

DAYANA THIVES OENING

APRESENTAÇÃO DE TRABALHO MONOGRÁFICO:

**O INSTITUTO JURÍDICO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL FRENTE A
PROBLEMÁTICA DO SEU “ÔNUS”**

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ / FUNPAR

em convênio com o

INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURITIBA

2001

DAYANA THIVES OENING

**O INSTITUTO JURÍDICO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL FRENTE
A PROBLEMÁTICA DO SEU “ÔNUS”**

**Monografia apresentada para a
obtenção do título de Especialista em
Direito no Curso de Pós-Graduação em
Direito Processual Civil, Instituto de
Ciências Jurídicas e Sociais,
Universidade Federal do Paraná**

CURITIBA

2001

Ao encontro de mais um ideal concretizado

Dedico.

Dedico este trabalho aos Mestres e Doutores que com esmero contribuíram para o nosso crescimento profissional ao demonstrar, na excelente docência, que o estudo do Direito Processual Civil vai além do conhecimento e mera obediência às normas pois, na busca da efetividade e da eficácia processual, atreladas à segurança e rapidez, devemos, como processualistas, estar atentos aos anseios sociais para que, realmente, seja o processo, um instrumento de pacificação social no auxílio do real alcance da Justiça.

Dedico também à Ane Mary, Luis Cesar, Junior e João Pedro, minha querida e admirável irmã, cunhado e sobrinhos, na esperança de que os momentos difíceis passem rapidamente, que seus dias sejam melhores e que a felicidade seja imperadora em suas vidas.

Agradeço aos funcionários e professores do Instituto de Ciências Jurídicas, à Universidade Federal do Paraná, e àqueles que contribuíram para a realização deste trabalho através dos ensinamentos prestados.

Meu especial agradecimento às professoras, que pelo incentivo, colaboraram de maneira relevante para a estruturação deste trabalho.

Professora Leilah Santiago Bufren,
por sua generosidade e dedicação.

Professora Marta Sanches,
pelo carinho em ensinar sobre a
docência acadêmica.

Prova-o! Dá-me disso uma prova (...), já!
(...) Faz-me ver isso ou, pelo menos prova-o de tal maneira que a
demonstração não dê aso à menor dúvida! (...) Preciso de uma prova. Uma prova,
ouviste? (...) Quem me dera ter uma certeza!

Shakespeare

SUMÁRIO

RESUMO	vi
1 INTRODUÇÃO	1
2 DA EFETIVIDADE E DA INSTRUMENTALIDADE NA NOVA REALIDADE PROCESSUAL	3
3 A PROVA NA BUSCA DA VERDADE	5
3.1 DEFINIÇÃO E FINALIDADE DE PROVA PARA EFEITOS PROCESSUAIS.....	7
3.1.1 Corrente que Prega a Prova como Atividade.....	9
3.1.2 Corrente que Prega a Prova como Meio.....	10
3.1.3 Corrente que Prega a Prova como Resultado.....	11
3.2 A ACEPTÃO DO TERMO “PROVA”.....	12
3.3 OS MEIOS DE PROVA.....	13
4 DIFERENCIAÇÃO ENTRE PROVAS ILÍCITAS, PROVAS ILEGAIS E PROVAS ILIGÍTIMAS	15
5 OS RECURSOS PARA O ENCONTRO DA VERDADE DIANTE DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO E DO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ E A DIFICULDADE EM DETERMINÁ-LA	19
6 O ÔNUS DA PROVA	28
6.1 ÔNUS E OBRIGAÇÃO – DIFERENÇAS.....	28
6.2 O ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE JULGAMENTO.....	32
6.3 AS REGRAS DO ÔNUS DA PROVA E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.....	35
6.4 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	38
7 CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	49

RESUMO

Análise do instituto jurídico da prova e do seu ônus no atual Código de Processo Civil Brasileiro, sob o enfoque crítico, com o propósito de esclarecer a perfeita coexistência entre este instituto e os poderes instrutórios do magistrado, principalmente, daqueles pertinentes à iniciativa probatória. Analisar a importância dos princípios do dispositivo, da efetividade, da livre apreciação das provas, do livre convencimento e da imparcialidade, dentre outros, frente a processualística moderna, face os anseios da sociedade. Discorre sobre a importância das provas apresentadas, ou buscadas, em juízo, para encontrar a verdade real, bem como as dificuldades impostas pelas dúbias interpretações da norma no sentido de preservar ao máximo os princípios do dispositivo e da neutralidade judicial em detrimento aos poderes instrutórios do juiz. Discorre sobre as mais relevantes contribuições dos doutrinadores pátrios a respeito do tema e, enfatiza que a iniciativa probatória deve ser realizada por todos que compreendem a pirâmide processual, sejam as partes ou o magistrado, para o alcance concreto da perspectiva publicista da ação e do processo. Demonstra a necessidade de persecução da prova também pelo magistrado diante da inércia das partes, dado ser ele o destinatário desta, além de ser condutor do processo e possibilitador da pacificação social. Apóia-se em dados doutrinários e nos textos legais.

Palavras-chave: Prova; Ônus da Prova; Poderes Instrutórios

1 INTRODUÇÃO

Toda e qualquer pretensão de direitos subjetivos que exijam a intervenção jurisdicional e solução através do processo, originam-se de “fatos”. É através de seu exame e na adequação dos mesmos ao direito que, o magistrado, extrairá a solução do litígio, que será revelada na sentença.

Na fase instrutória, no bojo dos autos, serão reconstituídos os fatos relacionados à lide com a coleta do material probatório, o qual servirá de esteio para ser proferida a decisão de mérito.

O instituto jurídico da prova no processo civil frente a problemática de seu ônus, possui relevante importância para que seja alcançada a finalidade precípua do processo, que é compor a lide, buscar a verdade, tornar eficaz o direito material e estabelecer a paz social. Na busca desta verdade, a prova é elemento essencial.

Apesar das inovações processuais no micro e macro sistemas, ainda existem divergências em torno da abrangência do princípio do dispositivo e da aplicabilidade dos poderes instrutórios do magistrado, principalmente no que toca à busca, de ofício, das provas.

O instituto do ônus da prova liga-se direta e fundamentalmente à atividade das partes, assumindo grande relevância no desenvolvimento da atividade probatória.

A efetividade do processo, a sua direção e o comportamento mais ativo do magistrado no exercício de todos os poderes a ele conferidos, são temas cuja preocupação deve estar sempre latente a fim de que o processo cumpra seu fim.

O objeto deste trabalho é analisar as provas no sentido de quem possui o dever de produzi-las e buscá-las.

Frente a morosidade do Poder Judiciário e a moderna ciência processual, é preocupante que ainda seja um problema a produção das provas, principalmente quanto ao ônus.

A finalidade do tema escolhido é de demonstrar que os poderes instrutórios do magistrado podem ser aplicados concomitantemente com o princípio do dispositivo e com o ônus da prova sem que sejam afetados outros princípios tais como a imparcialidade ou neutralidade do magistrado.

Todos, sem exceção, devem participar ativamente na busca da verdade real. Para tanto, faz-se necessário refletir sobre os princípios básicos, norteadores do processo, referentes às provas; o seu caráter publicista; os meios de provas e a licitude das mesmas; a não restrição da atividade probatória e o motivo, bem como a quem é destinada pois, a repercussão do processo não limita-se apenas aos litigantes, mas a toda a sociedade.

2 DA EFETIVIDADE E DA INSTRUMENTALIDADE NA NOVA REALIDADE PROCESSUAL

Na busca do aprimoramento científico processual a fim de que o mesmo não perca a sua finalidade e caia no ostracismo, a doutrina pátria vem chamando a atenção do operador do direito para dois princípios: o da efetividade e o da instrumentalidade.

O princípio da efetividade tem por escopo que o processo seja o meio realizador da entrega da prestação jurisdicional, na boa aplicação do direito material, protetor das partes.

Ao princípio da instrumentalidade deve-se ter o entendimento de que o processo, é uma via regulada pela lei, a ser utilizada pelas partes e pelo juiz, atualmente com a preocupação de que não seja perdido o primórdio da sua criação que, resume-se, na conquista da paz entre os homens em seu convívio social bem como no trato de todas as suas relações. Destarte, a visão eminentemente técnica do processo está enfraquecendo perante os anseios dos cidadãos.

Para tanto, faz-se necessário de que os magistrados convençam-se que o sistema de neutralidade judicial não deve ser aplicado de forma exacerbada, devido ao fato do processo atual necessitar que os juizes possuam um comportamento mais ativo na demanda, ou seja, as atenções deveriam estar voltadas para o princípio do impulso oficial, a fim de que os magistrados exerçam, em toda a sua plenitude, os poderes a eles conferidos, não apenas para acelerar os procedimentos mas também para buscar a verdade necessária para proferir seu julgamento.

No cerne das atribuições que o juiz pode exercer de ofício, uma delas possui relevante importância para a melhor direção processual.

Trata-se da iniciativa de buscar provas para instruir a lide ao verificar a inércia comprovada das partes. E, é nesta óptica que, a figura do juiz ativo deve assumir de modo efetivo a “...posição de condutor do processo, com ampla participação no contraditório desenvolvido pelas partes...”, no que “...corresponde a tendência unânime da moderna ciência processual.”¹

¹ BEDAQUE, J. R. dos S. **Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo.**, Malheiros, 1995. p. 45

3 A PROVA NA BUSCA DA VERDADE

A prova possui tal importância que pode ser considerada como o momento central do processo pois, visa a busca da procedência das pretensões processuais formuladas pelas partes na possibilidade da demonstração da verdade.

O vigente Código de Processo Civil regulamenta a matéria “Das Provas”, no Capítulo VI, Título VIII, do Livro I, compreendendo os artigos 332 a 443.

O interesse à ordem pública em que pese a justa composição da lide, prevalecendo a vontade concreta da lei, com a finalidade de manter a ordem jurídica e instalar-se a paz social, estão manifestados na legislação processual nos dizeres do artigo 339 do Código de Processo Civil que explicita o dever dos interessados em colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade, prevalecendo o princípio da cooperação, consubstanciado no fato de que, todas as pessoas e não só as partes, devem prestar auxílio na busca da verdade, o que demonstra que o nosso sistema processual não restringe a matéria de atividade probatória, salvo pelo previsto em nossa Carta Magna de 1998 ao referir-se às provas ilícitas em seu artigo 5º, inciso LVI.

A verdade que se busca é aquela originada dos fatos deduzidos pelas partes em juízo, a fim de que seja formado o convencimento quanto aos mesmos e, isto somente faz-se possível, através das provas carreadas aos autos. Destarte, as provas não favorecem unicamente a composição da lide, mas o reconhecimento da verdade.

