

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**A PROVA PERICIAL  
NO PROCESSO CIVIL**

**SÃO PAULO**

**2015**

**RAFAELA APOLINÁRIO DE FARIAS**

**A PROVA PERICIAL  
NO PROCESSO CIVIL**

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* Especialização, como parte dos requisitos para obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Mestre Luís Otávio Sequeira de Cerqueira.

**SÃO PAULO**

**2015**

**RAFAELA APOLINÁRIO DE FARIAS**

**A PROVA PERICIAL  
NO PROCESSO CIVIL**

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* Especialização, como parte dos requisitos para obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Mestre Luís Otávio Sequeira de Cerqueira.

Banca Examinadora:

---

---

---

**SÃO PAULO**

**2015**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus pela dádiva da vida e por permitir a conclusão de mais uma jornada.

Aos meus pais, Marli e Reginaldo, meus agradecimentos por todos os ensinamentos.

Ao Professor Ms. Luís Otávio, que gentilmente aceitou a orientação e por sempre ser muito atencioso e compreensível com seus alunos, especialmente comigo.

## RESUMO

A prova é tema fundamental do processo civil. Não obstante existirem processos em que a questão controvertida é apenas de direito, existem processos que o juiz precisa examinar a veracidade dos fatos que, no curso do processo, tenham-se tornado controvertidos. Para poder declarar a procedência ou a improcedência do pedido, o juiz examina a questão em dois aspectos, evidentemente interligados, mas que podem ser lógica e idealmente separados: o direito e o fato.<sup>1</sup> Pode ocorrer que o exame da veracidade dos fatos dependa de conhecimentos técnicos que o magistrado não possui o conhecimento para decidir sobre a veracidade e a credibilidade das informações, exigindo assim o auxílio de profissionais especializados, tais como conhecimento de ciências específicas, medicina, engenharia, contabilidade, psicologia, entre outras. Referido trabalho técnico é chamado de "prova pericial", que na definição de Moacyr Amaral Santos *consiste no meio pelo qual, no processo, pessoas entendidas e sob o compromisso verificam fatos interessantes à causa, transmitindo ao juiz o respectivo parecer.*<sup>2</sup> O objetivo do presente trabalho é analisar de forma analítica a prova pericial, não só tratando sobre as regras gerais das provas, mas também dos procedimentos específicos da prova pericial.

**Palavras-chave:** Prova; Verdade; Ônus Da Prova; Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova; Meios de prova. Prova Pericial. Perícia. Perito. Laudo Pericial. Assistente Técnico. Parecer. Substituição do Perito. Substituição do Perito Assistente Técnico. Dispensa da prova pericial. Despesas da prova pericial.

---

<sup>1</sup> GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol 2. 18ª Ed. Saraiva. 2007, p. 195.

<sup>2</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. A Prova Judiciária No Cível E Comercial. São Paulo: Max Limonad. p. 36.

## RÉSUMÉ

La preuve est essentielle pour la procédures civiles. Cependant il y a des cas que le sujet en litige est sellement de droit et il existe des cas ou le juge doit examiner la véracité des faits, pendant la procédure, qui sont devenus litigieuses. Pour pouvoir accepter ou refuser une demande, le juge doit examiner le sujet de deux façons, bien évidemment liés, mais qui peuvent être logiquement et idéalement différents: droit et fait.<sup>3</sup> Il se peut que l' analyse de la véracité des faits dépende de connaissances techniques que le juge ne possède pas pour se prononcer sur la véracité et la crédibilité d'une information, exigeant ainsi l' aide d' un professionnel possédant des connaissances en science spécifique, médecine, ingénierie, comptabilité, psychologique, entre autres. Cet effort technique est connu comme « preuve d'expert » (expertise), qui d'après Moacyr Amaral Santos correspond au moyen par lequel, durant une procédure, une personne possédant les connaissances et sous l' obligation du compromis analyse les faits importants à la cause, donnant au juge le rapport d'expertise<sup>4</sup>. Ce mémoire a pour objectif présenter de façon analytique la preuve d'expert (expertise), traitant non seulement les raigles générales des preuves mais aussi les procédures spécifiques des preuves d'expert (expertise).

**Mots-Clés :** Preuves; Véracité; Charge de la Preuve; Distribution Dynamique de la Charge de la Preuves; Moyens de Preuve; Expertise; Expert; Rapport; Remplacement de l' Expert Assistant Technique. Dispense de la Preuve D'expert. Dispense de L'experteis.

---

<sup>3</sup> GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol 2. 18ª Ed. Saraiva. 2007, p. 195.

<sup>4</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. A Prova Judiciária No Cível E Comercial. São Paulo: Max Limonad. p. 36.

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	8
1 TEORIA GERAL DA PROVA.....	10
1.1 Considerações Iniciais .....	10
1.2 Conceito e Classificação .....	12
1.3 Prova e Cognição Judicial.....	15
1.4 Sistema de avaliação de prova .....	18
1.5 Presunção e Indícios.....	21
1.6 Objeto da Prova .....	24
1.7 Ônus da Prova .....	28
1.8 A dinâmica da prova .....	33
1.9 Meios de prova.....	39
2 A PROVA PERICIAL.....	41
2.1 Considerações Iniciais .....	41
2.2 Conceito.....	42
2.3 O Perito .....	43
2.4 Imparcialidade do Perito.....	46
2.5 Os Assistentes Técnicos .....	50
2.6 A Produção de Prova Pericial .....	52
2.7 Da possibilidade de dispensa da perícia e do seu indeferimento.....	59
2.8 A Análise da Perícia Pelo Juiz .....	61
2.9 As Despesas com a Perícia .....	63
3 A PROVA PERICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL .....	68
CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	76

## INTRODUÇÃO

Diante da garantia de se aduzir uma pretensão em juízo e obter uma resposta estatal, é conferido às partes o direito ao amplo acesso à Justiça, e ao Estado, o dever da correta prestação jurisdicional, sendo-lhe vedado excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito nos termos do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

O direito de ação confere aos jurisdicionados a possibilidade de provocar o exercício da jurisdição, obtendo com isso a apreciação, a valoração e o julgamento da pretensão postulada. No entanto para seu efetivo exercício, necessário se faz garantir o direito à prova, o qual decorre diretamente do direito de ação, uma vez que vige o sistema do livre convencimento motivado.

Para demonstrar a veracidade do alegado e promover o convencimento judicial, há a necessidade de uma fase instrutória no processo, por meio da qual as partes juntam as provas sobre as quais se funda sua pretensão.

A prova é o instrumento através do qual as partes demonstram a veracidade do direito material alegado, com o fim de obter um provimento jurisdicional favorável, permitindo ao órgão julgador competente por fim à lide e culminar com uma decisão de procedência ou improcedência.

Em função do direito de ação, do direito à prova dele decorrente e do sistema do livre convencimento motivado, permitiu-se aos jurisdicionados todos os meios de prova, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código de Processo Civil, como hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação, nos termos do artigo. 332 deste diploma legal.

Cintra, Grinover e Dinamarco esclarecem que:

"Toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta. Deduzindo a sua pretensão em juízo, ao autor da demanda incumbe afirmar a ocorrência do fato que lhe serve de base, qualificando-o juridicamente e dessa afirmação extraindo as consequências jurídicas que resultam no seu pedido de tutela jurisdicional."<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. Teoria Geral do Processo. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 349.

O direito à prova consubstancia-se em uma faculdade da parte, não havendo qualquer sanção penal ou pecuniária expressamente prevista em lei quanto ao seu descumprimento, não respondendo a parte materialmente pela sua inércia.

Portanto, não há um dever correspondente ao exercício deste direito, mas apenas um ônus, uma vez que a parte faltosa suportará os efeitos da sentença reconhecedores de sua inércia.

De acordo com Humberto Theodoro Junior<sup>6</sup> *há um simples ônus de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.*

O direito à prova, portanto, insere-se dentro dos princípios constitucionais, uma vez que permite às partes manifestarem-se sobre as provas e contra provas produzidas nos autos, como também permite ao Poder Judiciário a verificação da autenticidade ou falsidade das matérias alegadas através do sistema do livre convencimento motivado previsto no artigo 131 do Código de Processo Civil.

