

O ônus da prova a luz do novo Código de Processo Civil

Priscilla Lícia Feitosa de Araújo Cabral,
Advogada do escritório Martorelli advogados.

Fazendo uma síntese do atual Código de Processo Civil no que se refere ao ônus da prova, temos no artigo 333, I e II, a distribuição estática do ônus da prova, determinando ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extensivo do direito do autor. Admitindo, ainda, a inversão convencional, bem como legal e judicial, sendo estas últimas determinadas no Código de Defesa do Consumidor.

O novo Código de Processo Civil diferentemente do atual Código, no que se refere a inversão do ônus da prova, adota a teoria dinâmica, permitindo ao juiz, no caso concreto, distribuir o ônus da prova, conforme a facilidade de cada parte em demonstrá-lo.

Em seu artigo 373, o novo Código de Processo Civil consente ao magistrado distribuir o ônus da prova, na análise do caso concreto, determinando a inversão através de decisão fundamentada, segundo regras de experiência.

Porém, essa nova teoria adotada pelo novo Código de Processo Civil não é tão recente como parece, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor, desde sua promulgação, já tratava da facilitação do direito de defesa do consumidor, através do seu artigo 6º, VIII.

Determina o Código de Defesa do Consumidor que o juiz, pode, a seu critério de experiência inverter o ônus da prova desde que haja verossimilhança na alegação, ou seja, desde que a alegação do autor seja crível, provável, ou ainda, se houver ocorrência de hipossuficiência, podendo ser técnica ou até mesmo financeira, em relação ao objeto da demanda.

Portanto, antes mesmo da adoção da teoria dinâmica do ônus da prova pelo novo Código de Processo Civil, já previa o Código de Defesa do Consumidor a inversão do ônus, através da distribuição do magistrado, quando da ocorrência de dificuldade ou impossibilidade relativa para a produção da prova.

Registre-se que essa faculdade concedida ao juiz, também conhecida como *ope jndice*, pode ser realizada a requerimento da parte ou de ofício.

Importante destacar, também, que embora a inversão do ônus da prova, seja considerada, no aspecto objetivo uma regra de julgamento, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou e pacificou o entendimento de que se trata de regra de instrução, devendo ser realizada no momento de saneamento do processo, uma vez que sua efetivação no momento do julgado ensejaria em ofensa ao contraditório e ampla defesa, princípios basilares do direito. Sendo este o entendimento contemplado no novo Código de Processo Civil, artigo 357, III.

Portanto, embora o CDC já tenha ofertado a possibilidade de inversão do ônus da prova, em razão da faculdade do magistrado de assim dispor, em virtude da dificuldade ou impossibilidade relativa da produção por parte do consumidor, o novo CPC traz na seara

jurídica a possibilidade da distribuição do ônus, a partir das condições das partes de assim fazê-lo, propiciando a parte a demonstração das suas alegações, configurada na produção de prova, por possuir características melhores de concretizá-la.

Porém, necessário registrar que embora haja a possibilidade da distribuição do ônus da prova para as partes do processo, essa distribuição não pode gerar uma situação inversa, ou seja, não pode atribuir o magistrado que a parte produza prova impossível ou excessivamente difícil.

Portanto, não pode o magistrado exigir da parte a produção de prova diabólica, tendo nesses casos que decidir a demanda com base nas outras provas eventualmente produzidas, nas regras da experiência e nas presunções.

Importante, ainda, destacar que a possibilidade de distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes continua possível no novo CPC, com as mesmas exceções atualmente existentes, ou seja, nos casos em que recair sobre direito indisponível da parte ou quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito, podendo, inclusive, ser celebrado acordo antes ou durante a demanda.

Por fim, fazendo uma breve reflexão acerca da nova aplicação do ônus da prova para a seara consumerista, conclui-se que esse feito traz um grande avanço e conquista por parte dos fornecedores de serviços, uma vez que muitas vezes ficam à mercê de pedidos judiciais, baseados em meras alegações, sem ter o fornecedor condições de provar ao judiciário sua tese de defesa, pelo simples motivo de não possuir meios de assim o fazer, ficando reféns da inversão em razão de verossimilhança ou hipossuficiência.

Portanto, o ônus da prova no novo Código de Processo Civil traz para o direito do consumidor, mais precisamente para os fornecedores, a possibilidade de julgamentos mais justos, a partir da distribuição do ônus da prova para a parte que assim possui melhores condições de apresentar e não pelo simples fato de ocorrência de verossimilhança ou hipossuficiência, características que muitas vezes deixam os fornecedores presos a simples conjecturas das partes, sem qualquer respaldo fático ou até mesmo jurídico.