

O Ônus da Prova no Novo CPC

Alessandra Ribeiro Rezende Vilela¹

Carlos José De Carvalho Neto²

Wagner Saraiva Ferreira Lemgruber Boechat³

Mariane Silva Paródia⁴

Malu Maria de Lourdes Mendes Pereira⁵

Resumo: O presente artigo busca estudar, analisar e criticar a aplicabilidade da chamada teoria dinâmica das provas, positivada no art. 373, parágrafo 1º do novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16/03/15. Necessário observar que no presente trabalho objetivou-se conceituar o instituto da prova em nosso ordenamento jurídico, distinguir a aplicação dela no código de processo civil atual e no novo, conceituar a Teoria Dinâmica de distribuição do ônus da prova, apontar suas vantagens

¹ Advogada e pós-graduanda em direito processual da Universidade Vale do rio Verde - UNINCOR, Email: allestanna@hotmail.com.

² Advogado, professor de Direito na Universidade Vale do Rio Verde, pós-graduado em Direito Processual Civil –PUC Minas, Email: carloscjneto@yahoo.com.br

³ Advogado, consultor ambiental, professor de Direito. Graduado em Direito pela Faculdade de São Lourenço, pós-graduado em Direito Público pela Faculdade de São Lourenço, em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas, Direito Ambiental e Urbanístico pelo Centro Anhanguera de Promoção e Educação Social, pós-graduado em Docência do Ensino Superior e mestre em Direito – linha Constitucionalismo e Democracia – pela Faculdade de Direito do Sul de Minas Gerais. Email: estudosdedireitoaplicado@gmail.com

⁴ Advogada, professora universitária e especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera. Email: estudosdedireitoaplicado@gmail.com

⁵ Auditora Fiscal da Receita Estadual (MG) , pós-graduada e mestre pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). E-mail: estudosdedireitoaplicado@gmail.com

e desvantagens e por fim realizar análise crítica da aplicação dessa teoria na sistemática processual brasileira, lembrando que a mesma não representa total novidade ao nosso ordenamento posto que já inserida na sistemática do Código de Defesa do Consumidor e já foi tema de pacífico entendimento no STJ.

Palavras-chave: Prova; Ônus; Novo CPC.

INTRODUÇÃO

Com a aprovação da lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, amplamente conhecida como Novo Código de Processo Civil – Novo CPC, cuja vigência se iniciou em março de 2016, torna-se salutar traçar os assuntos que foram modificados.

Dentre as inovações do Novo CPC se destaca a criação da carga dinâmica da prova, que não é uma novidade em si, visto que já era reconhecida em diversas decisões judiciais e já utilizada no código de defesa do consumidor, mas com a inserção no Novo CPC a legitimidade deste instituto se torna incontestável. Eis a matéria a ser analisada nesse artigo.

Objetiva-se assim fazer uma análise da Teoria Dinâmica da Distribuição do Ônus da Prova e como ela é tratada no Novo CPC; quais as possibilidades de uso e seus limites.

Para tanto inicia-se analisando o que é prova para o Direito, passando-se em seguida para explicação de como era tratado o *onus probandi* no antigo CPC e finalmente se expõe como se dinamizou o ônus no Novo CPC.

2. DAS PROVAS

José Frederico Marques (1990, p. 310) define prova como:

Meio e modo utilizados pelos litigantes com o escopo de convencer o juiz da veracidade dos fatos por eles alegados, e igualmente, pelo magistrado, para formar sua convicção sobre os fatos que constituem a base empírica da lide. Torna-se possível reconstruir, historicamente, os acontecimentos geradores do litígio, de sorte a possibilitar, com a sua qualificação jurídica, um julgamento justo e conforme o Direito.

Já para Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 230) provar é “*conduzir o destinatário do ato (o juiz, no caso dos litígios sobre negócios jurídicos) a se convencer da verdade acerca de um fato*”.

Ensina ainda ao lecionar que provas são os “meios utilizados para formar o convencimento do Juiz a respeito de fatos controvertidos que tenham relevância para o processo” (2014, p. 87).

Neste contexto entende-se que a prova é instrumento indispensável à conclusão da lide, sem a qual a verdade ansiada restaria prejudicada.

3. Meios de prova

Segundo Jessica Ramos Farinelli (2015), os meios de prova constituem a demonstração da verdade nas alegações sobre a matéria fática controvertida e importante para o julgamento da causa.