Portanto, sendo o direito a prova um dos elementos fundamentais do "processo justo" mais cotidianos da vida jurídica, o presente trabalho, na primeira parte, pretende não só tornar claro que o direito à prova é efetivamente fundamental em nosso ordenamento jurídico, como também destrinchar sobre a fase instrutória no processo, ressaltando os elementos desta fase, o objeto e seu destinatário, o sistema vigente, a finalidade da prova, sobre o ônus e sua distribuição.

A segunda parte do trabalho visa tratar sobre um dos meios de prova existentes no ordenamento jurídico, qual seja a prova pericial. Nesta segunda parte serão abordados todos os requisitos necessários para que a prova pericial seja não só realizada, mas também válida no processo, bem como todo o procedimento que devem ser observados não só pelas partes, mas também pelas pessoas envolvidas neste meio de prova, como o peritio, o assistente técnico e até mesmo o magistrado.

Por fim, a terceira parte do trabalho tem o objetivo de tratar sobre as alterações sobre a prova pericial a luz do Novo Código de Processo Civil.

---

<sup>6</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto Curso de Direito Processual Civil. 22ª Ed. Vol I. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 423.

# 1 TEORIA GERAL DA PROVA

## 1.1 Considerações Iniciais

"Uma das maiores ilusões que a consciência democrática contemporânea difunde na sociedade é a de que todo aquele que tiver um direito lesado ou ameaçado vai receber do Estado a mais ampla e eficaz tutela jurisdicional, o que lhe assegurará o pleno gozo desse direito."<sup>7</sup>

São com essas palavras que o jurista Leonardo Greco inicia o capítulo de sua obra referente a questão das provas no processo. O choque de realidade é necessário. A maior parte dos juristas e filósofos do direito que se dedicam ao tema do direito probatório não acredita na possibilidade de a verdade ser alcançada no interior do processo – e, menos ainda, em tempo hábil, mostrando-se dúbios em relação à possibilidade da fiel reconstrução dos fatos na esfera processual utilizando-se quaisquer meios científicos.

Durante muito tempo os processualistas civis investiram na ideia de que a finalidade última do processo não era a de alcançar a verdade e, posteriormente, permitir a prolação de um julgamento justo, mas apenas a de por fim ao litígio submetido à apreciação do Poder Judiciário. O processo deveria apenas proporcionar às partes oportunidade para submeter suas alegações e suas respectivas tentativas de comprovação em juízo, requerendo um posicionamento do Estado acerca de quem tem razão, não havendo qualquer preocupação do juiz com a fidelidade na reconstrução dos fatos que deram origem à demanda, no ato de sua decisão.<sup>8</sup>

Acreditava-se na existência de verdades distintas, sendo uma denominada verdade material (ou absoluta) e outra formal (ou relativa). Mais claramente afirmava-se a existência da verdade real (material ou absoluta) apenas fora do âmbito processual, não sendo possível recriá-la no interior do processo, motivo pelo qual a realidade nele demonstrada seria apenas fictícia (formal), considerada verdadeira apenas por uma decisão política.

Contudo, em razão das críticas surgidas sobre a impossibilidade de recriar a verdade real no interior do processo, sistemas jurídicos cujas normas

---

<sup>7</sup> GRECO, Leonardo. Instruções de Processo Civil. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. 2, p. 84.

<sup>8</sup> GRECO, Leonardo. Op. Cit. p. 83

processuais contemplam provas tarifadas e regras que limitam em excesso a produção de provas, afastam sobremaneira a identidade entre os fatos em que se baseia a decisão e a verdade. Por outro lado, sistemas cujas normas amparam a liberdade na produção e apreciação das provas, restringindo a atuação das partes somente naquilo que invade a esfera jurídica da outra ou de terceiros, violando ou ameaçando seus direitos fundamentais, produzem decisões mais consentâneas com a verdade, sendo consideradas, por esse motivo, mais justas.

Contudo, passou-se a ideia de que "prova" evoca, naturalmente, e não apenas no processo, a racionalização da descoberta da verdade. Realmente, a definição clássica de prova liga-se diretamente àquilo "que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente"<sup>9</sup>

Atualmente, ninguém duvida que a função do real da prova no processo é absolutamente essencial, razão mesmo para que a investigação dos fatos, no processo de conhecimento, ocupe quase que a totalidade do procedimento e das regras que disciplinam o tema nos diversos códigos processuais que se aplicam no direito brasileiro. Se a regra jurídica pode ser decomposta em uma hipótese fática (onde o legislador prevê uma conduta) e em uma sanção a ela atrelada, não há dúvidas de que o conhecimento dos fatos ocorridos na realidade é essencial para a aplicação do direito positivo, sob pena de ficar inviabilizada a concretização da norma abstrata.<sup>10</sup>

Chiovenda ensina que o processo de conhecimento trava-se entre dois termos (a demanda e a sentença), por uma série de atos, sendo que "esses atos têm, todos, mais ou menos diretamente, por objeto, colocar o juiz em condições de se pronunciar sobre a demanda e enquadrar-se particularmente no domínio da execução das provas".<sup>11</sup>

Liebman, na mesma linha de pensamento, ao conceituar o termo julgar, assevera que tal consiste em valorar determinado fato ocorrido no passado, valoração esta feita com base no direito vigente, determinando, como consequência, a norma concreta que rege o caso.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa, vocábulo: "prova". p. 1656.

<sup>10</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Direito Civil. Vol. 2 processo de conhecimento. São Paulo: RT. 2010, p. 253.

<sup>11</sup> CHIOVENDA Giuseppe, Instituições de direito processual civil. Trad. Paolo Capitanio. vol 1 e 2, Campinas: Bookseller, 1998, p. 72.

<sup>12</sup> LIEBMAN, Eurico Tullio, Manual de direito processual civil, Trad. Candido. R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, t. I, p. 4 apud. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de

Ora, partindo-se desse pressuposto, nada mais natural do que eleger, como um dos princípios essenciais do processo – senão a função principal da fase de conhecimento -, a busca da verdade substancial.<sup>13</sup>

Um processo preocupado com o seu resultado, com o proferimento de decisões amparadas na maior coincidência possível entre os fatos trazidos aos autos e os ocorridos na vida real, portanto, reflete a mais ampla liberdade de produção de provas, permitindo que as partes se utilizem de todos os meios que considerem úteis à reconstrução dos fatos, bem como a mais ampla liberdade de apreciação pelo juiz, que as avaliará de forma discricionária, exigindo-se apenas que fundamente a sua opção por uma e não outra.

Taruffo e Micheli, ensinam que, no processo, a verdade não constitui um fim em si mesma, contudo insta buscá-la enquanto condição para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado.<sup>14</sup>

Portanto, a ideia (ou o ideal) de verdade no processo exerce verdadeiro papel de controle da atividade do magistrado; é a busca incessante da verdade absoluta que legitima a função judicial e também serve de válvula regulatória de sua atividade, na medida em que a atuação do magistrado somente será legítima dentro dos parâmetros fixados pela verdade por ele reconstruída no processo.

## 1.2 Conceito e Classificação

A prova é o meio necessário à formação do convencimento do juiz acerca dos pontos controvertidos da lide. A parte tem o dever de provar a veracidade dos fatos alegados em juízo para obter o convencimento do julgador, pois a decisão deve ter por fundamento a certeza do juiz sobre os fatos controvertidos.<sup>15</sup>

Em razão dessas considerações, cumpre registrar algumas definições de autores consagrados:

“A prova no processo é, pois, todo meio destinado a convencer o magistrado a respeito da verdade de alguma situação de fato, ou, em outras

---

Direito Civil. Vol. 2 processo de conhecimento. São Paulo: RT. 2010, p. 254. .

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 254.

<sup>14</sup> MICHELI, Gian Antonio, TARUFFO, Michele. A prova. RePro 16/186.

<sup>15</sup> DEDA, Artur Oscar de Oliveira. A prova no processo civil. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 1.

palavras, são os meios utilizados para formar o convencimento do juiz a respeito da existência de fatos controvertidos que tenham relevância para a solução do litígio."<sup>16</sup> (Bruno Freire e Silva)

"conceitua-se prova como o instrumento processual adequado a permitir que o juiz forme convencimento sobre os fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional."<sup>17</sup> (Luiz Rodrigues Wambier)

"a prova é todo elemento que pode levar ao conhecimento de um fato a alguém"<sup>18</sup> (Vicente Grecco)

"provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo"<sup>19</sup> (Giuseppe Chiovenda)

"prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo"<sup>20</sup> (Moacyr Amaral dos Santos)

"a prova no processo é o que concorre para que o juiz, ao aplicar a lei, fique certo de que está a prestar, com exatidão, o que se prometera: a tutela jurídica"<sup>21</sup> (Pontes de Miranda)

Na visão moderna do direito processo civil, prova é tudo o que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor e os eventuais demais pedidos de prestação da tutela jurisdicional que lhe são submetidos para julgamento.<sup>22</sup>

Nicola Framarino dei Malatesta<sup>23</sup>, classifica a prova levando em consideração três aspectos essenciais da prova: o objeto, o sujeito e a forma.

