

O ônus probatório e a teoria da verossimilhança preponderante

Luiz Fernando Valladão Nogueira¹

Resumo. A pretensão do presente estudo é, a partir da fixação de certas premissas, mostrar que há base legal para que se evite injustiças diante de um quadro inconclusivo sob a ótica probatória. Trata-se, em última análise, da teoria da verossimilhança preponderante, a qual permite que o magistrado, valendo-se daquilo que ordinariamente acontece e de uma análise das probabilidades, sobretudo se assimiladas as posturas das partes no curso do processo, julgue a demanda a favor de quem não conseguiu se desincumbir do seu encargo probatório.

Summary. The intention of the present study is, based on the establishment of certain premises, to show that there is a legal basis for avoiding injustices in the face of an inconclusive situation from an evidentiary perspective. Ultimately, this is the theory of preponderant likelihood, which allows the magistrate, using what ordinarily happens and an analysis of probabilities, especially if the positions of the parties during the course of the process are assimilated, to judge the demand favor of those who were unable to fulfill their burden of proof.

PALAVRAS CHAVES – Teoria da Verossimilhança Preponderante – Ônus da prova – Distribuição estática e dinâmica.

KEY WORDS – Preponderant Likelihood Theory – Burden of proof – Static and dynamic distribution.

¹ Advogado. Procurador do Município de Belo Horizonte. Autor de obras jurídicas, dentre elas dos Livros “Recursos e Procedimentos nos Tribunais no CPC” (ed. D’Plácido, 6ª ed) e “Recurso Especial” (ed. Del Rey, 5ª ed).

1. Rápida reflexão sobre dever e ônus processuais.

O estudo sobre a produção das provas pelas partes e sua avaliação perpassa ao redor da conceituação sobre ônus e dever. Ou seja, há que se definir, numa análise global normativa, se a produção de provas pelas partes consiste em dever ou ônus.

Diga-se, na tentativa de conceituar sob a ótica estritamente jurídica, que há dever ao sujeito quando existe encargo a si atribuído e em benefício de terceiro, com previsão de consequência negativa caso descumprido. O dever é uma imposição obrigatória e, se descumprido, pode prejudicar terceiro e criar-lhe um direito subjetivo contra o agente que descumpriu.

E, de outro lado, há ônus se o encargo atribuído, caso descumprido, prejudicar a si próprio. Logo, como não prejudica terceiro, é faculdade daquele a quem é direcionado.

Assim é que, por exemplo, o dever legal dos pais de criar e educar os filhos – art. 1634 I CC – pode trazer consequências aos menores e, se inobservado, pode ensejar a alteração da guarda (art. 1584 § 4º CC) ou a perda do poder familiar (art. 1638 CC). Ainda exemplificando, a quebra do dever do contribuinte de cumprir, perante o sujeito ativo da relação tributária, a obrigação principal ou a acessória, pode trazer a consequência de ver a efetuação de lançamento tributário e consequente cobrança em seu desproveito (art. 142 CTN).

De outro lado, a própria legislação processual estipula ônus aos litigantes que, se inobservados, não prejudicam terceiros, mas ao próprio *onerado*.

A faculdade dada ao exequente de protestar o título (art. 517 CPC), se não colocada em prática, não prejudica terceiros e está longe de ser um ilícito. Na realidade, o ônus de protestar, se não implementado, prejudica ao próprio

exequente. Eis – repita-se – um exemplo de ônus processual. De igual forma, o ônus de apresentar a memória de cálculos que evidencie o que o devedor acha ser o valor efetivamente devido (art. 917 § 3º CPC), se descumprido, apenas prejudica a si próprio (§ 4º).

Essa perigosa e tormentosa conceituação tem apenas o mérito de ajudar, de início, na identificação das consequências pelo (des)cumprimento dos encargos probatórios pelas partes. Dito de outra forma, o denominado – pelo próprio legislador – “*ônus da prova*” –, tendo em vista a distinção alhures realizada, prejudica, caso inobservado, apenas à parte onerada.

Com efeito, se a parte não prova aquilo que propõe em sua petição inicial ou contestação, o prejuízo é só dela e não estará prejudicando terceiro.

