

O JUIZ E O ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Rodrigo Klippel

SUMÁRIO 1. Introdução – 2. Ônus da prova: sua função e modo de distribuição – 3. A distribuição do ônus da prova no NCPC – 4. Conclusão – 5. Referências

1. Introdução

A finalidade deste ensaio é tratar da influência do art. 7º do Projeto de Lei do Novo CPC sobre o tema do ônus da prova.

Como ponto de partida, transcreve-se o seu teor:

Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.

O comando normativo contido no art. 7º do Projeto é bastante abrangente.

Seu objetivo é garantir a concretização do *princípio da isonomia material* (tratando-se os desiguais nos limites de suas desigualdades) no processo.

Mas não é só isso: o intuito da regra é impedir que a isonomia material seja aplicada

de forma tópica, em situações isoladas. O que se quer é universalizar uma prática que, hoje, no ordenamento jurídico vigente, é casuísta.

Perceba, pela leitura do art. 7º, que o mesmo diz ser dever processual guardar paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e às sanções processuais.

Trata-se de comando cuja intenção é expandir uma realidade que – atualmente – só é sentida em casos bastante específicos, tais como o da inversão do ônus da prova nas demandas de consumo.

Portanto, logo nesta *introdução*, é necessário concluir que:

a) se trata de uma norma *bem vinda*, há muito tempo desejada, eis que representa a ruptura definitiva com o modelo jurídico anterior, que propunha soluções universais para situações muito diferentes entre si;

b) se trata de uma norma que influenciará **grande número de institutos processuais**,



Rodrigo Klippel

Advogado-ES; Mestre em Direito – FDV; Diretor Acadêmico da Editora Acesso; Professor da FDV, do Praetorium e do Juspodivm; autor do “Manual de Processo Civil”, pelas Editoras Acesso e Lumen Juris, em co-autoria com Antonio Adonias Bastos.

que necessitarão ser estudados à luz desta nova diretriz, inserida no *Capítulo I* do *Livro I* do Projeto, voltado a regular os *Princípios e Garantias Fundamentais do Processo Civil*.

Dentre os institutos do processo que estão inseridos na órbita de influência da norma do art. 7º do Projeto se encontra a *prova*. Trata-se de instrumento vital para o processo, pois é por meio dela que, em regra, as *alegações fáticas* feitas pelo autor e pelo réu são avaliadas pelo julgador, reconstruindo-se a realidade que um dia as partes vivenciaram.

São as *provas* que permitem ao juiz obter a *premissa fática* de sua decisão, o que representa *metade* de seu trabalho, pois, uma vez ciente da realidade dos fatos, bastará aplicar a eles as normas jurídicas pertinentes, proferindo uma solução à lide deduzida em juízo.

É essencial, pois, que as provas sejam trazidas aos autos, pois, sem elas, julgar torna-se, na maioria das vezes, uma atividade inglória. *Como decidir se o material necessário para que se conheçam os fatos da causa não estão à disposição do julgador?*

É certo que, no CPC vigente, o art. 130 confere ao juiz poderes de determinar a produção de meios de prova que não foram espontaneamente trazidos pelas partes ao processo¹. Trata-se de norma que contribui para minorar o problema da falta da prova. Em muitos casos, basta para permitir que uma decisão justa seja dada. Mas não é suficiente.

Em muitas situações do dia a dia,

1 O projeto de novo CPC também trata do tema, ao dizer: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento da lide”.

litigantes habituais, atuando na condição de réus, simplesmente se omitem quando recebem ordem no sentido de fornecerem instrumentos de prova necessários à resolução de fatos da causa.

Assim agem, pois sabem que, sem tais elementos, a única solução que restará ao juiz é decidir com base em um *critério subsidiário* de julgamento, que é o ônus da prova. Segundo essa fórmula, a parte derrotada será aquela que alegou certos fatos e não se desincumbiu de prová-los.

Como é o autor que apresenta *fatos constitutivos* de seu direito, geralmente é ele quem sai derrotado quando o juiz precisa empregar a regra do *onus probandi*, ante a falta de meios probatórios nos autos aptos a permitir que ele se convença sobre quem tem a razão.

