deixara de registrar algumas compras de mercadorias, o que configurava inadimplemento da obrigação acessória de registrar aquelas compras. E como o empresário alegava não haver efetuado aquelas compras, o agente do fisco afirmou que a ela competia o dever de provar o que estava alegando, vale dizer, o dever de provar que não realizara as compras em questão.

É evidente, porém, que o ônus da prova neste caso cabia ao agente do fisco, responsável pela lavratura do auto de infração. Ele é que fez a afirmação da existência dos fatos, vale dizer, da realização das questionadas compras. A ele, portanto, cabia o ônus de produzir a prova correspondente.

No procedimento administrativo fiscal um outro aspecto pode ser questionado, que é a presunção de validade dos atos administrativos.

A Constituição Federal assegura a todos o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, além da legalidade, princípio segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Assim, quando alguém se vê obrigado a fazer alguma coisa em face de um ato administrativo, coloca-se a questão do dever de motivação como condição de validade deste.

Realmente, é na motivação do ato administrativo que a autoridade coloca os fatos em face dos quais o praticou. Assim, no contexto da presunção de veracidade do ato administrativo não podemos esquecer o dever de motivação, que está diretamente relacionado à questão da prova. E seria absurdo admitir-se que a presunção de veracidade afasta a necessidade de comprova-

ção dos fatos apontados como pressupostos para a prática do ato administrativo.

Neste sentido é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que ensina:

É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do 'porque' das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis.⁵

Assim, ao lavrar um auto de infração, a autoridade administrativa tem o dever de motivar o seu ato. Não basta dizer que o autuado auferiu rendimentos e não declarou. Ou que violou determinada regra da lei tributária e por isto submete-se a determinada penalidade. É necessário que diga qual foi o fato por ela considerada como obtenção de rendimentos. Ou qual foi o fato por ela considerado como violador da regra legal. Esse dever de motivar o ato administrativo, vale dizer, o auto de infração, não está em conflito com a presunção de veracidade exatamente porque tal presunção de veracidade diz respeito aos fatos afirmados em sua fundamentação.

Por outro lado, a presunção de veracidade do que é afirmado pela autoridade no auto de infração há de ser vista em consonância com o princípio da legalidade tributária, de sorte que, mesmo sem oposição do contribuinte, a autoridade julgadora poderá decidir por sua invalidade.

4.2. O auto de infração e o ônus da prova

No auto de infração a que nos referimos, no qual é afirmado que o contribuinte deixou de cumprir uma obrigação tributária acessória porque deixou de escriturar a compra de determinadas mercadorias, a afirmação do fato compra não escriturada é feita pelo agente público, que tem, portanto, o ônus de fazer a prova correspondente.

O contribuinte, que nega esse fato, não tem o ônus de fazer a prova de uma negativa absoluta. Aliás, se não fosse assim, qualquer agente fiscal poderia lavrar autos de infração contra as empresas em geral, e estas não teriam nunca como demonstrar a improcedência de tais autos de infração.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 113.

5. QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO

5.1. Contextos onde são muitas vezes colocadas

Diz-se que há uma *questão de fato* quando a divergência entre as partes diz respeito aos fatos, considerados em sua pura faticidade. Decorre do fato em si mesmo, independentemente do significado que lhe possa dar a regra jurídica. Diz-se que há uma questão de direito quando a divergência entre as partes diz respeito não ao fato em si mesmo, mas a seu significado jurídico, vale dizer, ao significado que ao fato é dado pela regra jurídica.

Essa distinção, que à primeira vista parece muito clara, às vezes é sutil, como ocorre quando se trata de divergência em qualificar-se uma entidade como *sem fins lucrativos*. Assim, quanto essa divergência situa-se em saber se a entidade efetuou, ou não efetuou distribuição de lucro, podemos dizer que se trata de uma questão de fato. Entretanto, quando a divergência situa-se em saber se determinado fato que é incontroverso configura, ou não, uma distribuição de lucros, essa questão pode ser uma *questão de direito*.

A distinção entre a questão de fato e a questão de direito se mostra com grande importância prática sobretudo quando se cogita do cabimento, ou não, de um recurso especial, ou de um recurso extraordinário, como a seguir será demonstrado.

5.2. Cabimento de REs e de RE

Quanto ao cabimento do Recurso Especial, a vigente Constituição Federal estabelece que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; ou der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal⁶. E quanto ao cabimento do Recurso Extraordinário, estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quanto a decisão recorrida contrariar dispositivo da própria Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição; ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal.⁷

⁶ Constituição Federal de 1988, art. 105, inciso III.

⁷ Constituição Federal de 1988, art. 102, inciso III.

Vê-se, assim, que o cabimento do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário ocorre quando é decidida questão de direito, e não quando é decidida questão de fato. Este é o entendimento pacificamente adotado pela jurisprudência.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, como a questão de saber a quem cabe o ônus da prova pode ser colocada em um processo no qual a parte vencida queira esgotar todas as instâncias, é importante sabermos se a mesma é uma questão de fato ou uma questão de direito.

Pelo que foi visto neste pequeno estudo, podemos afirmar que a questão de saber a quem compete o ônus da prova é uma questão de direito, e enseja, portanto, a interposição de recurso especial, ou extraordinário conforme o contexto no qual seja colocada.

REFERÊNCIAS

BIELSA, Rafael. **Los conceptos jurídicos y su terminología**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987.

MALATESTA, Nicolas Framarino. **Lógica de las pruebas en matéria criminal**. Colômbia: Temis, 1997, tomo I.

MARCATO, Antonio Carlos (coord.). **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.