Em princípio, tal assertiva parece verdadeira e insofismável, mas vale refletir um pouco mais sobre certas situações específicas.

2. Distribuição dinâmica X carga estática.

A regra da distribuição estática, ao menos na literalidade do CPC/73, era vigente. Assim é que, quase de forma matemática, dizia o art. 333 CPC competir ao autor a produção de prova sobre os fatos constitutivos do seu direito, enquanto ao réu demonstrar aqueles impeditivos, modificativos ou extintivos.

O aludido sistema não resolvia diversas situações, mormente aquelas que consubstanciavam a apelidada *prova diabólica*. Ou seja, muitas vezes o autor não tinha como provar determinado fato negativo, o qual era necessário para corroborar a constituição de seu direito, e, como consequência de sua inevitável inércia, teria que, como regra geral, sair derrotado da demanda.

Alguns diplomas legais específicos e a própria jurisprudência, diante dessa lacuna, foram agregando a ideia da inversão do ônus da

prova. Ela – a inversão – ajudava no tocante a determinados casuísmos, porém, no fundo, trazia o sistema estático de forma invertida (o réu passava a obrigatoriamente ter o ônus de provar, sob pena de automática procedência do pedido).

O fato é que o Código de Defesa do Consumidor consubstanciou a inversão², exigindo os requisitos da verossimilhança da alegação e da hipossuficiência do consumidor. De igual forma, a Medida Provisória 2172-32/2001³ traz a inversão em prol daquele que é vitimado pela prática da agiotagem. A súmula 618 STJ⁴, a partir de válida interpretação sistemática, também trouxe a inversão no campo ambiental.

Na realidade, no plano legal a distribuição dinâmica dos ônus da prova ganhou corpo com o Código de Processo Civil de 2015, tal como se verá mais adiante.

Porém, a interpretação sistemática do Código anterior já permitia perceber que a distribuição dinâmica consistia numa realidade. Faltava, apenas, o próprio legislador assimilá-la expressamente e de forma geral.

Com efeito, ainda que na vigência do CPC antigo, não se podia admitir a ideia de automática improcedência do pedido inicial mesmo com o insucesso probatório do autor (distribuição estática), *caso o réu fosse revel*. Sim, em casos tais, haveria uma presunção – relativa é verdade – que permitiria dizer serem

² Art. 6º . São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

³ Art. 3º Nas ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto nesta Medida Provisória, incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação.

⁴ A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental.

verdadeiros os fatos articulados pelo autor. Assim dizia o art. 319 CPC/73, presunção essa adotada também pelo art. 344 CPC/15. Por exemplo, se o réu não oferece contestação e recai na revelia numa ação em que o autor pretende ser indenizado por determinado acidente de trânsito, o juiz poderá, mesmo sem dilação probatória, acatar a versão autoral e dar pela procedência do pedido. Ou seja, mesmo sem cumprir o ônus probatório, o autor sairá vitorioso.

Também não haveria automática improcedência do pedido, mesmo que o autor não provasse o fato constitutivo do seu direito, quando esse fosse notório. Assim dizia o 334 I CPC/73, tal qual o faz o art. 374 I CPC/15. É o caso, por exemplo, daquele pretendente à revisão do valor locativo, que foi inerte quanto à prova de que o mercado imobiliário teve uma queda, mas pôde apontar a notoriedade do que aconteceu em determinado momento histórico, triste e recessivo, como se deu na pandemia da COVID. Em casos tais, o juiz poderá diminuir o valor locativo, ante a notoriedade sobre o encolhimento do mercado imobiliário e paralização total de várias atividades.

De igual forma, ignora-se o ônus probatório quanto à demonstração daquilo que ordinariamente acontece na vida de todos nós. Com efeito, o autor de ação indenizatória pela qual quer receber valores para compensar os danos morais está dispensado de evidenciar o sofrimento pelo luto advindo da perda de ente querido. Trata-se de algo que, mesmo sem prova, o juiz aceita como verdadeiro, porquanto é o que se assimila pelas regras experiência comum e assim permite o art. 375 CPC/15 (da mesma forma que permitia o art. 335 CPC/73).