Prezados leitores: *vocês não acham absurdo que assim aconteça?* Que um litigante faça uso de uma medida torpe (omitir provas necessárias à elucidação da causa) para, com isso, obter vantagem indevida? Não se trata de, nominalmente, *abuso de direito*?

Com certeza, é uma atitude que deve ser *condenada e combatida*. No atual sistema processual civil brasileiro, de forma *tópica* é enfrentada (como antes assinalado), visto que somente nas demandas de consumo (e também nas coletivas em geral) é que existe remédio contra ela, que é a chamada *inversão do ônus da prova*.

No novo Código de Processo Civil, uma vez aprovado, ter-se-á nova realidade, visto que o citado art. 7º confere ao julgador *amplos poderes* para, dentre outras coisas, distribuir entre as partes os *ônus processuais*, de forma a obter, com essa atitude, *isonomia material*.

Dentre esses ônus se encontra,

justamente, o *ônus da prova*. Chega-se, então, ao **ponto de partida** deste ensaio:

No novo CPC será dever do juiz distribuir o ônus da prova de forma isonômica, a fim de que a parte mais apta a comprovar a veracidade ou falsidade de certa alegação fática tenha o encargo de fazê-lo, sob pena de ser a sucumbente na causa.

A partir de agora, então, se passa a estudar o tema da *distribuição do ônus da prova* no Projeto do Novo CPC, à luz da norma do seu art. 7º.

2. Ônus da prova: sua função e modo de distribuição

Ônus da prova é o **encargo de provar alegações** feitas no processo e que necessitam ser reconstruídas pela via probatória para que o juiz as possa avaliar.

É um encargo nitidamente dirigido às partes, no sentido de que elas são as responsáveis por dele se desincumbir. São os sujeitos parciais do processo que deduzem fatos em juízo. Por esse motivo, é seu interesse comprová-los. Chama-se de *ônus subjetivo da prova* esse fardo atribuído ao autor e ao réu.

Ocorre que, se o ônus for descumprido, é possível que o juiz se veja em uma situação difícil: não existir nos autos elementos probatórios suficientes *para lhe dar segurança sobre o que aconteceu entre as partes no convívio social*.

Nesse caso, como o magistrado decidirá, já que não está convencido sobre quem tem razão (o autor ou o réu)? Por meio do uso do *ônus da prova*, que em relação ao juiz funciona

como *regra de julgamento*, da seguinte forma: será derrotada a parte que tinha o *onus probandi* e dele não se desincumbiu.

Chama-se de *ônus objetivo da prova* o uso da regra em análise pelo juiz, como critério *subsidiário* de julgamento, aplicável nas hipóteses em que não haja, nos autos, elementos suficientes para gerar o seu convencimento².

Em resumo, tem-se que a regra do ônus da prova possui *duas funções*:

- a) serve de **guia** às partes, que, por meio dela, saberão quais são as alegações fáticas que devem comprovar;
- b) serve como **regra subsidiária de julgamento** ao juiz, que a utilizará toda vez que não tiver se convencido sobre quem tenha razão quanto às alegações fáticas que foram feitas, julgando desfavoravelmente ao demandante que tinha o *onus probandi* e dele não se desincumbiu.

Identificadas as funções do ônus da prova no processo, surge a necessidade de expor como o mesmo se distribui entre as partes, sendo esse o tema a marcar a patente diferença entre o Código de Processo Civil e o Projeto de novo CPC, por conta da regra principiológica contida no seu art. 7º.

No CPC/73, o ônus da prova é uma regra *estranque*, universal, aplicada a *todo e qualquer caso*, descrita no art. 333:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

.....
2 Sobre essas duas facetas no ônus da prova (subjetiva e objetiva), vide MICHELLI, Gian Antonio. **La carga de La prueba**. Bogotá: Themis, 2004, p. 95 e ss. Dinamarco é um crítico dessa concepção. Vide: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 83.

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A lógica da regra exposta é a de que o ônus da prova incumbe à parte responsável por alegar o fato. A “paternidade” da alegação é o critério empregado para dividir o encargo, em qualquer hipótese, não importando quais sejam as características da relação de direito material subjacente ao processo.

