TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

FRANCO JUNIOR, José Donizeti

Aluno do 6º período do Curso de Direito da FADIVA

RESUMO: Este artigo tem como objetivo apresentar o sistema dinâmico do ônus da prova adotado no NCPC e desta forma evidenciar suas mudanças e consequências não só no cenário processual civil, mas no sistema jurídico como um todo.

PALAVRAS-CHAVE: Provas. Teoria Dinâmica. Ônus. Teoria Estática.

1 INTRODUÇÃO ÀS PROVAS

Não se pode afirmar que exista apenas um conceito específico que defina o que são as provas. Esse termo existe tanto no direito tendo sua importância tida como gigantesca como também no âmbito popular. Se fora do direito essa palavra tem alguns diferentes significados, no mesmo não poderia ser diferente onde não está estabelecido um padrão para tal conceito.

Existem doutrinadores que concebem a ideia de quatro significados de prova no campo processual que vem a ser o nosso foco, como por exemplo, Daniel Amorim (2016, p. 643) que entende:

> Pode significar a produção de atos tendentes ao convencimento do juiz, confundindo-se, nesse caso, com o próprio procedimento probatório (por exemplo, o autor tem o ônus de provar, ou seja, de praticar os atos à formação do convencimento do juiz). Por outro lado, pode significar o próprio meio pelo qual a prova será produzida (prova documental, prova testemunhal etc.). Ou ainda a coisa ou pessoa da qual se extrai informação capaz de comprovar a veracidade de uma alegação, ou seja, a fonte de prova (documento, testemunha). E por fim, o resultado de convencimento do juiz (por exemplo, “esse fato está devidamente provado nos autos”.

Apesar de existirem algumas alternativas para a definição ou conceituação das provas no espaço processual jurídico, pode-se dizer que elas são possibilidades ou meios que tem como objetivo ajudar no convencimento do juiz em relação a determinados fatos de uma demanda, mesmo sabendo que a relação das provas com a verdade é uma relação perigosa já que nem sempre esses meios vêm acompanhados fielmente da mesma.

2 MODIFICAÇÕES AO LONGO DO TEMPO

2.1 Ônus da prova na LEI 5869/73

O código de 73 foi a base para a construção do NCPC. Nem tudo que havia no antigo CPC foi eliminado com a criação do novo, pois não havia essa necessidade levando em consideração que em certos casos alguns artigos foram apenas reformulados mantendo assim basicamente, a regulamentação de certos temas como, por exemplo, o das provas.

O NCPC teve como base para reformular o antigo, trazer para mais perto o contraditório sem prejudicar de maneira drástica a celeridade e o andamento do processo. No que tange ônus da prova, o CDC de 73 trazia em seu artigo 333 um tratamento diferente ao previsto no de 2016, apesar de que já era considerado de certa forma ultrapassada por alguns doutrinadores e até mesmo em prática, já acontecia diferente em algumas demandas. Este art. 333 evidenciava a teoria estática de distribuição do ônus da prova. Basicamente o réu teria a incumbência da prova em casos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, e o autor quando fosse elemento ou fato constitutivo do seu direito.

Apesar de não parecer errado como não é verdadeiramente, não poderia o legislador especificar de tal maneira essa modalidade de distribuição, pois nem sempre existe facilidade em se produzir uma prova por diversos motivos como, por exemplo, a hipossuficiência. Desta maneira, em casos em que essa dificuldade fosse evidenciada, de acordo com o antigo código, a produção teria de ser feita da mesma maneira mesmo que isso interferisse na celeridade ou no andamento do processo, trazendo assim consequências como a maior lentidão da duração de uma demanda, pelo fato do legislador não ter imaginado ao escrever tal artigo, que existiriam casos onde o padrão não caberia.

2.2 ÔNUS DA PROVA NO NOVO CODIGO DE PROCESSO CIVIL

Naturalmente todas as coisas com o tempo tendem a progredir ou evoluir. Não poderia ser diferente com o direito que está sempre em processo de mudança por motivos claros, sendo o principal ser uma ciência social que visa à

administração, segurança e bem estar de um todo. Desta maneira o que tange o direito não poderia escapar dessa evolução. A teoria dinâmica da prova seria a possibilidade de se alterar o dever de provar entre as partes. Basicamente nos casos em que se fizesse necessário ou se visivelmente essa nova distribuição fosse causar ao processo melhoramento em seu andamento, essa modificação aconteceria e agora protegida pelo novo código de processo civil. Mesmo que o código de 73 havia apresentado apenas a teoria estática da prova, o Supremo Tribunal de Justiça já teria iniciado a aplicação dessa modalidade dinâmica em alguns casos específicos como mostra Daniel Amorim (2016, p. 657):

> [...] nas ações civis por danos ambientais (Informativo 418/STJ, 2.ª Turma, REsp 1.060.753/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 1.º. 12.2009, DJ 14.12.2009)e também na tutela do idoso, em respeito aos arts. 2.º, 3,º e 71 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), no que asseguram aos litigantes maiores de 60 anos facilidade na produção de provas e a efetivação concreta desse direito (STJ, 1.ª Turma, RMS 38.025/BA, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 23.09.2014).