O artigo 332 do Código de Processo Civil, retrata que, além dos meios especificados no Código a fim de provar a verdade dos fatos que resultaram na ação ou na defesa, todos os outros meios legais, assim como os moralmente legítimos são passíveis de apreciação do judiciário na busca da verdade.

Os meios de prova que o Código atual especifica são:

- depoimento pessoal (artigo 342 ao 347);
- confissão (artigo 348 ao 347);

- exibição de documento ou coisa (artigo 355 ao 363);
- prova documental (artigo 364 ao 339);
- prova testemunhal (artigo 400 ao 419);
- prova pericial (artigo 420 ao 439);
- inspeção judicial (artigo 440 ao 443).

Sob a óptica conceitual, o direito à prova configura-se na ampla possibilidade de utilização de quaisquer meios probatórios disponíveis, isto posto, a modernidade dos ordenamentos processuais inclina-se a excluir da técnica a enumeração taxativa dos meios probantes, permitindo-se que, além de documentos, depoimentos, perícia e outros meios tradicionais em geral, minuciosamente regulamentados, se recorra a expedientes não previstos em termos expressos, mas eventualmente idôneos para ministrar ao juiz informações úteis à reconstituição dos fatos (provas atípicas). Isto é o que ensina a obra de Barbosa MOREIRA.²

Ambas as partes conflitantes possuem o direito à prova, seja este relacionado à escolha do meio de prova ou do momento de apresentação da mesma em seu benefício e como sustentação de seus interesses e pretensões o que lhes justifica o direito de contradizerem as provas apresentadas umas pelas outras.

Dentre os deveres do magistrado, reside o da valoração de todas as provas surgidas em decorrência da iniciativa das partes como corolário do princípio da livre apreciação das provas. Na garantia do cumprimento deste dever, deve o magistrado analisar criticamente as provas produzidas, motivar a decisão do fato e especificar os fundamentos que forem decisivos para sua convicção.

Na busca da verdade, encontramos nos ensinamentos de MITTERMAYER³,

² MOREIRA, J. C. B. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: 6ª ed. Saraiva. p. 108

³ MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Campinas: Bookseller, 1996. p. 75

que a prova é complexo dos motivos produtores de certeza, consistindo na demonstração da existência ou da veracidade daquilo que se alega em juízo, o que corrobora o fato de que, não há valor em alegar sem provar.

Complementam-se as realidades “verdade” e “Justiça” e, é nesta complementaridade que na processualística, através da prova resultante da atividade probatória, a qual deve ser desenvolvida pelas partes, pelo magistrado e por terceiros, há a possibilidade de encontrar um resultado através da análise e julgamento da matéria de fato.

3.1 DEFINIÇÃO E FINALIDADE DE PROVA PARA EFEITOS PROCESSUAIS

O dicionarista PLÁCIDO E SILVA elucida o sentido jurídico da palavra “prova”: “Do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entender-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um ato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado.”⁴

Destarte, o sentido da palavra “prova” no campo do processo civil, não difere do sentido comum, podendo significar uma atividade que os sujeitos envolvidos no processo realizam para ratificar a existência dos fatos alegados e, por conseguinte, formadores de seus direitos, os quais, servirão de base para a convicção do julgador (neste sentido, diz-se que a parte produz a prova) ou, pode significar o instrumento por meio do qual essa convicção se perfaz (neste sentido, a prova não é tida como ação de provar mas sim como instrumento ou meio com que a mesma se faz).

Vicente GRECO FILHO doutrina que “A finalidade da prova é o

⁴ SILVA, De P. e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: 10ª ed. Forense, 1987. p. 491

convencimento do juiz, que é seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico: sua finalidade prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.”⁵

LIEBMAN⁶, citado por GRECO FILHO (1997, p. 194), confirma:

Por maior que possa ser o escrúpulo colocado na procura da verdade e copioso e relevante o material probatório disponível, o resultado ao qual o juiz poderá chegar conservará, sempre, um valor essencialmente relativo: estamos no terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica, não da certeza lógica, daí tratar-se sempre de um juízo de probabilidade, ainda que muito alta, de verossimilhança (como é próprio a todos os juízos históricos).

Em sede de apresentação e produção de provas, ainda não existe um processo linear e puro, desligado de vicissitudes e tampouco uma prática economicista nem uma cultura racional na apresentação. Não é raro as provas juntadas excederem a matéria dos fatos constantes na base instrutória, ou serem a menor.

Rui Manuel de Freitas RANGEL demonstra três diferentes acepções em que pode ser usado o termo prova:

a) no campo de actividade [sic] probatória, como a actividade [sic] destinada a demonstrar a verdade dos factos [sic] alegados em juízo; b) no campo da sua finalidade, como resultado final, consistente em a verdade dos factos [sic] alegados em juízo ficar demonstrada ‘fez-se prova’; c) e no campo dos meios de prova, como um dos meios de natureza diversa que se usam para investigar a verdade ou falsidade dos factos [sic] alegados em juízo.⁷

⁵ GRECO FILHO, V. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1997. p.194

⁶ LIEBMAN, E. *Manuale de Direito Processuale Civil*. Milano, 1973.

⁷ RANGEL, R. M. de F. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 200. p. 19.

3.1.1 Corrente que Prega a Prova como Atividade

Para o doutrinador citado anteriormente, a prova como atividade pode ser apreciada conforme sua estrutura, na perspectiva do agente e nos efeitos que produz.

Como estrutura, é um complexo de atos probatórios (concepção global) ou, é formada por atos singulares e concretos, que resumidamente, são atos jurídicos (concepção atomística).

Na perspectiva do agente, é atividade que parte de um ou de apenas certas categorias de pessoas.

Em relação aos efeitos que produz, deve ser analisada como atividade material ou tendencial.

As doutrinas revezam-se entre a concepção global e atomística da prova. PINTO ⁸, citado por RANGEL (2000, p. 23) adere à concepção atomística pois, para ele, prova “...é o ato judicial por meio do qual os litigantes fazem certo o fato entre eles incontroverso.” Já José Alberto REIS ⁹, também citado por RANGEL (2000, p. 23), prega a concepção global da prova, considerando-a como um conjunto de operações ou atos.

Na realidade, ambas as concepções fundem-se a partir do momento que compreendemos que os atos processuais probatórios, por si e em conjunto, visam a produção de um único resultado, qual seja, a busca de uma decisão justa e, é neste ponto, que encontra-se a natureza e essência da prova.

Nos conceitos de Rui Manuel de Freitas RANGEL, “ A prova como realidade dinâmica que é, que dá ‘vida’ ao processo e que o estimula, deve ser vista como um conjunto de actos [sic] probatórios resultantes de uma actividade [sic] instrutória que

⁸ PINTO, S. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil Brasileiro*, v. I, § 456, Rio de Janeiro, 1850. p.159

⁹ REIS, J. A. dos. *Código de Processo Civil Anotado*. Coimbra: 1960, n. III, p. 238

visa a busca de um resultado final. (...) A prova é a actividade [sic] produzida em processo cujo escopo essencial é a formação da convicção do julgador sobre a veracidade dos factos [sic].¹⁰

O objeto da prova são os fatos, assim, sua função é demonstrar de forma objetiva que determinada afirmação de um fato é verdadeira, estabelecendo-se uma conexão entre realidade e verdade. Através desta conexão processual, via toda a prova aduzida e, de acordo com as regras do ônus da prova é que será formada a convicção do julgador.

Vislumbra-se que Rui Manuel de Fretas RANGEL defende a posição de que a prova é atividade, dizendo: “Se entendermos, como já vimos, que a prova é actividade [sic] realizada em processo com vista à formação da convicção do tribunal sobre a veracidade dos factos [sic] controvertidos tendente à produção de um resultado final – decisão de fato – e que nesta se entrecruzam a vontade das partes, do juiz e de terceiros, não vemos como é possível basear a noção de prova apenas na natureza psicológica da mesma”.¹¹

3.1.2 Corrente que Prega a Prova como Meio

Em continuidade às acepções da utilização do termo prova, há correntes que sustentam a prova como meio ou fator que conduz a um resultado, ou seja, os meios de prova é que são a prova. Destarte, prova pode ser tudo que sirva para que se chegue a um resultado, quer seja fato, pessoa, coisa ou atividade.

Rui Manuel de Freitas RANGEL (200, p. 32) menciona que a posição inicial de CARNELUTTI¹² consagrava a prova como meio de natureza material-objetiva e

¹⁰ *ibid.*, p. 24.

¹¹ *ibid.*, p. 31

¹² CARNELUTTI, F. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. V. I, Cedam, Pádova, 1936.

estática pois, definia prova como o meio ou conjunto dos meios de conhecimento dos fatos por parte do juiz. Assim a noção de prova repousaria no complexo de meios que servem ao juiz para verificação da demanda ou das afirmações ou, cada um desses meios. Contudo, Carnelutti modificou seu pensamento quando analisou a existência de outros elementos do processo, passando a entender que a prova indica uma atividade do espírito dirigida à verificação de um juízo. Aqui, vislumbra-se que aceitou a prova no aspecto de atividade.

Rui Manuel de Freitas RANGEL afirma que, a corrente que prega a prova como meio, não fornece um conceito científico da mesma, dado à generalização, defendendo sua posição no sentido de que:

Os meios de prova que são instrumentos de prova constituem o elemento (quid) sensível que permite ao juiz, mediante, actividade [sic] perceptiva ou indutiva e dentro dos ditames da lei, formar a sua convicção acerca dos factos [sic] (afirmações de facto) [sic] da causa. ...A prova é actividade [sic] e resultado e não 'vive' enquanto elemento abstracto [sic] no processo, ou seja, não se manifesta, não se realiza e nem tem qualquer utilidade se não se basear nas suas fontes, nos seus instrumentos, em suma, nos seus meios de produção e de realização.¹³

3.1.3 Corrente que Prega a Prova como Resultado

Os adeptos à aceção da prova como resultado, não admitem-na apenas como atividade e tampouco como meio, ou seja, a prova é o resultado do somatório de ambas.

Os autores que defendem esta corrente fundamentam-se no princípio do dispositivo, pois, a prova não é descoberta, ela apenas vem confirmar algo que foi previamente formulado, descoberto, mas que porém ainda é duvidoso.

Assim, as partes, segundo esta aceção, ao apresentarem o problema controvertido, recairá a análise do magistrado apenas sobre as hipóteses apresentadas pois, a atividade probatória é das partes e não do magistrado.

¹³ THEODORO JUNIOR, H. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. I. edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 418-419.

