

## AS REGRAS DE DIVISÃO DO ÔNUS DA PROVA DEVEM LIMITAR OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ?

**Flávia Moreira Pessoa, Juíza do Trabalho Substituta (TRT 20ª Região), Professora de Direito Processual do Trabalho, Especialista em Direito Processual pela UFSC, Mestranda em Direito, Estado e Cidadania pela UGF.**

### 1 - INTRODUÇÃO

O presente artigo visa contribuir para a discussão relativa à limitação ou não dos poderes instrutórios do juiz pelas regras de divisão do ônus da prova. Vale dizer: de acordo com o atual estágio de evolução do Direito Processual Civil o juiz deve ficar limitado à atividade probatória das partes ou pode, independentemente de tais regras, promover de ofício a produção probatória?

Para atingir tal intento, cumpre analisar a teoria do ônus da prova no Direito Processual Civil, bem como fixar a atuação do juiz dentro da perspectiva instrumentalista do processo, o que se procede nos segundo e terceiro itens deste trabalho. A partir de tais elementos, fixa-se, no quarto item, a solução para o cerne do questionamento, através do embate entre os institutos do ônus da prova e dos poderes do juiz, balizado o debate pela perspectiva instrumentalista do direito processual.

### 2 - ÔNUS DA PROVA

*As regras de divisão do ônus da prova são formalizadas em decorrência da impossibilidade de o julgador deixar de decidir, ou seja, tendo em vista a vedação do non liquet. Assim, tais regras são criadas para possibilitar a resolução das controvérsias nos casos em que não resulte provada a existência dos fatos principais.*

*Ônus deriva do latim onus, significando carga, peso. De fundamental relevância, porém, a distinção entre ônus e dever em sentido amplo<sup>1</sup>. Quando se diz que a parte tem um ônus, trata-se de uma faculdade não sujeita à coerção, mas que gera efeitos em seu prejuízo, no caso de inércia. Já*

*o dever geralmente é ligado ao direito material e requer algum adimplemento, podendo a omissão caracterizar ilícito ou resultar em coerção. Assim, por exemplo, há o ônus de provar, mas, por outro lado, o dever de se proceder com lealdade e boa-fé.*

De acordo com o artigo 333 do Código de Processo Civil, ao autor incumbe a prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor<sup>2</sup>. O parágrafo único do mesmo artigo autoriza a inversão do ônus da prova por convenção das partes, desde que não se trate de direito indisponível e que não torne excessivamente difícil o exercício do Direito.

De salientar, entretanto, que as regras de distribuição do ônus da prova não são inflexíveis, entendendo a doutrina mais moderna que a interpretação de tais normas deve estar atenta às vicissitudes do direito material. Nesse sentido, a lição de Marinoni e Arenhart, quando interpretam que a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil não é adequada para todas as lides postas em juízo:

A regra de que o autor deve provar o que alega, que é o fundamento do procedimento ordinário, não é adequada a todas as situações carentes de tutela. Quando é impossível ou muito difícil a demonstração da alegação, não se deve exigir um grau de certeza incompatível com a situação concreta, devendo ocorrer a “redução do módulo de prova”, aceitando-se um grau de verossimilhança suficiente, ou a verdade possível. De nada adianta permitir alegar se ao autor é impossível, ou muito difícil, provar. (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 200).

### **3 - OS PODERES DO JUIZ DENTRO DA PERSPECTIVA DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO**

De acordo com a doutrina contemporânea, o processo é um instrumento público de solução de conflitos. A partir de tal conceituação, a figura do juiz surge como “um agente estatal no desempenho de uma função pública, cujos objetivos são bem mais amplos do que a mera satisfação das partes envolvidas no litígio” (PUOLI, 2001, p. 21).

Nem sempre, contudo, a atividade do juiz foi assim entendida<sup>3</sup>. Na época em que prevalecia a concepção privatística do processo, a função do juiz limitava-se a “regular o desenrolar do conflito, até o momento em que o processo tivesse condições de ser decidido” (PUOLI, 2001, p. 21). Justamente nesse período foram desenvolvidos

e erigidos a lugar privilegiado, dentro da doutrina processual civil, os princípios dispositivo, da inércia e da imparcialidade do juiz, que tinham todos a função de servir como limites à atuação do magistrado.

