

DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA: NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015 COMPARADO AO REVOGADO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/1973

Luiza Dower de MELO¹

RESUMO: Dentre as inovações embarcadas pelo Novo Código de Processo Civil/2015 a distribuição do ônus da prova também foi objeto de mudança no texto legal. Posto isto, o presente trabalho dedicou comparar as regras de distribuição do Novo Código de Processo com relação ao texto revogado. Portanto, é agradável analisar o papel das teorias e da jurisprudência nessa mudança. Sustentando o objetivo e finalidade do ônus probatório no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Processo Civil. Distribuição do Ônus da Prova. Dinâmica Probatória.

¹ Advogada. Graduada em direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP. Pós-graduanda em Novo Código de Processo Civil no Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP.

1 INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil estima promover um processo mais claro, rápido, com melhor qualidade e efetividade para o Poder Judiciário.

Com objetivo de elaborar novo texto normativo estabelece premissas para conduzir a aplicação da norma junto aos princípios constitucionais do processo, porém, encontra desafio de aplicação diante da prática forense.

Ainda, as normas fundamentais do novo Código de Processo Civil buscam ampliar regras de ordem privatista, reduzir formalidades e reconhecer a evolução da jurisprudência e doutrina na atuação prática forense, dentre outras melhorias e tentativas de aprimoramento.

Mudanças no texto da norma foram de extrema importância, acompanhado da evolução da jurisprudência e adesão às teorias estrangeiras sobre processo civil.

O presente artigo propõe analisar o ônus probatório do CPC/73 com o Novo CPC/2015 à luz de um viés prático, analisando a evolução da jurisprudência e sua influência para adoção de novas teorias doutrinárias.

Ainda, busca desenvolver um exame comparativo da norma e as principais modificações práticas abrangidas pelo novo texto legal.

Apointa algumas interferências da norma NCPC/2015 na atividade prática dos juristas e do ordenamento em geral.

Para isto, será utilizado o método dedutivo, comparativo, bem como, e análise da prática jurídica para conclusão deste estudo. Com foco na jurisprudência pátria referente ao ônus da prova e sua distribuição.

Por fim, espera-se estimular pensamento crítico sobre o tema, visto que não há respostas perfeitas, pois cada caso carece de seu próprio exame investigativo para melhor resolução da lide.

2 BREVE COMENTÁRIO SOBRE INSTITUTO DO ÔNUS PROCESSUAL PROBATÓRIO

O juiz preceitua julgar o processo com base nas alegações apresentadas pelas partes e em conformidade com a ordem pública.

Não há possibilidade do juiz se recusar a julgar sob justificativa que não conseguiu exaurir convicção sobre o caso.

Para formar sua convicção, o juiz analisa os fatos e as provas apresentadas, sempre aplicando o contraditório.

Sabe-se que fatos podem ser controversos, controvertidos, notórios, incontroversos, admitidos, entre outros. Para os casos de fatos controversos e controvertidos, é determinante que as partes provem suas alegações.

Então, “o objetivo da prova são os fatos controvertidos relevantes para o julgamento do caso” (GONÇALVES, 2013, pg. 371).

Assim, há fatos relevantes que carecem de comprovação, precisam ser provados para depois aplicadas para convencimento do juiz, se for o caso. No mesmo modo, o juiz não pode evitar pronunciamento judicial, ou seja, é expressa a vedação ao *non liquet*, princípio processual inserido no ordenamento jurídico (art. 126 CPC/73 e art. 140 do NCPC/2015).

Nesse sentido, pondera a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça:

“o chamado ‘ônus da prova’ é instituto de direito processual que busca, acima de tudo, viabilizar a consecução da vedação ao *non liquet*, uma vez que, por meio do art. 333, I, do CPC [de 1973, correspondente ao art. 373, I, do CPC/2015], garante-se ao juiz o modo de julgar quando qualquer dos litigantes não se desincumbir da carga probatória definida legalmente, apesar de permanecer dúvidas razoáveis sobre a dinâmica dos fatos”: STJ, REsp 840.690/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2.ª T., j. 19.08.2010)

Desse modo, surge a incumbência da prova a quem deve provar seu direito. Quando os fatos relevantes não ficarem esclarecidos, a regra do ônus da prova cumpre papel de indicar qual dos demandantes acarreta

A noção de ônus, nos estudos de Cândido Rangel Dinamarco (1990, p. 283), destaca que:

A teoria dos ônus processuais, sua conceituação, distinção de figuras afins, inserção no sistema do processo, constitui uma das mais lúcidas e preciosas contribuições que se aportara à sua ciência no século XX, servindo para esclarecer muitos pontos de dúvida e ditar o correto direcionamento e justa medida das consequências dos possíveis comportamentos comissivos ou omissivos das partes.