A jurisprudência do STJ já dizia, na época em que vigorava o CPC/73, que, *“embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática de nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição*

dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso”⁵.

Enfim, diante dessa realidade, eis que se deu a adoção da distribuição dinâmica pelo CPC/15. De fato, o artigo 373 do código atual, nos seus incisos I e II, repete a regra geral de que ao autor incumbe a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu do fato impeditivo, modificativo ou extintivo daquele mesmo direito.

A novidade está, em especial, nos parágrafos 2º e 3º:

§ 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 pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Portanto, o código processual permite a distribuição do ônus da prova de forma diferente da regra geral, para as hipóteses em que àquele que teria a incumbência revela-se impossível ou excessivamente difícil cumprir o encargo. Da mesma forma, assim ocorrerá se aquele que não teria a incumbência tem, todavia, maior facilidade para obter a prova. O legislador ainda fez a ressalva óbvia, no sentido

⁵ (Recurso Especial 1.286.704-SP, rela. Ministra Nancy Andriahi, DJe 28/10/2013)

de que tal inversão não pode gerar incumbência que se revele também impossível ou excessivamente difícil.

Assim é que, por exemplo, numa ação que envolva acusação de erro médico pode acontecer de o paciente-autor ter extrema dificuldade de mostrar o nexo de causalidade entre o seu prejuízo e a imperícia do profissional; contudo, em casos tais, até mesmo pelo seu conhecimento técnico pode ser mais viável ao médico produzir prova em sentido contrário.

Ainda com o intuito de exemplificar, tem-se que numa ação contra determinada entidade bancária é muito mais fácil à parte ré produzir prova de que não procedeu à movimentação ilícita na conta do cliente. Ela tem acesso aos extratos e demais elementos contábeis, com muita mais facilidade que a parte autora.

Por derradeiro, pode-se lembrar que a prova do pagamento pode ser realizada pelo réu numa ação de cobrança, bastando trazer aos autos o recibo de quitação ou mesmo outra comprovação como a transferência de dinheiro para a conta do autor. Já para este é praticamente impossível fazer a prova negativa de que não recebeu o seu crédito.

Pois bem, tem-se um sistema legal que permite adequações na distribuição dos encargos probatórios, de maneira a oportunizar ao juiz dar solução justa à lide.

Porém, ainda assim, há situações em que há insuficiência probatória nos autos sobre determinado fato essencial ao equacionamento da lide. Contudo, o julgamento desfavorável à parte que deveria provar tal fato se revela injusto. Aí é que se deve considerar a teoria da verossimilhança preponderante, sobre a qual dedicaremos adiante algumas reflexões.

3. Teoria da verossimilhança preponderante e o afastamento da injustiça.

Sabe-se que o processo não pode e nem deve ser um jogo cheio de armadilhas, do qual sai vencedor o mais esperto. Não faz sentido, sob a ótica ética, que assim o seja.

Ao contrário, o legislador trouxe, literalmente, o dever da cooperação entre os sujeitos do processo (art. 6º CPC). Além disso, espera-se da parte atitudes sempre marcadas pela boa-fé (art. 5º CPC). Esses critérios literalizados pelo legislador não podem apenas figurar como adornos ou proposições poéticas. Mais do que isso, há que se extrair consequências para aquela parte que não estiver atenta a esses deveres.

Aliás, no campo probatório o Código de Processo Civil (art. 378) chega a impor essa postura, de forma bem clara e objetiva: “*ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade*”.

Ora, o *descobrimento da verdade* se dá pelos meios probatórios, sendo que, quando o legislador usa a expressão “*ninguém*” significa que nenhum sujeito do processo está excluído desse dever de colaboração. Dito de outra forma, tem-se que as *partes* também devem colaborar para a descoberta da verdade.

Isso significa que não se aceita o jogo pelo qual as partes escondam fatos que poderiam trazer aos autos do processo, apenas com o propósito de alcançar este ou aquele resultado pela sentença.

Também aqui a proposição legal não pode soar meramente como retórica. Há que se extrair consequências em função da parte sonegar informações relevantes.

