

RELATIVIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA CONFORME O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015

Alexsandra Lopes de Araújo¹

Diogo Severino Ramos da Silva²

Fecha de publicación: 01/01/2019

Sumário: Introdução. **1.** Conceito de Prova. **2.** Relativização do Ônus da Prova de acordo com CPC/2015. **3.** Ônus da Prova como regra de julgamento e aplicação subsidiária. **4.** Distribuição Legal do Ônus da prova. **5.** A inversão do ônus da prova. **6.** Ônus sobre fato negativo **7.** Tipos de distribuição do ônus da prova. **8.** Momento da Redistribuição. **9.** Proibição de a redistribuição implicar prova diabólica reversa. **10.** Distribuição da prova pelo juiz. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O presente artigo tem como finalidade abordar as formas do ônus da prova, diante da sua função principal, que é orientar a atuação das partes e contribuir para a decisão do magistrado. Como fontes de referências para base teórica, foram utilizados artigos de periódicos, além de dados eletrônicos capturados no Google Acadêmico e Scielo, bem como em livros que tratam do tema, contribuindo para formulação correta do conteúdo proposto para análise. O Código de Processo Civil demonstra que há outras formas que permitem a busca do equilíbrio na relação processual.

¹ Acadêmica de Direito da Faculdade Imaculada Conceição do Recife- FICR- Recife. 10º Período.

aleksaaraujo@gmail.com

² Professor de Direito da Faculdade Imaculada Conceição do Recife - Recife. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Pernambuco (OAB/PE 33.717).

diogoramos.adv@gmail.com

Palavras Chave: Ônus da Prova- Direito Processual Civil-
Relativização do Ônus da Prova- CPC 2015.

Abstract: The purpose of this article is to address the forms of burden of proof, given its main function, which is to guide the parties' actions and contribute to the decision of the magistrate. The Code of Civil Procedure demonstrates that there are other ways that allow the search for balance in the procedural relationship.

Introdução

O ônus da prova é um fenômeno que decorre em sentido amplo, da vivência o cotidiano: em todo instante o ser humano encontra-se num dilema. E diante da decisão de agir desta ou daquela maneira, tem-se somado as atitudes a possibilidade de obter uma vantagem ou o risco da perda, como são as duas faces de uma moeda³.

Antes do Código de Processo Civil de 2015, o ônus da prova era regido pela regra estática. Essa teoria dizia que cada uma das partes sabia de antemão, a quem recairia o encargo de exercer a atividade probatória. Nos termos do art. 333 do CPC/1973:

Art. 333. 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.

A definição de ônus no campo do direito, depende, no entanto de melhor precisão. O rigor conceitual permite conhecer a natureza do fenômeno enquanto categoria jurídica, além de compreender os limites de sua aplicação. Isso gerava uma frequente confusão entre as categorias do ônus e do dever na prática. A respeito disso Carnelutti observara:

(...)na prática frequentemente se confunde, assim como na linguagem ou também no conceito, o ônus com a obrigação: dessa forma, costumamos falar promiscuamente tanto de ônus como de obrigação de citar, de provar, e notificar e assim por diante⁴

Tal teoria garantia bastante segurança, pois cada uma das partes já tinha o conhecimento prévio em relação a quais fatos deve atuar em termos probatórios, em tese.

O que ocorria por muitas vezes na prática, as condições probatórias de cada uma das partes eram muito diferentes. A teoria estática, algumas vezes,

³IRTI, Natalino. Duesaggi sul dovre giuridico. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1973, p, 118-119

⁴CARNELUTTI, Francesco. Lezioni di diritto processuale civile. Vol. II. Padova: CEDAM, 1933, p, 317.

gerava uma situação de injustiça, pois para uma das partes acabava sendo impossível provar o fato constitutivo de seu direito, por não ter acesso àquela prova.

O pioneiro com relação da dinamização do ônus da prova foi o Código de Defesa do Consumidor, a partir do momento que adotou a teoria da inversão do ônus da prova, onde o juiz deveria inverter o ônus da prova do fato constitutivo em caso que estivessem presentes a verossimilhança das alegações do autor e/ou a sua hipossuficiência (art. 6º, VIII, CDC).