Há diferenças doutrinárias entre fontes de prova e meios de prova, sendo que fontes de prova são pessoas e coisas de onde provém a prova, enquanto meios de prova são os instrumentos que permitem levar ao juiz os elementos que lhe permitiram formação do livre convencimento.

O Código de Processo Civil antigo enumera como meios de prova o depoimento pessoal (Art. 342 a 347), a exibição de documentos ou coisa (Art. 355 a 363), a prova documental (Art. 364 a 399), a confissão (Art. 348 a 354), a prova testemunhal (Art. 400 a 419), a inspeção judicial (Art. 440 a 443) e a prova pericial (Art. 420 a 439), sendo todos meios de prova legalmente aceitos.

Existe ainda a prova emprestada, aquela oriunda de outro processo que só poderá ser utilizada se a parte contra quem se pretende produzir a prova tenha integrado o contraditório no momento da produção da mesma. Deverá ser valorada como se fosse uma prova documental, não se tratando de prova atípica.

Porem existem ainda os que não estão previstos em lei, mas são admitidos desde que provenientes de meios idôneos e desde que não violem a moral.

Por outro lado, a Constituição da República veda expressamente e de forma peremptória e indiscriminada a utilização de provas produzidas ilicitamente, se perpetrada será considerada inexistente.

Por fim, assertivo nesse tópico falar da prova negativa ou diabólica que se constitui na prova excessivamente difícil de ser produzida, como a prova de fato negativo.

Segundo Luís Flavio Gomes (2014):

A prova diabólica existe muito na prática e fez a doutrina do ônus da prova ser repensada. Atualmente se entende que quem alega o que não aconteceu terá o ônus da prova se o fato negativo for determinado. Exemplo: não trabalhei ontem. O problema está na prova do fato negativo indeterminado, isto é, a prova diabólica, pois não há como provar, por exemplo, que alguém nunca trabalhou.

A Teoria estática de distribuição do ônus da prova, praticada no antigo Código não conseguiu resolver essa questão, motivo pelo qual o Novo CPC permite a aplicação da doutrina aqui estudada, Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que embora já utilizada, não estava positivada.

4. Ônus da prova

Tendo em vista que no processo civil brasileiro há clara predominância do Princípio Dispositivo, “*que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte*” (Theodoro Júnior, 2014, p. 68) a questão pertinente ao ônus da prova assume especial relevância.

A expressão ‘ônus da prova’ sintetiza o problema de saber quem responderá pela ausência de prova de determinado fato (Didier Júnior apud AZEVEDO, 2007)

Segundo Dinamarco (2005, p. 73), o “ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.

Na sistemática antiga, o ônus da prova cabia a quem alegava (art. 333 CPC\73) e norteava-se por três princípios prévios: [1] o juiz não podia deixar de proferir uma decisão; [2] as partes possuíam a iniciativa da ação da prova, ou seja, possuíam o encargo de produzir as provas para o julgamento do juiz; [3] o juiz devia decidir segundo o princípio da persuasão racional, ou seja, segundo o alegado e comprovado nos autos do processo e não somente segundo sua convicção pessoal.

Enfim, a regra era que as provas sejam propostas pelas partes. A iniciativa oficial devia ocorrer, apenas, quando necessária, e na maioria das vezes de forma supletiva, uma vez que o magistrado não podia com a iniciativa oficial querer suprir a iniciativa das partes.

Com a inovação do art. 7º do novo CPC concretiza-se ao princípio da isonomia material (KLIPPEL, 2014). Reza o referido artigo:

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. (Brasil, 1973)

É certo que a possibilidade de inversão do ônus ou ainda a faculdade dada ao juiz no art. 130 do CPC/1973 permitia que este determine a produção de meios de prova não colacionados espontaneamente ao processo, mas no caso do disposto no artigo citado no novo CPC, a possibilidade de paridade no ônus probante traz celeridade e flexibilidade à ritualística processual e de certa forma ‘moraliza’ a situação processual, posto que impede que aquele que detém provas furte-se a sua obrigação, tratando os litigantes no limite de suas desigualdades - isonomia material.

Assim entende-se que o ônus probatório na sistemática trazida pelo novo CPC visa a tão almejada busca da verdade real em detrimento da formal e baseia-se no princípio da livre investigação. Procura universalizar uma prática no ordenamento jurídico antigo era casuística, a exemplo do CDC (KLIPPEL, 2014).