3.2 A ACEPÇÃO DO TERMO “PROVA”

Segundo doutrina Humberto THEODORO JUNIOR,

O processo moderno procura solucionar os litígios à luz da verdade real e, é na prova dos autos que o juiz busca localizar essa verdade. (...) Ao juiz, para garantia das próprias partes, só é lícito julgar segundo o alegado e provado nos autos. O que não se encontra no processo para o julgador não existe. Há, ainda, presunções legais que, em muitos casos, condicionam a verdade a critérios apriorísticos do legislador, sem que exista qualquer prova nos autos. Em consequência deve-se reconhecer que o direito processual se contenta com a verdade processual, ou seja, aquela que aparenta ser, segundo os elementos do processo, a realidade.¹⁴

Na realidade, estas dicotomias em relação às acepções do termo prova, não auxiliam à conclusão do conceito científico da mesma. Contudo, no domínio processual, seja como atividade ou conjunto de operações destinadas à formação da convicção do magistrado a respeito dos fatos controvertidos que se encontram na base instrutória, visa fornecer todos os elementos aos julgador sobre a realidade dos fatos controvertidos, sanando as dúvidas existentes.

¹⁴ id.

3.3 OS MEIOS DE PROVA

O Código de Processo Civil não discriminou todos os meios de provas, apenas especificou alguns, mais comuns e mais utilizados, e, incluiu todos os que sejam moralmente legítimos.

Como citado anteriormente (ver 2), os meios de prova especificados pelo Código de Processo Civil são os constantes entre os artigos 342 e 443.

No depoimento pessoal o ônus da parte, segundo Humberto THEODORO JUNIOR “...não é apenas o de depor, mas o de responder a todas as perguntas formuladas pelo juiz, com clareza e lealdade.”¹⁵

Na confissão o ônus do réu é de provar o fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor quando utiliza-se da defesa indireta.

Na exibição de documentos ou coisa, cujo pedido pode ser formulado na exordial, na contestação ou em petição posterior, além de ser provocado de ofício pelo juiz, o ônus é de que o documento ou a coisa a ser exibida terá de manter algum nexo com a causa.

A prova documental compreende documentos escritos, públicos ou particulares, além de toda a reprodução material dos fatos. Quando alegada falsidade documental, o ônus da prova incumbe à parte que argüiu. Se a assinatura de documento particular for contestada, o ônus da prova incumbe à parte que produziu o documento e, quando tratar-se de impugnação em relação à autenticidade de outra espécie de prova material dos fatos, tais como as fotográficas, o magistrado ordenará a realização de exame pericial.

Na prova testemunhal, a qual pode ser dispensada quando os fatos já estiverem

¹⁵ *ibid.*, p. 430.

suficientemente provados por documentos ou pela confissão da parte ou ainda, quando somente forem suscetíveis de provas documentais ou exames periciais, o ônus é encontrado no dever, de toda e qualquer pessoa, desde que capaz e sem impedimentos ou suspeição, em colaborar com o Poder Judiciário na apuração da verdade sob o risco de sanção penal caso afirme falsamente, oculte ou cale a verdade.

A prova pericial, segundo MONTEIRO ¹⁶, citado por THEODORO JUNIOR, tem por finalidade descrever o estado atual dos fatos invocando-se a ciência. É prova especial e, somente pode ser admitida pelo juiz nos casos em que a apuração dos fatos litigiosos não possam ser feitos através dos meios ordinários de convencimento, contudo, sendo o perito um auxiliar da Justiça, seu laudo técnico não obriga ao magistrado a decidir conforme o mesmo.

A inspeção judicial pode ser feita em pessoas, coisas e lugares em qualquer fase do processo, com o conhecimento prévio das partes, com a finalidade de esclarecimento sobre o fato que interesse à decisão da causa. Na unanimidade do conceito de ROSENBERG, LIEBMAN, Afonso FRAGA, Frederico MARQUES e Amaral dos SANTOS ¹⁷, citados por THEODORO JUNIOR, inspeção judicial é o meio de prova que consiste na percepção sensorial direta do juiz sobre qualidades ou circunstâncias corpóreas de pessoas ou coisas relacionadas com o litígio.

¹⁶ MONTEIRO, J. *Programado Curso de Processo Civil*, 3 ed., v. II, § 178, nota 1, p.318.

¹⁷ ROSENBERG. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, ed. 1955, v. II, § 177; LIEBMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, ed. 1959, VII, n. 238; FRAGA, A. *Instituições do Processo Civil do Brasil*, ed. 1940, v. II, p. 568; MARQUES, F. *Manual de Direito Processual Civil*, ed. 1974, v. II, n. 493; SANTOS, A. *Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. 1976, v. IV, n. 282, p.386.

4 DIFERENCIAÇÃO ENTRE PROVAS ILÍCITAS, PROVAS ILEGAIS E PROVAS ILEGÍTIMAS

A tendência do Direito é proibir a obtenção de provas que violem garantia e liberdades individuais e que atentem contra a dignidade da pessoa humana violando garantias individuais constitucionalmente asseguradas.

As provas denominadas como vedadas são inadmissíveis no processo. Isto está expresso no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, que proíbe que sejam carreados aos autos as provas obtidas por meios ilícitos.

Provas ilegais são gênero do qual as espécies provas ilícitas e ilegítimas pertencem. Recebem esta denominação por serem obtidas com a violação de natureza material ou processual no ordenamento jurídico.

As provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual.

Provas ilícitas são obtidas infringindo-se o direito material. Sob o enfoque da ilicitude, as provas ilícitas podem ser criadas, obtidas ou produzidas.

Diz-se da ilicitude na criação, quando as provas são forjadas ou atentatórias à dignidade do réu, como por exemplo os documentos inverídicos, detector de mentiras, depoimentos falsos, dentre outras. Estas espécies de provas também são conhecidas como “provas moralmente ilegítimas”.

Diz-se da ilicitude na obtenção, quando as provas são verdadeiras e autênticas em essência mas, foram obtidas com violação às regras de direito material, ou seja, para adquiri-las cometeram-se crimes, como por exemplo nos casos de violação de correspondências, interceptações telefônicas sem autorização judicial, dentre outras. Estas provas são conhecidas como “provas obtidas por meio ilícito”.

Diz-se da ilicitude na produção quando as provas são verdadeiras e autênticas em essência, mas são introduzidas no processo com a violação das regras de direito processual. Violam o princípio constitucional do devido processo legal. Estas espécies de provas são denominadas pelas doutrinas como “provas ilegítimas”.

Contudo, ainda existem conflitos doutrinários a respeito da admissibilidade de provas obtidas ilicitamente. A doutrina predominante entende que a vedação às provas ilícitas é uma garantia do cidadão contra o Estado mas, que é admissível em favor do réu, desde que produzida pela pessoa interessada, dentro de determinados limites pois, o dispositivo constitucional que veda a validade da prova obtida por meio ilícito, dispositivo de cunho processual, há de ser interpretado em consonância com os demais, principalmente com o que garante a ampla defesa, ou seja, não é válida a prova ilícita para a acusação mas, é válida para a defesa pois não existe torpeza na mesma.

Barbosa MOREIRA, menciona a questão das provas adquiridas com infração a uma norma jurídica. Segundo ele, existem duas teses que apresentam argumento radicais:

De acordo com a primeira tese devem prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtraia à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz, a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator. Já para a segunda tese, o direito não pode prestigiar o comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida.¹⁸

A respeito de tal problemática, Nelson NERY JÚNIOR doutrina:

...não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. A propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade, devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais.¹⁹

¹⁸ MOREIRA, J. C. B. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: 6ª ed. Saraiva. p. 109

¹⁹ NERY JUNIOR, N. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4 ed. São Paulo: RT, 1997., p. 147

Nelson NERY afirma que a doutrina alemã do direito processual civil tem-se pronunciado no sentido de que não mais vige, por inteiro, princípios da busca da verdade real, de modo que devem ser impostas algumas restrições à obtenção da prova para que sejam respeitados os direitos personalíssimos e os direitos fundamentais.²⁰

Este doutrinador revela que, comparando as decisões do nosso Supremo Tribunal Federal sobre a ponderação de direitos protegidos pela Constituição Federal, com decisões proferidas no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha a respeito da construção do princípio da proporcionalidade, existem semelhanças entre a teoria e a aplicabilidade de ambos os tribunais, o que configura que o Brasil está adotando a doutrina alemã sobre o princípio da proporcionalidade.²¹ Assim, a teoria da proporcionalidade, que sempre foi adotada pelos tribunais da Alemanha apenas em caráter excepcional e em casos extremamente graves, admite a prova ilícita baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.

Na aplicabilidade do nosso Direito, a aceitação deste princípio ainda é em caráter minoritário. Predomina hoje, a posição contrária à aceitação de tais provas frente ao princípio da razoabilidade e devido à vedação expressa na Constituição de 1988, cujo dispositivo é aplicado para proibir o ingresso no processo das provas ilicitamente obtidas (regras estas que abrangem tanto o processo penal quanto o civil pois, a Constituição faz menção genérica salvo, no que menciona ao contrário e em caráter excepcional).

A Carta Magna de 1988 equiparou o processo civil ao penal, no que tange às garantias das provas ilícitas porém, proibiu a produção dessas provas no processo civil, quando refere-se sobre a inviolabilidade do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, dados e comunicações telefônicas (artigo 5º, incisos LVI e XII).

²⁰ *ibid.*, p. 148

²¹ *ibid.*, p. 150

O doutrinador Barbosa MOREIRA em atenção ao caráter relativo que se tem de atribuir ao princípio constitucional atinente à inadmissibilidade das provas ilicitamente adquiridas, critica a falta de razoabilidade que se estabeleceu entre o campo penal e civil na Constituição Federal.²²

É real e notório a existência de certos disparates no ordenamento pois, não é somente no processo crime ou na instrução criminal que bens jurídicos de elevada importância são ameaçados. Contudo, é compreensível que os Constituintes de 1988 tenham feito ressalva apenas em relação ao processo crime dado o momento histórico que se vivia, onde as violações aos direitos individuais eram exacerbadas. Apesar desta realidade, o operador do processo civil pode utilizar-se de outros mecanismos de interpretação constitucional tal como o da “mutabilidade constitucional” que permite o abrandamento dos conceitos constitucionais.

“A posição majoritária do Supremo Tribunal Federal é de que, a prova ilícita originária contamina as demais provas dela decorrentes.”²³

Contudo, tratando-se de direitos disponíveis, é justo e possível que sejam vedadas as obtenções de provas ilícitas mas, tratando-se de direitos indisponíveis, tanto no processo penal quanto no processo civil, não há como negar o valor da prova ilicitamente obtida, desde que legítima, na busca da verdade real.

²² *ibid.*, p. 113

²³ MORAES, A. *Direito Constitucional*. 5 ed., São Paulo: Atlas, 1999., p. 117.