Como lembra Michelli, remonta ao direito romano essa forma de dividir o encargo probatório no processo³. E do direito romano até a modernidade, transformou-se em verdadeiro dogma, que certos juristas chegaram a enxergar como se fosse verdadeira *regra de lógica natural*. Segundo Pescatore⁴, a lógica do direito impõe a quem alega um fato em juízo a obrigação de prová-lo.

Tem-se, pois, um dogma, que uma vez posto faz com que, pelo menos por certo tempo, sobre o mesmo se pare de pensar. E justamente isso aconteceu em relação à regra do ônus da prova.

Durante muitos anos não se refletiu, quantitativa e qualitativamente, sobre o acerto de uma conclusão tão antiga. A sociedade veio se transformando e a regra continuou a ser a mesma. Passamos do sistema feudal, ao capitalismo inicial, ao monopolista, à era digital e o art. 333 continuou a ser a resposta única

fornecida pelo legislador para o *non liquet*, ou seja, para impedir que o juiz deixe de resolver o conflito por não ter se convencido sobre quem tinha a razão.

Esse quadro começou a se modificar pelo advento do Código de Defesa do Consumidor que, de maneira tímida e fracionária, enxergou que certos tipos de relação material (as de consumo), quando levadas ao processo, merecem tratamento distinto por conta do flagrante desequilíbrio entre os seus sujeitos. Dentre as técnicas criadas com o intuito de *minorar* esse desequilíbrio, se encontra aquela que se denominou *inversão do ônus da prova*, inserida no art. 6º, VIII do CDC:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

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

Mas será que só nas demandas de consumo é útil a técnica de se alterar a regra de julgamento clássica segundo a qual tem o ônus de provar aquele que alegou o fato?

É óbvio que não. É simplesmente incontável o número de situações em que se terá um nítido desequilíbrio de forças entre autor e réu, criando-se principalmente para o primeiro deles um encargo processual impossível de suportar, uma vez mantida, no curso do processo, a regra tradicional de divisão do ônus da prova. É possível que o autor já saiba, de antemão, que não tem como provar

3 MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de La prueba*. Bogotá: Themis, 2004, p. 17 e ss.

4 PESCATORE, Matteo. *La logica del diritto*. Torino: Utet, 1864, p. 50 e ss.

o que alega, visto que todos os elementos de prova necessários para o deslinde da causa se encontram em posse do réu, que não se manifestará sobre o assunto e negará a posse de tais provas enquanto existir.

Por conta dessa realidade, é necessário avançar, desatrelando a regra de *inversão do ônus da prova* (na realidade, de *redistribuição*) desta ou daquela espécie de conflito de direito material⁵.

E é esse, justamente, o caminho que trilhou o Novo Código de Processo Civil, ao determinar que é dever do juiz garantir *isonomia material* às partes, tratando-as nos limites de suas desigualdades, em especial no que tange ao *exercício dos ônus processuais* e, dentre estes, do *ônus da prova*.

Passa-se, então, a demonstrar como o tema do ônus da prova será disciplinado no Novo CPC, eis que será um dos institutos processuais dirigido pela norma principiológica do art. 7º, transcrito logo na introdução deste texto.

3. A distribuição do ônus da prova no NCP

O anseio maior que o magistrado deve ter é o de proferir uma decisão justa. Ocorre que, para que se alcance esse intento, há necessidade de que exista verdadeira *cooperação* entre os sujeitos do processo, cada

um cumprindo funções necessárias a que se possa chegar ao produto *justiça*, ao cabo de tudo⁶.

Tal cooperação, todavia, é difícil de operacionalizar em relação a algumas específicas situações processuais, visto que o interesse das partes do processo é distinto do que move o juiz: é *vencer*. E para tanto, a lei processual dá brechas a estratégias de atuação, o que permite que atos lícitos e mesmo ilícitos sejam manejados pelas partes com o intuito de atingirem o fim almejado.

Por isso é de se esperar que as partes **não** colaborem espontaneamente quando fizerem um juízo de valor de que, em assim agindo, se prejudicarão.

Essa afirmação se encaixa como uma luva no que respeita à produção de provas que a parte sabe serem contraditórias ao seu interesse. *É de se esperar que a parte junte aos autos documento ou apresente testemunha que deponha contra seus interesses?* Obviamente que não.