Assim é necessário conhecer a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

De acordo com PEREIRA (2014, p. 215), a chamada Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova tem suas raízes fincadas especialmente na Argentina, lá com a denominação de Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas. Naquele país e em outros, como Espanha e Uruguai, vem sendo vastamente difundida e muito bem aceita no meio jurídico, sobretudo no campo da responsabilidade profissional. Tem como principal precursor o jurista argentino Jorge W. Peyrano.

A Teoria Dinâmica da Distribuição do Ônus da Prova consiste em permitir ao juiz uma maior flexibilização das regras dos ônus probatórios de acordo com seu próprio convencimento e conforme seja a situação particular das partes em relação à determinada prova verificada por ele mesmo no processo submetido ao seu crivo, e não só aplicar os critérios anteriormente definidos na lei.

Assim, à luz da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova, ao juiz é dada uma maior discricionariedade na avaliação da distribuição das regras desse ônus, pretendendo gerar um maior entrosamento e colaboração das partes com o órgão jurisdicional, como corolário direto dos princípios da solidariedade, cooperação, boa-fé, dentre outros. Sendo que, por óbvio, toda atuação do juiz deve ser emoldurada pelos princípios processuais da legalidade, motivação, igualdade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, cooperação, adequação e efetividade (AZEVEDO, 2015).

Essa teoria rompe com regras rígidas e estáticas do dever de provar, tal como já ocorria no CDC. Torna o ônus probante mais flexível e dinâmico, adaptável ao caso. Nela o importante é que o juiz emita juízo de valor e imponha o encargo de provar os fatos à parte que possa produzir a prova com menos inconvenientes, despesas, e/ou procrastinação mesmo que os fatos objetos de prova tenham sido alegados pela parte contrária. Desta feita, busca benefício daquela parte técnica ou economicamente hipossuficiente e aplica de forma mais contundente os princípios que regem o direito pátrio.

Com efeito, se a parte a quem o juiz impôs o ônus da prova não produzir a prova ou a fizer de forma deficitária, as regras do ônus da prova sobre ela recairão em razão de não ter cumprido com o encargo determinado judicialmente.

Assim, KFOURI NETO (2002, p. 137) sintetiza didaticamente o dinamismo dessa teoria ora estudada:

As regras que determinam a posição da parte litigante - autor ou réu - nos processos, quanto à prova, em geral são imutáveis, ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, tais posições podem variar - e o sistema deixa de ser pétreo, para se tornar dinâmico.

Theodoro Júnior, nesse sentido, destaca inicialmente a necessidade de verificação de um “*juízo de verossimilhança em torno da versão de uma das partes*”, sendo necessário ainda que diante das circunstâncias fáticas do caso a parte contrária tenha melhores condições de produzir a prova do que aquela a quem tal ônus seria atribuído inicialmente. (CÂMARA, 2014, p. 126).

Ocorre que, como bem destacado por OLIVEIRA (2014), quando o juiz determina a produção de prova de forma diferente da usual isso não significa que o referido litigante não tivesse razão, ou que tenha deixado de produzir a prova por simples desinteresse para com o processo. Muito pelo contrário, é possível que ele fosse efetivamente titular do direito afirmado, mas estivesse impossibilitado de apresentar a prova.

É de conhecimento do meio jurídico que, em diversas ocasiões, o acesso à verdade real pelo magistrado fica completamente prejudicado, senão impedido, caso atenha-se à fria aplicação das presunções decorrentes da regra do art. 333 do CPC/1973, acarretando julgamento injusto e que diante da análise do mérito será acobertado pela eficácia da coisa julgada, impedindo o reexame da matéria e cristalizando o obstáculo ao reconhecimento do direito da parte impossibilitada de comprovar satisfatoriamente suas alegações (ainda que de fato o direito estivesse a tutelar sua pretensão).

A fim de solucionar o impasse buscou-se na ritualística do novo regramento processual a inserção da dinâmica das provas. (CÂMARA, 2014).

4. Aplicabilidade na lei

Nesse sentido, como escreve Alvim (2015), na técnica da inversão do ônus da prova, presentes os pressupostos legais, é clara aplicação da Teoria Da Distribuição Dinâmica Do Ônus Da Prova. E diante da discussão acerca do momento adequado para essa inversão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já pacificou o entendimento de que seria na fase de saneamento do processo, a fim de permitir, “*à parte a quem*

não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas” (TJMG,2010,REsp 1186171 MS 2010/0053509-6).

O STJ já vinha admitido à aplicação dessa teoria em outros casos concretos, com base numa interpretação sistemática e constitucionalizada da legislação processual em vigor à época. (TJMG,2010, REsp 1186171 MS 2010/0053509-6).

