

## A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/15

**Haroldo Lourenço**

*Doutorando e Mestre em Direito Processual (UNESA).*

*Mestre em Educação (Universidade de Jaén - Espanha).*

*Pós-graduado em Processo Constitucional (UERJ) e Processo Civil (UFF).*

*Advogado, consultor jurídico e parecerista.*

*Professor de Direito Processual Civil na FGV, CURSO FORUM/RJ, EMERJ (Escola da Magistratura do RJ), FESUDEPERJ (Fundação Superior da Defensoria) e ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados).*

*Autor das obras: Manual de Direito Processual Civil (Ed. Forense) e Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC (Ed. Método).*

*Pesquisador do Núcleo de Estudos sobre Direito, Cidadania, Processo e Discurso/PPGD-UNESA.*

*Membro do IBDP, ICPC e ABDPC.*

## **1. Introdução.**

O CPC/15 busca adotar um modelo constitucional de processo, superando vetustos paradigmas (art. 1º do CPC/15). Há, nesse contexto, três modelos processuais: o adversarial, o inquisitorial e o cooperativo.

Um dos primeiros modelos processuais foi o adversarial (dispositivo), onde se assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários (*ex adverso*) diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir<sup>1</sup>. Nesse sistema a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes.

No modelo inquisitorial (não adversarial), que possui a grande marca de pautar-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo, estando as partes a ele submissa.

Atualmente, identifica-se um terceiro modelo, o processo cooperativo (art. 1º c/c 6º CPC/15), onde todos os participantes do processo tem o dever de operarem em conjunto, ou seja, operarem com o propósito da efetiva tutela jurisdicional.

Observe-se que não se pode incorrer no erro de que no modelo cooperativo as partes devem se ajudar reciprocamente, longe disso, pois seria uma utopia. Cooperar significa operar em conjunto, ainda que cada um conforme o seu interesse, mas ambos com o propósito de obter a solução do litígio. Trata-se de um processo participativo e policêntrico, não havendo um protagonista específico.

O magistrado deve adotar uma postura de diálogo com as partes, com os demais sujeitos do processo, esclarecendo suas dúvidas, solicitando esclarecimentos, dando orientações, cada qual dentro das suas funções, mas todos com o objetivo comum de solução do objeto litigioso.<sup>2</sup>

À guisa de ilustração, o órgão jurisdicional tem o dever de esclarecimento quando determinar a emenda a inicial (art. 321), bem como fundamentar analiticamente suas decisões (art. 489 §1º), audiência de saneamento em cooperação (art. 357 §3º), o réu tem o dever de indicar quem é o legitimado passivo quando invocar sua ilegitimidade (art. 338 e 339), sob pena de responsabilidade civil, o direito do pedido do autor ser interpretado compreensivamente (art. 322 §2º) etc.

Nesse sistema se prestigia o auto regramento de vontade das partes, como a inquirição direta das testemunhas (art. 459), possibilidade de negócio jurídico processual (art. 190), calendário processual (art. 191), a perícia consensual (art. 471 §3º) etc.

## **2. Natureza das regras sobre prova.**

Por esse caminho, a dinamização do ônus da prova (art. 373 §1º) se mostra como uma questão central, pois a teoria estática (art. 373) não se sustenta em sua plenitude.

---

<sup>1</sup> JOLOWICZ, J. A. *Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation. On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 177.

<sup>2</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2011 [s.d.]. v. 1, p. 50-51.

Afirma a doutrina, com toda a razão, “que a prova é a alma do processo de conhecimento”<sup>3</sup> e, devido a essa essencialidade, o direito probatório tem passado por significativas mudanças, principalmente pelas construções doutrinárias e jurisprudenciais.

Cumpre, logo de início, ressaltar que as inovações probatórias trazidas pelo CPC/15 somente terão plena eficácia às provas que tenham sido requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início da sua vigência, ou seja, o que importa é que a atividade probatória tenha se iniciado ou tenha sido reaberta com a vigência da nova legislação (art. 1047 CPC/15)<sup>4</sup>.

A prova deve ser compreendida como todo elemento trazido ao processo que possa colaborar na formação da cognição do juiz a respeito da veracidade das alegações fáticas controvertidas e relevantes, além do mais possui íntima relação com o princípio do contraditório, por viabilizar a participação no procedimento de formação da decisão, como afirma a parte final do art. 369 do CPC/15.

Muito já se discutiu sobre a natureza jurídica das normas que regulamentam as provas. Há quem afirme ter natureza processual, pois seria o meio pelo qual o juiz formará a sua convicção a fim de exercer a função jurisdicional, sendo fortemente criticável a opção do Código Civil em também regulamentá-las<sup>5</sup>. Para outros haveria uma natureza mista entre o direito material e processual<sup>6</sup>. Há, ainda, quem visualize uma natureza constitucional<sup>7</sup>.

