DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Letícia Braz Mendonça, Lairce da Silva Ferreira, Fabyola da Silva Lima, Mariana Calixto Batistela, Adriana Aparecida Giosa Ligerio

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Curso de Direito, Presidente Prudente, SP. E-mail: lbrazmendonca@gmail.com

RESUMO

O ônus da prova é um encargo atribuído ao autor que alega seu direito e ao réu quando apresenta fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor. O Código de Processo Civil de 1973 traz a distribuição estática do ônus da prova, em seu artigo 333, ou seja, o legislador atribuiu somente a possibilidade de convenção entre as partes desde que não verse sobre direitos indisponíveis ou quebre a paridade de armas. O Código de Defesa do Consumidor trouxe a inversão do ônus da prova como direito básico do consumidor. O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao trazer a distribuição dinâmica de modo expresso na lei processual, garantindo assim adequação processual e igualdade entre as partes litigantes no que diz respeito à prova diabólica. O objetivo do presente trabalho é perceber as mudanças da redistribuição do ônus da prova com o novo Código de Processo Civil e debater sobre a importância dessa evolução no judiciário.

Palavras - chave: Ônus da prova. Distribuição dinâmica. Prova diabólica. Novo Código de Processo Civil

DYNAMICALTHEORY OF BURDEN OF PROOF AND THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

ABSTRATC

The burden of proof is an incumbency attributed to the author who claims his right and to the defendant who presents an extinctive, deterrent or amending fact of the author's right. The Civil Procedure Code 1973 brings the static distribution of the burden of proof in the Article 333, i.e. the legislator only attributed the possibility of agreement between the parties provided since it is not talked about inalienable rights or breaks the parity weapons. The Consumer Defense Code brought the reversal of the burden of proof as basic consumer rights. The Civil Procedure Code 2015 innovated by bringing the dynamic distribution expressly in the procedure law, thus ensuring the procedural adequacy and the equality between the disputing parties regarding the "diabolical proof". The purpose of this paper is to analyse the changes in the redistribution of the burden of proof with the new Civil Procedure Code and to discuss the importance of this evolution in the judiciary. A review of the literature about the theme will be made.

Keywords: Burden of proof. Dynamic distribution. Evil Proof. New Civil Procedure Code.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa objetivou conceituar, analisar e gerar a compreensão do significado da expressão “ônus da prova” compreendo a mesma inserida seja na teoria estática, seja na teoria dinâmica, utilizadas para a distribuição do ônus da prova.

A evolução da aplicação da técnica processual permitiu edição de leis que apesar do esforço em corrigir a artificialidade e rigor técnico da teoria estática tal como posta no CPC de 1973, permitiu alguns ajustes, mas permaneceu como distribuição estática do ônus da prova. É o caso dos artigos 6º, VIII, e 12º, §3, ambos, do Código de Defesa do Consumidor.

A evolução da jurisprudência permitindo, excepcionalmente, aos juízes, diante das peculiaridades do caso concreto, amparada nos poderes instrutórios do juiz, a inversão do ônus da prova no curso do processo, auxiliou operadores do direito a repensar a distribuição do ônus da prova no Brasil.

Nesse contexto, hoje nos deparamos com o novo Código de Processo Civil adotando expressamente, quando for necessário e adequado, uma distribuição dinâmica do ônus da prova.

METODOLOGIA

A metodologia utilizada na pesquisa foi eminentemente bibliográfica, tendo a intenção de possibilitar a compreensão da distribuição do ônus da prova sob a regra estática ou dinâmica, expondo no Código de Processo Civil o sistema de distribuição da prova, apresentando as mudanças com edição do novo Código de Processo Civil.

Num estudo, partindo-se do raciocínio hipotético dedutivo, foram construídas as bases do trabalho, numa interpretação reflexiva e dialética.

DISCUSSÃO

No ordenamento jurídico brasileiro o juiz não pode se eximir de julgar o caso concreto (art. 126 do CPC e art. 140 do NCPC).

Na dialética do processo, onde tem-se as figuras das partes (autor e réu), com efetivo exercício do contraditório, a interpretação da distribuição do ônus da prova sempre se exige (art. 333 do CPC).

Importa esclarecer o que deve se compreender pela expressão “ônus”. Na doutrina de Duarte e Pereira (2015, p. 183) “Ônus é um encargo atribuído a parte e jamais uma obrigação”; [...].

Na doutrina de Didier (2014, p. 81):

Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância. Ônus da prova é, pois, o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato.

Na doutrina de Gonçalves (2014, p.374) “as regras do ônus da prova têm como função indicar qual dos litigantes sofrerá com as consequências negativas provocadas pela falta de comprovação”.

Portanto, aquele que não se desincumbe da sua prova, acaba por arcar com um prejuízo ou com uma situação de desvantagem decorrente do processo.

Assim, questiona-se a quem cabe fazer tal prova? E a resposta consta do artigo que distribui o ônus da prova (art. 333 do CPC). Ao responder esse questionamento está se observando o ônus da prova em seu aspecto subjetivo.