Considerando o conteúdo ou o objeto da prova, referido autor, a classifica em duas classes: prova direta e prova indireta. Ainda, pontua que o conteúdo da prova é a coisa que se quer verificar. Ressalta ainda, que quando for objeto a própria coisa, a prova denomina-se direta; quando for, porém, do exame de coisa diversa se deduz a coisa que se quer verificar, a prova é indireta.

---

<sup>16</sup> SILVA, Bruno Freire e. A inversão judicial do ônus da prova no CDC. In Direito do Consumidor: tutela das relações de consumo. Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem

<sup>17</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento. 9 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>18</sup> GRECO FILHO, Vicente, Direito Processual Civil, 2º vol., 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>19</sup> CHIOVENDA Giuseppe, Instituições de direito processual civil. Trad. Paolo Capitanio. vol 3, Campinas: Bookseller, 1995, p. 91.

<sup>20</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. A prova judiciária no civil e no comercial, Vol 1, 3ª Ed., São Paulo: Max Limonad, p. 21.

<sup>21</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo civil. 3ª Ed. T. IV Rio de Janeiro: Forense, 1974.

<sup>22</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, Vol II. Tomo I. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 244.

<sup>23</sup> MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Trad. Augusto Correia. São Paulo: Saraiva. 1960.p. 291.

Sobre os sujeitos, Malatesta ensina que há também duas classes, a prova pessoal e a prova real, sendo a prova pessoal quando se tratar de verificação de pessoa e a prova real quando se tratar de verificação de coisa.

E por fim, sobre a forma, Malatesta classifica em três classes. A primeira sendo a prova testemunhal, que é a verificação de pessoa na forma da oralidade; a segunda, a prova documental, que consiste na verificação de pessoa na forma do escrito e a terceira que é a prova material, que se funda na verificação de coisa na materialidade das suas formas diretamente percebidas.

Cassio Scarpinella Bueno<sup>24</sup> ensina que a prova se classifica em "provas diretas" e "provas indiretas", sendo aquelas as provas que apresentam relação imediata com o fato probando e estas as provas em que não há relação imediata com o fato probando, mas com um fato distinto que permite, por meio de raciocínios e induções, concluir pela existência ou conformidade do fato probando.

Cumprir assinalar ainda que Cassio Scarpinella Bueno distingue prova dos meios de prova, conceituando estes como os instrumentos (as técnicas) que a lei processual reconhece como hábeis para que o magistrado tenha conhecimento do objeto da prova, informando que os meios de prova aceitam três classificações.

No que diz respeito ao sujeito, ou seja, aquele ou o quê produz a prova, Cassio Scarpinella Bueno ensina que referidos meios de prova podem ser pessoais através de uma declaração ou afirmação feita por alguém; ou reais, através do exame de uma pessoa ou de uma coisa.

Sobre a forma, Cassio Scarpinella Bueno leva em consideração o método de produção, podendo referidos meios de prova ser orais ou escrito.

E por fim, no que tange ao momento da produção dos referidos meios de prova, Cassio se posiciona no sentido de que podem ser apresentados dentro ou fora da fase instrutória.

Portanto, a função da prova é justamente aquilo que a visão moderna do direito processo civil conceitua, ou seja, levar ao magistrado todos os elementos ao seu conhecimento que são conseqüentemente capazes de influenciar na formação de sua convicção para julgar a causa.

---

<sup>24</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit. p. 245.

### 1.3 Prova e Cognição Judicial

O Estado Moderno tem como pilar da sua legitimidade a existência de uma ordem jurídica da qual ele deve cuidar. Assim, é sua função zelar pela integridade e cumprimento da lei. Dentre as outras atividades estatais, a atividade jurisdicional é que se destaca como sendo a responsável pela proteção e eficácia do ordenamento jurídico. É ela que deve criar meios para garantir justiça e, assim, alcançar a pacificação social.<sup>25</sup>

O processo, nesse contexto, conforme assinala Chiovenda, é o meio pelo qual se aplica a vontade concreta da lei, exercendo assim a atividade jurisdicional.<sup>26</sup>

O Estado não pode deixar de prestar a tutela jurisdicional, isto é, não pode deixar de dar solução jurídica à lide<sup>27</sup>.

Isso porque a prestação da tutela jurisdicional deve ser dar da forma mais justa possível, que representa a busca pela verdade real. A jurisdição é uma atividade pública, e a boa solução dos conflitos é um objetivo a ser buscado de forma incessante.<sup>28</sup>

O magistrado é o sujeito processual que representa o Estado e deve cuidar para que este alcance seus fins dentro do processo, através dos poderes instrutórios que lhe foram concedidos, os quais são vitais para bom o desempenho da atividade jurisdicional.

O artigo 130 do Código de Processo Civil dispôs que: "*Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*"

Isso porque o destinatário da prova é aquele quem julgará o processo, não restringindo-se somente ao juízo, no entender de Cassio Scarpinella Bueno<sup>29</sup>, mas também a depender do meio de prova, o juiz, o magistrado, o julgador, ou seja, a pessoa que atua em frente ao juízo.

Por esta razão existe o "princípio da identidade física do juiz", previsto no

---

<sup>25</sup> DA COSTA, Susana Henriques. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. Revista de Processo. Vol. 133, março, 2006.

<sup>26</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. vol. 1. 1965. p. 56.

<sup>27</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol I. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo do Conhecimento. 55ª Ed. São Paulo: Forense. p. 465.

<sup>28</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil. vol I. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 429.

<sup>29</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit. p. 246

artigo 132 do Código de Processo Civil, que dispõe que *"o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor."*

Por este princípio, entende-se que o juiz que colhe as provas orais e coordena os trabalhos desenvolvidos em audiência em que as provas, se não na sua integralidade, mas na sua maioria, são colhidas, profira a sentença, isto é, decida.<sup>30</sup>

De fato, quando o magistrado estiver convencido das alegações das partes ou de terceiros, não há mais razão para se produzir qualquer prova, assim como quando o magistrado não estiver convencido poderá determinar a produção das provas necessárias para a formação de seu convencimento, pois é ele quem determinará a realização da fase instrutória porque é ele quem entenderá ser, ou não, possível julgar a lide.<sup>31</sup>

Para Cássio Scarpinella Bueno a qualidade da prestação jurisdicional, em atenção ao modelo constitucional do direito processual civil, não pode tolerar qualquer outro comprometimento do magistrado que não a busca da verdade real, isto é, a verdade, que no seu íntimo corresponda àquilo que realmente aconteceu no plano exterior ao processo e, por ter acontecido, acabou por motivar a necessidade da atuação do Estado-juiz para prestar tutela jurisdicional.<sup>32</sup>

Referido posicionamento é condizente com o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

*"Processual civil. Recurso especial. Ação rescisória. Prova. Perícia.*

*Honorários do perito. Depósito fora do prazo. Possibilidade.*

*Excessivo rigor formal. Inexistência de prejuízo. Instrumentalidade das formas.*

*- A declaração de preclusão do direito à produção de prova pericial não é razoável unicamente porque a parte depositou os honorários periciais com quatro dias de atraso. Trata-se de excessivo rigor formal, que não se coaduna com o princípio da ampla defesa, sobretudo considerando a*

---

<sup>30</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit. p. 253.

<sup>31</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit. p. 246.

<sup>32</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit. p. 247.