É importante ressaltar que essa distribuição dinâmica que está presente no §1 do art 373 do NCPC, apesar de trazer a novidade colocando a possibilidade ou permitindo que o juiz altere a distribuição do ônus da prova de maneira fundamentada e com previsão jurídica nos casos de excessiva dificuldade da produção da prova pela parte incumbida ou pela facilidade maior da outra parte em fazê-lo, não foi eliminado o “sistema rígido da distribuição legal.” (Amorim, 2016, p. 658).

3 ESPÉCIES DE INVERSÃO DO ONUS DA PROVA

3.1 Convencional

A convencional inversão dessa modalidade acontece basicamente quando definidas pelas partes em um acordo. O NCPC define em seu artigo 373 § 4º que essa definição feita entre partes poderá ser feita antes ou durante o processo porem, o § 3º determina duas possibilidades que caso ocorressem não poderia haver a definição da distribuição do ônus convencional. Esse paragrafo diz que caso a distribuição recaia sobre direito indisponível da parte ou se torne extremamente

difícil a uma parte o exercício do direito, essa espécie de inversão se tornaria nula. A prova que se torna quase impossível de ser produzida por uma das partes é conhecida pela doutrina como provas diabólicas. O Supremo Tribunal de Justiça também definiu recentemente em 2015 que a prova de má-fé de uma das partes também será considerada prova diabólica.

3.2 LEGAL

Não é preciso dizer muito sobre a inversão do ônus da prova na modalidade legal. Basicamente essa inversão acontece nos casos previstos em lei. Antes do novo CPC trazer com ele esse dinamismo na distribuição, o Código de Defesa do Consumidor o fez, e nesse mesmo código é possível encontrar exemplos de inversão do ônus da prova explicita na lei como, por exemplo, o art. 38 e 12,§ 3.º, do CDC. Existem doutrinadores que afirmam que nessa modalidade não há verdadeiramente uma inversão e sim uma legislação e alguns de seus artigos que determinam a inversão nesses casos se tornando assim uma regra sem a necessidade da verificação do juiz no caso especifico.

3.3 Judicial

A inversão judicial é a distribuição que realmente inovou no NCPC. Presente no art. 373 §1.º, essa distribuição é possível em qualquer demanda apresentada ao juiz que através de uma análise, identifica uma dificuldade muito grande de uma das partes de produzir a prova específica para sua finalidade ou até mesmo caso o magistrado verifique a facilidade maior da parte até então não incumbida da produção da mesma. Essa distribuição feita de maneira judicial tem de ser acompanhada, além da análise do juiz, por uma justificativa formal da inversão. Em relação a esse modo de inversão e exemplos, Daniel Amorim entende que (2016, p. 659):

> Na hipótese de indícios de agiotagem, é mais fácil ao apontado como agiota provar que não se trata do que aponta tais indícios do que para vítima provar que houve crime. O mesmo se diga da hipossuficiência do consumidor exigida no art. 6º, VIII, do CDC, de natureza técnica, ou seja, de acesso à prova.

Quando o autor cita o art. 6º, VIII do CDC é importante lembrar que existem doutrinadores que definem 2 requisitos alternativos para que que exista a inversão do ônus da prova nas relações consumeristas. Esses dois requisitos são: Hipossuficiência do consumidor evidente ou caso o consumidor traga consigo em seus argumentos ou alegações a verossimilhança, define, assim mesmo, a distribuição inversa justificada.

4 Considerações Finais

É evidente que mudanças ocorrem e sempre irão ocorrer em tudo que existe inclusive no Direito. Toda mudança tem como objetivo a melhora de algo que poderia evoluir, pois oque já está gozando de plena funcionalidade não tem necessidade de se modificar.

O NCPC trouxe características focadas muito em um princípio de extrema importância constitucional que é o Contraditório. Para que exista justiça entre duas partes distintas com objetivos de obter, recuperar ou proteger bens jurídicos sejam eles materiais ou de caráter subjetivo, é extremamente necessário que exista igualdade de forças ou “paridade de armas” entre as partes.

Nesse artigo focado no tema Provas ou mais especificamente na Teoria Dinâmica das Provas, foi tentado demostrar de maneira sucinta, exatamente essa evolução na busca da justiça. Uma previsão que anteriormente era bem menos abrangente no que se refere a proteção dos bens jurídicos, sofreu uma “atualização” e assim foi melhorado graças aos esforços dos legisladores em tentar trazer meios de melhor organização social.

5 REFERÊNCIAS

LEÃO, Fabiana e FERRARA Gabrielle. **Prova: Inovações no novo CPC**. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234071,51045-Prova+inovacoes+no+novo+CPC>. Acesso em 8 de novembro de 2016.

BRAGA Fernanda. **Em que consiste a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova?**. Disponível em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/109877/em-que-consiste-a-teoria-dinamica-de-distribuicao-do-onus-da-prova-fernanda-braga>. Acesso em 8 de novembro de 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2016