Podemos observar que o CDC não praticava a dinamização do ônus da prova, no entanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, começaram a perceber que havia uma certa insuficiência da distribuição estática em casos concretos que feriam os princípios de acesso à justiça, cooperação e da adequação, buscou-se opções para solucionar esta lacuna.

1 CONCEITO DE ÔNUS DA PROVA

Ônus da prova é o encargo derivado da inobservância que pode colocar o sujeito em desvantagem. Não devendo ser encarada como um dever e desta forma não sendo possível exigir seu cumprimento.

De modo mais enxuto, podemos definir ônus da prova da seguinte forma: é o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato. Podendo esse encargo ser atribuído pelo legislador, pelo juiz ou por convenção entre as partes.

Numa primeira perspectiva, as regras são dirigidas aos sujeitos parciais, orientando a sua atividade probatória. Essas regras servem para predeterminar os encargos probatórios, estabelecendo de maneira prévia a quem cabe o ônus de provar determinadas alegações de fato. Chamada como ônus subjetivo ou função subjetiva das regras do ônus da prova que permite “dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato”¹.

É possível que as provas produzidas sejam insuficientes para revelar a verdade dos fatos, afinal mesmo sem provas, impõe-se ao juiz o dever de julgar seguindo o princípio do *non liquet*.

Na segunda perspectiva as regras sobre o ônus da prova, podem ser definidas como um regramento dirigido ao juiz, que indica qual das partes deverá suportar as consequências advindas da ausência de um determinado elemento de prova. Sob esse ângulo chama-se ônus objetivo.

Em resumo, podemos dizer que as regras processuais que disciplinam a distribuição do ônus da prova tanto são regras dirigidas às partes, pois orientam sobre o que precisam provar (ônus subjetivo), como também são regras de julgamento dirigidas ao órgão jurisdicional, tendo em vista que serve como orientação sobre como decidir em caso de insuficiência das provas produzidas, servindo de refúgio para evitar o *non liquet*.

Se analisarmos a aplicação das regras do ônus da prova sobre a perspectiva objetiva, está será feita após o encerramento da fase instrutória, no momento do julgamento, onde somente então o magistrado vai verificar se as alegações de fato estão ou não, provadas. No entanto não se deve diminuir a importância da função subjetiva das regras do ônus da prova, seja no tocante à determinação do comportamento da parte na condução do processo, seja quanto a real influência que a análise das provas possa pesar na decisão do magistrado.

2 RELATIVIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA DE ACORDO COM CPC/2015

A proposta do ônus da prova dinâmico, também conhecida por carga dinâmica da prova, surgiu não pela mão do legislador, mas sim por obra da doutrina. Embora não fosse surpresa falar da modificação do critério estático de distribuição do ônus da prova, visto que pelo CDC a mesma era admitida desde 1990.

Diante da percepção de que em determinados casos concretos, especialmente naqueles que, em face a sua peculiaridade, a prova revele-se excessivamente difícil para a parte onerada, sendo esta de fácil acesso a outra parte, a dinamização foi recebida com entusiasmo.

Com chegada do novo Código de Processo Civil de 2015 a teoria adotada foi a de dinamização do ônus da prova, como uma opção de suprir as lacunas deixadas pela teoria estática adotada no antigo código de 1973.

O primeiro acórdão de um tribunal a respeito do tema, “É logicamente insustentável que aquele dotado de melhores condições de demonstrar fatos, deixe de fazê-lo, agarrando-se em formais distribuições do ônus de demonstração”, pois “O processo moderno não mais compactua com táticas ou espertezas procedimentais e busca, cada vez mais, a verdade”⁵.

⁵ Apelação Cível n. 597083534, Primeira Câmara Cível, TJRS, Rel. Armínio José Abreu Lima da Rosa, julgado em 03.12.1997).

Vale salientar que em regra geral a teoria estática ainda vale, mas houve uma melhor adequação ao caso concreto, quando verificada a dificuldade probatória de uma das partes, somada a facilidade de outra, sendo assim uma via de mão dupla.

Nesse sentido, e por serem conhecidos os riscos que giram em torno da adoção genérica de um fenômeno excepcional, revela-se indispensável antes de sua aplicação, ser feita uma análise do art. 373 e seus respectivos parágrafos, do CPC/2015, cuja sua interpretação, oferece critérios para operar de forma mais segura e adequada possível a aplicação das regras que disciplinam o ônus da prova.

