

## Affonso Jr.: Inversão do ônus probatório deve ser medida excepcional

Ao contrário da previsão do Código de Processo Civil em vigor no Brasil (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973), qual seja, a previsão do ônus da prova estático (artigo 333, incisos I e II) — portanto fixado de forma rígida —, o projeto do Novo Código de Processo Civil em tramitação no Congresso Nacional propõe a adoção da técnica processual da dinamização do ônus probatório.

A técnica atualmente em vigor impõe ao autor das demandas judiciais o ônus de produzir as provas quanto aos fatos constitutivos do seu direito, enquanto que ao réu cabe demonstrar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor da ação.

A previsão legal hoje existente, considerada por muitos inflexível em excesso, vem sendo criticada ao longo dos anos por grande parte da doutrina, todos a clamar pela atualização da técnica e aceitação da flexibilização do tema na ordem probatória. Ao que parece, tal súplica tem como objetivo a aceleração dos ritos, o atingimento de melhores condições na busca da verdade real e, também, a diminuição do tempo de duração das demandas, reconhecidamente dilatado no Brasil.

Segundo o último texto do projeto do Novo Código de Processo Civil — ainda em apreciação nas casas legislativas —, os casos concretos submetidos ao poder Judiciário, ao prudente arbítrio do juiz da causa, ou por meio de convenção das partes envolvidas nos casos sub judice, poderão ser conduzidos com a modificação do encargo probatório. Nesse sentido, o projeto do Novo CPC predispõe:

"Artigo 380. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo 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. Neste caso, o juiz poderá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Parágrafo 2º - A decisão prevista no parágrafo 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Parágrafo 3º - A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Parágrafo 4º A convenção de que trata o parágrafo 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo."

Neste artigo interessa-nos a inversão do encargo probatório por determinação judicial em face da convicção do juiz sobre ter uma das partes maior facilidade de produzir a prova de seu direito, tal como previsto no texto do parágrafo primeiro retro mencionado, lastreado em conceito obviamente impreciso e subjetivo.

Segundo a norma projetada, a atribuição do ônus da prova seria, então, imposta por determinação

judicial, de acordo com as convicções até então obtidas pelo juiz da causa acerca da maior ou menor "facilidade" que uma das partes teria, em tese e em princípio, de produzir determinada prova.

Ainda de acordo com o texto do projeto Novo Código de Processo Civil, a determinação do juízo em atribuir o ônus da prova deverá ocorrer por ocasião do despacho saneador, momento em que o juiz encarregado do caso concreto fixaria os pontos controvertidos da demanda em questão, organizando o processo e conclamando as partes a estabelecerem como pretendem provar suas teses.

É interessante notar que, segundo a regra processual pretendida, a decisão judicial impondo o encargo probatório para aquele que poderá mais facilmente produzir determinada prova, nascerá da convicção do juiz sobre os fatos e elementos conhecidos até então no processo concreto, não sendo por óbvio possível, ao menos sem imenso transtorno processual, redistribuir tal ônus de modo diverso no "meio do caminho". Ou, em outras palavras, não há solução fácil para os transtornos decorrentes de uma situação concreta em que o desenrolar da instrução probatória aponte para a inexorável conclusão de impropriedade na inversão havida e já em curso.

É fácil imaginar que por conta de questões supervenientes de várias naturezas, decorrentes de fatos ocorridos durante a própria instrução anteriormente determinada, é perfeitamente possível ocorrer a hipótese de se verificar, na prática, a impertinência da inversão antes determinada como adequada, tornando de difícil execução a elaboração da prova que se supunha, a princípio, fácil para uma das partes litigantes. O que antes era visto como fácil pode perfeitamente se tornar difícil — ou mesmo inexecutável — em face de questões supervenientes.

Com todas as merecidas homenagens aos dedicados magistrados — cuja luta incansável contra a falta de estrutura dos cartórios testemunhamos diariamente e diante do volume descomunal de processos e providências em suas respectivas varas —, é preciso deter-se em reflexão para fins de reconhecer que a adoção da inversão judicial do ônus probatório deverá ser adotada como extrema cautela, vale dizer como medida excepcional, cabendo ser admitida somente quando se tenha o conhecimento profundo do conflito na sua extensão em cada caso concreto, do escopo e logística probatória e, mais que isso, do caminho a ser trilhado quando e se for o caso de redistribuir tal ônus de modo diverso à excepcionalidade imposta pelo despacho saneador de origem, evitando-se, assim, recursos infundáveis sobre o tema perante os tribunais competentes.

Ou seja, justamente na busca da aceleração dos ritos e diminuição do tempo de duração das demandas, faz-se indispensável a adoção da inversão probatória como medida excepcional, além de profunda reflexão de como se daria o ato de sanear novamente o processo já saneado quando o ônus probatório invertido se mostrar inadequado ou até mesmo impossível por conta de questão superveniente.

Em resumo, a técnica processual da possibilidade da distribuição dinâmica do encargo probatório em face da maior ou menor "facilidade" da parte em produzir determinada prova, definida em momento precoce do processo, com o objetivo de prover melhores meios de busca da verdade real e a diminuição do tempo de duração das demandas, imporá aos ilustres magistrados cautela adicional, não podendo adotar-se tal instituto como se o mesmo representasse a aceleração do processo por si só.

### **Date Created**

30/09/2014