Sendo assim, é *essencial* para que o processo possa *efetivamente* visar à justiça que o juiz tenha poderes que lhe permitam *forçar* a cooperação daqueles que, sob certas circunstâncias, não têm o interesse de fazê-lo.

Nesse contexto, sem sombra de dúvidas, um dos melhores instrumentos de que o juiz disporá a partir da vigência do novo Código de Processo Civil será a *dinamização* da regra do ônus da prova, ou seja, o *poder* de distribuir o

5 Nesse sentido já me pronunciei em escritos anteriores, o primeiro deles datado de 2007. KLIPPEL, Rodrigo. **Teoria geral do processo civil**. Niterói: Impetus, 2007. Na mesma linha: KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. **Manual de processo civil**. Vitória: Acesso, 2011, p. 348.

6 “Pode-se dizer que a decisão judicial é *fruto* da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento”. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 1. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 78.

onus probandi de forma distinta da tradicional.

Essa técnica é uma aplicação concreta do princípio da isonomia material, defendida no art. 7º do Projeto de novo CPC, pois dá ao juiz condições de identificar qual é a **parte mais apta** a comprovar a veracidade de certas alegações de fato, atribuindo a ela o encargo probatório, sob pena de derrota na causa.

É certo que, em muitas situações processuais, quem tem melhores condições de apresentar prova dos fatos em juízo é aquele que o alega. Não se pode duvidar dessa realidade. Mas também é certo que, em outros casos, é a parte contrária a que alegou que possui essa maior aptidão.

É anti-isonômico desconsiderar esse fator e manter a tradicional divisão do *onus probandi*, penalizando autor ou réu com a derrota pela circunstância de ser mais fraco do que o *ex adverso*. No fundo, é até mesmo uma regra perversa, que expõe as muitas contradições de nossa sociedade.

Por tudo quanto dito, é dever do juiz, a partir da vigência do novo CPC:

- a) investigar quais são as alegações fáticas pertinentes para o julgamento da lide;
- b) quem é a parte mais apta a comprová-las em juízo, independentemente de quem as tenha deduzido;
- c) atribuir à parte mais apta o *onus probandi* do fato, mesmo que para tanto deva ser *dinamizada*, alterada a regra tradicional de divisão que decorre do direito romano⁷.

7 É óbvio que se o magistrado concluir que mais aptos a provar os fatos são aqueles que os alegaram, não há necessidade de que teça quaisquer comentários sobre o tema, eis que a aplicação da regra se pressupõe.

Dois pontos extremamente importantes acerca desse novo regime da regra do ônus da prova são os de que:

a) a redistribuição do encargo probatório entre as partes não é mais um efeito de disciplinas específicas de direito material (como a do consumidor), mas sim o *poder processual* a ser aplicado em qualquer tipo de demanda, regulada por qualquer que seja o procedimento jurisdicional.

b) o critério para a *redistribuição do ônus* passa a ser, pura e simplesmente, a *busca pela isonomia material entre as partes*, afastando-se critérios casuístas e até mesmo de difícil interpretação como *verossimilhança das alegações* ou hipossuficiência, hoje empregados no Código de Defesa do Consumidor.

Cada vez mais se dota o juiz cível de poderes que, se bem empregados, lhe permitem almejar o que a *verdade real*, ao invés de se conformar com a denominada *verdade formal*.

Feitas essas considerações, deve-se afirmar, por fim, que a norma jurídica que contém a autorização primária para que o juiz atue da forma como acima descrito é o art. 7º do NCPC.

A mensagem que ele transmite é límpida: o juiz tem o dever de assegurar às partes igualdade material no desenvolvimento do processo, devendo-se aplicar essa premissa aos **ônus processuais**, gênero do qual o *onus probandi* é espécie.

Não seria necessária qualquer outra norma para operacionalizar a redistribuição do ônus da prova tal como exposta neste estudo. Suficiente seria o mencionado art. 7º, que contém regra auto-aplicável.

Ocorre, todavia, que o tema é, para grande parcela dos operadores do direito, uma novidade (advogados, juízes, promotores etc).

Ocorre, também, que o ser humano teme o novo e às vezes reage negativamente a ele.

