



ANOTAÇÕES SOBRE O ÔNUS DA PROVA

Teresa Arruda Alvim Wambier

Livre Docente em direito pela PUC-SP
Professora de graduação, especialização, mestrado e doutorado
na PUC-SP
Advogada.

Tradicionalmente, se entende que o ônus da prova cabe às partes. Estas é que devem desincumbir-se de provar os fatos que alegam. Ao autor, cabe provar os fatos constitutivos de seu direito; ao réu, cabe provar os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito que o autor assevera ter.

Assim, e por isso, a atividade do juiz no campo das provas teria, segundo esta perspectiva, caráter exclusivamente subsidiário ou complementar. A sua iniciativa, no que diz respeito à fase instrutória só poderia ocorrer, quando as partes já se tivessem adequadamente desincumbido do ônus de provar os fatos alegados. Se, apesar disso, o juiz tivesse dúvidas a respeito de quais fatos teriam ocorrido ou de como estes fatos teriam ocorrido, aí sim é que poderia determinar a produção de provas.

Resumindo e concluindo esta etapa: o ônus da prova cabe às partes e a atividade do juiz é apenas subsidiária. Esta é a visão tradicional.

Todavia, vem ganhando corpo uma nova abordagem deste assunto, em que se exige do juiz mais participação no processo, inclusive nesta fase.

A partir desta nova abordagem, vê-se neste tema algo de umbilicalmente ligado a toda a problemática que gira em torno deste assunto que está tanto em voga, o acesso à Justiça. Assim, aqueles que vêem o ônus da prova deste novo ângulo pensam que a própria configuração do que seja o ônus da prova e de seu regime jurídico decorre da necessidade de acesso à Justiça.



A época em que vivemos se caracteriza marcadamente por um anseio angustiado dos povos no sentido de que mais e mais indivíduos passem a fazer parte do grupo que efetivamente goza dos benefícios oriundos da civilização moderna. Cada dia mais, massas que seriam, há um século, absoluta e inteiramente marginalizadas, organizam -se, mobilizam-se, reclamam o integrar a sociedade institucionalizada. Dentre esses bens gerados pela civilização moderna, estão os de consumo, bons hospitais, bons médicos e o acesso à Justiça.

A expressão “acesso à Justiça” comporta diversos sentidos e todos eles, em nosso entender, não se excluem, mas se completam. Para que haja, de fato, acesso à Justiça, é necessário que seja efetivamente possível chegar até ela, intentando uma ação. É necessário, também, que os processos, num espaço de tempo tido por razoável, (art. 5º , LXXVIII, acrescentado da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nr. 45/2004) acabem e que se obtenha afinal uma decisão sobre a lide que se submeteu à apreciação do Poder Judiciário. Outro assunto que pode ser focado sob a luz da necessidade do acesso à Justiça é a linguagem dos juristas, entendidos como aqueles que lidam com o direito, em geral. Sendo obscura, hermética e repleta de máximas e provérbios latinos, as decisões serão ininteligíveis¹.

A preocupação com o ônus da prova insere-se também nesse contexto.

Insere-se nesse contexto a problemática relativa ao ônus da prova, se vista sob seguinte ângulo. Em sociedades onde a preocupação intensa e real com o acesso à Justiça acaba por fazer com que mais e mais pessoas efetivamente cheguem a litigar, é natural que muitas e muitas vezes os litigantes, que não mais se restringem a uma casta social privilegiada, estejam em condições de escandalosa desigualdade. Então, não terão acesso à Justiça justa, uma vez que os direitos que efetivamente tenham, podem não ser declarados lato sensu, se tiverem, por exemplo, contratado um advogado mal preparado, ou um péssimo assistente técnico.

Se se entendesse a teoria do ônus da prova do modo tradicional, em que se reconhecia ao juiz um papel menos ativo, especialmente no momento da produção de provas, o verdadeiro acesso à Justiça ficaria, então, comprometido.



Como dissemos, segundo a postura tradicional, a atividade do juiz se caracteriza, na fase instrutória, inevitavelmente pela subsidiariedade. São os dizeres do art.333 do CPC as regras máximas relativas ao ônus da prova: ao autor cabe provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

O juiz, segundo essa postura tradicional, este agiria complementarmente à atividade já antes desenvolvida (exaurida!) pelas partes. O juiz poderia, nesta hipótese, e só nesta hipótese, assim agir, em função do princípio do livre convencimento motivado, de que decorre, necessariamente, uma parcela, ainda que mínima, de independência do juiz, no âmbito probatório, pois, afinal, mesmo aos olhos dos mais apegados à teoria tradicional, é ele quem tem de decidir e deve necessariamente fundamentar sua decisão, como garantia inerente à idéia de Estado de Direito.

