

CONCEITO DE ÔNUS DA PROVA

José Raul Gavião de Almeida

O autor deve, na inicial, indicar os fatos que se propõe a demonstrar e que constituem pressupostos da aplicação da norma jurídica invocada. Também o réu não se libera do encargo das afirmações que fez. Daí se dizer que o ônus da prova se distribui entre as partes, em repetição ao aforismo romano: "ei incumbit probatio qui dicit".

A esta conceitual posição, tem-se acrescentado idéia de condicionante consequência. Isto é, tem-se afirmado que falhando, a parte, no cumprimento de seu encargo processual não obtém provimento jurisdicional favorável.

Dentro da observação de que ninguém luta para perder, sim perseguindo a vitória, a atuação das partes ante o conflito de interesses trazidos a juízo, em termos de "onus de prova", passou a ser entendida como "necessária" para a obtenção de resultado "favorável".

Provar constitui "imperativo do próprio interesse" (Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, trad. Prietto Castro, ed. Labor, 1936, p. 8). Ou na mais elucidativa versão de Carnelutti (Teoria Geral do Direito, trad. A. Rodrigues Queiró, Coimbra, 1942, p. 273), reclama — "a necessidade de agir de certo modo, antes que de outro, para satisfação de um interesse". Conceito repetido por Manuel Domingues de Andrade (Teoria Geral das Obrigações, Coimbra, 1958, pág. 4) — "necessidade de praticar determinado ato para conseguir uma vantagem jurídica".

A doutrina, como se observa, põe em destaque, no conceito de "ônus da prova", dois elementos — a "necessidade" da atividade da parte para a "vitória" do interesse em lide.

É o que se repete e se reproduz por quem aborda o tema: "necessidade de adotar uma conduta para a satisfação de um interesse próprio" (Dias Marques, Teoria Geral do Direito, Coimbra, 1958, v. I, p. 278); "esta conduta es libre, en el sentido de que no constituye el objeto de una obligación, pero es necesaria, en el sentido de que es condición de la realización del interes" (Santoro Passarelli, Doctrina Generales del Derecho, trad. Lima Serrano, 1946, p. 74).

Neste destaque da atividade probatória, como condição de alcance do interesse jurídico em conflito, tem-se assentado a definição do ônus da prova: "o ônus tem alguma coisa de poder, uma vez que ao sujeito é garantido determinado resultado jurídico favorável desde que observe certa conduta" (Oliveira Ascensão, *As Relações Jurídicas*, Lisboa, 1962, p. 170).

No mesmo sentido é Alfredo Buzaid (*Estudos de Direito*, pág. 61, ed. 1972), não desprezando do conceito de ônus da prova os elementos "atividade" como condição do resultado "favorável": "falamos de ônus quando o exercício de uma faculdade é posto como condição para obter certa vantagem. Por isso ônus é uma faculdade, cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse".

Ou na magistral síntese de Kisch (in João Bonumá, *Direito Processual Civil*, v. II, p. 307), ônus de prova se traduz por: "necessidade de provar para vencer".

Esta conceituação, se adequada é às lides sobre bens que as partes podem dispor, não serve aos processos onde o interesse público está sob julgamento, do que exemplo é o art. 156 CPP, quando entrega ao juiz poderes para "no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligência para dirimir dúvida sobre ponto relevante".

A inteligência do texto conduz ao entendimento que "embora determine a lei que a parte prove suas alegações, faz ela referência ao poder inquisitivo do juiz, no que tange à pesquisa da verdade... Portanto, não se pode falar, precisamente, num ônus de prova para as partes" (Romeu Pires de Campos, *Dir. Proc. Penal*, pág. 694).

A regra do ônus da prova, consoante tem sido conceituado, como necessidade da parte provar para vencer, não tem aplicação nos processos onde sob conflito está o interesse público.

"A teoria do ônus da prova se relaciona estritamente com a conservação do princípio dispositivo no processo pelo que respeita a verificação dos fatos. Num sistema que admitisse a pesquisa de ofício da veracidade dos fatos, não teria significação a repartição do ônus da prova".
(Buzaid, ob. cit., pág. 70).

Vários fundamentos repelem a regra da necessidade de provar para vencer, na conceituação de ônus de prova.

Carnelutti, em seus *Princípios*, ao descartar a existência de lide no processo penal, permite ampliar a idéia para as demandas marcadas pelo interesse público, onde o benefício geral e comum leva à descaracterização de conflito de interesses entre as partes.

Nesta mesma linha de pensar se filia Fernando Luso Soares em sua obra: "Processo Penal como Jurisdição Voluntária" (Coimbra, 1981).

Ainda, o princípio da "não disponibilidade" das partes sobre o bem em lide, porque de interesse público, dispensa a correlação entre necessidade da atividade probatória para obtenção de decisão favorável, como forma de evitar que disponham as partes, sobre o objeto da lide, através do processo.

Na mesma esteira de fundamentação, porque o interesse público não se compatibiliza bem com a verdade formal, o "princípio da verdade real" entrega legitimidade ao Magistrado para suprir a inércia probatória das partes.

Daf, também, porque em tais lides, predomina o princípio da "investigação", não o da "alegação", justifica-se substituir-se o Magistrado às partes na pesquisa de prova, levando à vitória até quem alegou e não provou.

Em resumo, o entendimento de que cada parte deve suportar o ônus da afirmação e da prova dos pressupostos das normas sem cuja aplicação não pode ter êxito sua pretensão, serve ao processo civil típico.

Na busca de uma fórmula adequada não só aos processos sobre bens disponíveis, mas também àqueles caracterizados pelo interesse público, onde o Magistrado suprimindo a inércia probatória da parte pode levá-la ao resultado favorável, impõe-se reformular o conceito de ônus da prova.

Com este propósito as "Mesas de Processo Penal", da Faculdade de Direito da USP, em sessão de 26-4-83, após estudo e debate do tema, apresentaram as seguintes súmulas:

a) A doutrina tem conceituado o ônus da prova como a "necessidade de provar para vencer".

b) Face à regra da pesquisa de ofício da veracidade dos fatos, consagrada no art. 156 C.P.P., o referido conceito doutrinário não tem adequação ao processo penal.

c) Um conceito mais abrangente, compatível com os princípios dispositivo e inquisitivo do processo, seria o de ônus da prova como faculdade que, se não exercida, pode levar a um resultado desfavorável.

d) Este último conceito de ônus da prova encontra aplicação tanto no processo penal como no civil.

O ônus da prova, conceituado como "faculdade que, se não exercida, pode levar a um resultado desfavorável", satisfaz à teoria geral do processo, aos processos versando sobre interesse privado ou sobre interesse público.