É preciso compreender que a disposição processual referente ao ônus da prova contempla duas diretrizes, com registra Leonel (2015, p. 178):

[...] a primeira, que pode ser chamada de “ônus objetivo da prova”, que nada mais é que uma regra de julgamento, da qual o juiz só deve valer para evitar o pronunciamento do *non liquet*, vedado em nosso sistema (art. 126 do COC/1973; art. 140 do NCPC); a segunda, que pode ser chamada de “ônus subjetivo da prova”, é diretriz endereçada às partes, que devem saber de antemão, os fatos em relação aos quais recaem seus encargos probatórios, para que deles possam se desvencilhar.

Quanto às regras que norteiam a distribuição estática do ônus da prova, como foi adotada pelo CPC de 1973, vigente até os dias atuais, ao autor incumbe o ônus dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu incumbe provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

“Essa opção legislativa é criticada por sua artificialidade, pois adotando essa regra o legislador conferiu tratamento uniforme a todas as situações, impondo paridade de armas sempre, e de forma simétrica, não atentando para qualquer desequilíbrio entre as partes” (DUARTE; PEREIRA, 2015, p. 183).

O Código de Processo Civil de 1973 regulamenta o ônus da prova por meio do art. 333, dividindo-o entre o autor e o réu, conforme a natureza das alegações fáticas apresentadas no processo.

Nesse contexto, o Código de Processo Civil de 1973 adotou a teoria estática do ônus da prova, isto significa que o dever de produzir provas é de quem as alega. Para Didier (2014, p.85):

Compete, em regra, a cada uma das partes o ônus de fornecer os elementos de prova das alegações de fato que fizer. A parte que alega deve buscar os meios necessários para convencer o juiz da veracidade do fato deduzido como base da sua pretensão/exceção, afinal é a maior interessada no seu reconhecimento e acolhimento.

Nos termos do parágrafo único do artigo 333 do CPC, o máximo de flexibilização permitido para essa teoria, é a possibilidade de convenção sobre o ônus da prova entre as partes, sob as condições, de que o acordo não recaia sobre direitos indisponíveis, ou que a referida convenção torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

A fim de solucionar o impasse verificado, na hipótese, do não esclarecimento dos fatos por falta de provas, o novo Código de Processo Civil, trouxe a possibilidade de amenizar o rigor da distribuição do ônus da prova traçado pelo art. 333 do código de 1973, afirmando a possibilidade de uma distribuição dinâmica do ônus da prova.

Para o novo CPC o ônus da prova deve ser distribuído a *posteriori*, pois é definido segundo as peculiaridades do caso concreto, o ônus deverá ser incumbência daquele que apresentar melhores condições de produção da prova quando o caso concreto exigir uma distribuição dinâmica desse ônus.

O novo código adota expressamente a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que foi inspirada na doutrina Argentina "teoria da carga probatória dinâmica".

Essa teoria fundamenta-se na igualdade, na qual a parte não arcará com uma prova de impossível realização, e adequação, onde as regras do ônus é adequada de acordo com o caso concreto (art. 373, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei 13.105/2015).

Assim é possível afirmar que o novo CPC continua a adotar a distribuição estática do ônus da prova, mas expressamente prevê a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova, quando as peculiaridades do caso exigir.

Conforme explica Didier (2015, p. 111):

O ônus da prova pode ser atribuído pelo legislador, pelo juiz ou por convenção das partes (art. 373 CPC).[...] O CPC ao distribuir o ônus da prova, levou em consideração três fatores: a) a posição da parte na causa (se autor, se réu); b) a natureza dos fatos em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); c) e o interesse de provar o fato. Assim, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito.

Assim, a legislação evolui, para prever a possibilidade da distribuição do ônus da prova no curso do processo, para aqueles casos difíceis, onde essa técnica se faz necessária e adequada.

Necessário anotar que devido a artificialidade da teoria estática adotada no CPC de 1973, o Código de Defesa do Consumidor, buscando flexibilizar a técnica imposta, apresentou artigo 6º, VIII, que permite a inversão do ônus da prova nas hipóteses de verossimilhança da alegação ou hipossuficiência.

A inversão do ônus da prova constante do artigo 6º, VIII, do CDC não se confunde com a distribuição dinâmica do ônus da prova, pois como sabido de todos, a inversão do ônus da prova no CDC objetiva equilibrar o consumidor hipossuficiente ou com alegação verossímil constante do processo, não vislumbrando a possibilidade de inversão do ônus da prova para o fornecedor.

“A regra encartada no CDC também é estática, pois inverte-se o ônus apenas em benefício do consumidor, e apenas se, demonstrada uma situação de fato que espelhe o requisito [...] (DUARTE; PEREIRA, 2015, P. 184) ”.

A inversão do ônus da prova na lei consumerista não é automática. O magistrado verificará os fatos e argumentos apresentados - verossímil (não sendo necessário uma certeza, mas possuir aparência de verdade), ou consumidor hipossuficiente. Na hipótese da presença de um dos requisitos, poderá o magistrado determinar a inversão do ônus da prova.