Creemos haver uma natureza mista de direito processual e constitucional, sendo o meio disponível para o convencimento do magistrado, bem como da tutela do direito lesionado ou ameaçado, portanto, a sua escorreita produção mostra-se como um consectário lógico da ampla defesa (essa, por sua vez, inerente ao *due process of law*), assumindo, assim, a distribuição do ônus de provar peculiar importância no resultado do processo e, por conseguinte, na concretização do direito fundamental de acesso a um provimento jurisdicional justo. As regras de distribuição do ônus da prova é, antes de tudo, um contencioso constitucional.

### **3. Do ônus da prova e suas divisões.**

O art. 373 do CPC/15 disciplina o chamado ônus da prova, que não pode ser confundido com uma obrigação ou um dever. O ônus é um imperativo do próprio interesse da parte, sendo um aproveitamento de uma possibilidade que beneficiará a parte diligente, que se divide em perfeito e imperfeito.<sup>8</sup> O ônus será perfeito quando o seu descumprimento gerar, necessariamente, um prejuízo, como a renúncia ao direito de recorrer. Já o ônus imperfeito ocorre quando o seu descumprimento não gera prejuízo necessariamente, havendo somente a mera possibilidade de que venha a ocorrer um dano à parte que não o

---

<sup>3</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 222.

<sup>4</sup> Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 311.

<sup>5</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil cit.*, 17. ed., p. 374.

<sup>6</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 608.

<sup>7</sup> GODINHO, Renault. *A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais*. *Revista de Direito da EMERJ* v. 10, n. 38, p. 272, 2007. CANOTILHO, J. J. Gomes. *O ônus da prova na jurisdição das liberdades: estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

<sup>8</sup> Maiores considerações: LOURENÇO, Haroldo. *Teoria Dinâmica do ônus da prova no Novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 28.

cumpriu, como, por exemplo, a falta de contestação. Trata-se, portanto, o ônus de provar de um ônus imperfeito, pois não necessariamente o prejuízo ocorrerá.

Diferencia-se da obrigação, pois esta, quando realizada, beneficiará a parte alheia, e, se não realizada, seu descumprimento dará ensejo a um cumprimento forçado; de igual modo, não se confunde com o dever, pois este é uma regra de conduta, que também pode gerar sanções (art. 80 do CPC/15).

O ônus da prova se divide em ônus subjetivo e objetivo. No ônus subjetivo, irá se indagar quem deverá provar. De acordo com o art. 373, *caput*, do CPC, adotou-se uma regra subjetiva e estática, ou seja, analisa-se a posição da parte em juízo, bem como a natureza dos fatos. Ao autor cabe provar o fato constitutivo do seu direito e, ao réu, os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

Ocorre que tal ônus tem pouca influência depois de produzida a prova, pois esta não pertencerá mais às partes que as produziram mas, sim, ao processo, por força do princípio da comunhão ou aquisição da prova (art. 371, 2ª parte). De igual modo, nada obsta que, por exemplo, o réu prove a inexistência do fato constitutivo do direito do autor, mesmo não sendo ônus seu realizar tal prova. Tal situação é denominada pela doutrina como ônus da contraprova.<sup>9</sup>

Por outro lado, não pode o magistrado se abster de sentenciar, pois nosso ordenamento veda, na forma do art. 140, o *non liquet* (abster-se). Nesse sentido, o julgador terá que se valer do chamado ônus objetivo, que é, na verdade, uma regra de julgamento, ou seja, no momento de julgar a causa, o magistrado irá analisar quem assumiu o risco pela não produção da prova – se o autor não produziu prova sobre o fato constitutivo, seu pedido será julgado improcedente; se o réu não conseguiu provar o fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor, o pedido será julgado procedente.

#### **4. Sistema de valoração: [livre] convencimento motivado ou persuasão racional.**

O sistema de valoração da prova brasileiro passou por uma releitura, o que se nota pelo cotejo do art. 131 do CPC/73 com o art. 371 do CPC/15, onde foi suprimida expressão “livremente”, a qual, diga-se de passagem, nunca constou no art. 93, IX da CR/88.

A apreciação da prova pelo magistrado não é tão livre assim, está limitado a outros valores constitucionais.

Nessa linha, a partir do CPC/2015 o magistrado apreciará a prova, mas não tão livre ou discricionariamente com outrora se poderia cogitar<sup>10</sup>, buscando uma melhor racionalização, justamente para se evitar graves problemas como a dispersão jurisprudencial e as arbitrariedades<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil* cit., 17. ed., p. 379.