Quer se chegar, agora, a uma lógica pela qual o juiz pode extrair a ocorrência de alguns fatos considerando a própria postura processual das partes, agregando a isso uma perspectiva de probabilidades.

É o caso daquela situação em que a parte poderia apresentar determinado documento esclarecedor ou requerer determinada prova, mas não o faz com o intuito de sonegar certo fato, o qual, pelo enredo até então desenhado, tudo indica ter ocorrido.

Aí está a teoria da verossimilhança preponderante, a qual encampa a distribuição dinâmica dos encargos probatórios, mas assim o faz num contexto diferente. À luz de tal teoria, o magistrado irá decidir mesmo que contrariamente àquele que não desincumbiu de seu ônus, tendo em vista que a marcha processual e a sequência dos acontecimentos faz crer ter ocorrido determinado fato, ainda que ele seja incomprovado.

Veja-se, em seguida, dois precedentes do STJ que admitem a teoria da verossimilhança:

DIREITO EMPRESARIAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. NATUREZA JURÍDICA DE AÇÃO INCIDENTAL DE CONHECIMENTO. APLICAÇÃO DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA INCIDENTES NO PROCEDIMENTO COMUM DA FASE DE CONHECIMENTO. ÔNUS DA PROVA. REGRA DE JULGAMENTO RESIDUAL. ASPECTO SUBJETIVO QUE APENAS TEM RELEVÂNCIA SE AUSENTE OU INSUFICIENTE A PROVA COLHIDA, COMO MEIO DE EVITAR O NON LIQUET. PREVALÊNCIA DO ASPECTO OBJETIVO. PROVA DE FATO

RELATIVAMENTE NEGATIVO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE PROVA IMPOSSÍVEL OU DIABÓLICA. POSSIBILIDADE DE PROVA DE FATOS POSITIVOS CORRESPONDENTES À DISPOSIÇÃO DA PARTE A QUEM CABIA A PROVA. INÉRCIA E OMISSÃO PROBATÓRIA. CONDUTA CENSURÁVEL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA COOPERAÇÃO E AO DEVER DE VERACIDADE. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. SUCESSÃO EMPRESARIAL SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADA POR MEIO DE PROVAS INDIRETAS OU INDICIÁRIAS QUE, EXAMINADAS À LUZ DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA, REVELARAM-SE APTAS A FORMAÇÃO DE JUÍZO DE VEROSSIMILHANÇA PREPONDERANTE. 1- Ação distribuída em 18/12/2013. Recurso especial interposto em 11/12/2015 e atribuídos à Relatora em 03/07/2017.

2- Os propósitos recursais consistem em definir: (i) a partir das regras de distribuição do ônus da prova, a quem caberia comprovar a existência de sucessão entre empresas, se ao autor ou ao réu dos embargos à execução; (ii) *se é admissível, na hipótese em discussão que envolve a existência de sucessão empresarial, o julgamento com base em máximas de experiência e em prova indiciária, dispensando-se a produção da prova técnica.*

3- Nos embargos à execução, cuja natureza jurídica é de ação incidental de conhecimento, aplicam-se, em princípio, as mesmas regras de distribuição do ônus da

prova previstas para o procedimento comum da fase de conhecimento.

4- As regras relacionadas à distribuição do ônus da prova apenas devem merecer a atenção do julgador nas hipóteses de ausência ou de insuficiência de esclarecimento acerca da matéria fática - ônus da prova sob a ótica objetiva, de modo que devem ser consideradas regras de julgamento incidentes, em caráter residual, apenas com a finalidade de evitar a inexistência de decisão sobre o litígio, ocasião em que se deverá investigar a quem cabia a prova - ônus da prova sob a ótica subjetiva.

5- Hipótese em que não se verifica a ausência ou insuficiência de esclarecimentos acerca da existência de sucessão empresarial, pois a prova, conquanto indireta ou indiciária, foi suficientemente produzida.

6- A demonstração da inexistência de fato relativamente negativo não se configura prova impossível ou diabólica, suscetíveis de comprovação mediante a adequada produção da prova dos fatos positivos que lhe sejam correspondentes, ônus de que não se desincumbiu a autora dos embargos à execução, ciente e possuidora dos elementos probatórios aptos a demonstrar a veracidade da versão por ela apresentada.