3 ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE JULGAMENTO E APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA

As regras do ônus da prova quando usadas em sua dimensão objetiva, não são regras de procedimento, elas não estruturam o processo. São regras de juízo, ou seja, regras de julgamento. Elas orientam o juiz para que não haja o *non liquet* em matéria de fato.⁶

Entretanto, existe um pensamento pacificado que essas regras só devam ser aplicadas subsidiariamente nas seguintes hipóteses: a) juízo de verossimilhança; b) quando as partes se tenham desincumbido do ônus da prova.

4 DISTRIBUIÇÃO LEGAL DO ÔNUS DA PROVA

Conforme dito anteriormente, o ônus da prova pode ser atribuído pelo legislador, pelo juiz ou por convenção entre as partes. O legislador distribui estática e abstratamente esse encargo. A distribuição legislativa, compete, a cada uma das partes, em regra, o ônus de fornecer os elementos de prova das alegações de fato que fizer.

Em miúdos, a parte que alega deve buscar meios necessários para convencimento do juiz da veracidade do fato alegado tendo como base sua pretensão/exceção.

O CPC de 2015, ao distribuir o ônus da prova, levou em consideração três fatores: a) a posição da parte na causa; b) a natureza do fato em que se funda sua pretensão/exceção; c) interesse em provar o fato.

⁶ MÂCEDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, RAVI. A dinamização do ônus da prova sob a óptica do novo Código de Processo Civil, cit., p. 212-213.

Desta forma cabe ao autor o ônus de provar fato constitutivo de seu direito, e ao réu fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito, conforme podemos verificar no art. 373, CPC.

5 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Existem casos que o legislador altera a regra geral e cria hipóteses excepcionais de distribuição do ônus da prova, dizendo que ao autor não caberia o ônus da prova do fato constitutivo, por exemplo. Essa mudança é denominada de *ope legis* do ônus da prova. É uma técnica onde é redimensionado as regras do ônus da prova, tendo como base o princípio da adequação.

Tal inversão é determinada por lei, independente do caso concreto e da atuação do juiz. A lei determina que, em determinada situação, haverá uma distribuição do ônus da prova diferente do regramento comum previsto no art. 373, CPC.

Alguns autores dizem que não há no que se falar de inversão, pois houve apenas uma exceção legal à regra contida no art. 373, CPC, sendo por conta disso uma regra de julgamento onde ao fim do litígio, o juiz observará se as partes se desincumbiram dos seus respectivos ônus processuais, só que no lugar de se aplicar a regra contida no art. 373 do CPC, será aplicado o dispositivo legal específico.

No CPC 2015, a *dinamização*, também conhecida como inversão, do ônus da prova encontra-se prevista nos parágrafos 1º e 2º do art. 373. Sendo uma notável inovação legislativa:

(...) nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas a 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 por decisão fundamentada.

O juiz poderá fazê-lo desde que além de fundamentar der a parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (§ 1º) e desde que a decisão não gere uma situação em que a desincubência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil (§ 2º).

6 ÔNUS SOBRE FATO NEGATIVO

Ao contrário do que se pensa, fato negativo também pode ser objeto de prova. Nos dias atuais, ainda há a ideia de que fatos negativos não precisam ser provados, mas esquecemos de que todo fato negativo corresponde a um fato positivo afirmado, e vice-versa. Entretanto, a doutrina faz uma separação

desses fatos negativos, classificando-os como negativos relativos e negativos absolutos.

Os negativos absolutos são as afirmações pura de um não- fato, indefinida no tempo e no espaço. Já as afirmações negativas relativas é a afirmação de um não- fato, definida no tempo e no espaço, quando justificadas pela ocorrência de um fato positivo.

Segundo João Batista Lopes, somente os fatos absolutamente negativos são insusceptíveis de prova, justamente pela sua indefinição.

Quando tratamos das características do fato probatório, como dito anteriormente, é indispensável que ele seja determinado, ou seja, identificado no tempo e no espaço.

7 TIPOS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Com a chegada no Novo Código Civil de 2015, que versa em seu art. 373, §3º, permitindo que as partes distribuam o ônus da prova mediante convenção, podendo esta ser firmada antes ou no curso do processo, uma inovação do código, a possibilidade de um negócio jurídico processual.