Não pode, pois, assim, o magistrado, propriamente interferir na fase probatória, substituindo-se às partes, sob pena de deixar de ser neutro, favorecendo inexoravelmente uma delas. O juiz tem de ser equidistante das partes, absolutamente imparcial.

Provar, assim como recorrer ou contestar, consiste num ônus, ou seja, consiste numa atividade que deve ser desempenhada pela parte, para seu próprio bem. A omissão, no que diz respeito a um ônus, gera prejuízo (conseqüências negativas) para a parte omissa, como, por exemplo, os efeitos da revelia, previstos no art.319 do CPC.

Na tradição do direito ocidental cabe às partes provar o que alegam. A regra tem algum sentido já que é natural que as partes conheçam quem pode testemunhar, que tenham em mãos documentos ligados aos fatos com que estão envolvidas. Mas certamente isso não significa que à falta de provas tenha o juiz necessariamente de considerar não provado o fato cuja prova não tenha sido trazida aos autos pelas partes. Essa iniciativa complementar ou subsidiária costuma ser admitida até pela doutrina mais ligada à tradição.

Assim, a tarefa de provar era vista como algo que cabia, senão exclusivamente, muito predominante, às partes.

Por causa dos princípios da igualdade e da imparcialidade é que se entendeu durante muito tempo que assim se deveria delinear a teoria do ônus da prova².



Hoje, como já se observou antes, se vem paulatinamente difundindo a idéia de que o juiz deve desempenhar papel muito mais ativo na fase probatória do processo.

Essa idéia, como se disse acima, parte de uma preocupação honesta com o acesso à Justiça e também, do ponto de vista estritamente dogmático, da noção adequadamente entendida no sentido de que o processo é direito público, e que disso decorrem conseqüências inarredáveis.

Se o processo é direito público, toda questão ligada ao interesse das partes fica, sob essa ótica, esmaecida. Não tem sentido, assim, falar -se em que o juiz teria “favorecido” uma das partes. Ao magistrado interessa a busca da verdade, e, se, casualmente, com essa busca, indiretamente, estiver “favorecendo uma das partes”, isso importa nada ou muito pouco. Quando os fatos a serem esclarecidos fazem com que emerja a verdade, no sentido de que B, e não A, tem direito, não se pode dizer que o juiz esteja perdendo a sua neutralidade, deixando de ser imparcial ou “pendendo” para uma das partes.

Na fase probatória, segundo essa nova visão, deve o juiz agir concomitantemente e em condições de igualdade em relação às partes: ordenar que se faça uma perícia, ouvir as partes, ouvir e reouvir testemunhas. Na atividade do juiz, tem -se a garantia de que estar-se-á buscando a verdade. O mesmo não se pode dizer quanto à das partes, que estarão sempre querendo mostrar o lado da realidade que lhes interessa.

Desaparece, segundo este ângulo de análise, a subsidiariedade da atividade judicial no âmbito instrutório. O curioso é que em nome também dos princípios da igualdade e da imparcialidade, que inspiram a outra visão, entendidos, porém, de outro modo.

Diante de um quadro em que se tem em conta a problemática do acesso à Justiça, tem-se, necessariamente, como dado indiscutível, a eventual e até freqüente condição de desigualdade que possa haver entre os litigantes.

O juiz, nesse contexto, seria parcial se assis tisse inerte, como um espectador a um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir para tornar iguais partes que são desiguais. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob este ângulo, não o torna parcial. Ao contrário, pois tem a função de impedir que uma das partes venha a vencer



o processo, não porque tenha o direito, que assevera ter, mas porque, por exemplo, é economicamente mais favorecida que a outra. A circunstância de uma das partes ser hipossuficiente pode levar a que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. E o processo foi concebido para declarar, *lato sensu*, o direito que uma das partes tenha, e não para retirar direitos de quem os tem ou dá -los a quem não os tem.

Em função deste parâmetro, pois, devem ser concebidas todas as regras do processo, inclusive e principalmente as que dizem respeito ao ônus da prova ².