Agora, cumpre conceituar o instituto para melhor elucidação do estudo. Para Pontes de Miranda (1979, p. 322), conceitua o ônus “como uma relação em si mesma, cuja satisfação é do interesse do próprio onerado. A não produção da prova acarretaria a consequência de não se considerar o fato como provado”.

O instituto, então, foi criado para conciliar os aplicadores do direito aos casos de dúvida e para conceber ordem coerente aos juízes sobre a fundamentação das decisões, bem como, tornar ciente e público as “regras do jogo” para todos os interessados.

Logo, teorias sobre a distribuição do ônus da prova emergiram devido a necessidade de identificar critérios. Existem duas correntes de maior destaque para fundamentar a distribuição do ônus da prova. A primeira corrente formulada pelos doutrinadores do século XIX e XX (realce para o apoio de Giuseppe Chiovenda), que primordialmente sustentava o encargo probatório ao autor de todo direito, exceto nas hipóteses do réu alegar questão de fato impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor. A segunda corrente, mais moderna, do final do século XX e início XXI (representação de doutrinadores como Rosenberg) compreenderam que ônus deve atentar pelas considerações dos fatos e pressupostos da norma (RODRIGUES, 2015, pg. 61/62).

Logo, apresentado breve apontamento de conceito e finalidade do ônus da prova, cumpre analisar sua diretriz para o CPC/73 e sua evolução para o novo texto do NCPC/2015.

3 ÔNUS PROBATÓRIO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 1973

Para o Código de Processo Civil de 1973, o ônus da prova fundamentava-se, basicamente, nos termos da norma:

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 impeditivo, 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.

Desse modo, observa-se a imposição do ônus constitutivo para o autor, e para o réu, lhe incumbe desvincular-se das alegações por apresentação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do autor.

A regra da norma é de pré-determinar quem sofrerá os efeitos da não demonstração dos fatos relevantes ao processo.

Já a análise teórica da norma atesta um modelo estático de distribuição do ônus da prova, fundamentado pelo princípio do interesse. Assim, aquele que tem interesse no resultado favorável, busca provar os fatos alegados (DINAMARCO, 2005, p. 72).

Ora, tome por exemplo que, se o autor detém de provar fato constitutivo de seu direito, mas não o faz, sofre o risco de obter improcedência de seu pedido e demais consequências sucumbenciais do processo.

Portanto, a regra é de que o ônus probatório está estático, ou seja, determinando autor e réu a demonstração dos fatos conforme o texto do artigo. Assim, considerando apenas a posição dos litigantes e os fatos relevantes do processo, a distribuição do ônus é imutável.

A distribuição estática do ônus da prova apenas será diversa, conforme parágrafo único, quando se tratar de direito indisponível da parte ou se tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito, desde que nos casos de convenção anterior das partes.

Entretanto, a regra do ônus estático não significa que as partes não possam convencionar, tanto que, no parágrafo único do artigo 333 CPC/73, prevê a

convenção do ônus da prova, desde que não se trate de direito indisponível ou torne excessivamente difícil a parte o exercício do direito de uma das partes.

Observa-se então que a disposição do texto legal abrange a convenção das partes, mas nada diz sobre a inversão ou dinamização finda judicial.

Numa outra esfera, o Código do Consumidor abarcou a inversão do ônus da prova para os casos de vulnerabilidade específica para as relações de consumo no ordenamento brasileiro. Nesse caso, trata-se de determinação legal, e não de faculdade judicial.

Ocorre que, a regra estática não abrangia alguns casos peculiares, salientando a importância da mitigação da regra pelos magistrados inspirados por teorias do direito estrangeiro.

Disto, ainda que a regra processual fosse do ônus da prova estático (ou fixo), a jurisprudência sedimentou diversas decisões para dinamizar o ônus da prova, baseada em teoria estrangeiras.