7- São inadmissíveis a postura de inércia probatória e a omissão proposital de informações aptas a elucidação das questões controvertidas por quem comprovadamente detinha condições de apresentá-las, configurando esta

conduta violação aos princípios da boa-fé e da cooperação em matéria instrutória, extraível a partir do art. 339 do CPC/73.

8- Embora a produção de prova pericial pudesse, em tese, qualificar o acervo probatório produzido, a sua não realização não acarreta modificação no julgado que reconheceu a existência de sucessão empresarial com base em verossimilhança preponderante, lastreado em suficientes provas indiciárias ou indiretas, examinadas à luz das máximas de experiência e que demonstram que a formação da convicção dos julgadores ocorreu mediante um incensurável juízo de probabilidade lógica.

9- Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp n. 1.698.696/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 2/8/2018, DJe de 17/8/2018.)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS E REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. NEXO CAUSAL. LAUDO PERICIAL INCONCLUSIVO.

LIVRE CONVENCIMENTO RACIONAL. REANÁLISE DE PROVAS. 1. Ação rescisória ajuizada em 28/03/2014. Recurso especial interposto em 15/03/2016 e atribuído a este Gabinete em 21/09/2017.

2. O propósito recursal consiste em analisar o cabimento da ação rescisória contra o acórdão do TJ/SP, que entendeu pela ilegalidade de "critério de julgamento" contido no acórdão rescindendo, *fundamento em juízos de probabilidade para a determinação do nexo de causalidade entre os danos suportados pela recorrente e o medicamento então comercializado pela recorrida.*

3. Ausentes a omissão, a contradição e o erro material, não há violação ao art. 1.022 do CPC/2015.

4. O pressuposto da ação rescisória é que a decisão impugnada tenha contrariado a literalidade do dispositivo legal suscitado, atribuindo-lhe interpretação jurídica absolutamente insustentável.

5. A ação rescisória, por sua força e importância institucional, é medida de extrema gravidade que deve ser manejada apenas em hipóteses excepcionais, demandando seriedade e ponderação ao requerente. De acordo com a jurisprudência do STJ, a hipótese do art. 485, V, do CPC/1973 pressupõe que a exegese conferida à lei, no acórdão rescindendo, represente clara infringência ao Direito em tese.

6. O juiz deve formar seu convencimento a partir dos elementos trazidos a juízo, mas constitui prerrogativa sua apreciar livremente a prova produzida.

7. *A teoria da verossimilhança preponderante, segundo a qual a parte que ostentar posição mais*

verossímil em relação à outra deve ser beneficiada pelo resultado do julgamento, é compatível com o ordenamento jurídico-processual brasileiro, desde que invocada para servir de lastro à superação do estado de dúvida do julgador.

8. Na hipótese, é possível constatar que não existe violação literal a dispositivo de lei no acórdão rescindido.

9. Necessidade de retorno dos autos ao Tribunal de origem para apreciação de alegação de existência de documentos novos (art. 485, VII, do CPC/73).

10. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp n. 1.738.015/SP, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 12/2/2019, DJe de 15/2/2019.)

Com efeito, trata-se – a teoria da verossimilhança preponderante – de mecanismo pelo qual o magistrado supera os critérios de distribuição de ônus da prova e se vale, inclusive, do aqui já citado regramento do art. 375 CPC (regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece).

Imagine-se, por exemplo, determinado fazendeiro que perdeu toda a sua lavoura por conta, segundo ele, de sementes adquiridas e que, ao contrário do que se esperava e era divulgado pelo fabricante, não resistiram a determinada praga.

E, ainda na linha imaginativa, suponha-se que o fazendeiro – autor da ação indenizatória movida contra a fabricante – faça a prova de que adquiriu a semente e que perdeu sua lavoura por conta de uma praga. Mas, no caso aqui imaginado, a tese da fabricante é que foi outra a praga que atingiu a lavoura, e não aquela da qual as plantas geradas pelas sementes deveriam resistir.