*inexistência de qualquer prejuízo para a parte contrária, tampouco para o perito judicial.*

*- Além do compromisso com a Lei, o juiz tem um compromisso com a Justiça e com o alcance da função social do processo para que este não se torne um instrumento de restrita observância da forma se distanciando da necessária busca pela verdade real, coibindo-se o excessivo formalismo.(g.n.)*

*- Conquanto mereça relevo o atendimento às regras relativas à técnica processual, reputa-se consentâneo com os dias atuais erigir a instrumentalidade do processo em detrimento ao apego exagerado ao formalismo, para melhor atender aos comandos da lei e permitir o equilíbrio na análise do direito material em litígio.*

*Recurso especial provido.*<sup>33</sup>

Assim sendo, levando-se em conta o objetivo de prestar uma tutela jurisdicional da forma mais justa possível, através da busca pela verdade real, a qual por sua vez é prestada por meio da cognição, que é a atividade intelectual do juiz, consistente em captar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, com o objetivo de se aparelhar para decidir<sup>34</sup>, convém registrar que o comprometimento do juiz de um estado Democrático de Direito é o de buscar os

---

<sup>33</sup> REsp 1109357/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 20/10/2009, DJe 01/07/2010. Neste mesmo sentido segue outro julgado também do Superior Tribunal de Justiça:

*"Direito civil. Família. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA.*

*- Tem-se como perfeitamente demonstrado o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o suposto pai, quando induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de filho biológico.*

*- A realização do exame pelo método DNA a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético, confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento.*

*- A regra expressa no artigo 1.601 do CC/02, estabelece a imprescritibilidade da ação do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, para afastar a presunção da paternidade.*

*- Não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA.(g.n.)*

*- E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das conseqüências, inclusive materiais, daí advindas.*

*Recurso especial conhecido e provido.*"(REsp 878.954/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 07/05/2007, DJe 28/05/2007.)

<sup>34</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. III. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 34.

elementos mais seguros para julgar de acordo com o seu próprio convencimento, em respeito às diversas variantes admitidas pelo sistema processual.<sup>35</sup>

#### 1.4 Sistema de avaliação de prova

Em virtude das considerações acima expostas, é bem verdade que a produção da prova destina-se a formar a convicção do julgador sobre os fatos debatidos no processo, razão pela qual, em busca da verdade real, cabe ao magistrado conferir a cada meio de prova coletado o valor que merecer.<sup>36</sup>

Valoração da prova é a avaliação da capacidade de convencer, de que sejam dotados os elementos de prova contidos no processo.<sup>37</sup> Dinamarco continua ensinando que no direito atual, essa valoração é feita preponderantemente pelo juiz, a quem poucos e específicos parâmetros valorativos são impostos pela lei; o juiz aprecia os elementos probatórios, menos considerando aprioristicamente as fontes ou meios de prova como categorias abstratas (prova testemunhal, prova documental, prova pericial) e mais sob a influência que cada prova efetivamente produzida possa exercer sobre seu espírito crítico.

Na história do direito processual civil, existiram três sistemas de avaliação de prova, os quais o juiz, devia observar para julgar o processo.

O primeiro sistema de avaliação de prova era o "legal". Por este sistema o juiz era quase um autômato, apenas afere as provas seguindo uma hierarquia leal e o resultado surge automaticamente, produzindo apenas uma verdade formal, que, na maioria dos casos, nenhum vínculo tinha com a realidade.<sup>38</sup>

Dinamarco explica que o surgimento deste primeiro sistema baseava-se do fruto da superstição dos povos e, em alguma medida, da experiência do legislador.

No que tange à superstição dos povos, Dinamarco explica que em tempos remotos contava-se com a resposta divina, realizavam-se provas de destreza ou de força (duelos, prova per pugnam) e praticava-se o juramento na crença, sincera ou não, de que esses fossem caminhos legítimos e confiáveis para a descoberta da

---

<sup>35</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 247.

<sup>36</sup> DEDA, Artur Oscar de Oliveira. A prova no processo Civil. São Paulo: Saraiva. 2006. p 18.

<sup>37</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 100.

<sup>38</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Op. cit., p. 464.

verdade, os quais eram expedientes que revelariam os desígnios da divindade em favor de uma ou de outra parte do litígio.<sup>39</sup>

No que tange à experiência do legislador, Dinamarco ressalta que a confiança em sua própria cultura e experiência, em associação com a crença na legitimidade das generalizações em tema de valoração de prova, levou o legislador, até em tempos menos remotos, a editar normas valorativas de fundo racional, valorizando sobremaneira a forma que protege, defende e tutela, na prática de um suposto realismo de uma tendência racional.<sup>40</sup>

Contudo, é certo que Dinamarco deixa claro que o processo civil moderno repudia o sistema da prova legal.

O segundo sistema é o da persuasão racional, no qual o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo.

Trazendo novamente os ensinamentos de Dinamarco, o segundo sistema é de extrema insegurança e inimigo do estado-de-direito, pois o juiz teria o poder de decidir segundo seus próprios impulsos ou impressões pessoais, sem o dever de alinhar fundamentos ou dar satisfações a quem quer que fosse, inclusive formar convicção sobre fatos a partir de sua própria ciência privada.<sup>41</sup>

E o terceiro, o sistema do livre convencimento motivado do juiz.

Para este terceiro sistema, Dinamarco afirma que o livre convencimento motivado há de ser racional, porque necessariamente alcançado mediante as forças do intelecto e não dos impulsos pessoais e eventualmente passionais do juiz, sendo obrigatório levar em conta as circunstâncias que ordinariamente conferem maior credibilidade a um meio de prova, ou as que no caso sejam capazes de convencer uma pessoa inteligente e sensível à realidade.<sup>42</sup>

Prosseguindo, Dinamarco ainda ressalta que por este sistema, o convencimento do juiz deve ser alimentado por elementos concretos vindos exclusivamente dos autos, porque o emprego de outros, estranhos a estes, transgrediria ao menos as garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal, sendo fator de insegurança para as partes.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 102.

<sup>40</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 102.

<sup>41</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 102.

<sup>42</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 105

<sup>43</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 105

Dinamarco finaliza ressaltando que o convencimento do juiz precisa ser motivado, porque sem o dever de motivar as decisões de nada valeriam as exigências de racionalidade e atenção ao que consta dos autos.<sup>44</sup>

Contudo não é mansa e pacífica a conceitualização sobre o "sistema do livre convencimento motivado", pois enquanto para Humberto Theodoro Junior<sup>45</sup>, este sistema caracteriza a atuação do juiz em julgar sem se atentar, necessariamente, para a prova dos autos, recorrendo a métodos que escapam ao controle das partes, para Cassio Scarpinella Bueno, por este sistema, o juiz, observando os limites do sistema jurídico, pode dar a sua própria valoração à prova, sendo dever seu o de fundamentar, isto é, justificar a sua decisão.<sup>46</sup>

Ou seja, enquanto para Cassio Scarpinella Bueno o conceito do "sistema racional" é idêntico ao conceito do "sistema do livre convencimento motivado", para Humberto Theodoro Júnior é diferente, existindo uma linha que distingue ambos, qual seja, a atenção aos elementos de convicção existentes no processo na hora do julgamento.

Registra-se ainda que, enquanto Cassio Scarpinella Bueno entende que vige no ordenamento jurídico brasileiro o "sistema do livre convencimento motivado", Humberto Theodor Junior entende que o "sistema da persuasão racional" é fruto da mais atualizada compreensão da atividade jurisdicional.

Por fim, os dois autores concordam que, independentemente do conceito do "sistema do livre convencimento motivado", é fundamental que o magistrado justifique, fundamente a formação de seu convencimento, com nos termos dos artigo 131<sup>47</sup> do Código de Processo Civil e artigo 93<sup>48</sup>, inciso IX da Constituição Federal.

---

<sup>44</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 106

<sup>45</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Op. cit., p. 466.

<sup>46</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 248.

<sup>47</sup> O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

<sup>48</sup> Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

## 1.5 Presunção e Indícios

Dispõe o artigo 335 do Código de Processo Civil que "em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial."

Não obstante a vigência do "sistema do livre convencimento motivado" no ordenamento jurídico, no qual o juiz, observando os limites do sistema jurídico, pode dar a sua própria valoração à prova, sendo seu dever fundamentar, isto é, justificar a sua decisão, não se pode olvidar a admissão das chamadas presunções e indícios.

