

PROVA: INOVAÇÕES DO NOVO CPC

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS E SUA APLICAÇÃO NO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Artigo Publicado no site Migalhas edição nº 3.803 de 18 de fevereiro de 2016

Fabiana Leão
fabiana.leao@cnflaw.com

Gabrielle Ferrara
gabrielle.ferrara@cnflaw.com

O novo código de processo civil, considerado o primeiro diploma processualista democrático da história, foi produzido sob uma grande diversidade de opiniões e ponderações. Tal é muito bem observado na elevação do princípio do contraditório, princípio constitucional de relevância basilar e de presença marcante no novo código de processo civil, visto que foi positivado de forma clara em vários procedimentos definidos no novo código.

No tocante à matéria de provas não foi diferente. O NCPC, por óbvio, mantém a regulamentação do tema, mas alinha o que já existia no diploma anterior com aquilo que já se verificava na prática, garantindo que a atuação das partes neste momento processual se dê de forma conjunta e equilibrada, valorizando o contraditório, assim como na medida do possível buscando a efetividade e a celeridade processual.

Dentre uma série de dispositivos sobre o tema, que vão do artigo 369 ao artigo 484 do NCPC, alguns são inovadores, outros estão somente reformulados, sendo importante destacar o artigo 373, que traz uma nova leitura para o antigo artigo 333 do CPC de 1973, tratando de modo diverso a distribuição do ônus da prova.

Verifica-se do texto do NCPC que a parte inicial do dispositivo mantém a atual distribuição do ônus probatório entre autor e réu - sendo atribuído ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, e ao autor quanto ao fato constitutivo de seu próprio direito (art. 373, I e II).

Perante esta regra de distribuição, cada uma das partes já tem conhecimento prévio de qual espécie de fato terá o encargo de provar. No entanto, o NCPC acrescenta nova regra, e a distribuição do ônus deixa de ser estática, na medida em que o §1º do artigo 373 abre a possibilidade de aplicação da **teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova** pelo Juiz no caso concreto.

Por meio desta teoria pode o Juiz, desde que de forma justificada, (re)distribuir o ônus da prova entre os integrantes da relação processual caso entenda existir dificuldade excessiva para determinada parte (aquela que possui originalmente o encargo de produzir a prova), e, de outro lado, verifique maior facilidade da parte adversa em fazê-lo.

Isto é, nem sempre será exigido do autor que prove os fatos que alega ou que o réu faça prova contrária de tais fatos, podendo haver situações específicas em que o Juiz aplicará a distribuição dinâmica do ônus probatório buscando obter a prova ao menor custo (ônus) e visando a melhor solução para o processo.

Cabe ressaltar que a possibilidade de redistribuição da prova já é prevista no ordenamento brasileiro para as ações consumeristas, tendo em vista a previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor - CDC (inversão do ônus probatório), aplicada principalmente na hipótese de hipossuficiência da parte autora. Agora, entretanto, a matéria estará prevista no Código de Processo Civil com contornos melhor definidos e com alcance muito mais amplo do instrumento, uma vez que o diploma processual não impõe as restrições de aplicação existentes no CDC.

É de se relevar a importância de tal inovação, pois, além de proporcionar uma diretriz no momento de sua aplicação, torna mais fácil corrigir eventuais injustiças em matéria de distribuição do ônus probatório.

Nessa esteira, vale transcrever os §§1º e 2º do artigo 373 que tratam do tema:

“§ 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.”

Nota-se que os requisitos considerados pelo legislador para a redistribuição do ônus probatório são: (i) peculiaridade da causa, relacionada com a impossibilidade ou excessiva dificuldade em se cumprir o ônus probatório; (ii) maior facilidade de uma ou outra parte para obter a prova do fato contrário.

Portanto, a redistribuição poderá ser autorizada, em decisão devidamente fundamentada, quando verificada uma singularidade na causa que não permite o cumprimento da distribuição tradicional do ônus probatório, ou seja, nada menos do que uma situação em que uma parte se mostra vulnerável em relação à comprovação daquele fato perante a outra. Além disso, como mencionado acima, também poderá ser redistribuído o ônus da prova quando há maior facilidade de uma parte produzir tal prova em relação à outra.

Apesar do NCPC não prever expressamente, assim como em outras passagens do Código, a parte interessada certamente poderá requerer ao Juiz a aplicação do instituto sempre que se achar impedida ou em excessiva dificuldade de produzir uma prova que lhe incumbia, pleiteando, de forma fundamentada, a inversão do ônus.

Ultrapassados os requisitos da teoria das cargas dinâmicas da prova, há de se observar também as condições para que ela seja aplicada e o momento processual adequado para esta redistribuição do ônus que, segundo o art. 357, III do NCPC, é no saneamento do processo.

Cabe destacar, também, que o parágrafo 2º do artigo 373 veda a distribuição do ônus da prova nos casos em que sua obtenção seja impossível ou excessivamente difícil à parte; são as chamadas “provas diabólicas”, que se exigidas poderiam provocar o desequilíbrio entre as partes, por prevalecer uma situação desigual no encargo de produzir determinada prova.

Por fim, também é importante mencionar que, além da via judicial, o novo CPC também permite em seu artigo 373, §3º que esta distribuição diversa do ônus da prova se dê por convenção das partes, exceto quando recair sobre direito indisponível ou quando tornar excessivamente difícil o exercício do direito. Este acordo entre as partes pode ser celebrado antes ou durante a demanda, e faz parte do chamado Negócio Jurídico Processual.

Essa possibilidade integra o contexto da flexibilização procedimental diante da vontade das partes.

O certo, no entanto, é que a possibilidade de redistribuição do ônus da prova, além de significar nova e importante ferramenta para o Juiz na busca pela solução da lide, terá relevantes consequências na definição de estratégias processuais pelos causídicos, desde a formação da demanda, passando pela narrativa fática, até chegar no que diz respeito ao meio probatório a ser utilizado.

O presente artigo foi escrito e divulgado com finalidade meramente didática e informativa, e, portanto, não configura uma orientação jurídica ou consultoria em nenhuma hipótese. Para obter uma orientação específica sobre o tema aqui tratado, consulte um advogado.

www.cnflaw.com