O Novo CPC mantém a atual distribuição do ônus probatório entre autor (quanto ao fato constitutivo de seu direito) e réu (quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor), abrindo-se, porém, no §1º do artigo 373, a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz no caso concreto. (ALVIM, 2015)

Vide novo “*códex*” artigos que se prestam a regular a Teoria Dinâmica das Provas:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

5. Conclusão

O objetivo da Teoria De Dinamização Da Carga Probatória é a flexibilização das cargas probatórias, a permissão de uma tutela adequada dos direitos e, sobretudo, dos direitos fundamentais processuais.

Porém existem circunstâncias que não podem ser ignoradas, tais como que a dinamização opera sobre fatos específicos e que ao dinamizar a prova, o juiz deve indicar quais provas serão atingidas pela modificação dos encargos probatórios.

É evidente que nem toda disparidade de condições probatórias justificará a dinamização, que deve ser utilizada tão somente nas hipóteses em que haja grande dificuldade para a produção de prova de um lado e facilidade do outro. A mera facilidade de produção da prova de uma das partes, desacompanhada da dificuldade de produção da parte adversária não parece ser uma situação apta a justificar a modificação dos encargos probatórios.

Assim o novo CPC se diferencia do CPC/1973, no que se refere ao ônus da prova, pelas seguintes situações: a) a regra permanece sendo a distribuição estática; b) caso haja excessiva dificuldade para cumprir o encargo, somada com maior facilidade da parte adversa, deve o juiz dinamizar o ônus da prova; c) essa distribuição não pode gerar prova diabólica para a outra parte; d) a decisão de dinamização deve ser fundamentada, indicando que fatos terão os encargos probatórios alterados e permitir à parte a desincumbência desse ônus, segundo ensina Ravi Peixoto (2015).

Em final análise do estudado, conclui-se que ao adotar a Teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no novo CPC o legislador busca atender a tendência da ritualística processual brasileira em aproximar da verdade real sem se distanciar dos pressupostos legais da teoria geral do processo. Busca instrumento hábil para consecução de ideias de um processo mais justo e efetivo, baseado nos princípios legais e constitucionais.

Não obstante a com a formalidade da produção de prova mais livre e via de consequência com julgamentos teoricamente mais justos, mais próximos estar-se-á da eterna busca pela eudaimonia social, finalidade precípua da sociedade.

No entanto face as peculiares que envolvem, dentre outros, a aplicabilidade do princípio do livre convencimento do juízo (Sistema da Persuasão Racional), a prática da possibilidade de inversão do ônus no despacho saneador, pode não ser suficiente ao fim precípua, motivo pelo qual seu sucesso dependerá principalmente do compromisso das partes e do juízo com a ética e moral, o que na visão atual social e política do país não pode-se garantir que ocorra. Entretanto não se pode perder a esperança e a fé no regramento jurídico e cumpre-nos como operadores do direito trabalhar na manutenção e fortalecimento dele a fim de manter o sustentáculo da segurança jurídica necessária a nações democráticas.

6. Referências

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura. **A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano12, n.1500, 10 ago. 2007. Disponível: <<http://jus.com.br/artigos/10264>>. Acesso em: 28 out. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: **procedimento comum**: ordinário e sumário, vol2, tomo I - Cassio Scarpinella Bueno - São Paulo: Saraiva, 2014. 7ª Edição revisada e atualizada;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 3.

GRECO FILHO, Vicente, 1943. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

MARQUES, José Frederico, **Manual de Direito Processual Civil**. 5. Ed Saraiva. Teoria geral do processo civil, 1990, v.1.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 137

KLIPPEL, Rodrigo. **Manual de Processo Civil**. 2. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2014. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**– São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011 (Curso de Processo Civil; v. 2). 10^a Edição Revisada e Atualizada;

MACEDO, Ravi Peixoto, **Tratando do ônus da prova e sua evolução rumo à dinamização**, cf.:. Ônus da prova e sua dinamização. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 9^a ed. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de – **“A Distribuição do ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro: A Teoria da Distribuição Dinâmica”** – Revista de Processo Civil, ano 39, n. 231, Revista dos Tribunais

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento** – vol. I – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014. 55^a Edição;

VALLE, Maurício DalriTimm do. **Livre apreciação da prova**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1549, 28 set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10469>>. Acesso em: 15 nov. 2015.