<sup>10</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 228. Afirmando que o sistema de livre convencimento motivado foi mantido: TAKAHASHI DE SIQUEIRA, Isabela Campos Vidigal. *Primeiras lições sobre o novo direito processual brasileiro*. Coord. Humberto Theodoro Júnior, Fernanda Ribeiro de Oliveira, Ester Camila Gomes Norata de Rezende. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 276.

<sup>11</sup> LOURENÇO, Haroldo. *Teoria Dinâmica do Ônus da Prova do Novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 37. BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 312. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 103.

Talvez uma das mudanças mais simbólicas com o CPC/15, influência nas provocações de Lênio Streck, onde na aplicação do convencimento motivado devem ser observadas as (i) provas dos autos, como um corolário do contraditório; (ii) uma motivação racional, para que racionalmente possa ser controlada, sem discursos retóricos e vazios.

Diante desse sistema, do convencimento motivado ou persuasão racional, adotado pelo ordenamento brasileiro, não há uma hierarquia entre as cargas probatórias, não havendo provas mais, ou menos, importantes.

## **5. Produção probatória pelo juízo.**

Muito já se cogitou sobre o fato de ser o magistrado figura imparcial e desinteressada do resultado do processo, confundindo-se imparcialidade com omissão e neutralidade,<sup>12</sup> contudo, se o julgador é um sujeito processo, tendo dever de cooperar juntamente com as partes na solução do litígio, não podendo ser um mero expectador.

A iniciativa probatória é, assim, comum ao juiz (modelo inquisitivo) e às partes (modelo dispositivo ou adversarial).<sup>13</sup>

Não se poderia falar em parcialidade ou violação à inércia, na hipótese de o magistrado produzir provas de ofício, eis que ele próprio não sabe qual resultado será obtido com a produção da prova, não tendo como ser parcial ou tendencioso.

Trata-se, a rigor, do magistrado cooperar, ou seja, operar em conjunto com as partes na solução do litígio (modelo cooperativo ou coparticipativo de processo). A interferência do magistrado na fase probatória não o torna parcial, pelo contrário.<sup>14</sup>

Cumpra registrar que, mesmo com essa liberdade na atividade probatória, determinada a produção de certa prova, tal ato deverá ser fundamentado, principalmente quando se tratar de decisão que determina a quebra do sigilo bancário, fiscal e comercial e os limites a que se sujeitam as partes no arrolamento de testemunhas. Não se mostra razoável a decisão que se limita a deferir o pedido, como por exemplo, de expedição de ofícios a órgãos públicos, o que, de maneira alguma, pode ser tolerado como fundamentação adequada ou suficiente à determinação de quebra do sigilo bancário, fiscal e comercial.

Assevera-se que, apesar de o sigilo bancário, fiscal e comercial não consubstanciarem direito absoluto diante da prevalência do interesse público sobre o privado, notadamente, na apuração de possível conduta ilícita, essa decisão não pode deixar de ter fundamentação adequada quanto à sua efetiva necessidade.<sup>15</sup>

## **6. Das distribuições do ônus da prova.**

O ônus da prova pode ser distribuído de três formas: (i) de maneira legal (sistema *ope legis*), (ii) de maneira judicial (*ope iudicis*) e (iii) de maneira convencional.

<sup>12</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* cit., 3. ed., p. 421-422.

<sup>13</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil* cit., 4. ed., p. 184. No mesmo sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *RePro* 35-181; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 48.

<sup>14</sup> *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 108. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito processual coletivo e o anteprojeto brasileiro de processos coletivos*. (Coord.). GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABLE, Kazuo. São Paulo: RT, 2007. p. 246.

<sup>15</sup> Informativo 477: STJ, REsp 1.028.315/BA, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.06.2011.

A distribuição realizada pelo legislador (*ope legis*) é prévia e estática, sendo invariável diante das peculiaridades da causa, por outro lado, a distribuição feita pelo juiz (*ope iudicis*) ou pelas partes é dinâmica, casuística, ou seja, à luz das peculiaridades do caso concreto.

### **6.1. Atribuição *ope legis*.**

A atribuição legal é encontrada no art. 373 do CPC/15, o denominado ônus subjetivo como visto, cabendo a cada parte o ônus de demonstrar as alegações fáticas que suscitarem, portanto, leva-se em conta (i) a posição das partes em juízo, (ii) a natureza dos fatos e (iii) o interesse em se provar tal fato.