5 OS RECURSOS PARA O ENCONTRO DA VERDADE DIANTE DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO E DO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ E A DIFICULDADE EM DETERMINÁ-LA

Para o alcance da verdade, o procedimento dispõe de recursos e a sistemática processual nos apresenta dispositivos, tais como os elencados nos incisos I e II do artigo 333 do Código de Processo Civil, os quais encontram-se na óptica de complementação do conhecido Princípio Dispositivo da Demanda, assim como os poderes instrutórios, pertencentes aos magistrados, dispostos no artigo 130 do Código de Processo Civil

O próprio artigo 131 do Código de Processo Civil, que trata da livre apreciação da prova pelo juiz em consonância aos fatos e circunstâncias, mesmo que não alegados pelas partes, demonstra que houve uma diminuição relativa da importância do princípio do dispositivo.

A regra do artigo 130 do Código de Processo Civil traz a visão social do processo através dos poderes instrutórios gerais do juiz, onde se estabelece o dever de pesquisa do magistrado na ampla investigação da verdade real a fim de constatar a veracidade das provas produzidas pelas partes. Através destes poderes, o magistrado deixou de ser mero espectador do processo.

Diante dos poderes do magistrado, preceitua com sapiência atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA:

O juiz pode assumir a posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes.²⁴

²⁴ TEIXEIRA, S. de. F. *Atualidades Jurídicas: O Aprimoramento do Processo Civil Como Pressuposto de Uma Justiça Melhor*. Belo Horizonte: 1992. Ano Centenário da Faculdade de Direito., p. 134.

É o que advoga o jurista Nelson NERY JUNIOR: “Poder instrutório do juiz, principalmente de determinar ex officio a realização de provas que entender pertinente, não configura como exceção ao princípio dispositivo.”²⁵

O princípio do dispositivo é tido como um dos poderes de cognição do magistrado. É perfeitamente vislumbrado na fase de apreciação e valoração das provas, sendo que, em fase anterior, as partes, com total liberdade, as propuseram e produziram.

Contudo, apesar do Código de Processo Civil munir o juiz de poderes de intervenção probatória, não só com o artigo 130 mas com os artigos 331, 335, 360 entre outros do digesto processual, há quem milite que, se ao julgador é defeso iniciar uma demanda, também está impedido de possuir iniciativa probatória. Assim é o pensamento de Humberto THEODORO JUNIOR: “Mesmo nas causas que sejam de estado ou de capacidade, onde se demandam direitos indisponíveis, deve o juiz, sempre que possível, deixar a iniciativa da prova não requerida pela parte ao representante do Ministério Público, pois a este é que compete a defesa dos interesses dos incapazes e da ordem jurídica em tais situações.”²⁶

Quando o artigo 130 do Código de Processo Civil defere poderes instrutórios ao juiz, não limita a abrangência destes poderes em relação aos direitos disponíveis ou não. O direito deve ter por objetivo o alcance da paz social e, esta é quem justifica a existência do processo. Se considerarmos os poderes instrutórios do juiz apenas em relação aos direitos indisponíveis, estaremos abraçando uma idéia restrita, privatista e limitada do processo, porque as repercussões deste não estão limitadas exclusivamente aos litigantes e sim, à toda uma sociedade, haja visto seu caráter publicista pois, o resultado de uma ação, mesmo versando sobre direitos disponíveis, repercute no contexto de pacificação social.

²⁵ NERY JUNIOR, N; NERY, R. M. A. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 2 ed. São Paulo: RT, 1997.

²⁶ *ibid.*, p. 422

Em suma, se todos os integrantes da relação processual têm interesse no resultado do processo, não se deve deixar apenas nas mãos das partes a iniciativa instrutória. Ao contrário, tudo aconselha que também o juiz desenvolva atividades no sentido de esclarecer os fatos. Afinal, sua função é atuar corretamente a lei.

Justifica-se portanto, a iniciativa probatória oficial. Quanto melhor os fatos estiverem representados nos autos, maior a possibilidade de um provimento justo, que expresse perfeitamente a regra jurídica do caso concreto. E somente um resultado como este possibilitaria a verdadeira paz social.²⁷

Com sabedoria, Barbosa MOREIRA complementa explicando que, não é possível o confronto entre o princípio do dispositivo e os princípios instrutórios do juiz:

...tudo isso gira em torno de um enorme equívoco, porque, quando se diz que se deve deixar às partes trazer ou não as provas que quiserem, e se não as trazem é porque estão dispendo de um direito seu, esquece-se que ainda que as partes possam dispor de seus direitos, nenhum poder de disposição têm elas sobre o poder do juiz de averiguar o fato. Esse poder, se não quisermos incorrer em 'petição de princípio', isto é, dar por demonstrado o que seria necessário demonstrar, não é um poder exclusivo da parte. Aliás, nenhuma lei no mundo, hoje, consagra o absoluto monopólio, o absoluto privilégio das partes na atividade de carrear para os autos o material probatório.²⁸

Porém, quando entender o magistrado que deve completar a iniciativa probatória da parte, deverá agir com grande cautela a fim de que não venha a violar o dever de imparcialidade.

O outro ponto entre os que defendem a limitação dos poderes instrutórios do juiz está na violação da imparcialidade que é um dos princípios máximos do processo, justificando que, quando o magistrado determina a produção de uma prova benéfica uma das partes afetando assim, a imparcialidade, visto que a outra parte seria favorecida. Humberto THEODORO JUNIOR doutrina que:

²⁷ cf. BEDAQUE, J. R. dos S. *Poderes Instrutórios do Juiz*. p. 52-53.

²⁸ MOREIRA, J. C. B. *O Juiz e a Prova.*, p. 180

“O juiz civil, (...) não deve se transformar num inquisidor, sob pena de eliminar o princípio indispensável da imparcialidade. O convencimento do juiz ordinariamente, para o bom desempenho da função jurisdicional, deve ser formado à luz da atividade probatória exercida pelas partes no processo. E só excepcionalmente lhe tocará fazer uso do poder de iniciativa de produção de provas.”²⁹

Apesar de tais fatores, a iniciativa probatória não possui escopo de produzir prova benéfica ou maléfica mas, visa a aproximação da verdade real atrelada à perspectiva publicista da ação e do processo. Além disto, quando o juiz determina a produção de provas, ainda não tem ciência ou total certeza do resultado da demanda, assim, não está agindo em benefício de qualquer dos litigantes pois, o resultado da produção só será conhecido em momento posterior à mesma. Ademais, a valoração da prova atribuída pelo magistrado deverá ser fundamentada, não ferindo assim, o princípio da imparcialidade. Após produzida a prova, deve-se ter em mente que o processo possui um sistema de pesos e contra pesos, de modo que possibilita às partes manifestarem-se sobre a prova. Frente a tais fatores, a imparcialidade não perde seu caráter de princípio insubstituível e necessário. Isto pode ser vislumbrado nos ensinamentos de Barbosa MOREIRA quando o mestre doutrina sobre os conceitos de imparcialidade e neutralidade:

Ao juiz não deve importar que vença o litígio, que saia vitorioso, o indivíduo ‘X’ ou o indivíduo ‘Y’, considerados nas suas características de indivíduos. Mas deve importar, sem sombra de dúvida, que sai vitorioso quem tem razão. A este ângulo, não há neutralidade possível. Ao juiz, como órgão do Estado, interessa, e diria que a ninguém interessa mais do que a ele que se faça justiça, isto é, que vença aquele que efetivamente tenha razão. Ora, a este é que vai beneficiar a diligência ordenada pelo juiz. Logo, a iniciativa de determiná-la não significa, em absoluto, quebra do dever de imparcialidade.³⁰

Apesar destas argumentações, Barbosa MOREIRA nos apresenta a realidade sobre a rara iniciativa probatória oficial, apesar do nosso Código de Processo

²⁹ *ibid.*, p. 422 e 423.

³⁰ MOREIRA, *O Juiz...* id.p.180

Civil munir ao magistrado com total capacidade:

Sem esquecer o comodismo e a ‘abulia profissional’ – defeitos de que os magistrados, seres humanos, não estão necessariamente isentos – são causas principais: de um lado, a sobrecarga de trabalho e, em termos genéricos, as condições desfavoráveis sob as quais desempenha suas funções a grande maioria dos órgãos judiciais, sobretudo os de primeiro grau; de outro, a mentalidade ainda dominante em certos setores (inclusive da mais autorizada doutrina), que vê com reserva, quando não com aberta desconfiança, a atuação espontânea do juiz na pesquisa da verdade, por suscetível de fazê-lo descambar para posição ‘parcial’ – como se não existissem outros meios, bastante eficazes, de conjurar o risco, sem desestímulo ao exercício, pelo órgão judicial, de poderes que o ordenamento decerto não lhe atribui sem a esperança de que sejam de fato utilizados.³¹

Em nosso direito processual, é certo que cabe às partes iniciarem o processo, ou seja, o magistrado deve aguardar a iniciativa dos litigantes. Estes, se não apresentarem seus requerimentos ou não ofertarem provas, é facultado ao magistrado fazer uso da sua iniciativa oficiosa, caso entenda que há diligências a realizar no auxílio de formação de convicção.

Nestes termos, o juiz possui o poder de investigar, oficiosamente, fatos instrumentais, além dos poderes-deveres de instrução, disciplina e decisão. Assim, os fatos meramente instrumentais à atividade jurisdicional, possibilitam que o magistrado supra as negligências ou inépcias das partes, subordinando-os à prova, a fim de que haja uma contribuição na compreensão dos fatos controvertidos e por fim, para a sua convicção.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência demonstram preocupação em relação aos poderes de cognição do juiz, pois, ainda procura-se um equilíbrio entre o respeito às regras processuais e o conhecimento da verdade dos fatos sem que este seja colocado em crise.

Conforme mencionado anteriormente, a efetiva imparcialidade do juiz tem tomado a preocupação dos doutrinadores e dos julgadores, o que é assinalado pelo sábio José Roberto dos Santos BEDAQUE, “ esse temor de perder a imparcialidade

³¹ MOREIRA, J. C. B. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. p. 147

tem contribuído de maneira decisiva para que nossos magistrados, infelizmente, deixem de utilizar dos poderes instrutórios que lhes são conferidos pelo legislador processual. Criou-se uma tradição do juiz passivo, espectador, temeroso que qualquer iniciativa sua possa torná-lo parcial.³²

O princípio do dispositivo e o poder instrutório do juiz, não apresentam contradições entre si posto que, do autor, é exigido que prove o fato constitutivo de seu direito através dos elementos probatórios, na comprovação de que já é existente o direito que alega, por sua vez, o réu, na contraposição do pedido do autor, via defesa, provará o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, sem que em nada sejam afetados os poderes instrutórios visto que o magistrado, sem perder sua imparcialidade, deverá buscar a verdade real utilizando-se de tais poderes, sem vulnerar os aspectos do artigo 333 do Código de Processo Civil.