Indício é toda circunstância de fato da qual se pode extrair a convicção da existência do fato principal.<sup>49</sup>

Vicente Greco Filho ensina que não obstante a atividade probatória das partes tem por finalidade convencer o juiz sobre a existência ou inexistência de fatos históricos dos quais a parte pretende extrair uma consequência jurídica e portanto, uma sentença favorável, nem sempre o fato do qual decorre a consequência jurídica pretendida poder ser submetido a prova direto, razão pela qual quando não é possível a prova direta do fato principal, a parte faz prova de fatos circunstanciais, que são os indícios, dos quais se infere a existência e modo de ser do fato principal.<sup>50</sup>

Portanto, os indícios devem ser entendidos como fatos não principais dos quais se vai extrair (ou se pretende extrair) a convicção da existência do fato constitutivo.

No que tange a presunção, esta é um processo racional do intelecto, pelo qual o conhecimento de um fato infere-se como razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa.<sup>51</sup>

Para Candido Rangel Dinamarco<sup>52</sup> as presunções são estabelecidas pelo legislador em suas normas gerais ou pelos juízes e tribunais em suas decisões ou jurisprudências, dividindo-se em *legais*, que são aquelas expressas em normas gerais e abstratas e as *judiciais* que aplicam-se de início ao caso de julgamento,

---

<sup>49</sup> GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 209.

<sup>50</sup> GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 208-209.

<sup>51</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 113.

<sup>52</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 114.

onde o próprio juiz presumiu, mas na prática podem propagar-se a casos futuros, por força da jurisprudência.

Prossegue Candido Rangel Dinamarco<sup>53</sup> ensinando que nenhuma presunção apoia-se em juízo absoluto de certeza, pois presumir significa confiar razoavelmente na probabilidade de que se mantenha constante a relação entre o fato base e o presumido, sendo essa probabilidade havida por suficiente para neutralizar maiores temores de erro.

O autor expõe ainda que todo o direito – e especialmente o processual – opera em torno de certeza, probabilidades e riscos, sendo que as próprias certezas não passam de probabilidades muito qualificadas e jamais são absolutas porque o espírito humano não é capaz de captar com fidelidade e segurança todos os aspectos das realidades que o circundam.<sup>54</sup>

Por esta razão subdividiu-se as presunções em absolutas e relativas.

As presunções absolutas não são institutos de direito probatório, mas expedientes com os quais o legislador constrói certas ficções e nelas se apoia para impor as consequências jurídicas que entende convenientes, por isso que incidem sobre as *fattispecie* abstratas contidas nas normas jurídicas, alterando os requisitos para a incidência das sanções estabelecidas.<sup>55</sup>

Logo, as presunções absolutas são todas legais, ou seja, não são estabelecidas pelo juiz, justamente porque todas elas consistem na abstrata determinação dos pressupostos para a incidência da norma e essa missão compete ao legislador, não ao Poder Judiciário<sup>56</sup>.

Enquanto as presunções absolutas são todas legais, as presunções relativas são aquelas que, dispensando embora a prova do fato relevante para o julgamento (*factum probandum*), podem ser desfeitas pela chamada prova em contrário, pois toda presunção parte do fato conhecido (fato-base) e, porque ordinariamente o fato relevante para a causa costuma acontecer sempre que aquele aconteça, o legislador ou o juiz facilita a prova do fato relevante ao mandar que se presuma e, conseqüentemente, dispensa-o da prova.<sup>57</sup>

Em virtude desta consideração, Candido Rangel Dinamarco subdivide as presunções relativas em legais, mistas e judiciais.

---

<sup>53</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 115.

<sup>54</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 115.

<sup>55</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 116-117.

<sup>56</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 118.

<sup>57</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 119.

As presunções relativas legais são o resultado de normas abstratas e gerais que dispõem para o futuro e impõem-se a todos os casos que se enquadrem em suas previsões.<sup>58</sup>

Sobre as presunções relativas mistas, Candido Rangel Dinamarco destaca que a doutrina costuma afirmar que estas são na realidade presunções relativas em relação às quais se limitam os fatos que a parte contrária terá a faculdade e ônus de provar.<sup>59</sup>

E por fim, sobre as presunções relativas judiciais, Candido Rangel Dinamarco conceitua estas como as ilações que o juiz extrai da ocorrência de certos fatos para concluir que outro fato tenha acontecido, com eficácia restrita a cada caso em que julga, sendo que essas ilações são fruto de sua própria construção inteligente ou do alinhamento a outras anteriormente fixadas em casos precedentes pelos tribunais, com a constância suficiente para caracterizar determinadas linhas jurisprudenciais.<sup>60</sup>

No que tange as presunções relativas judiciais, importante destacar que estas encontram-se inseridas no ordenamento jurídico processual permitindo o juiz decidir segundo suas *máximas de experiência*.

A esse respeito, cumpre assinalar que Candido Rangel Dinamarco<sup>61</sup> idealiza as *máximas de experiência* como a expressão da cultura dos juízes como intérpretes dos valores e da experiência acumulada pela sociedade em que vivem, sempre atentos e sensíveis às realidades do mundo, eles têm o dever de captar pelos sentidos e desenvolver no intelecto o significado dos fatos que os circundam na vida ordinária, para traduzir em decisões sensatas aquilo que o homem comum sabe e os conhecimentos que certas técnicas elementares lhes transmitem.

Oportuno se torna dizer ainda que Candido Rangel Dinamarco divide em dois polos a experiência a ser utilizada pelo juiz na interpretação dos fatos: a *experiência comum*, inerente à vida em sociedade e a *experiência técnica*, razoavelmente acessível a quem não é especializado em técnicas alheias ao direito; destacando que em ambos os casos cumpre ao juiz aceitar como verdadeira a alegação de um fato relevante para a causa, sempre que tenha diante de si,

---

<sup>58</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 120.

<sup>59</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 121.

<sup>60</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 122.

<sup>61</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 122.

comprovado, um fato revelador da provável presença daquele indício, isso é da essência de toda presunção, quer judicial, quer *legis*.<sup>62</sup>

Candido Rangel Dinamarco observa que são regras de experiência técnica certos conhecimentos técnicos ou científicos que são de alcance do *homo medius* e não dependentes dos conhecimentos mais profundos de que são portadores os especialistas.

Portanto, "presunções", não é um meio de prova<sup>63</sup>, devem ser entendida como os métodos de raciocínio ou de convencimento, que o juiz utilizou para construir o seu pensamento a partir de atos e fatos auxiliares, que não guardam direta pertinência com o objeto de conhecimento do juiz, mas que permitem a formulação de uma conclusão sobre o que ocorreu ou sobre as consequências daquilo que ocorreu, dispensando a produção da prova do ato, do fato ou de sua consequência porque é legítimo assumi-los ou assumi-la como existente.<sup>64</sup>

Por fim, Cassio Scarpinella Bueno<sup>65</sup> ressalta que tanto as presunções simples como também as relativas, admitem prova em sentido contrário, isto é, elas admitem que o fato que se quer provado possa ser controvertido, prevalecendo enquanto não demonstrada a não ocorrência dos fatos que por elas são assumidos como verdadeiros.

## 1.6 Objeto da Prova

Em geral, o objeto da prova recai sobre fatos cuja existência devidamente reconhecida pelo juiz darão ensejo ao acolhimento ou à rejeição do pedido de tutela jurisdicional.<sup>66</sup>

Para Humberto Theodoro Júnior, provar a alegação consiste justamente em demonstrar a ocorrência de tais fatos<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 122.

<sup>63</sup> GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 209.

<sup>64</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 249.

<sup>65</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 250.

<sup>66</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 254.

<sup>67</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Op. cit., p. 463.

Contudo, é certo que não são quaisquer fatos que serão objeto de prova, mas os fatos controvertidos<sup>68</sup>, relevantes para convencer o juiz sobre a veracidade das alegações das partes<sup>69</sup> e pertinentes ao processo, pois estes suscitam o interesse da parte em demonstrá-los<sup>70</sup>.

Vicente Greco Filho ressalta que os fatos impertinentes, isto é, não relacionados com a causa, devem ter sua prova recusada pelo juiz, sob pena de se desenvolver atividade inútil.<sup>71</sup> No mesmo sentido é o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior.<sup>72</sup>

Portanto, ressaltando os ensinamentos sempre precisos de João Batista Lopes, de acordo com a doutrina, só precisam ser provados os fatos relevantes, pertinentes, controversos e precisos.<sup>73</sup>

Não obstante, o artigo 334 do Código de Processo Civil dispõe, em seus quatro incisos, sobre alguns fatos que embora relevantes para o processo, não dependem de prova.