Em oposição à figura do juiz do Estado liberal, assiste-se, com o surgimento da democracia social, à intensificação da participação do juiz, a quem cabe zelar por um processo justo, capaz de permitir, nas palavras de Marinoni e Arenhart:

i) a justa aplicação das normas de direito material, ii) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e iii) a efetividade da tutela dos direitos, pois a neutralidade é mito, e a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 192).

Nesse sentido, atualmente, os princípios dispositivo, da imparcialidade e da inércia devem ser analisados a partir da visão publicística do processo<sup>4</sup>. Ou seja, o juiz deve ser inerte e imparcial, mas não pode ser indiferente ao resultado da demanda. Isso porque o processo tem outras finalidades públicas além do atendimento do interesse das partes. Na realidade, “os objetivos de fazer atuar o Direito estatal e pacificar com justiça são mais importantes do que o mero interesse individual dos partícipes em terem a solução da causa levada para conhecimento da jurisdição” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2000, p. 40).

Dentro desse contexto, o direito brasileiro assiste a um progressivo aumento dos poderes outorgados ao juiz, para bem desempenhar suas atividades, sendo tal incremento consagrado pela legislação, doutrina e jurisprudência. Como exemplo, podem ser citados a valorização dos princípios constitucionais do processo, a crescente utilização, pela legislação material, em especial o novo Código Civil, de conceitos juridicamente indeterminados e as recentes alterações promovidas no Código de Processo Civil, em especial as relativas às condutas das partes, levadas a efeito pela Lei 10.358/01.

Além da ampliação dos poderes do juiz de forma geral, assiste-se ao reforço dos poderes especificamente instrutórios, ou seja, aqueles concedidos ao juiz na instrução da demanda para o alcance da mais ampla produção probatória possível. Isso porque, na realidade, um processo “verdadeiramente democrático, fundado na isonomia substancial, exige uma postura ativa do magistrado” (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 192). É que não se pode permitir que os fatos relevantes para a solução da demanda deixem de ser verificados em razão da menor sorte econômica ou astúcia de uma

das partes. Ao extremo, pode-se chegar até mesmo à conclusão de que “parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para a elucidação da matéria fática, queda-se inerte” (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 193).

#### **4 - REGRAS DE DIVISÃO DO ÔNUS DA PROVA E PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ**

Os poderes instrutórios do juiz, de acordo com a doutrina clássica do Direito Processual Civil<sup>5</sup>, eram vinculados à natureza da relação material discutida no processo. Assim, tratando-se de direito disponível, a produção de provas deveria ficar exclusivamente a cargo das partes. Em caso de direitos indisponíveis ou de ordem pública, os poderes do juiz seriam ampliados.

De igual forma, tradicionalmente entendia-se que as regras de divisão do ônus da prova implicavam o limite estabelecido pelo legislador para a atuação do juiz<sup>6</sup>. Ou seja, o magistrado somente estaria autorizado a promover a produção de novas provas quando, após sua regular apresentação pelas partes, estivesse ainda impossibilitado de proferir sua decisão.

Tal limitação da atividade do julgador pelas regras de divisão do ônus da prova, contudo, não é mais consentânea com o atual estágio de evolução do Direito Processual Civil. Conforme visto no item anterior, assiste-se, hoje, ao incremento dos poderes instrutórios do juiz com o propósito de assegurar efetividade à tutela jurisdicional. Dessa forma, entende-se, a partir da perspectiva instrumentalista do processo, que as regras de divisão do ônus da prova não limitam a atividade instrutória do juiz, a quem cabe velar para que o processo alcance a pacificação com justiça no caso concreto.

O poder instrutório do juiz, contudo, permanece balizado pelas garantias constitucionais do contraditório – art. 5º, inciso LV, CF e da obrigatoriedade de motivação – art. 93, inciso IX, CF. Assim, conquanto ampla, a iniciativa oficial da prova deve sempre observar o contraditório e estar devidamente fundamentada.