Quando há provas necessárias para que se dê a adequada prestação jurisdicional e tais provas não forem requeridas pelas partes, há a possibilidade do juiz determinar que tais provas sejam produzidas. Contudo, quando trata-se de direitos disponíveis há uma massa doutrinária que defende o limite dos poderes instrutórios do juiz pois, este estaria limitado ao pedido e à defesa, não podendo determinar que sejam produzidas provas não requeridas sob a pena de parcialidade. Quanto aos direitos indisponíveis, é unânime a admissibilidade da produção de prova de ofício. Contudo, se houver parcialidade do magistrado na aferição de produção de provas quando trata-se de direitos disponíveis, esta será descoberta no ato da determinação de prova ex officio, já que esta prova virá em benefício de uma parte em detrimento de outra.

Não pode ser negado o fator de que, a igualdade das partes reflete na igualdade processual das mesmas e, a possibilidade de utilização pelo magistrado da iniciativa das atividades probatórias é um meio hábil para resolver os casos em que as partes possuem condições inferiorizadas de arguição, seja por estarem patrocinadas

³² *ibid.*, p.77.

por um profissional de quilate inferior ao da outra ou ainda, por ser carente de recursos e de informações. Assim, se o processo tem realmente uma finalidade social, nele não se pode impedir a produção de provas pelo juiz.

Processualmente, em decorrência da forma com que a prova encontra-se estruturada em nosso direito, possuímos vários graus de prova, de certeza e, por conseguinte, vários graus de verdade.

Faz-se necessário portanto, esclarecer a prova em sentido estrito, a qual fundamenta-se na convicção da realidade do fato, este, por sua vez, é dado como verdadeiro, que não compadece de dúvidas, não bastando simples demonstração ou mera justificação.

Na formação do convencimento, o magistrado não age arbitrariamente. Na história do direito processual, três sistemas de valoração são conhecidos, ou seja, o sistema do critério legal; o da livre convicção e o da persuasão racional.

O sistema do critério legal está obsoleto tendo-se em vista de que no nosso sistema não existe hierarquia legal dos meios de prova. Este era o sistema adotado no direito romano primitivo e no direito medieval, época em que prevaleciam as ordálias ou juízos de Deus e os juramentos.

O sistema da livre convicção também não é utilizado no nosso sistema dado que é conflitante com o princípio do contraditório pois, neste sistema, ao juiz é dado o poder total de investigar a verdade e apreciar as provas sem que hajam regras na busca da mesma ou no método de avaliação, podendo vir a julgar sem necessariamente considerar as provas dos autos.

O sistema da persuasão racional, que é o utilizado no nosso sistema processual, herdado pelos Códigos Napoleônicos, funciona na forma de que, deve, o julgamento ser firmado com os elementos de convicção existentes no processo, ou seja, nas provas carreadas aos autos, através da liberdade de formação de convencimento do magistrado e segundo sua consciência. Assim, não existe arbitrariedade porque "...a conclusão deve ligar-se logicamente à apreciação jurídica

daquilo que restou demonstrado nos autos. E o juiz não pode fugir dos meios científicos que regulam as provas e sua produção, nem tampouco às regras da lógica e da experiência.”³³ Este sistema está explicitado nos artigos 131, 335 e 336, todos do Código de Processo Civil.

Contudo, existem situações que exige-se apenas a mera demonstração de que o fato é verossímil, necessitando apenas de um juízo de verossimilhança ou de plausibilidade. Tais situações são excepcionais e assim ocorrem dada a necessidade de celeridade, acarretando decisões de caráter provisórios. Mas, mesmo diante de tais fatores, a lei exige que os fatos sejam confirmados e consolidados através de uma prova mais concludente.

É inconteste a necessidade da prova como base fundamental, contudo, a sua insuficiência ou falta não eximem o magistrado de julgar. Em tais circunstância, não é fora do comum que, após o julgamento da matéria de fato e após a ouvida das versões contraditórias das partes e da produção de prova, o juiz continue em dúvida sobre os fatos e, não pode afirmar a impossibilidade de formação de convicção sobre quaisquer deles alegados.

Inconteste também é a dificuldade que encontra-se o magistrado em decidir e valorar a possibilidade de aceitação ou não de uma prova que represente o conflito em tela no julgamento de um processo. É um tema recente agravado pela evolução dos modernos meios técnicos, onde, a doutrina e a jurisprudência ainda não conseguiram atingir uma posição pacífica.

³³ THEODORO JUNIOR, H. *ibid.*, p.420.

Nos dizeres de Rui Manuel de Freitas RANGEL:

Se as partes articularem de um forma clara e correcta [sic] facilitam naturalmente um clara e correcta [sic] base instrutória e, conseqüentemente, a produção de prova, que é de grande importância para quem tem a difícil tarefa de decidir sobre o grau de probabilidade da veracidade dos factos [sic] vertidos na referida peça processual. ...os articulados são mal elaborados, com matéria de facto [sic] exposta de forma deficiente e confusa, o que dificulta a elaboração da base instrutória e torna ainda mais difícil a tarefa de decidir.³⁴

³⁴ *ibid.*, p.111.

6 O ÔNUS DA PROVA

Para que haja uma melhor compreensão a respeito do ônus da prova, é necessário estabelecer a distinção terminológica entre ônus e obrigação, até para que se saiba o porquê da utilização da palavra ônus ao invés de obrigação, além disto, faz-se necessário expor a forma como o tema analisado faz-se regra no julgamento de uma causa e, esta regra, face os poderes instrutórios do juiz. Outro ponto de igual importância é aquele que tange à sua inversão.

6.1 ÔNUS E OBRIGAÇÃO - DIFERENÇAS

O ônus deve ser diferenciado de dever pois, este pressupõe sanção. Quando a norma jurídica impõe um dever a alguém estará obrigando ao cumprimento, gerando o direito da parte contrária em exigir o comportamento do obrigado.

Quando atribuído a alguma das partes o ônus da prova, não existe sanção no caso de descumprimento. A consequência será processual. Assim, se a parte cumprir ao atendimento do ônus da prova, lhe acarretará um favorecimento, um ganho. Nestes termos, quando fala-se em ônus, trata-se de um exercício de faculdade na consecução de um interesse.

O único aspecto obrigacional em relação ao ônus revela-se como sendo uma obrigação da parte para consigo mesma que, se não praticá-la, será a única prejudicada, deixando de ganhar um benefício. Destarte, não existe uma relação direta entre aquele que é onerado e a outra parte pois, o benefício que a prática do ato pode proporcionar é para a própria parte. Neste termos, não há sanção no ônus, mas sim um encargo.

O ônus da prova é caracterizado por uma idéia de risco, ou seja, a parte onerada à prova não é imposto a produção mas sim, para evitar um consequência desfavorável. A parte apenas assume um risco em não trazer a prova para o processo e, frente a tal ausência probatória, o juiz poderá pronunciar-se contra aquele que deveria

provar e não o fez. Assim, a regra do ônus da prova indica quem deve evitar que falte prova ou, em outros termos, quem que suportará a falta de prova de determinado fato no processo.

O ônus da prova deve ser analisado sob o prisma de conduta que se espera da parte para que a verdade dos fatos alegados seja admitida pelo magistrado a fim de que o mesmo possa extrair o seu posicionamento final. Diante disto, a parte onerada deve esforçar-se na produção da prova que lhe traga conseqüências favoráveis, ou seja, o interesse da parte está em alcançar êxito na persuasão – sentido formal ou subjetivo do ônus da prova.

Não são raras as vezes em que o julgador, logo após a instrução, depara-se com resultados que não o satisfazem para que aplique uma decisão. Devido ao fato do mesmo não poder escusar-se de julgar ou de sentenciar, o processo civil habilita-o para utilizar-se do instituto do ônus da prova, pois, diante das provas trazidas, as quais não foram suficientes para esclarecer os fatos afirmados, verificou que existe a necessidade de que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Nesses casos, a lei faz a distribuição dos riscos – sentido material ou objetivo do ônus da prova.

Doutrina Rui Manuel de Freitas RANGEL que, “O problema do ônus [sic] da prova apresenta duas faces processuais: uma que diz respeito à posição dos litigantes, nesta estrutura indagando-se qual deles deve suportar o risco da prova frustrada ou da não prova – face ou lado subjectivo [sic] – e outra que se vira para a actividade [sic] do juiz, no julgamento da matéria de facto [sic] – face ou lado objectivo [sic].”³⁵

E continua, “No ônus [sic] subjectivo [sic] existe uma conexão entre a parte litigante a quem incumbe a prova e a alegação de determinados factos [sic], que se repercute na ordem jurídica privada, constituindo uma sanção à inércia ou à insuficiente e frustrada actividade [sic] da parte em juízo.”³⁶

³⁵ RANGEL, R. M. F., *ibid.*, p.123.

³⁶ *id.*

A primeira preocupação encontra-se em determinar qual a parte litigante onerada com o encargo de produzir a prova e assim ficar sujeita ao risco de ver rejeitada sua pretensão por não ter sabido ou querido trazer aos autos o conjunto de provas que fossem suficientes para formar a convicção do julgador, sobre os fatos controvertidos.

O ônus da prova subjetivo visa distribuir às partes a atividade da prova, sendo, por assim dizer, uma regra de conduta probatória. Assim é aplicado nos sistemas jurídicos em que não repousa o princípio dispositivo de forma absoluta.

Em relação à modalidade de ônus da prova objetivo, é relevante saber quais os fatos faz-se necessários provar dentre aqueles alegados pelas partes e selecionados para a base instrutória. Não há preocupação com quem deve provar. Está ligada à esta modalidade os princípios da aquisição processual e do poder instrutório, ou seja, respeita o princípio do dispositivo no tocante a alegação dos fatos e o princípio dos poderes instrutórios do juiz em relação à prova dos fatos alegados. Assim, o magistrado apesar de poder apreciar os fatos alegados pelas partes, sempre poderá realizar ou ordenar diligências que considere essenciais e necessárias na busca da verdade. Nestes termos, convivem em paz os princípios do dispositivo e os poderes instrutórios do juiz.

O juiz somente aplicará o instituto do ônus da prova após a análise dos resultados das atividades instrutórias. Se insatisfatórios ou incompletos, aplicará o instituto em seu sentido material. Se a atividade instrutória restar completa e suficiente para proferir a sentença, o magistrado não ficará adstrito a decidir em favor de quem produziu a melhor prova, ou seja, não é feita análise do sentido formal do ônus da prova pois, neste caso, basta apenas a convicção do julgador de que o fato se encontre demonstrado, ainda que em decorrência da atividade instrutória dele próprio.

A dogmática jurídica chega à conclusão de que o instituto do ônus da prova funciona como válvula de escape e de segurança do sistema probatório com a repartição, entre os litigantes, do encargo de oferecer a prova, a fim de que encontre-se

a possível veracidade e certeza dos fatos alegados pelas partes em juízo. Assim, o ônus da prova está ligado à solução de questões irreduzivelmente incertas.