De alguns anos para cá têm havido alterações nas legislações de muitos países, no sentido de atribuir mais poderes ao juiz, o que, evidentemente, tem reflexos relevantíssimos na esfera das provas .

Barbosa Moreira, em trabalho a ser brevemente publicado , observa que está equivocada a ligação que alguns autores estabelecem entre governos autoritários e a atribuição de maiores e mais intensos poderes ao juiz, dizendo que, em regimes políticos que tendem ao totalitarismo, o mais comum é que se fortaleçam poderes do executivo e não do Judiciário.

A França, em 1975, no seu novo código de processo civil, aprovou a regra no sentido de que o juiz deve decidir com base em fatos cujas provas serão produzidas pelas partes ou de ofício (arts 16 e 143). Note -se que o processo civil francês sempre foi marcado pelo domínio das partes. Na Inglaterra, onde sempre predominou o *adversary system*, a partir da adoção de um código de processo civil, em 1998, outorgaram -se ao juiz muitíssimos poderes no que diz respeito ao controle das provas, embora não se tenha chegado a dizer que lhe cabe, de ofício, a iniciativa quanto à produção das mesmas. O mesmo fenômeno, em maior intensidade, ocorreu na Alemanha, com a reforma de 2001. No Brasil, além do art 130 do CPC, merece menção a art. 5º da Lei 9099 de 95, que alude expressamente à liberdade que tem o juiz para determinar as provas a serem produzidas.

Como dar voltas à letra do art.333? Será que o direito positivo brasileiro não representa óbice a que se adote esta teoria?



O modo como alguns autores brasileiros enfrentam o problema nascido com a interpretação do art.333 é asseverar que, na verdade, não se está diante de um ônus, propriamente dito, mas diante de uma regra de julgamento. Assim, segundo essa ótica, deve o magistrado aplicá-la a posteriori, exatamente no momento de julgar. O magistrado como que olhará para trás, para a fase em que todos terão produzido provas: autor, réu e ele mesmo. Apesar disso, não restou provado o direito do autor. Segundo o art. 333, a quem teria incumbido demonstrar esse direito? Ao autor. Então, e só então, deverá o juiz extinguir o processo, com uma sentença de mérito, dando o pedido formulado pelo autor por improcedente.

Além do óbice representado pela letra do art. 333, muitos outros há, decorrentes da circunstância de que o nosso sistema positivo é concebido em função da teoria clássica. Pense-se, por exemplo, na circunstância de o juiz determinar que se produza prova pericial, e que o autor não deposite antecipadamente os honorários de perito.

Hoje nos parece, todavia, que, tendo em vista a relevância que os princípios passaram a ter nos sistemas jurídicos contemporâneos, como forma de torná-los mais flexíveis e adaptáveis, sem que se tenha de abrir mão integralmente do valor segurança, a via interpretativa nos permite optar por soluções que realmente se afastam da literalidade dos dispositivos legais, permanecendo, entretanto, perfeitamente harmônicas com o sistema. Pensamos estar-se, aqui, diante de um caso em que ocorre exata e precisamente isto: sempre fundamentadamente, pode o juiz tomar iniciativa quanto à produção de provas, mesmo sem ter que esperar o exaurimento do ônus da prova. Se a letra do art.333 não leva a esta interpretação, certamente diversos são os princípios que conduzem até ela, tornando -a legítima e afeiçoada ao sistema jurídico brasileiro.

Parece-nos que, indubitavelmente, essa nova postura que se tem quanto à teoria do ônus da prova que nasce de uma reavaliação do papel do juiz no processo, em função de uma visão publicística deste, e também de se levar em conta os reflexos de uma política legislativa que a encare de frente a problemática do acesso à Justiça, além de ser dogmaticamente mais correta, está perfeitamente em harmonia com a nossa época.

Fácil de se rebater é o argumento no sentido de que o juiz estaria pendendo por uma ou por outra parte, já que o resultado da prova é imprevisível, Se pode, realmente, ser



verdade que o juiz, ao tomar a iniciativa quanto à produção de determinada prova, queira ver certo fato provado, cuja existência favorece uma das partes, não se pode deixar de reconhecer também que o resultado da atividade probatória não depende dele e pode até “prejudicar” a parte, que, num primeiro momento, pode lhe ter parecido como sendo aquela a quem se deveria dar razão.