O primeiro inciso diz respeito aos fatos notórios. Por notório entende-se que diz respeito a fatos de conhecimento pleno, de situações de conhecimento geral.<sup>74</sup>

Moacyr Amaral dos Santos, baseado no conceito de Betti, refere-se àqueles fatos que integram o patrimônio cultural do indivíduo de cultura média numa dada esfera social. E louva a definição de Calamandrei: “Consideram-se fatos notórios aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura normal própria de determinada esfera social no tempo em que ocorre a decisão”.<sup>75</sup>

Marcus Vinicius Rios Gonçalves ensina que fatos notórios são aqueles de conhecimento geral, mas limitado a região em que o processo tramita, não sendo preciso que o fato seja de conhecimento global.<sup>76</sup>

---

<sup>68</sup> DOS SANTOS, Gildo. A Prova no Processo Civil. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 21.

<sup>69</sup> DEDA, Artur Oscar de Oliveira. Op. cit., p. 4.

<sup>70</sup> GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 197.

<sup>71</sup> GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 197.

<sup>72</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Op. cit., p. 464.

<sup>73</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 32.

<sup>74</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Op. cit., p. 464.

<sup>75</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 168.

<sup>76</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral e Processo de Conhecimento. 1ª parte. vol. 1. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 427. Sobre a conceitualização de fato notório, importante ressaltar o julgado do Superior Tribunal de Justiça que também entende no mesmo sentido o significado de fato notório:

"PROVA - FATO NOTORIO - DISPENSA. A CIRCUNSTANCIA DE O FATO ENCONTRAR CERTA PUBLICIDADE NA IMPRENSA NÃO BASTA PARA TE-LO COMO NOTORIO, DE MANEIRA A

O segundo inciso trata dos fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, pois a confissão faz prova contra o confitente, caracterizando-se como um meio de prova, razão pela qual o fato confessado não necessita ser provado.

A confissão pode ser aquela expressa pela parte, ou a ficta, que advém da revelia ou do descumprimento do ônus da impugnação especificada dos fatos, quando eles produzirem efeito.<sup>77</sup>

Registra-se ainda que o terceiro inciso trata sobre os fatos incontroversos, ou seja, os fatos alegados pelo autor e não contestados pelo réu, presumindo-se assim que os mesmos são verdadeiros.

Não se pode olvidar que há uma certa superposição entre o segundo e terceiro inciso, isso porque os fatos confessados, expressa ou fictamente, são incontroversos. E a razão para não constituírem objeto de prova é a ausência de controvérsia estabelecida para a formação do convencimento judicial, que é a finalidade da prova.

Também nestes casos é inútil querer provar o que a parte contrária admitiu como verdade. “A prova de fatos não contestados e reconhecidos ou admitidos, incontroversos pois, seria inútil ou frustratória.”<sup>78</sup>

E por fim, o quarto inciso diz respeito à dispensa da prova sobre fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou validade.

Sobre este inciso, há de se destacar ainda os ensinamentos de Vicente Greco Filho<sup>79</sup>, o qual afirma que excepcionalmente o direito pode ser também objeto de prova, desde que se trate de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinários. Nunca direito federal, pois o juiz é obrigado a conhecer o direito federal em caráter absoluto. Sobre os demais direitos, Vicente Greco Filho registra que, por serem de aplicação incomum ou limitada, pode o juiz desconhecê-los, carreando à parte o ônus de prová-lo.

Sobre a prova de direito estrangeiro, Vicente Greco Filho assenta que esta se faz pela apresentação dos compêndios de legislação atualizados, por

---

DISPENSAR A PROVA. NECESSARIO QUE SEU CONHECIMENTO INTEGRO O COMUMENTE SABIDO, AO MENOS EM DETERMINADO ESTRATO SOCIAL POR PARCELA DA POPULAÇÃO A QUE INTERESSE. RECURSO ESPECIAL - REEXAME DE PROVA - INADMISSIBILIDADE. (REsp 7.555/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/04/1991, DJ 03/06/1991, p. 7425).

<sup>77</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit., p. 427.

<sup>78</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 221.

<sup>79</sup> GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 198.

certidão diplomática, por pareceres ou livros de doutrina e, se for o caso, até por testemunhas que tenham conhecimento jurídico, cabendo ao juiz o cauteloso arbítrio em valorar tal prova, especialmente se sobre o direito estrangeiro instaurar-se a controvérsia.

No que tange à prova do direito estadual ou municipal, Vicente Greco Filho ensina que esta se faz ou por repertórios oficiais ou reconhecidos, ou por certidão do Estado ou Município de que emana a norma e destaca que impossível é a prova da vigência, porque ninguém pode no Estado ou no Município atestar ou certificar que determinada norma está em vigor, porquanto a vigência, muitas vezes, depende de interpretação que só ao juiz cabe definir.

Porém Vicente Greco Filho ainda registra que como as leis, em princípio, são aprovadas para vigência por tempo indeterminado, não havendo revogação expressa, há de se presumir, em caráter relativo, que estão em vigor. Por esta razão pode o estado ou Município certificar que não consta revogação expressa, cabendo à parte interessada levar ao juiz outros elementos de convicção sobre a vigência da lei, e conseqüentemente invertendo-se o ônus de provar que não estão em vigor à parte contrária.

Sobre a prova do direito costumeiro, Vicente Greco Filho ensina que esta se faz por todos os meios admissíveis em juízo, inclusive a juntada de sentença anterior que o tenha reconhecido, ressalvada a competência das Juntas Comerciais para a expedição de certidões sobre o costume consagrado mediante assento, registrado em livros próprios.

Por fim, Vicente Greco Filho ressalta que em se tratando de prova de direito estadual ou municipal do local em que o juiz está exercendo suas funções, entende que incumbe também ao juiz conhecê-los, não podendo determinar a prova à parte, bastando que o juiz investigue nos repertórios próprios ou junto ao município em que exerce a judicatura.

## 1.7 Ônus da Prova

É princípio fundamental do direito probatório cumprir à parte demonstrar no processo que são verdadeiras as suas alegações, para que possa atingir o objetivo da decisão judicial favorável.<sup>80</sup>

Referida demonstração é chamada de ônus da prova, que é o encargo atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões serem proferidas no processo.<sup>81</sup>

O conceito de ônus difere da ideia de obrigação, a qual pressupõe a possibilidade de exigência de uma prestação do sujeito passivo, que deve cumprir o dever sob pena de sanção.<sup>82</sup> No caso do ônus, por outro lado, inexistente qualquer vínculo de sujeição, sendo permitido ao interessado decidir acerca da realização de um determinado comportamento, conforme seu interesse ou conveniência, havendo para a parte contrária somente uma expectativa de não cumprimento.<sup>83</sup>

Tratando especificamente do ônus da prova, Humberto Theodor Junior afirma que consiste na "conduta processual exigida pela parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz."<sup>84</sup>

Humberto Theodoro Júnior ressalta que "não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente."<sup>85</sup>

Para Nelson Nery Junior a palavra "ônus de provar" vem do latim *onus* que significa carga, fardo, peso, gravame, não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte.<sup>86</sup>

---

<sup>80</sup> DEDA, Artur Oscar de Oliveira. Op. cit., p. 21.

<sup>81</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 70.

<sup>82</sup> CREMASCO, Suzana Santi. A distribuição dinâmica do ônus da prova. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 23-26.

<sup>83</sup> CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 315.

<sup>84</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 50ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 419.

<sup>85</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Op., cit. 420.

<sup>86</sup> NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de Processo Civil Comentado..

Para Cassio Scarpinella Bueno, o "ônus da prova" deve ser entendido como a indicação feita pela própria lei de quem deve produzir a prova em juízo.