Assim, em apertada síntese conclusiva, pode-se fixar que no atual estágio de evolução da doutrina do direito processual civil, as regras de divisão do ônus da prova não devem constituir limite ao poder instrutório do juiz. Sua atividade deve, dessa forma, ser a mais ampla possível no âmbito da instrução processual, mas sempre

balizada pela observância do contraditório e pela obrigatoriedade de motivação.

## 5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16 ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. V, tomo I.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000.
- PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- SÁ, Djanira Maria Ramadés de. *Teoria geral do direito processual civil: a lide e sua resolução*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>1</sup> É conveniente assinalar também que os deveres em sentido amplo compreendem os deveres em sentido estrito e obrigações processuais. Para Djanira Maria Ramadés de Sá, “enquanto as obrigações processuais, como as obrigações materiais, têm na sujeição de alguém a uma prestação de caráter econômico seu traço peculiar, nos deveres processuais esse traço está ausente. Portanto, além de deveres, têm as partes obrigações no processo, consistentes na satisfação de despesas várias” (SÁ, 1998, p. 137). Na doutrina, contudo, parece prevalecer o entendimento de que a distinção reside no fato que na obrigação processual resta à parte “a liberdade de infringir o comando, sofrendo sanção correspondente”, sendo de se ressaltar

que o cumprimento da obrigação “corresponde a um interesse de outrem, decorrente de um vínculo jurídico”. Já o dever em sentido estrito é “comando que condiciona o comportamento processual das partes, reforçado por sanção, no interesse público de probidade no desenvolvimento do processo”. Assim, no caso de descumprimento do dever, “tem-se caracterizado um ilícito” (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 184-185).

<sup>2</sup> Para completa compreensão do dispositivo, convém, com espeque na doutrina de Sandra Aparecida Sá dos Santos, a conceituação de seus elementos principais: constitutivos são os fatos que “fazem nascer a relação jurídica”, enquanto os extintivos “têm o condão de causar a cessação da relação jurídica”. Já os impeditivos “obstam o efeito que seria decorrência normal do fato constitutivo alegado”, ao passo que os modificativos “embora não fulminem a relação jurídica nem impeçam seus efeitos, revestem os fatos constitutivos de uma nova roupagem”, modificando, assim, seus efeitos (SANTOS, 2002, p. 68).

<sup>3</sup> A história do direito processual inclui três fases metodológicas fundamentais, bem delineadas na lição de Cintra, Dinamarco e Grinover, aqui resumida: Na primeira, o processo era considerado simples meio de exercício de direitos, sendo a ação entendida como o próprio direito material, que uma vez lesado adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Na segunda fase, denominada autonomista ou conceitual, que se iniciou em meados do séc. XIX, foram consolidadas as grandes teorias processuais, como a natureza jurídica da ação e do processo, condições da ação e pressupostos processuais. Nessa fase, a grande preocupação foi a consolidação do direito processual enquanto ramo autônomo do Direito. Finalmente, a terceira fase, ora em curso, denomina-se instrumentalista e tem por norte a compreensão da efetividade do processo como meio de acesso à Justiça. Cf. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. 2000, p.42-45.

<sup>4</sup> A perspectiva publicista do processo é a tendência do direito processual atual. No Brasil, importante trabalho de aprofundamento e divulgação do tema foi levado a efeito por Cândido Rangel Dinamarco. (DINAMARCO, 1994, p. 44-57). Nesse trabalho, o autor explica que essa tendência universal leva à consideração do processo como instrumento a serviço de valores que são objeto da ordem jurídico-substancial.

<sup>5</sup> Luiz Eduardo Boaventura Pacífico aponta que se orientam nesse sentido tradicional José Frederico Marques, Moacyr Amaral

Santos, Humberto Theodoro Júnior e Arruda Alvim (PACÍFICO, 2000, p. 152).

<sup>6</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, em estudo sobre o tema, colaciona, nessa orientação, o entendimento de Arruda Alvim, Nelson Nery Júnior e João Batista Lopes (BEDAQUE, 2001, p. 116).