Barbosa Moreira, no texto antes referido, observa que revela a falsidade da premissa no sentido de que o juiz perderia a imparcialidade, a necessidade de se reconhecer que, se assim fosse, também quando o juiz se omitisse diante da necessidade de realização de determinada prova, também estaria sendo parcial.

Os juristas, todavia, terão de empreender esforços no sentido de dar voltas às dificuldades criadas pela letra da nossa lei, que não foi concebida à luz desse enfoque.

Parece-nos, ainda, oportuno tecerem-se algumas considerações sobre o ônus da prova no Código do Consumidor. Esse Código contém regra no sentido de que o juiz pode inverter o ônus da prova, caso o consumidor seja hipossuficiente ou quando forem verossímeis as suas alegações.

Muitas são as discussões doutrinárias nesse sentido, mas, fundamentalmente, parece que existir esse dispositivo no sistema positivo brasileiro é pelo menos um sintoma de que as regras do ônus da prova, tal como estão previstas pelo CPC, devem ser entendidas como regras que dizem quem tem de provar o quê. Ou seja, como regras que estabelecem de quem é a tarefa de provar determinados fatos.

Discute-se sobre o âmbito de abrangência dessa norma, que não está inserida na parte processual do CDC. Isto porque a parte processual do CDC e da LACP se aplica a todas as ações coletivas. Integra esta norma a parte processual do Código do Consumidor, apesar de lá não estar formalmente inserida? Parece-nos que não. A razão principal desta nossa tomada de posição reside em que este dispositivo foi engendrado certamente para proteger a parte hipossuficiente, e se se tratar de ação coletiva intentada, por exemplo, pelo Ministério Público, esta hipossuficiência já teria sido, por assim dizer, neutralizada só pelo fato de seus interesses estarem sendo defendidos pelo Ministério Público.



Parece-nos os requisitos criados pela lei para que possa inverter o ônus da prova são a verossimilhança (das alegações) e a hipossuficiência estarem com a razão aqueles que entendem que os dois critérios podem ser levados em conta para que o juiz possa aplicar este dispositivo, invertendo o ônus da prova.

Autores há que, para explicar a função dessa norma, de acordo com a nova visão que hoje se começa a ter a respeito da teoria do ônus da prova, dizem, aqui também, que se trata de uma regra de julgamento, que deve incidir no momento de o juiz sentenciar, e não logo de início, para dividir tarefas.

Finalmente, cumpre ressaltar, ainda que de passagem, que, quando o juiz avalia a situação das partes, para saber se deve ou não aplicar este dispositivo, em que se recomenda que se inverta o ônus da prova, não exerce poder algum que de longe se assemelhe ao poder discricionário, exercido pelo Administrador Público.

Uma pequena parte da doutrina brasileira se tem preocupado em estabelecer diferenças entre a discricionariedade administrativa e a “discricionariedade” judicial. A circunstância de os autores brasileiros não dedicarem a esse assunto a atenção de que seria merecedor faz com que se possa pensar que também para o Poder Judiciário haveria a possibilidade de decidir de várias formas diferentes em face do mesmo fato e da mesma norma, dentro de certa margem de liberdade.

Com efeito, esse fenômeno não acontece com o Poder Judiciário, cuja função, quer proferindo interlocutórias, quer sentenciando, é a de dizer o direito, o que não pode ser feito de dois ou mais modos diferentes, sob pena de que se chegue a comprometer o próprio princípio da legalidade. Assim, um juiz não pode considerar que, em certo caso, deve ser invertido o ônus da prova, e outro juiz, em caso absolutamente idêntico, decidir no sentido de que a norma não deve ser aplicada, e ambos estarem certos, em nome de certa discricionariedade, que haveria na interpretação desse art. 6, VIII, do CDC. Está -se, isto sim, nessa hipótese, em face de um caso de interpretação de conceitos vagos: verossimilhança e hipossuficiência.

O processo interpretativo, nesses casos, embora mais complexo, não pode deixar de levar a uma só solução correta para cada caso. Trata -se do ajuste da norma ao caso



concreto. Nada mais. Substancial e estruturalmente, pois, o mecanismo legal é idêntico ao da interpretação de conceitos precisos, embora se sigam caminhos mais tortuosos.

Essas são as principais idéias que, em nosso sentir, embora sucinta e superficialmente descritas, desejaríamos que fossem capazes de formar um quadro apto a fornecer ao leitor bons pontos de partida para reflexão e uma visão geral do estágio de doutrina atual sobre o assunto.