Com efeito, a produção de provas conforme as determinações legais de tempo e forma constitui ônus da condição de parte, a qual aceita o risco de colocar-se em posição de desvantagem processual no caso de descumprimento, visto que é por meio das provas que se fornece ao magistrado os meios idôneos para formar seu convencimento.<sup>87</sup>

Marinoni e Arenhart destacam que embora o cumprimento do ônus probatório esteja relacionado a uma maior possibilidade de convencimento do magistrado<sup>88</sup>, não é essencial nem determinante para a obtenção de um julgamento favorável, visto que a decisão pode se fundamentar em provas apresentadas pela outra parte ou cuja produção foi determinada de ofício.<sup>89</sup>

De toda forma, ainda que a obtenção de uma tutela jurisdicional favorável não esteja assegurada com o cumprimento do ônus, sua não observância, embora também não traga necessariamente consequências negativas, certamente amplia o risco de um julgamento contrário, diante da menor possibilidade de influenciar o convencimento do juiz, decorrendo daí sua importância para as partes.<sup>90</sup>

Embora se trate de uma noção unitária, o ônus da prova, por sua complexidade, pode ser examinado sob dupla perspectiva: ônus subjetivo, do qual decorre uma regra de procedimento voltada para os litigantes, e ônus objetivo, de que se origina uma regra de julgamento dirigida ao magistrado.<sup>91</sup>

Enquanto regra de conduta, o ônus da prova disciplina a atividade probatória das partes, indicando a qual dos litigantes compete a prova de cada uma das afirmações de fato; por sua vez, como regra de julgamento, representa um critério subjetivo que orienta a decisão do magistrado nos casos de ausência ou insuficiência do conjunto probatório, levando-o a decidir, de forma contrária à parte que não se desincumbiu do seu ônus probatório.

Tal estrutura, contudo, não é aceita de forma unânime pela doutrina, havendo diversos autores que reconhecem apenas a existência do ônus objetivo no

---

Atualizada e Ampliada. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 608.

<sup>87</sup> KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. Revista de Processo, vol. 17, ano 5, p. 52, São Paulo: RT, jan-mar, 1980.

<sup>88</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. 9ª Ed. Revista atual São Paulo: RT, 2011, p. 268.

<sup>89</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 266.

<sup>90</sup> CAMBI. Eduardo. Op. Cit., p. 316.

<sup>91</sup> CREMASCO, Suzana Santi. Op. Cit., p. 29.

direito processual moderno, especialmente diante do princípio da aquisição processual e dos poderes instrutórios do juiz, tais como Pontes de Miranda<sup>92</sup>, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>93</sup> e até Barbosa Moreira, que embora admita que o aspecto subjetivo sirva como estímulo à atividade probatória, assevera que sua importância é "mais psicológica que jurídica."<sup>94</sup>

Tal divergência doutrinária, embora pareça de pouca importância prática, traz uma consequência relevante quanto ao momento de aplicação das regras de repartição do ônus probatório, visto que para os autores que reconhecem apenas o aspecto objetivo, as regras somente devem ser levadas em consideração pelo juiz no momento da sentença, mesmo nos casos de inversão ou alteração dos critérios. Por outro lado, sendo considerado o ônus da prova também como regra de conduta, a distribuição dos encargos, principalmente no caso de modificação do critério tradicional, deve ser comunicada às partes no início da instrução probatória, para que tenham ciência de sua responsabilidade e dos riscos a que estão sujeitas.

É bem verdade que o Código de Processo Civil, em seu artigo 333 apresenta a normativa geral da distribuição do ônus da prova, dispondo sobre a quem cabe produzir as provas, prevendo no inciso I que cabe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e no inciso II prevendo que cabe ao réu o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Cada parte, portanto, tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretende seja aplicado pelo magistrado. Ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, que são aqueles que levam à consequência jurídica por ele pretendida. Ao réu, por sua vez, o ônus de provar a existência de fato que impeça, modifique ou extingue o direito do autor, ou seja, deverá provar o fato que, a despeito da existência do fato constitutivo, tem, no plano do direito material, o poder de impedir, modificar ou extinguir o direito do autor.

O critério adotado pelo Código de Processo Civil reflete, assim, uma perspectiva estática do *onus probandi*, visto que a distribuição é estabelecida *a priori*, de maneira geral e abstrata, sem qualquer relação com o caso concreto, tendo

---

<sup>92</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo civil. 3ª Ed. T. IV Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 228.

<sup>93</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit., p. 635.

<sup>94</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. Temas de direito processual: segunda série. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 75.

como base a posição da parte na relação jurídica processual, a natureza dos fatos invocados e o interesse em comprovar o fato.<sup>95</sup>

Registra-se ainda que o direito processual civil admite a modificação do regime de distribuição dos encargos probatórios, que podem ser classificados, segundo Dinamarco, em inversões legais, convencionais ou judiciais, decorrendo, respectivamente, da própria lei, da vontade das partes ou de decisão do magistrado por autorização legal.<sup>96</sup>

As modificações convencionais são aquelas que decorrem de acordo entre as partes, as quais, conforme se conclui da interpretação do parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil, podem altear o regime tradicional do ônus probatório desde que essa convenção não recaia sobre direito indisponível ou torne muito difícil o exercício do direito por qualquer das partes.<sup>97</sup>

No que tange à inversão do ônus da prova por imposição legal, é de opinião inequívoca que deve ser sempre previamente comunicada às partes referida inversão para que possam desincumbir-se de seu ônus.

Neste sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ARTIGO 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ARTIGO 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO.

A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (artigo 18 do CDC).

Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e 6º, VIII, do CDC.

---

<sup>95</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. 5ª Ed. rev. e atual de acordo com a EC/45, o Código Civil, as súmulas do STF e STJ, as Leis Federais 11.925/2009, 12.004/2009, 12.016/2009 e as resoluções do STF 381 e 388 de 200/ (súmula vinculante). Vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2010., p. 79.

<sup>96</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 75-76.

<sup>97</sup> GRECO FILHO, Op. cit., p. 206.

A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).

Previsão nesse sentido do artigo 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil.

A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.

Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte.

RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.<sup>98</sup>

Já as alterações legais são aquelas que resultam de expressa determinação legislativa, em que a lei apresente um regime de repartição do ônus probatório diverso do tradicional com o objetivo de facilitar a situação processual de algum dos litigantes, como ocorre com as presunções legais relativas.<sup>99</sup> Nessas situações, o legislador dispensa a comprovação dos fatos que interessam a uma parte, possibilitando ao outro litigante, contudo, que produza prova em contrário.<sup>100</sup>

Quanto às modificações judiciais, corresponde a alteração do disposto em regras legais responsáveis pela distribuição do ônus, por decisão do juiz no momento de proferir a sentença de mérito.<sup>101</sup> Arenhart, por sua vez entende que as modificações judiciais, além de serem operadas pelo órgão jurisdicional por meio de decisões judiciais, também abarcam as presunções judiciais, no qual o juiz conclui pela existência do fato probando sem que haja prova real disso, mas por meio de prova indiciária, ocorrendo assim a facilitação da situação processual de uma das

---

<sup>98</sup> REsp 802.832/MG, Rel. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, 2ª Seção, DJe 21/09/2011.

<sup>99</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 339-340.

<sup>100</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 76-77.

<sup>101</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 78.

partes.<sup>102</sup>

O principal exemplo de modificação judicial por decisão autorizada por lei decorre do artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual é direito básico do consumidor a "facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências."

Em princípio, os litígios de consumo, assim como os demais de natureza civil, submetem-se à regra prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil. Contudo, o artigo 6º, inciso VIII, permite, quando cumpridos seus requisitos, que o consumidor seja beneficiado com a dispensa de comprovar determinado fato, transferindo-se ao fornecedor o ônus correspondente, de provar que tal fato, apenas alegado pelo consumidor, não ocorreu.<sup>103</sup>

Essa regra, alicerçada no princípio constitucional da isonomia, tem como finalidade reequilibrar as forças das partes no processo, facilitando a defesa judicial dos interesses do consumidor que se encontra numa situação de inferioridade processual<sup>104</sup>, isentando-o do ônus da prova, enquanto à parte contrária é acrescido um novo encargo que se soma aos demais previstos pelo artigo 333 do Código de Processo Civil.<sup>105</sup>

## 1.8 A dinâmica da prova

De acordo com Cremasco, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova foi desenvolvida e sistematizada no final do século XX por juristas argentinos coordenados por Jorge W. Peyrano, sendo por eles denominada de *teoría de las cargas probatorias dinámicas*.<sup>106</sup> Surgiu inicialmente com o objetivo de solucionar alguns casos de responsabilidade civil por culpa, em especial as hipóteses de erro

---

<sup>102</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. p. cit., pág. 353-357.

<sup>103</sup> BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. Revista de Processo. Vol. 86, ano 22. São Paulo: RT, abr-jun, 1997. p. 295-296.

<sup>104</sup> CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p. 63-64.

<sup>105</sup> BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Op. cit., p. 296.