A idéia de atribuir-se ao ônus da prova o mesmo sentido de uma obrigação não é bem vinda dado ao fato de que a inexistência do elemento da coercibilidade bem como a inexistência de um dever correlativo de se exigir o cumprimento, afasta a idéia de obrigação.

Nos dizeres de Rui Manuel de Freitas RANGEL, “É verdade que o direito limita a liberdade mas não a suprime, aparecendo como elemento que a garante. A essa possibilidade de agir no campo da liberdade designa-se faculdade, que não é mais do que a antítese de obrigação.”³⁷ E, citando Ana PRATTA: “Existe uma clara conexão entre o conceito de ônus da prova no sentido de comportamento previsto e definido por meio de determinadas regras jurídicas como condição para obter uma certa vantagem e autonomia privada enquanto instrumento de realização da liberdade econômica.”³⁸

Neste teor, se o exercício de uma faculdade leva a certa vantagem, será necessário que esta faculdade seja exercida a fim de que seja concretizada. Então, o sentido do ônus é no emprego da faculdade a fim de que seja concretizado o interesse de se ter utilizado todos os meios de prova.

A conclusão de ROSENBERG³⁹, mencionado por Rui Manuel de Freitas RANGEL, é no sentido de que o ônus é a necessidade prática e não um dever, devido ao fato de tal necessidade prática ser estabelecida juridicamente.

A verdadeira essência do ônus da prova é a tutela de um interesse próprio, contudo, não é um mero interesse em provar. Muitas vezes, o ônus da prova assumido pela parte aferida, possui o encargo de somente ele, ser capaz de formar a convicção do magistrado.

³⁷ RANGEL, R. M. F., *ibid.*, p.88.

³⁸ PRATTA, A. “A tutela constitucional da autonomia privada.” Coimbra: 1982., p. 14.

³⁹ ROSENBERG, L. *Die Beweislast*. Munique: 1965. p. 54 e 60

No conceito de Rui Manuel de Freitas RANGEL: “Assim, podemos concluir que o ônus [sic] é um poder ou faculdade de desenvolver e executar livremente certos actos [sic] ou adoptar [sic] ou não certa conduta prevista para benefício e interesse próprio sem qualquer sujeição ou coação e sem que seja possível outro agente exigir a sua observância, comportando, a omissão do comportamento ou o incumprimento, um risco gerador de conseqüências desfavoráveis e desvantagens.”⁴⁰

O instituto do ônus da prova está ligado diretamente à atividade das partes e, toda a atividade das partes litigantes é fundamental para a compreensão e correta aplicação do ônus da prova. Assim, é utilizado, precisamente, em auxílio ao magistrado para que este possa eliminar as dúvidas sobre a realidade dos fatos controvertidos afirmados, visando uma decisão justa.

Nos dizeres de Humberto THEODORO JUNIOR:

No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio do dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova.

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.⁴¹

No Direito brasileiro, quanto a aplicabilidade do ônus, prevalece o sentido material ou objetivo.

6.2 O ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE JULGAMENTO

A evolução histórica do direito processual conduziu à racionalidade do sistema probatório, atribuindo ao juiz os deveres de avaliação e de valoração dos fatos, contudo, sujeitando-se ao problema da incerteza do magistrado.

⁴⁰ RANGEL, R. M. F., *ibid.*, p.94.

⁴¹ *ibid.*, p. 423.

Diante do grau de racionalização do sistema probatório renunciou-se, em parte, a busca da verdade absoluta, fazendo-se necessário existirem regras de julgamento as quais aparecem como a contextualização de uma certa maneira de entender a função jurisdicional.

Somente é possível atingir a verdade real se forem carreadas aos autos todas as provas que as partes possam produzir. Isto significa dizer que, é através da prova produzida, analisada e perscrutada, que o julgador formará sua livre convicção e decidirá. Nestes termos, encontramos a necessária análise do ônus da prova e das suas normas de repartição.

As regras de julgamento baseadas no ônus da prova também constituem um modo especial de conceitualização e de entendimento do processo e sua função. Segundo estas perspectivas, ao juiz é defeso intervir na situação material pois deve limitar-se a pôr termo numa discussão que foi infrutífera.

As posições doutrinárias sobre a função do juiz e sobre a estrutura do processo, apresentam opiniões que restringem ou ampliam a área sobre a qual a regra de julgamento deve incidir. Contudo, é inadmissível que seja cogitada, enquanto não tivermos condições de eliminar hipóteses de dúvida, a exclusão da possibilidade de aplicação de tais regras. Enquanto dúvidas permanecerem, a regra de julgamento continua sendo a fórmula expressiva que sintetiza o caráter racional do processo e do sistema probatório do qual é modelo.

O ônus da prova como regra de julgamento é a forma encontrada, também, para proteger as partes da arbitrariedade judicial nos casos de dúvida.

Através da instrução probatória, configura-se o momento em que as partes trazem as provas que objetivam o convencimento judicial. Contudo, em muitos casos, não conseguem produzir provas capazes de levar o julgador à certeza necessária para proferir decisão.

Na atualidade, em virtude do caráter público do processo, sente-se a necessidade de que o juiz passe a ser mais atuante, principalmente, na instrução

probatória e, é justamente por ter aumentado a sua iniciativa na fase probatória que alguns autores sustentam a diminuição da importância do ônus da prova, o que, na verdade, é uma incoerência.

O instituto do ônus da prova ganha vida no momento em que o magistrado exerce a atividade de avaliar a prova apresentada. Percebendo sua insuficiência, o julgador recorrerá aos ônus da prova.

Dentro da atividade instrutória, os doutrinadores e a jurisprudência estão encontrando dificuldades em traçar fronteiras e um conceito uniforme de “ônus da prova”, o que, na prática, apresenta reflexos negativos ao julgador pois, este debate-se em uma fase de imprecisão e dúvida no sentido de decodificar processualmente e responder quem e o que tem que provar.

Determinar tais fatores torna-se complexo diante dos princípios do dispositivo e dos poderes instrutórios do juiz pois, estes, dentro da estrutura processual são de suma importância para a análise das regras que atingem o ônus da prova.

O ônus da prova deve ser tido como regra de julgamento para o magistrado pois, este encontra-se diante de um quadro de incerteza no momento de julgar. Assim, deve ser utilizado se o material probatório apresentado não for suficiente para formar, no espírito do julgador, uma convicção razoavelmente sólida a respeito dos fatos relevantes.

Para a aplicação da tutela dos direitos, o Código de Processo Civil manda que as partes tragam para o processo todos os fatos necessários e úteis à satisfação da pretensão. Quando da apreciação da matéria de fato, o julgador deverá subordinar-se e enquadrar-se dentro dos limites em que foi definida a lide.

Contudo, faz-se necessário levar em consideração as desigualdades que se fazem presentes entre os litigantes no processo e, por conseguinte, na instrução. Dentro deste quadro justifica-se que o juiz deva desempenhar um papel mais ativo na fase probatória, já que o processo, além do seu caráter público, foi concebido para declarar os direitos de uma das partes, e não para retirá-los ou ainda, dá-los a quem

não os tem.

É neste sentido que não se deve manter a regra de que o julgamento somente possa ser efetuado após esgotadas as atividades das partes. Assim, o juiz julgará quando todos fizerem a produção de provas, o que engloba a participação das partes e dele próprio, pois durante a fase de produção, deverá fazer a busca de prova de forma simultânea às partes, fazendo jus ao título de condutor do processo, avaliando quem deixou de provar o quê.

6.3 AS REGRAS DO ÔNUS DA PROVA E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Há doutrinas que defendem a limitação dos poderes instrutórios do magistrado diante das regras existentes do ônus da prova em que, o mesmo, deve ser submetido ao autor ou ao réu pois, baseando-se no artigo 333 do Código de Processo Civil, o juiz emite provimento judicial justo, baseado na lei. Segundo tal perspectiva, não é necessário buscar-se a verdade real pois, o processo pode ser julgado a qualquer tempo de acordo com as regras do ônus da prova sem que o magistrado necessite determiná-las.

O entendimento de Arruda ALVIM⁴² e João Batista Lopes, entre outros, é no sentido de que, a interpretação da coexistência do artigo 333 com o artigo 130, ambos do Código Processual Civil, deve ser somente em casos especialíssimos, onde o magistrado, após a instrução, já tendo utilizado-se do seu livre convencimento bem como das regras de distribuição do ônus da prova, ainda persistir com dúvidas, impossibilitando-o de julgar. Segundo estes doutrinadores, o magistrado poderá utilizar-se da atividade probatória somente neste único caso.

Partindo-se desta análise, verifica-se a tendência de uma visão privatista do

⁴² ALVIM, A. **Código de Processo Civil Comentado.**, p. 214.
No mesmo sentido, João Batista Lopes, entre outros.

processo onde um magistrado permanece sujeito às vontades das partes na condução do processo.

Em nosso Código de Processo Civil, há a possibilidade do magistrado buscar a verdade através das provas, determinando-as de ofício (artigo 130 do Digesto). Assim, existe um dever de esclarecimento que não incumbe apenas às partes interessadas.

As regras do ônus da prova não devem ser consideradas como uma justificativa da impossibilidade da atividade instrutória do juiz. Contudo, a doutrina nacional está voltada a reconhecer que as regras do ônus da prova, regras de julgamento, são aplicáveis apenas no caso de não se ter obtido qualquer prova sobre os fatos, quando estiverem esgotadas as vias probatórias sem sucesso.

Barbosa MOREIRA salienta que o que ocorria no antigo direito romano, não pode ocorrer no processo civil atual, ou seja, ao juiz é defeso, diante da insegurança probatória, manifestar “non liquet” e remeter a outro juiz que recomençaria tudo novamente. O juiz contemporâneo, deve sempre julgar a causa apesar de estar impossibilitado de formar o seu conhecimento, mesmo após a produção de todas as provas admitidas em direito.⁴³

Barbosa MOREIRA entende que o fato do juiz ter iniciativa probatória não afeta a iniciativa da parte, seria muito arriscado para ela ficar esperando que o juiz determinasse essa ou aquela produção de prova. É, de fato, inverossímil afigurar-se tal hipótese, até porque na maioria das vezes a parte é quem detém maiores detalhes e formas de ver esclarecida a sua afirmação, desejando, ela própria, trazer estes dados para o processo.

Durante algum tempo, a doutrina inclinou-se no entendimento da óptica do ônus subjetivo entendendo haver uma contradição no ordenamento, uma vez que o mesmo permite a iniciativa probatória através do juiz e adota a distribuição do “onus probandi”. Ou seja, a dificuldade de entendimento está justamente em como o sistema contempla a iniciativa probatória do juiz e também a repartição do ônus da prova.

⁴³ MOREIRA, J. C. B. *ibid.*, p. 181.

