

JUSTIÇA & CIDADANIA[®]

ISSN 1807-779X
4972807779000 0.03942
Edição 194 - Outubro de 2016
R\$ 16,90

É ELA...

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA, PRESIDENTE DO STF

Editorial: Tempo de proclamar!

A produção de provas e sua inversão no direito positivo

Ferdinando do Nascimento | Desembargador do TJRJ

Neste artigo tratamos de um dos temas mais polêmicos: o ônus probatório, que tem merecido aguçada análise dos maiores estudiosos do direito, sempre provocando diversos debates diante da dificuldade de uma melhor forma de efetivação e aplicação destas regras em cada caso concreto.

Introito

Denomina-se prova, todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato. É tudo aquilo que for levado aos autos com o fim de convencer o juiz que o fato ocorreu. Portanto, a colheita de provas é fundamental, pois será o material com base em que o julgador formará o seu juízo de valor acerca dos fatos da causa.

A regra geral de distribuição do ônus da prova, trazida pelo art. 333 do CPC/73, conforme posicionamento assente em doutrina, outrora regra de julgamento observada por ocasião da sentença, quando não produzida a prova necessária à comprovação dos fatos alegados pelas partes.

Em Roma, era facultado ao Juiz recusar-se a proferir sentença nos casos em que não se convencia pela procedência ou não da ação. Desta forma, as aplicações das regras inerentes ao ônus probatório eram tratadas de forma mais objetiva e sem maiores polêmicas, já que o juiz poderia escusar-se em proferir o mandamento sentencial - o *non liquet*.

Cite-se, ainda, a época em que vigia o sistema de apreciação das provas das Ordálias ou do juízo de Deus, adotado pelos germanos antigos.

Neste sistema, não existia um ônus de prova atribuído especialmente a autor e réu, mas uma vinculação destes a testes com determinadas pessoas e de cujo resultado se extrairia veracidade ou não dos

fatos discutidos ou a culpa ou não do acusado (Zarif, Marcelo Cintra. In *A Palavra do Mestre*, Salvador, v. 1, p. 85-90, Ed. Carthago e Forte, 1994). A religião influenciava fortemente a prova dos fatos.

A produção de prova e seu encargo

No nosso ordenamento, vedado o *non liquet*, assim como não mais prospera a influência da religião sobre a atividade probatória, pelo que à verificação da incumbência do ônus da prova é concebida grande importância, uma vez que, ainda não existindo nos autos prova que convença ao juiz da procedência ou não do pedido, não poderá este se valer do não julgamento ou apelar para o juízo de Deus, devendo proferir o comando sentencial e julgar a causa em desfavor daquele que não desincumbiu do ônus da prova. Aliás, sobre tal questão, mais a frente, falaremos sobre a inserção da regra da inversão do ônus probatório ao NCPC já prevista no CDC, consoante predisposta no § 1º do artigo 373 do CPC/2015.

Ao longo dos séculos, civilistas e processualistas debruçaram-se sobre o tema, evoluindo-se para a teoria na qual o ônus da prova deve ser repartido entre as partes do processo, em detrimento do quanto vigia no direito romano onde o dever de provar era sempre do autor.

Diante deste quadro, ensina a doutrina mais autorizada que, “à luz da efetividade do processo, do instrumentalismo substancial e do processo civil de resultados, a ação deve garantir o direito ao devido processo legal e colimar o acesso à ordem jurídica justa. *Para tanto, não basta assegurar o acesso formal e protocolar ao juiz ou ao tribunal: é de rigor garantir direito à tutela jurisdicional qualificada, ao devido processo legal, com respeito ao contraditório e ampla defesa, à igualdade de tratamento das partes, ao*



juiz natural, à proibição das provas ilícitas” (Batista Lopes, João. In *Revista Jurídica*, Campinas, v. 5, nº 2, p. 66-70, 1999).

Assim, inegável e indiscutível que o direito de prova, o qual faz jus ambas as partes, é de grande valia para a consecução de uma prestação jurisdicional adequada, assegurando-as, de todas as formas, o direito de provar suas alegações trazidas a juízo, garantindo a efetividade do processo e a sua justeza.