A convenção pode ser feita sobre o ônus da prova de qualquer fato, podendo ser ainda um negócio jurídico autônomo, sem nenhuma relação com o negócio jurídico anterior.

Entretanto, temos que salientar que esta convenção é passível de invalidação nas seguintes hipóteses: quando ela recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício de seu direito

A doutrina, como por exemplo Fred Didier Jr, Paulo Sarna Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁶, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Medeiros Peixoto, seguem a linha de pensamento que se bem analisadas tais situações, fica claro que bastaria ao legislador tratar da segunda hipótese: é vedada a convenção sobre o ônus da prova que torne excessivamente difícil o exercício de um direito. Valendo para direitos indisponíveis e disponíveis. Na percepção deles a convenção sobre o ônus da prova é útil nos mesmos casos em que se permite a distribuição pelo juiz. Para exemplificarmos melhor o posicionamento de tais autores, vejamos: O art. 51, VI CDC, cuida da nulidade de convenção quando esta impuser ao consumidor o ônus de provar suas alegações.

Trata-se de uma norma que complementa o disposto no CPC. Tal dispositivo não proíbe a convenção sobre o ônus da prova, mas sim, tacha de nula a convenção que trazer prejuízos ao consumidor.

Vale destacar que, uma vez firmada a convenção, e desde que satisfeitos os requisitos de validade, ela é imediatamente eficaz, aplicando-se aqui o disposto no art. 200 do CPC: é desnecessária a homologação pelo juiz para que o negócio seja imediatamente e plenamente eficaz. E ainda, quando realizado o negócio processual, ou seja as convenções, permanece a possibilidade de atuação do magistrado, que pode realizar a atividade probatória, desde que em seus limites, tendo a convenção processual influência apenas na aplicação do ônus objetivo da prova, se for o caso.

Desde que preenchidos os pressupostos, o legislador autoriza o juiz a redistribuir o ônus da prova, diante das peculiaridades de cada caso concreto. Essa redistribuição é chamada de distribuição dinâmica do ônus da prova. A redistribuição judicial do ônus da prova pode ser feita de ofício e pode ser impugnada através de agravo de instrumento.

Essa técnica consagra o princípio da igualdade e da adequação, visando o equilíbrio das partes, devendo o ônus da prova ficar com àquele que tem condições de suportá-lo. Nesse sentido Manuel Domínguez chama atenção para a necessidade de cautela ao considerar a facilidade e as dificuldades probatórias como critério de distribuição, pois estas podem prestar-se a abusos. Sustenta ainda que, a distribuição judicial deve ser um complemento da distribuição legal, só podendo ser utilizada em casos extremos onde as regras objetivas sejam inaplicáveis ou conduzam a resultados manifestadamente injustos.

O CDC também prevê essa possibilidade, para as causas de consumo, e quase sempre em favor do consumidor.

É importante distinguir que a norma jurídica que autoriza a redistribuição do ônus da prova pelo juiz não deve ser confundida com a norma que atribui o ônus da prova a uma das partes. Uma vez que a norma que autoriza a redistribuição pelo juiz autoriza o órgão julgador a alterar as regras do ônus da prova. E a norma que atribui o ônus da prova a parte, serve para que o juiz possa decidir em ausência de prova.

Não se deve confundir a regra que se inverte com a regra que autoriza a inversão. A regra que autoriza a distribuição judicial do ônus da prova é regra procedimental e não de julgamento.

8 MOMENTO DA REDISTRIBUIÇÃO

O juiz deve distribuir o ônus da prova antes de proferir a decisão, de modo que a outra parte possa se desincumbir do novo ônus que lhe foi atribuído, conforme exigência expressa na parte final do § 1º do art. 373, CPC, que

também pode ser atribuída nas causas de consumo, conforme dito anteriormente.

Essa exigência prestigia a dimensão subjetiva do ônus da prova e com isso, concretiza o princípio do contraditório.

Sobre o momento, salienta-se que a inversão do ônus da prova não pode ser feita, pois caso fosse possível ocorreria a situação de simultaneamente, se atribuir o ônus ao réu e negar-lhe a possibilidade de se desincumbir do encargo que antes inexistia. O processo cooperativo exige que a modificação do ônus da prova respeite a necessidade da prévia informação às partes dos novos encargos probatórios e permitir a atuação da parte para se livrar do novo ônus imposto.