O doutrinador José Rogério dos Santos BEDAQUE lembra que “As regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão-somente no momento de decidir. São regras de julgamento, ou seja, destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restarem suficientemente provados.”⁴⁴

O poder instrutório previsto no artigo 130 do Código de Processo Civil não subordina-se ou afeta as regras sobre o ônus da prova, pois coexistem, sendo aplicadas cada qual, em momentos diversos e oportunos. Portanto, não têm razão aqueles que argumentam que a concessão dos poderes instrutórios do juiz implicaria na eliminação das regras sobre o ônus da prova.

Em caso de dúvidas no momento da produção da prova, deve o juiz determinar de ofício a produção daquelas que entender necessário para o esclarecimento de sua dúvida. Ele deverá esgotar os meios possíveis a fim de proferir o julgamento que retrate a realidade fática e represente a atuação da norma na situação aplicada em juízo. Os princípios estabelecidos no artigo 333 do Código de Processo Civil, devem ser aplicados depois que tudo isso for feito no sentido de se obter a prova dos fatos.

Não há dúvida de que a atividade instrutória por parte do juiz diminui nos casos em que é necessário recorrer às normas de distribuição do ônus da prova. Isto certamente aumenta a probabilidade de julgamento correto, não devendo o julgador, diante de um resultado insuficiente da instrução da causa, recorrer imediatamente às regras sobre ônus da prova. Diante da possibilidade de esclarecer um fato e da necessidade da realização de determinada prova, não pode se omitir.

É importante frisar que as regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz no momento de decidir. São regras de julgamento, ou seja, destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão quando os fatos não restarem suficientemente provados.

⁴⁴ BEDAQUE, J. R. dos S., *ibid.*, p.81.

Deste modo, o que se verifica é que as regras do ônus da prova não são regras que devem suprimir o proceder do juiz no decorrer da atividade instrutória. São regras específicas a serem aplicadas no julgamento de causas cuja instrução probatória foi inexitosa, e tenham sido tomadas, até o presente momento, providências pelas partes, pelo juiz, através dos seus poderes instrutórios, mas, que não foram suficientes para lhe formar o convencimento.

6.4 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Em 11 de setembro de 1990, surgiu a Lei nº 8.078, trazendo inovações as quais, justifica-se denominá-la de microssistema legal. O Código de Defesa do Consumidor veio com características próprias, dentre elas, o protecionismo ao consumidor.

Neste teor de protecionismo, além de outros instrumentos que lhe basifica, encontramos a inversão do ônus da prova, instrumento que veio facilitar a defesa dos consumidores em juízo, diante da necessidade de reconhecer que, em uma relação jurídica, é possível existir a hipossuficiência de uma das partes, fazendo-se necessário que haja a isenção de provar algumas situações, transferindo esta obrigação de fazer prova ao fornecedor.

A inversão do ônus da prova em favor do consumidor é um dos meios através dos quais o direito procura atingir o seu objetivo maior de obtenção de justiça, compensando a real desigualdade em que se encontram os litigantes.⁴⁵

Em relação à inversão do ônus da prova, o Código de Defesa do Consumidor preocupou-se com a constitucionalidade do mesmo, a fim de que não afrontasse ao princípio constitucional da isonomia a inversão pura e simples do ônus da prova em relação a todo e qualquer fato juridicamente relevante. Assim, o Código de Defesa do Consumidor fundamenta-se na hipossuficiência da parte mais fraca, invertendo o ônus

⁴⁵ Cf. JAMES MARINS DE SOUZA. *Et alii*, *Código do Consumidor Comentado*. ,p. 32.

o ônus da prova em favor do consumidor porque o fornecedor, detentor do conhecimento tecnológico, possui maiores condições de produção da prova. Se há desigualdades entre consumidores e fornecedores, esta apenas diz respeito à distribuição do ônus da prova pois, em outros aspectos de dificuldades em produzir prova cabal dos fatos constitutivos do seu direito, o consumidor não difere de nenhum outro autor em juízo.⁴⁶

Diante do sistema probatório adotado pelo Código de Processo Civil no seu artigo 333, que trata do ônus da prova, ainda tende-se a raciocinar que é imperativo o princípio do dispositivo. Esta é a doutrina de Ovídio A. Batista da SILVA: "...pode, portanto, estabelecer, como regra geral dominante de nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito, incumbe o ônus de demonstrar a sua existência. Em resumo, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmos alegados como existentes".⁴⁷

Nestes termos, o autor da ação deverá fazer prova dos fatos trazidos por ele em juízo a fim de confirmar a existência de seu direito e, o réu, terá o ônus da prova apenas quando fizer afirmações no sentido de desconstituir o direito do autor. Se o réu negar a existência do direito do autor, cabe à este o ônus de prová-lo.

O Código de Defesa do Consumidor adotou o sistema da inversão do ônus da prova diante das dificuldades e, até mesmo impossibilidade, que o consumidor possuía em provar as suas alegações quando estas eram submetidas ao sistema do Código de Processo Civil, o que acarretava muitas vezes na desistência de reclamar junto ao Judiciário o seu direito pois, conforme as regras tradicionais de distribuição do ônus da prova, o consumidor lesado precisaria provar em juízo, não apenas o dano sofrido mas também o nexo causal entre este e a conduta pretensamente ilícita do fornecedor. Para

⁴⁶ Cf. MOREIRA, B., "Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil": **Temas de Direito Processual**, terceira série., p.4.

⁴⁷ SILVA, Ovídio A. da. p.289

ilustrar que é verdadeira a afirmação, a doutrina veicula muitos exemplos. Um dos mais mencionados está no caso em que o consumidor vê seu filme fotográfico destruído e julga ser por conta da revelação. Normalmente, o consumidor não possui conhecimento técnico para distinguir se o dano foi oriundo de erro na revelação ou se já havia um vício qualquer preexistente na película fotográfica. Diante disto, fez-se necessário que houvesse uma regulamentação diversa para a solução destes problemas sociais a fim de que todos tivessem acesso à justiça sem o excesso de preocupação, em casos específicos, quanto à situação probatória, por isto, houve a necessidade de criar o sistema de inversão do ônus da prova como direito básico do consumidor frente a sua característica de hipossuficiência e, na facilitação da defesa de seus direitos quando verossímil a alegação.

Para que o magistrado aplique a inversão do ônus da prova, faz-se necessário a alegação ser verossímil ou quando o consumidor for hipossuficiente, requisitos expressos do Código de Defesa do Consumidor.

A doutrina ainda discute a respeito destes requisitos no sentido da existência dos mesmos em conjunto ou em separado, para que se possa inverter o ônus da prova, ou seja, questiona-se se o autor deve ser hipossuficiente e sua alegação verossímil ou, se é necessário para a inversão que o mesmo seja apenas hipossuficiente ou apenas que seja verossímil a sua alegação.

Se considerarmos que a norma pretende proteger o consumidor, deve-se ter por entendimento, que a presença de apenas um dos requisitos é suficiente para aplicar-se a inversão do ônus da prova.

A hipossuficiência deve ser entendida, além do campo econômico, também na seara do discernimento, principalmente de conhecimentos técnicos sobre a coisa em litígio, até porquê, se fosse entendida apenas em relação ao campo econômico, bastaria ser aferido ao fornecedor o encargo financeiro da produção da prova, ou seja, ele suportaria as despesas com a produção da mesma e seria desnecessária a inversão ao ônus da prova.

O principal aspecto protecionista do Código de Defesa do Consumidor deve ser analisado no sentido de que o consumidor é hipossuficiente, em relação à atividade probatória, diante da desigualdade que existe quanto à detenção dos conhecimentos técnicos inerentes à atividade do fornecedor.⁴⁸

A inversão do ônus da prova, segundo Carlos Roberto Barbosa MOREIRA, pode ser requerida pela parte ou aplicada de ofício pelo magistrado, ou seja, “...tratando-se de um dos direitos básicos do consumidor, e sendo o diploma composto de normas de ordem pública, deve-se entender que a medida independe da iniciativa do interessado em requerê-la”⁴⁹, e conforme posicionamento de Mario Aguiar MOURA, poderá ocorrer independente da posição assumida pelo consumidor na relação jurídica processual, ou seja, pode ele ser o autor, reconvincente, reconvido, excipiente ou exceto.⁵⁰

Por prudência, o magistrado apenas deveria atribuir a inversão do ônus da prova após a apresentação da defesa do réu e pode determinar quais são os pontos controvertidos do processo, segundo as regras do artigo 331, § 2º, do Código de Processo Civil.⁵¹

Contudo, se o magistrado verifica na exordial os requisitos necessários para concessão de ofício da inversão do ônus, mesmo que não haja requerimento algum do consumidor, deve citar o réu e intimá-lo da concessão da inversão. Isto assim é analisado diante do fato de tratar-se de um direito básico do consumidor e ser matéria de ordem pública, a qual justifica a declaração de ofício da inversão. O réu, a respeito da inversão sobre o ônus da prova, por caracterizar-se como uma decisão interlocutória, além de apresentar sua contestação, poderá, no prazo hábil, apresentar

⁴⁸ Cf. com entendimento de TUCCI: “(...) a hipossuficiência aí preconizada não diz com aspecto de natureza econômica, mas com o monopólio da informação.”, *Código do Consumidor e Processo Civil – aspectos polêmicos*”, in RT, 671/35.

⁴⁹ MOREIRA, C. R. B. 1997. p 128

⁵⁰ MOURA., p. 393

⁵¹ MOREIRA. 1997., p. 135

agravo de instrumento diante da decisão. Assim, aceitando-se este ponto de vista, mais um passo está dado no sentido de preservação do princípio da concentração da defesa ou da eventualidade, até porquê, a aferição de hipossuficiência e alegação verossímil, há de ser feita a critério do juiz, segundo as regras ordinárias de experiência. Deve-se notar que, o que fica ao critério do juiz não é a inversão ao ônus da prova, mas sim a aferição, no caso concreto, de hipossuficiência e de verossimilhança da alegação, destarte, reconhecendo a existência dos requisitos, não é possível o magistrado decidir a seu critério se aplica ou não a inversão ao ônus da prova.⁵²

Assim, é de suma importância que as partes possuam um conhecimento prévio a respeito das normas e dos critérios de distribuição do ônus da prova que serão utilizados pelo magistrado no direcionamento da sentença, a fim de que, possam provar suas alegações no momento ideal.

Seria um afronto ao princípio da ampla defesa se as partes tomassem conhecimento das regras de distribuição do ônus da prova somente após ter precluído toda a instrução probatória pois, conforme o sistema processual atual, não poderiam as partes produzirem prova alguma, exceto nos casos previstos nos incisos do artigo 303 do Código de Processo Civil.