Aliás, a *par condicio* é inerente ao devido processo legal, fazendo valer o princípio da isonomia consagrado na Constituição da República no caput do seu art. 5º, através da tradicional forma de enunciar que “*todos são iguais perante a lei*”.

Ademais, sobre essa dita igualdade, reprise-se que o NCPC, ao aplicar o já reconhecido direito à facilitação da defesa de parte reconhecidamente hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência (CDC, artigo 6º, VIII), vem alterar a lógica da produção probatória prevista no CPC/73 e melhor interpretou o verdadeiro conceito de justiça, onde agrega o conteúdo jurídico do princípio da igualdade que consiste em “*dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais*”, op cit. Rui Barbosa, no trecho de Oração aos Moços (1849-1923).

Eis o verdadeiro reconhecimento do princípio da igualdade, com a aplicação da mais pura justiça.

Aqui um parêntese. O Princípio da Justiça é normalmente interpretado através da visão da justiça distributiva, não sendo a perspectiva da justiça compensatória muito utilizada pelos diferentes

autores da área da Bioética, onde, sem dúvida alguma, o Juiz representa a ordem social imparcial, buscando a verdade, sensível à obediência da Lei e à Justiça.

Sobre o tema, Calamandrei descreveu numa de suas páginas admiráveis: “*a imparcialidade, virtude suprema do Juiz, é a resultante psicológica de duas parcialidades que se combatem*” (Calamandrei, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, 1ª ed. brasileira, São Paulo, Martins Fontes, junho/1995).

Eis, permitam-me um outro parêntese; sobre as regras ordinárias de experiência. O NCPC em seus artigos 140 e 375, manteve o princípio da equidade, previsto no CPC/1973, com a ressalva do parágrafo único, onde o juízo só decidirá por equidade nos casos previstos em lei, não sendo, aqui, com visto (artigo 24, XXIV da lei 8666/93), o caso de omissão da lei ao ponto de aplicar os costumes e os princípios gerais de direito (artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Não menos importante recém editado Enunciado n. 517 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que diz: “*a decisão judicial que empregar regras de experiência comum, sem indicar os motivos pelos quais a conclusão adotada decorre daquilo que ordinariamente acontece, considera-se não fundamentada*”. Contudo, o apontado princípio da equidade e das regras de experiências adotados pelo magistrado, diante das novas discussões jurídicas sobre o extinto “livre convencimento” motivado no teor do artigo 371 do NCPC, em substituição ao artigo 131 do CPC/73, é uma questão que merece maior debruço, não sendo oportuno, no entanto, no espaço aqui ocupado.

Não obstante, para uma prévia compreensão, vide alguns acalorados artigos com diversos ângulos sobre o tema: Fernando da Fonseca Gajardoni em <http://jota.uol.com.br/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>; Romulo de Andrade Moreira <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc> e Lenio Luiz Streck em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>.

A inversão

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

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 NCPC concretiza-se ao princípio da isonomia material.

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. (sem correspondência ao CPC/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 NCPC 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 já citado CDC.

Nesse sentido, 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 NCPC 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 De Dinamização Da Carga Probatória pelo juiz no caso concreto, cujo objetivo da citada Teoria é a flexibilização o ônus probatório, da permissão de uma tutela adequada dos direitos e, sobretudo, dos direitos fundamentais processuais.

Desta sorte, têm as partes assegurado o direito de serem ouvidas em Juízo de forma igualitária, consectário do princípio da paridade de armas processuais (artigo 139, I do CPC/2015).

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.

Por óbvio 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 NCPC se diferencia do CPC/73, 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.

Conclui-se, portanto, que o princípio da inversão do ônus da prova é norma esculpida em nosso sistema de Direito Positivo que refoge da regra geral estabelecida para a generalidade das relações surgidas no seio do processo, isto é, a prova da alegação cabe a quem alega.

Em suma, o direito à inversão do ônus da prova é o reconhecimento jurídico de que os desiguais devem ser tratados igualmente quando postos em confronto na defesa de seus interesses em Juízo; entretanto, esta desigualdade deve ser reconhecida apenas quando a alegação do hipossuficiente seja minimamente verossímil, sob pena de perdurar uma desigual distribuição dos direitos e deveres processuais entre as partes. 