Eis algumas decisões precursoras de uma nova temática para o ônus da prova no Brasil:

“à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria” (STJ, REsp 619.148/MG, 4.ª T., j. 20.05.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão);

Semelhantemente:

“Nas hipóteses em que a prova do fato constitutivo do direito do autor está em poder do réu, deve ser invertido o ônus da prova (art. 333, I, do CPC)” (STJ, REsp 855.828/CE, 2.ª T., rel. Min. Humberto Martins); admitiu-se que o juiz pode “distribuir, ainda que não se aplique o CDC, de forma dinâmica o ônus da prova, com base no risco, assumido pelo réu, pela impossibilidade de apresentação do documento” pelo autor (STJ, REsp 896.435/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª T., j. 27.10.2009); “Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso” (STJ, REsp 1.286.704/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª T., j. 22.10.2013).

Sendo assim, a jurisprudência deteve papel modificador da regra do CPC/73, mitigando os casos de aplicação de inversão ou dinamização do ônus da prova sem a devida previsão expressa legal.

Foram estas decisões, e o anseio por um processo mais adequado ao direito material, que iluminaram as expectativas para os primeiros esboços do texto do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro.

4 ÔNUS PROBATÓRIO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015

Já para os moldes do NCPC/2015, inicialmente, é possível identificar diferença no texto legal, com inclusão de parágrafos protagonistas da nova temática processual. Veja-se:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

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

§1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§2º A decisão prevista no §1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

§ 4º A convenção de que trata o §3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Ainda que prevaleça a distribuição para autor e réu nos incisos do artigo 373, e o parágrafo 3º com relação ao antigo parágrafo único do CPC/73, o novo texto legal inclui parágrafos de extrema importância.

O parágrafo 1º é o destaque. Dispõe que pela peculiaridade da causa o juiz poderá atribuir o ônus da prova de modo diverso da regra estática do autor e

réu. Para tanto, deve avaliar o caso com relação à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Ora, o pesar é judicial, cabendo ao magistrado ponderar se ao caso é satisfatório dinamizar o ônus probatório, o fazendo por decisão fundamentada e oportunizando o contraditório para esquivar-se do ônus atribuído.

Substancialmente, o parágrafo 2º complementa o parágrafo 1º, atribuindo limitação harmônica.

Particularmente, a carga probatória dinâmica, para esta teoria, recai sobre quem está em melhores condições de esclarecer os fatos.

Tal teoria, no Brasil, reputa-se o protagonismo do estudo de Antônio Janyr Dall'Agnol Junior (Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. Revista dos Tribunais, São Paulo, 788: p. 92-107, jun. 2001). Pelo arguido pelo autor, pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios: a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc.

Em suma, a norma do NCPC/2015 misturou a distribuição estática (ou fixa) com a dinamização do ônus da prova, de forma que torna a fase probatório do processo menos previsível e muito mais adequada a caso concreto. Um ponto, apenas para tornar mais claro, frisa-se que dinamizar o ônus probatório é totalmente distinto de inverter o ônus da prova. Todavia, tal assunto arriscar-se-á em outro estudo.

Outra questão merece desenvolvimento. Qual o momento adequado para proferir a decisão que distribui o ônus da prova? O NCPC/2015 detém disposição expressa. Nos termos do artigo 357 do NCPC/2015.

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

- I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;
- II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;
- III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;**
- IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;
- V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

(grifei)

Sem dúvidas, é no saneamento e organização do processo que o juiz delimita e decide como a fase instrutória avançará. Evitando, assim, surpresas.

Na eventualidade de não cumprida a determinação legal, cabe a parte interessada interpor Agravo de Instrumento (artigo 1.015, XI, NCPC/2015), com a consequente violação do contraditório.

Outro ponto cinge quanto a convenção das partes que ganhou mais força com o NCPC/2015.

O negócio jurídico processual previsto pelo artigo 190 NCPC/2015 é vigente nos parágrafos 3º e 4º do novo artigo 373. Mais uma vez, possibilita a convenção sobre a distribuição dos ônus da prova tanto antes como depois do processo, salvo as hipóteses dos incisos I e II.