Porém o critério de convencimento a respeito da existência da verossimilhança e da hipossuficiência, em certos casos, pode surgir apenas após toda a instrução probatória e, somente no momento de sentenciar que depara-se com a convicção da possibilidade de inversão. Para Nelson NERY JUNIOR, tal fator subverteria todo o procedimento e afrontaria o princípio da eventualidade, segundo o qual, uma vez superada uma fase, não mais é dado a ela retornar.⁵³

Na realidade, o momento da inversão está condicionada ao convencimento do juiz em relação aos requisitos para a mesma. A legislação não impõe um momento

⁵² MOREIRA, B., *Temas de Direito Processual*, Segunda série., p.66.

⁵³ NERY JUNIOR, N. id.

específico para que a mesma ocorra. Assim, quanto antes houver o convencimento do juiz da existência dos requisitos, melhor será. Destarte, a qualquer tempo ou grau de decisão existe a possibilidade de inverter-se o *onus probandi*, ou seja, este pode configurar-se na fase postulatória, instrutória ou decisória.

Um outro aspecto a se ter em mente é o de que não são todos os fatos que podem ser objeto da inversão ao ônus da prova pois, são somente os fatos relacionados diretamente com a hipossuficiência ou verossimilhança que ensejam a inversão.

O magistrado não possui o poder discricionário de inverter ou não o ônus da prova em favor do consumidor. Talvez, diante de constar no texto legal a expressão “a critério do juiz”, há quem afirme existência de poder discricionário.

Além das opiniões doutrinárias apresentadas, há ainda o posicionamento doutrinário de Sérgio Novais DIAS de que, a inversão ao ônus da prova não é um direito básico do consumidor mas, configura-se como um direito outorgado ao consumidor, firmado no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, a fim de que seja-lhe facilitada a defesa de seus direitos em juízo.⁵⁴

⁵⁴ DIAS, S. N. *Questões Processuais Cíveis Controvertidas do Código de Defesa do Consumidor*. Revista dos mestrados em Direito Econômico da UFBA, 3/378.

7 CONCLUSÃO

A nova realidade processual tende a instituir fórmulas para que o processo absorva técnicas de rapidez, segurança e eficácia. Contudo, ainda nos deparamos com barreiras difíceis de se transpor em decorrência do medo da discricionariedade.

Verificamos que em muitos casos, tenta-se negar o caráter publicista do processo quando prega-se a restrição dos poderes do magistrado, dando a impressão que este não passa de um condutor do processo que profere decisão somente com relação aos fatos e às provas apresentadas pelas partes. Contudo, a própria lei processual possibilita que colabore para o alcance da máxima eficácia do processo. Ou seja, na busca das provas apresentadas pelas partes, o magistrado deve utilizar seus poderes sem que isto deva ocasionar temores em relação à descaracterização da sua neutralidade, imparcialidade ou quebra do princípio do dispositivo ou ainda da distribuição do ônus da prova pois, ele é o destinatário desta.

Um papel mais ativo do juiz não pode ser confundido com paternalismo ou autoritarismo ou, na redução do contencioso e desprezo ao papel das partes na responsabilidade de produzirem as provas de suas alegações.

Somente, através da coleta exaustiva das provas relevantes à elucidação dos fatos, é que a verdadeira justiça será aplicada. Assim, se o magistrado possui o poder de decisão, não há justificativas que convençam a restrição de seus poderes de ofício pois, ele busca o convencimento, a persuasão, a fim de que seja atribuído o direito a quem o tem. Contudo, apesar destas possibilidades, o sincretismo processual, que há muito vem sendo abordado pelos nossos doutrinadores, ainda tende a ser negado e temido.

Questiona-se, se, para aplicar uma decisão justa, incumbe ao magistrado julgar somente segundo o alegado e provado pelas partes que, muitas vezes, agem de má-fé ou não possuem, por si, condições de trazerem aos autos as provas do seu direito. Aliás, as partes podem dispor de seus direitos, porém, não podem dispor do interesse

do magistrado em querer ir ao encontro da verdade real.

O processo atual necessita de um juiz ativo que não seja absorvido totalmente pelo princípio do dispositivo em sua aplicação máxima.

Além destes fatores, outro questionamento que deve ser feito por todos os operadores do direito é o posicionamento constitucional diante das provas obtidas ilicitamente, mas, verdadeiramente autênticas. O interesse à justiça deve prevalecer no descobrimento da verdade, em atenção especial ao princípio da proporcionalidade, contudo, no direito moderno é notório a falta de razoabilidade existente na Constituição de 1988 ao permitir, somente no processo penal e, quando em benefício ao réu, a possibilidade de ingressar aos autos provas ilicitamente obtidas quando trata-se de tutela de direitos indisponíveis. Até parece que no processo civil não existem bens jurídicos ameaçados que são de inquestionável importância.

Em relação ao ônus da prova, deve ser encarado como exercício de faculdade e uma forma de esforço realizado pela parte em provar o seu alegado pois, quando cumprido, geram benefícios ou conseqüências favoráveis àquele que o produziu. A aplicação deste instituto, somente deve ser feita após terem sido realizados e buscados todos os atos probatórios durante a fase instrutória. Faz-se necessário, como último recurso para formar o convencimento do julgador, dado que este e as partes, em tese, já buscaram ou produziram as provas que julgavam, até este momento processual, necessárias para formação de convicção mas, que restaram insatisfatórias ou incompletas para o magistrado.

A contribuição daquela parte que traz aos autos as provas que o ônus lhe incumbe não está com a causa ganha pois, o magistrado não está adstrito a decidir a favor desta se verificar que lhe falta o direito.

A análise do ônus da prova, deve ser feita no sentido material ou objetivo e, consiste, não num dever mas, numa necessidade prática como tutela de interesse próprio. Assim, está ligado diretamente à atividade das partes como auxílio de eliminação de dúvidas que o magistrado possua sobre a realidade dos fatos

controvertidos. Destarte, aparece no nosso ordenamento como regra de julgamento no intuito de tornar defeso qualquer arbitrariedade judicial no caso de dúvida.

Faz-se necessário mencionar que, se em nome do “princípio dispositivo”, for entregue à vontade dos litigantes o destino do processo, isto será o mesmo que elevá-lo a um caráter de escopo privatista.

Quanto à inversão do ônus da prova, há uma década implantado no nosso ordenamento, decorrente da forçosa adaptação da norma às necessidades sociais, ainda discute-se sobre a sua constitucionalidade, momento de realização e a grande preocupação face ao princípio do dispositivo. Contudo, grande contribuição trouxe àqueles que não conseguiam trazer as suas provas em juízo por fatores econômicos ou por carência de conhecimentos técnicos.

O que deve ser assimilado em relação à possibilidade da inversão é que esta, decorre da percepção do julgador quanto à hipossuficiência e verossimilhança da alegação e que, também, faz parte dos poderes exercidos de ofício pelo magistrado. É neste ponto que encontramos a inversão do ônus da prova como regra de julgamento.

Não deveria ser recorrível a decisão que inverte o ônus. É claro que, se este fator fosse colocado em voga, um enorme alarde seria feito no tocante a violação dos poderes instrutórios, à imparcialidade ou neutralidade do juiz.

O que se busca com a inversão do *onus probandi* não é apenas a proteção ao hipossuficiente mas também a rapidez do convencimento para que a lide resolva-se o quanto antes.

Limitar a atuação de um juiz é negar o caráter publicista do processo. Não pregamos a discricionariedade mas sim o enfoque de que os magistrados devam assumir uma posição mais ativa frente a tudo que podem fazer pois, são possibilitados pela legislação.

A questão das provas seria simples se déssemos maior credibilidade ao trabalho em conjunto dos formadores do “tripé processual” na busca da verdade, conforme possibilitação legal. As discussões a respeito da distribuição do ônus, da

inversão do mesmo e dos poderes do magistrado, estariam findadas.

O magistrado deve aceitar seu papel de investigador. Se o sistema prático não possibilita-o a tomar tal atitude, faz-se necessário criar um meio para que o possa, pois, a grande verdade está no fato de que, ao Estado-juiz somente importa a solução do litígio, independentemente de quem produziu a prova. Contudo, enquanto não houver vontade e iniciativa, continuaremos com este sistema caótico e tendente a tornar-se obsoleto pois, as partes não pensarão duas vezes ao optar pela jurisdição privada já que, na pública, seus conflitos sociais, por mais simples que possam ser, podem levar muito tempo para serem decididos.

A inversão do ônus da prova deve ser aplicada em todas as causas que ingressarem em um juízo cível, dada a realidade e necessidade social.

O grande problema está em criar-se teorias mirabolantes a respeito de normas simples. Ao invés disto, nós, operadores do direito, devemos nos preocupar em sermos mais atuantes e práticos.

Conflitos sociais sempre irão existir, contudo, a forma de solucioná-los deve evoluir com a evolução dos mesmos.

A questão das provas ocupa grande relevância para o encontro da pacificação social, através da descoberta da verdade e atuação concreta de tutela porém, se a mentalidade e a ação dos processualistas não tenderem à máxima atuação dos magistrados do primeiro grau de jurisdição, os quais possuem o maior e verdadeiro contato com as partes, presenciando muitas vezes suas decisões possuírem apenas um

caráter de ineficácia pois, “se”, operam e “quando” operam, para as partes já não possuem mais valor. No que tange à jurisdição, vale a pena deixarmos um questionamento. Será que é válido possuímos jurisdição sem execução e castradora dos poderes instrutórios do juiz? Basta, para respondermos tal pergunta olhar para os novos ordenamentos surgidos nesta última década, ou seja, a Lei dos Juizados Especiais, cujo princípio maior é o da oralidade, a Lei da Arbitragem, que visa solucionar os conflitos de forma mais rápida e eficaz e o Código de Defesa do Consumidor, o qual trata de assuntos de relevante importância, tal qual um deles por nós abordado, e que deveria, há muito tempo, já ter abrangido toda a processualística.

REFERÊNCIAS

- 1 BEDAQUE, J. R. dos S. **Direito e Processo**. Influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.
- 2 MOREIRA, J. C. B. **Temas de Direito Processual**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- 3 MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Campinas: Bookseller, 1996.
- 4 SILVA, De P. e. **Vocabulário Jurídico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- 5 GRECO FILHO, V. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.
- 6 RANGEL, R. M. de F. **O ÓNUS [sic] da Prova no Processo Civil**. Coimbra: Almedina, 2000.
- 7 THEODORO JUNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 24. ed. rev. e at. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- 8 NERY JUNIOR, N. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.
- 9 MORAES, A. de. **Direito Cosntitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- 10 TEIXEIRA FILHO, S. de F. **Atualidades Jurídicas: O Aprimoramento do Processo Civil como Pressuposto de uma Justiça Melhor**. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 1992. Ano Centenário da Faculdade de Direito.

11 NERY JUNIOR, N., NERY, R. M. N **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.** 2. ed. São Paulo: RT, 1997.