Assim, sobre o tema distribuição do ônus da prova, a legislação consumerista contribuiu para o amadurecimento e debate, bem como a evolução da jurisprudência.

Independente de previsão legal, corrente doutrinária, contando com apoio de alguns julgados, vinha admitindo que, excepcionalmente, o juiz determinasse a distribuição dos encargos probatórios de modo diverso, com a finalidade de equilibrar, diante do caso concreto, as condições dos litigantes (LEONEL, 2015, p. 177).

Por essa razão a dinamização do ônus da prova no direito brasileiro não é novidade, pois a jurisprudência permitia, excepcionalmente, essa distribuição.

A nova legislação deixa claro que na hipótese de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, §1º NCPC) o momento para tal distribuição deve ser preferentemente até o saneamento, pois a parte que assumir esse ônus deverá ter oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

As situações difíceis que solicitam a distribuição dinâmica do ônus da prova são lembradas diante da prova diabólica bilateral ou unilateralmente, ou da prova de fatos negativos absoluta ou relativamente, dentre outros.

Assim o problema da regra estática para distribuição do ônus da prova ocorre quando estamos diante de uma prova diabólica.

De acordo com Câmara (2005, p. 12) a prova diabólica é aquela cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil. Trata-se de expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração.

“A prova diabólica resulta de um desequilíbrio anormal entre as partes. Portanto, quando ocorre tal desequilíbrio a paridade de armas passa a ser afetada, ficando vulnerada, devendo ser aplicada a dinamização do ônus da prova” (DUARTE; PEREIRA, 2015, p. 187/188).

A prova diabólica pode assim ser para ambas as partes (bilateralmente diabólica) ou para apenas uma das partes (unilateralmente diabólica). Segundo Didier, Oliveira e Braga (2013, p.115) “é o caso da prova unilateralmente diabólica, isto é, impossível ou extremamente impossível para uma das partes, mas viável para a outra”. Nessa situação se não for convencionado entre as partes a inversão de distribuição do ônus da prova, a parte a quem pertencia a prova diabólica acabaria por ser prejudicada. Esta hipótese seria a hipótese do artigo 373, § 1º, do NCPD.

Ainda lembrando outros casos onde seria adequado a distribuição dinâmica do ônus da prova, Wambier (2015, p. 651), apresenta como exemplo de prova de um fato negativo:

[...] na hipótese de ação declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com pedido de sustação de protesto. É extremamente difícil, senão impossível ao autor, fazer a prova da *inexistência da relação jurídica* ensejadora da emissão do título protestado, mas não ao réu, que encaminhou o título a cartório, porque basta a este exhibir a cártula e demonstrar que sua emissão funda-se na efetiva entrega da mercadoria.

Importa esclarecer que o ônus da prova, no aspecto subjetivo, apesar de apontar quem deve arcar com o ônus da prova, verdadeiramente, aponta quem assume o risco na falta da produção da prova. Portanto, analisando o artigo 373, incisos I e II, onde vê-se a incidência da teoria estática do ônus da prova, em seu aspecto objetivo, é regra de julgamento, e o juízo baliza após a instrução, no momento do julgamento, quem arcará com a falta de prova.

CONCLUSÃO

É notório o fato que a teoria estática de distribuição do ônus da prova, estabelecida no art. 333 do CPC vigente, tornou-se inviável e insuficiente para atender a complexidade das relações jurídicas atuais. Um exemplo clássico é a ocorrência de provas diabólicas, que são aquelas onde o ônus probatório, previamente estabelecido, gera a algum litigante o encargo de se provar

determinado fato que seja de difícil ou impossível comprovação, isso traz uma desigualdade entre as armas que as partes utilizam no processo, causando muitas vezes a sucumbência da parte a que pertencia o ônus.

Dessa forma o novo Código de Processo Civil inova ao trazer expressamente a distribuição dinâmica do ônus da prova. Essa inovação, atende aos valores, princípios e objetivos que norteiam o processo civil atual, destaca-se a igualdade entre as partes, princípio da solidariedade e colaboração das partes com Poder Judiciário. Portanto, havendo necessidade e de modo justificado, o juiz poderá distribuir o ônus da prova entre os integrantes da relação processual, de acordo com a maior facilidade ou excessiva dificuldade de conseguir obter a prova necessária ao deslinde da demanda.

Com esse instituto da distribuição, o direito processual civil brasileiro busca a garantia de uma prestação jurisdicional efetiva à sociedade, buscando decisões seguras, baseada na realidade dos fatos, permitindo a constante busca pela justiça.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução”. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2005, n.31, p. 12,

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V2, 10ed, Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2, 9ed, Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. V2, 8ed, Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

DUARTE, R. P.; PEREIRA, M. C. A distribuição dinâmica do ônus da prova e o Novo CPC. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 126, p. 182/191, ano XXXV, mai. 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 4 ed, São Paulo: Saraiva, 2014.

LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações sobre prova no novo Código de Processo Civil. **Revista do advogado**. São Paulo, n. 126, p. 175/181, ano XXXV, mai. 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 1 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.