Conclui, diante da história do processo civil, que é imperativo de extrema adequação não mais se estabelecer altruisticamente a distribuição do encargo de provar apenas pela posição das partes. Mas sim, otimizar uma distribuição às vistas do direito material.

CONCLUSÃO

A proposta do presente artigo oferece uma análise comparativa da evolução da norma do CPC/73 para o novo texto legal do NCPC/2015.

Além da análise dedutiva da interpretação da lei, destaca a jurisprudência preponderante anterior ao novo Código que interferiu positivamente para previsão da teoria da dinamização do ônus da prova no NCPC/2015.

Inicialmente foi apresentado o conceito e finalidade do instituto do ônus da prova para a ciência do direito.

Nesse sentido, restou concluso que o ônus probatório é uma ferramenta de inclinação das decisões judiciais, principalmente. Também, que apresenta às partes a consequência do encargo sobre a alegação e a prova do aduzido no processo.

Logo, o ônus probatório é aplicado para contribuir com a resolução das questões relevantes sobre os fatos controvertidos.

Na vigência do CPC/73, a regra para distribuição do ônus da prova do artigo 333 sedimentada o ônus constitutivo do direito ao autor e modificativo, impeditivo e extintivo para o réu.

Tal regra é nomeada pela doutrina como distribuição estática do ônus da prova, tendo em vista que impõe ordem estacionada de atividade para cada uma das partes. Poucas eram as exceções do CPC/73.

Devido a necessidade de ajustar o processo ao direito material, a jurisprudência encetou maior mitigação do ônus probatório em decisões importantes e conseqüentemente conciliar aplicação das teorias dominantes.

Destarte, o NCPC/2015 aproveitou oportunidade de modificar a regra geral. Ora, reeditou algumas regras do diploma anterior, mas com alterações relevantes.

O Código inovou na distribuição do ônus da prova ao permitir a assim chamada distribuição “dinâmica” do referido encargo.

A distribuição dinâmica do ônus da prova há tempo é considerada pelos magistrados e operadores do direito uma alternativa inteligente em detrimento da regra estática do ônus probatório, vez que, toda regra suporta exceção, e que, cada caso deve ser julgado de um modo adequado.

Dessa forma, a alternativa legal do NCPC/2015 possibilita uma prova mais justa, pois diminui o risco de que uma das partes não produza provas suficientes de suas alegações devido a uma dificuldade nítida, mas que pode ser obtida pela parte contrária. Bem como, nos casos de onerosidade para produção da prova.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Presidência da República. Código (1973). **Código de Processo Civil**. Brasília: Decreto-Lei, 1973.

BRASIL. Presidência da República. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Presidência da República. Código (2002). **Código Civil**. Brasília: Decreto-Lei, 2002.

BRASIL. Presidência da República. Código (2015). **Código de Processo Civil**. Brasília. Decreto-Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **RESOLUÇÃO nº. 125 de 29 nov. 2010**. Site do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 11 dez. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil**. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> Acesso em 11 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. – Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 06/7/2017.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. – 15.^a ed. rev. e atual. e ampl. – Salvador: Jus Podivm, 2013. Vol. 1.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. **Distribuição dinâmica dos ônus probatórios**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

DINAMARCO. Candido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. – 4.^a ed. rev., atual. e aumentada. – São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. – 6.^a ed.– São Paulo: Malheiros, 2010, t.I.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instrumentalidade de Direito Processual Civil**. – 2.^a ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Instrumentalidade de Direito Processual Civil**. – 2.^a ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Instrumentalidade de Direito Processual Civil**. – 5.^a ed. – São Paulo: Malheiros, 2005, v.1.

_____. **Instrumentalidade de Direito Processual Civil**. – 5.^a ed. – São Paulo: Malheiros, 2005, v.2.

_____. **Instrumentalidade de Direito Processual Civil**. – 5.^a ed. – São Paulo: Malheiros, 2005, v.3.

MARCASSA FILHO, André Luiz. **Técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova e a efetividade no processo civil**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11042016-090521/>>. Acesso em: 2017-07-24.

MELLO, Marcos Bernandes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 14. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

RODRIGUES, Flávia Benzatti Tremura Polli. **Apontamentos críticos à distribuição dinâmica do ônus da prova**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-08042016-154919/>>. Acesso em: 2017-07-24.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.