Essa é a regra geral que estrutura o processo civil e, diante de tais circunstâncias, o mesmo legislador que criou a regra a modifica, nas chamadas “inversões *ope legis*”, em uma técnica de redimensionamento das regras do ônus da prova. Novamente, por ser uma redistribuição prevista em lei, é apriorística, independente do caso concreto e da atuação do juiz. A rigor, não há uma inversão, pois, na verdade, o legislador cria uma nova regra, excepcionando a regra geral do art. 373 do CPC/15, gerando uma presunção legal relativa.

Talvez o melhor exemplo é o da prova na propaganda enganosa, prevista no art. 38 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), onde o legislador impõe a prova da veracidade e correção da informação ou comunicação a quem a patrocinou.

### **6.2. Distribuição *ope iudicis*.**

No campo das provas cíveis, importantíssima é a consagração da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova<sup>16</sup> no ordenamento jurídico brasileiro, onde se autoriza que o juiz, preenchidos certos requisitos, redistribuir o ônus da prova caso a caso. Perceba-se, como informado, que a distribuição dinâmica também pode ser convencional, mas nesse momento trataremos da judicial.

Segundo essa teoria, o ônus da prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, diante das circunstâncias fáticas presentes no caso concreto, flexibilizando-se, sensivelmente, o sistema estático e abstratamente consagrado secularmente em nosso ordenamento.

O sistema estático e abstrato foi mantido pelo legislador, como se observa do art. 373 em seus incisos, contudo, no §1º prevê a possibilidade de aplicação de tal teoria pelo juiz no caso concreto, diante de peculiaridades da causa relacionadas à (i) impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou (ii) à maior facilitação da prova do fato contrário, desde que em (iii) decisão fundamentada e (iv) respeitando-se o contraditório.

Perceba-se que a dinamização do ônus da prova pelo juiz é excepcional, dependendo do reconhecimento dos quatro pressupostos do art. 373 §1º CPC/15. O CDC também traz previsão de dinamização do ônus da prova por decisão judicial (*ope iudicis*), contudo sempre para favorecer o consumidor (art. 6º, VIII do CDC), porém a dinamização prevista

---

<sup>16</sup> Melhor analisando o tema: LOURENÇO, Haroldo. *Teoria Dinâmica do Ônus da Prova do Novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

no art. 373 §1º do CPC/15 não faz tal distinção, ou seja, pode ser para o autor ou para o réu.

Perceba-se que não se pode confundir a *regra que inverte (cria, na verdade, outra regra), com a regra que autoriza a inversão*. No caso da propaganda enganosa o legislador já “inverte”, ou cria uma nova regra (art. 38 CDC). Já no casos do art. 6º, VIII do CDC o legislador autoriza a inversão. De igual modo, nas hipóteses onde o legislador já inverte ocorrerá uma regra de julgamento (ônus objetivo), enquanto nas hipóteses onde se autoriza a distribuição haverá uma regra de procedimento.

A aplicação de tal teoria já era admitido pelo STJ em ações civis ambientais<sup>17</sup>, na tutela do idoso<sup>18</sup>, bem como em outras hipóteses, em uma interpretação sistemática da legislação processual<sup>19</sup>.

Consagra-se, assim, no Brasil um sistema misto, onde poderá ser aplicado o sistema estático, bem como o sistema dinâmico de distribuição do ônus da prova.

Havia discussão acerca do momento adequado para essa alteração da regra sobre o ônus da prova, o STJ<sup>20</sup> já pacificou o entendimento de que seria na fase de saneamento do processo, a fim de permitir, à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas, o que foi consagrado no CPC/15, como se observa do art. 357, III, afirmando que tal redistribuição do ônus da prova deverá ser realizada no saneamento do processo.

Além disso, o §2º do aludido artigo 373 do CPC/15 dispõe que a decisão de redistribuição do ônus da prova não pode gerar “*situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil*”. Em outras palavras, é dizer que, caso a prova seja “diabólica” para todas as partes da demanda, o juiz deverá decidir com base nas outras provas eventualmente produzidas, nas regras da experiência e nas presunções.

A decisão que dinamiza o ônus da prova é recorrível por agravo de instrumento (art. 1.015, XI, CPC/2015), contudo, a decisão que não distribui é irrecorrível e, se for o caso, a parte interessada deverá impugná-la por ocasião da apelação ou das contrarrazões (art. 1009, § 1º, CPC/2015).<sup>21</sup> Perceba-se que é irrecorrível nesse momento pois se está mantendo a regra geral, a teoria estática.