Por isso, é plausível pensar que talvez demorasse demais para que o grande público se afeiçoasse à dinamização do ônus da prova como efeito direto do dever de o juiz fornecer *isonomia material* às partes, contido no art. 7º do NCP.

Por pensar assim, a Comissão de Juristas encarregada de criar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, que se converteu no Projeto de Lei 166/10 do Senado, redigiu a norma relacionada à divisão do ônus da prova no processo civil demonstrando que o seu conteúdo não é mais estaque como um dia foi. Veja a redação:

Art. 261. O ônus da prova, **ressalvados os poderes do juiz**, incumbe:

- I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
- II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Ou seja: o juiz detém o poder de alterar a regra clássica de que o responsável por alegar o fato é aquele que possui o ônus da prova do mesmo.

E sabe-se que tal poder deve ser exercido com o fim de garantir *isonomia material* entre



os sujeitos parciais do processo, nos termos do art. 7º. O mais apto a provar é aquele sobre quem o ônus incidirá.

Após lermos o art. 7º e o art. 261 do Anteprojeto de novo CPC, temos a sensação de que é possível extrair *claramente* do texto da lei que o ônus da prova se submete a um novo regime, de flexibilidade.

Mas será que o grande público já está apto a tanto? Não seria melhor, já que se trata de um ponto central para o processo, escancarar a nova solução, a fim de que nenhum operador do direito tenha a mínima chance de ignorá-la?

Por pensar assim, o Senador Valter Pereira, Relator-geral do Projeto de Lei 166/10, fez incluir um artigo que não deixa qualquer dúvida de que o ônus da prova é instituto alcançado pela diretriz do art. 7º, devendo ser redistribuído a fim de garantir que o sujeito mais apto a provar certa alegação fática tenha sob suas costas esse encargo que, se descumprido, pode trazer como efeito a sua derrota. Trata-se da norma que foi alocada pelo Senado Federal no art. 358, com a seguinte redação:

Art. 358. Considerando as **circunstâncias da causa** e as **peculiaridades do fato a ser provado**,

o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, **distribuir de modo diverso o ônus da prova**, impondo-o à parte que estiver em **melhores condições de produzi-la**.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

O legislador nacional, no Senado Federal, foi adepto da idéia de que é melhor pecar pelo excesso do que pela omissão. Concordo com esse tipo de postura. É preciso reeducar o profissional do direito, mostrar-lhe um caminho novo que nunca antes percorreu. Por isso, quanto mais clara, incisiva e didática for a lei, melhor.

3. Conclusão

A *dinamização* do ônus da prova não é uma das “*vedetes*” do novo código de processo civil. Há outros temas muito mais “*badalados*”, mas que talvez não tenham o condão de resolver um problema tão sério quanto antigo no processo, que é dotar o juiz de melhores mecanismos para decidir com acerto.

O destaque da modernidade é a velocidade. Sobre ela as atenções se concentram energicamente. Contudo, sou e sempre serei partidário da boa e velha *segurança* e decisão justa significa isso.

Por isso aplaudo de forma entusiástica o teor do art. 7º do Projeto de Lei de Novo CPC, que muitos outros benefícios poderá trazer ao

processo mas, em especial, pelo fato de abrir um novo caminho para um tema que, durante séculos, restou adormecido na condição de dogma: o *ônus da prova* e a forma como se deve dividi-lo.

Só resta desejar que o Código seja aprovado tal como se encontra – neste ponto – e que os homens saibam usar de forma adequada o excelente instrumento que receberão.

4. Referências

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 1. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

KLIPPEL, Rodrigo. **Teoria geral do processo civil**. Niterói: Impetus, 2007

KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. **Manual de processo civil**. Vitória: Acesso, 2011.
MICHELLI, Gian Antonio. **La carga de La prueba**. Bogotá: Themis, 2004

PESCATORE, Matteo. **La logica del diritto**. Torino: Utet, 1864.

Publicado originalmente no livro “O projeto do novo Código de Processo Civil: Estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha” Coordenadores Fredie Didier Júnior, José Henrique Mouta Araújo e Rodrigo Klippel. Salvador: Editora JusPodium, 2011. ps. 343-352