9 PROIBIÇÃO DE REDISTRIBUIÇÃO IMPLICAR PROVA DIABÓLICA REVERSA

A redistribuição judicial do ônus da prova não é permitida se implicar prova diabólica para a parte que agora passa a ter o ônus.

Trata-se de um pressuposto negativo para sua aplicação prática exatamente porque a existência de prova diabólica é, quase sempre, seu principal fundamento, e a redistribuição não pode implicar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber.

Nos casos que seja identificada a hipótese de prova diabólica para ambas as partes, não se deve utilizar a dinamização probatória. Nessa situação, deve ser utilizada a regra da inesclarecibilidade, de forma a analisar qual das partes assumiu o risco da situação da dúvida insolúvel, devendo esta ser submetida à decisão desfavorável.

10 DISTRIBUIÇÃO DA PROVA PELO JUIZ

Com a adoção da teoria da dinamização do ônus da prova pelo CPC/2015, poderá o juiz atribuir de modo diverso ônus da prova, como já relatado em diversos momentos. Para tal sua decisão deve ser fundamentada e deverá dar a parte oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Essa regra pode ser aplicada *ex officio*, em benefício de qualquer das partes, desde que não seja aplicada para compensar a inércia ou inatividade processual do litigante onerado inicialmente.

Além de cumprir os pressupostos formais o juiz deverá verificar a ocorrência de ao menos um pressuposto material, tais como quando uma das partes detém: a) conhecimentos técnico; b) informações específicas sobre o fato; c)

maior facilidade em sua demonstração. Isso somado com a excessiva dificuldade de produção probatória pela parte adversa.

Tais requisitos são classificados como conceitos jurídicos indeterminados e devem ser preenchidos paulatinamente pela atuação jurisprudencial e doutrinária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a realização do presente trabalho, acerca da importância da prova, desde a sua produção para a efetividade processual, espera-se ter atingido o objetivo de demonstrar e esclarecer que um processo efetivo é aquele baseado em resultado que corresponda à realidade fática.

Com os avanços sociais houve uma percepção que o modo estático da dinamização da prova, não estava satisfazendo aos interesses jurídicos, tornando o processo moroso, e por diversas vezes injusto.

Diante da possibilidade de uma atualização do Código de Processo Civil, com a aprovação do Código de Processo Civil de 2015, e adoção da teoria da relativização do ônus da prova, permitiu ao magistrado que em determinado caso concreto, haja com uma postura mais ativa e com maior sensibilidade à situação das partes, buscando uma efetiva prestação jurisdicional.

Constata-se que os poderes probatórios atribuídos ao juiz são essenciais para uma prestação jurisdicional efetiva, uma vez que na hipótese de o juiz verificar a necessidade de produção de uma determinada prova, poderá fazê-lo, de modo que tal conduta não irá de encontro ao princípio da isonomia e da imparcialidade do juiz.

Conclui-se que o instrumento da relativização trouxe um aperfeiçoamento dos mecanismos norteadores necessários para que se consiga chegar a uma prestação jurisdicional, diga-se, processo, mais justo e de acordo com a realidade.

REFERÊNCIAS

CARPES, Arthur Thompsen. **Ônus da prova no Novo CPC**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 6**, São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

JR, Fredie Didier et al. **Curso de Direito Processual Civil. Volume 5**, Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

JUNIOR, Fred Didier. BRAGA, Paulo Sarna. OLIVEIRA, Rafael
Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil-** Volume 2. 10 ed.
Salvador. Editora Jus Podivm. 2015.

MACÊDO, Lucas Buril. PEIXOTO, Ravi. **Ônus da Prova e Sua
Dinamização.** 2 ed. Editora Jus Podivm. 2016.

<<https://cpcnovo.com.br/blog/carga-dinamica-da-prova/>> Acesso em 29
maio 2018

<<http://genjuridico.com.br/2016/05/10/as-provas-e-onus-dinamico-no-ncpc-e-seus-desdobramentos-para-o-processo-do-trabalho/>>. Acesso
em 31 de maio de 2018.

<<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/396841663/como-fica-o-onus-da-prova-no-ncpc>>. Acesso em 31 de maio de 2018.