### **6.3. Distribuição convencional.**

Cabe mencionar que a possibilidade de distribuição diversa do ônus da prova ainda é possível por convenção das partes, o que já era possível pelo art. 333, parágrafo único do CPC/73, ampliada pelo CPC/15, com as mesmas exceções já existentes (quando recair sobre direito indisponível da parte ou quando tornar excessivamente difícil a uma parte o

<sup>17</sup> STJ, 2ª T., REsp 1.060.753/SP, rel. Min. Eliana Calmon, julgado 01.12.2009.

<sup>18</sup> STJ, 3ª T., Edcl no Resp 1.286.704/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado 26.11.2013.

<sup>19</sup> STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 216.315/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado 23.10.2012.

<sup>20</sup> STJ, 2ª T., AgRg no REsp 1.450.473/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado 23.09.2014.

<sup>21</sup> Nesse sentido: Enunciado 9 FPPC: A decisão que não redistribui o ônus da prova não é impugnável por agravo de instrumento, conforme dispõem os arts. 381, § 1º, e 1.022, havendo preclusão na ausência de protesto, na forma do art. 1.022, §§ 1º e 2º. LOURENÇO, Haroldo. *Teoria Dinâmica do Ônus da Prova do Novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 122-123. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 122-123.

exercício do direito), como se observa do art. 373 §3º, podendo o acordo ser celebrado antes ou durante a demanda (§4º).

Há, nesses casos, um típico negócio jurídico processual (art. 190 CPC), podendo recair sobre qualquer fato, sendo extremamente útil, produzindo efeitos imediatos (art. 200 CPC/15). Ressalta-se que as convenções probatórias não inibem a iniciativa probatória por parte do magistrado (art. 370 CPC/15). O art. 51, VI do CDC cuida da nulidade de tal convenção que imponha ao consumidor o ônus de provas suas alegações. Trata-se, a rigor, como se existisse um terceiro inciso no art. 373 §3º do CPC/15.

## **7. Princípio da aquisição da prova e direito adquirido.**

O princípio da comunhão da prova também tem sua importância no momento anterior à produção e valoração da prova, ou seja, ainda na fase de exame de sua admissibilidade.

Sendo requerida e admitida a prova, pode o requerente dela desistir de sua produção? Haveria um direito adquirido à prova pela parte adversária ou do litisconsorte do requerente? Em aplicação do princípio da aquisição da prova, para tal desistência será necessária a anuência da parte adversária (e/ou do litisconsorte do requerente), eis que já está consolidado em sua esfera jurídica o direito àquela prova, afinal a prova não é de quem requereu, nem do seu adversário (ou seu litisconsorte), mas do processo.

De igual modo, uma vez determinada a prova de ofício, pode o juiz dela desistir ou haveria direito adquirido de ambas as partes à sua produção? Pelas mesmas razões há também aqui direito à produção da prova incorporado ao patrimônio jurídico das partes, devendo o juiz ouvir ambas e contar com sua anuência para cancelar a diligência probatória.

## **8. Prova diabólica e negativa.**

Distinção interessante é entre a prova negativa e a prova diabólica. Nem toda prova negativa é uma prova diabólica, mas toda prova diabólica é negativa.

Prova diabólica é aquela impossível de ser demonstrada, senão muito difícil, como a prova de não ser a parte proprietária de nenhum outro imóvel, para a ação de usucapião especial.<sup>22</sup>

A prova negativa somente será diabólica se for uma negativa genérica, pois esta, nenhum meio de prova é capaz de produzi-la, por exemplo, impossível a prova de que nunca se esteve em um determinado lugar.

Já a prova negativa definida ou específica pode ser provada, não sendo, portanto, uma prova diabólica. Por exemplo, pode-se afirmar que no dia tal, a parte não estava em determinado lugar, um fato negativo, provando-se que se estava em outro.

Há, portanto, hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato

---

<sup>22</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 2. *Direito probatório, decisão judicial, cumprimento de sentença e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 60.



contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de “prova negativa”, ou “impossível”.<sup>23</sup>

Toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação dos fatos contrários ou diversos. Quem diz que algo é móvel, diz que não é imóvel; quem diz maior, diz que não é menor. Nesse sentido, ao se alegar que não estava no Rio de Janeiro no dia tal, pode-se provar tal fato negativo com a prova de que se estava em outro lugar nesse mesmo dia. Agora, provar que nunca esteve no Rio é uma prova diabólica ou uma negativa genérica, realmente impossível de ser realizada, contudo, a parte contrária poderá provar que tal alegação é falsa, demonstrando que tal pessoa já esteve no Rio.

---

<sup>23</sup> Trecho da ementa: STJ, REsp 422.778/SP, rel. Min. Castro Filho, rel. p/ acórdão Nancy Andrichi, j. 19.06.2007.