O processo aqui exemplificado recebeu decisão saneadora, pela qual os ônus seguiriam a regra geral, o que significa dizer que o autor deveria provar o nexo de causalidade. Mas ficou a dúvida: foi mesmo aquela praga (aquela que, segundo propaganda da fabricante, não seria apta a atingir a plantação) que acometeu a lavoura?

Isso porque, no exemplo aqui dado, a perícia foi inconclusiva, mesmo tendo sido requerida e custeada pela parte autora. Ou seja, o fazendeiro não conseguiu provar o nexo de causalidade e a sua pretensão deveria ser julgada improcedente.

Mas – convenhamos – a fabricante poderia ter colaborado com a prova pericial e trazido mais elementos advindos de sua experiência no ramo. Aliás, é estranho que a ré se opôs à realização da perícia, tendo lutado para que ela fosse indeferida. E – relevante ainda – tem-se notícia de que tal praga (aquela que não deveria arruinar a plantação, em razão do que dizia a embalagem da semente adquirida) aconteceu em localidades próximas.

Imaginemos a situação do magistrado que julgará a hipotética demanda: o autor tentou, a todo custo, fazer a prova, contra a qual a ré se opôs e até dificultou sua realização; tudo indica que a ré queria esconder a verdade; há notícias concretas de fatos similares naquela região; mas, à luz da distribuição do ônus da prova e da inconclusividade da perícia, a demanda do fazendeiro deveria ser julgada improcedente e ele arcaria com todo o prejuízo.

Numa situação como essa agora trazida o juiz poderia se valer da preponderância de verossimilhança dos fatos alegados pelo autor, quanto ao nexo de causalidade, e condenar a ré – aquela parte que não foi colaborativa na apuração da verdade – ao pagamento da indenização.

Assim, tem-se exemplo prático de aplicação da teoria da verossimilhança preponderante.

Imagine-se, ainda, aquele contratante que afirma em determinado processo que assinou recibo de quitação mediante coação da outra partícipe da relação contratual.

Na ação que trata do assunto ele assevera – garante mesmo – que o réu não lhe pagou, sendo que o recibo só foi assinado por receio à sua incolumidade (coação).

O réu não traz aos autos, mesmo provocado a tanto, o comprovante de que transferiu o dinheiro à conta do autor. Seria prova fácil de produzir e derrubaria toda a alegação autoral. Ainda mais: o réu é contra a realização da perícia contábil em sua documentação, a qual seria suficiente para demonstrar que aquele dinheiro que serviria para a quitação não foi movimentado. O autor quer a prova, até a consegue, mas o perito também nesse exemplo foi inconclusivo, deixando outras lacunas sobre a possível quitação.

Ora, o juiz, diante desse cenário, pode achar estranha a atitude cômoda do réu em não querer mostrar a entrega do dinheiro ao autor (simples comprovação de movimentação bancária) e imaginar que é improvável, à luz do que ordinariamente acontece, que o réu tenha feito a quitação em espécie. Afinal, não é comum, há muito tempo, que as pessoas façam pagamentos em dinheiro, mormente de valores elevados.

Portanto, também nesse exemplo, mesmo o autor tendo fracassado no seu ônus probatório, poderá o juiz crer que há probabilidade na sua versão e julgar a demanda a seu favor e considerar que a dívida não foi quitada.

São exemplos aqui trazidos, para evidenciar que a dinâmica dos fatos e a criatividade humana sempre desafiarão a previsão legal, no que toca à distribuição de ônus da prova e à valoração da mesma.

Nada mais adequado que, tal como acontece com a teoria aqui estudada, trazer justiça ao caso concreto e com base num amplo espectro normativo que assim permite.

4. Conclusão.

Diante do exposto, pode-se dizer que

- a) o legislador adotou a distribuição dinâmica do ônus da prova, assimilando aquilo que a experiência já impunha;
- b) seja com inversão do ônus da prova ou mesmo na regra geral, o fato é que há encargos atribuídos a uma e outra parte;
- c) a experiência revela que, em determinadas situações, tais encargos não são cumpridos, mas, ainda assim, a parte que fracassou nesse seu ônus merece sair vencedora, eis que a postura dos sujeitos do processo e a lógica da probabilidade dessa forma recomendam.