<sup>106</sup> CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p. 71.

médico, em que a aplicação do regime tradicional do ônus probatório frequentemente produzia soluções injustas, vez que a parte autora, em regra, não possui condições de comprovar a conduta negligente do médico. Posteriormente sua aplicação foi ampliada para as mais diversas situações.<sup>107</sup>

Segundo essa teoria, que rompe com a concepção rígida e apriorística da doutrina tradicional, o ônus da prova incumbe à parte que se encontra em melhores condições de produzi-la, independente de sua posição no processo (se autora ou ré) e da espécie do fato a ser provado (se constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo).<sup>108</sup>

De acordo com Câmara, a parte que detém maior facilidade na produção probatória é aquela que possui uma posição privilegiada em relação às provas quando comparada com a parte contrária. Diz o autor: "em outros termos, em função do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, ou por estar na posse da coisa ou instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova etc., está a parte em melhor posição para revelar a verdade e seu dever de colaboração se acentua ao ponto de se lhe atribuir o ônus da prova que, segundo as regras clássicas, não teria."<sup>109</sup>

Dessa forma, analisando as circunstâncias específicas do caso concreto posto à sua disposição, o magistrado, tendo como norte a facilidade e acessibilidade das partes à prova, atribui o ônus da prova, bem como os riscos de seu descumprimento, ao litigante que está em melhores condições de comprovar cada um dos fatos controvertidos discutidos no processo.<sup>110</sup>

A adoção da teoria, contudo, não significa um abandono dos critérios clássicos de distribuição do ônus da prova, que devem ser preservados e seguidos pelos sujeitos processuais, podendo, contudo, ser flexibilizado nas hipóteses em que a parte onerada encontra-se impossibilitada de apresentar a prova que lhe incumbe por razões alheias à sua vontade.<sup>111</sup>

Nas palavras de Peyrano, citado por Cremasco: "a chamada doutrina das

---

<sup>107</sup> CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p. 248.

<sup>108</sup> DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dos ônus probatórios. Revista dos tribunais, vol. 788, ano 90, São Paulo: RT, jun. 2001. p. 97-98.

<sup>109</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova. O problema da prova diabólica e uma possível solução. Revista Dialética de Direito Processual. nº 31. São Paulo: Dialética, 2005. p. 14.

<sup>110</sup> CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p. 73.

<sup>111</sup> ZANFERDINI, Flávia de Almeida; GOMES, Alexandre Gir. Cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro. Revista Dialética de direito processual. nº. 69. São Paulo: Dialética, dez. 2008. p. 25.

cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos órgãos jurisdicionais em determinadas situações, nas quais não funcionem adequada e valiosamente as previsões legais que, como norma, repartem os esforços probatórios. A mesma importa em um deslocamento do *onus probandi*, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, *verbi gratia*, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, para além do seu posicionamento como autor ou réu, ou de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos."<sup>112</sup>

Trata-se assim de um aperfeiçoamento do regime de distribuição do ônus probatório<sup>113</sup>, em que os encargos probatórios podem ser dinamizados quando os critérios tradicionais forem insuficientes para a adequada tutela dos direitos invocados.

Importante destacar, ainda, que a dinamização não se confunde com as hipóteses de inversão do ônus da prova, já que a ideia de inversão pressupõe critérios estabelecidos previamente<sup>114</sup>, alterados com base em expressa disposição legal, desde que presentes certas condições.<sup>115</sup>

Na técnica de distribuição dinâmica, por outro lado, a repartição apriorística e abstrata, porque insuficiente ou inadequada para a tutela dos direitos discutidos no processo, é previamente afastada pelo magistrado<sup>116</sup>, que só então distribui o ônus de comprovar as alegações entre os litigantes de forma originária<sup>117</sup> e conforme as peculiaridades do caso concreto, determinando assim a cooperação entre as partes na produção de provas. Diante disso, exatamente porque a distribuição dinâmica pressupõe a ausência de uma repartição prévia, que é desconsiderada pelo juiz, não pode ser confundida com uma simples inversão do ônus probatório.<sup>118</sup>

Ao propor a atribuição do ônus da prova à parte que se encontra em melhores condições de produzi-la, a teoria da distribuição dinâmica objetiva facilitar a produção probatória e, tornando o conjunto probatório mais completo, aprimorar a

---

<sup>112</sup> PEYRANO, Jorge W. Apud. CREMASCO, Suzana Santi, Op. cit., p. 72.

<sup>113</sup> ZANFERDINI, Flávia de Almeida; GOMES, Alexandre Gir. Op. cit., p. 25

<sup>114</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit., p., 341.

<sup>115</sup> CREMASCO. Suzana Santi. Op. cit., p. 76.

<sup>116</sup> CREMASCO. Suzana Santi. Op. cit., p. 75-76.

<sup>117</sup> MARINONI. Luiz Guilherme; MITIDIERO. Daniel. O projeto do Código de Processo Civil: críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010. p. 104.

<sup>118</sup> CREMASCO. Suzana Santi. Op. cit., p. 75-76.

formação do convencimento do magistrado<sup>119</sup>, de forma que sua decisão possa promover a efetiva tutela jurisdicional, garantindo o direito ao litigante que realmente é seu titular.<sup>120</sup>

No processo civil de cunho liberal e individualista, marcado pela influência do princípio dispositivo, o juiz permanecia como mero espectador do duelo travado entre os litigantes, sem qualquer possibilidade de iniciativa no que tange à averiguação da verdade<sup>121</sup>, ficando atrelado às alegações e provas trazidas aos autos pelas partes.

Com a alteração dessa concepção, especialmente em razão da constatação da insuficiência da disciplina probatória até então vigente, aliada às ideias de acesso à justiça e efetividade da tutela jurisdicional, que passaram a fazer parte da ciência processual a partir da metade do século XX, o processo passou a ser visto como um instrumento para a realização da justiça<sup>122</sup>, não mais se aceitando a postura meramente inerte do magistrado durante a atividade instrutória.<sup>123</sup>

Neste sentido, afirma Bedaque que "se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, com a conseqüente pacificação, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois somente se tal ocorrer, a jurisdição terá cumprido sua função social. E, como o resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional, deve ele assumir posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas procurá-los, quando entender necessário."<sup>124</sup>

Uma vez iniciado o processo, independente da natureza pública ou privada da relação jurídica de direito material discutida, sua finalidade, relacionada à busca pela efetiva proteção jurisdicional dos direitos lesionados ou ameaçados, promovendo a pacificação social como justiça, prepondera sobre o interesse privado das partes.<sup>125</sup>

Nesse contexto, a concessão de poderes instrutórios ao juiz e a aplicação

---

<sup>119</sup> CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p. 77.

<sup>120</sup> DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr, Op. cit., p. 98.

<sup>121</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. Revista de Processo. Nº. 35. Ano 9. São Paulo: RT. Abr-jun. 1984. p.179.

<sup>122</sup> CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p. 81-82.

<sup>123</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 15-16.

<sup>124</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 16-17.

<sup>125</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 124-148.

da teoria da distribuição dinâmica são instrumentos complementares que se colocam à disposição do magistrado para que o conjunto probatório seja o mais completo possível<sup>126</sup>, de forma a possibilitar uma decisão condizente com os escopos da jurisdição.

Mesmo nos casos em que a atuação de ofício seja insuficiente para esclarecer os fatos relevantes e o juiz não veja outra saída senão decidir com base nas regras do ônus da prova, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica permite que se atinja uma decisão mais justa, porque se impõe o encargo à parte que podia tê-lo cumprido, mas não o fez por desídia, e não por impossibilidade.<sup>127</sup>

Verifica-se, portanto, que a distribuição dinâmica do ônus da prova representa uma técnica processual que objetiva atingir um processo justo e uma tutela jurisdicional adequada<sup>128</sup>, e que está fundada nos princípios de solidariedade, veracidade, boa-fé e lealdade processual<sup>129</sup>.

Trata-se de uma teoria mais consentânea com os propósitos do atual direito processual civil<sup>130</sup>, que consagra uma perspectiva solidarista que supera a concepção individualista do processo tradicional<sup>131</sup>, já que às partes incumbe cooperar com o órgão jurisdicional, indo além da defesa de seus interesses particularidades na busca pela justiça do provimento final.<sup>132</sup>

Embora o Código de Processo Civil brasileiro não contenha norma expressa adotando a teoria da distribuição dinâmica, sua aplicação é admitida por grande parte da doutrina e da jurisprudência a partir de uma interpretação sistemática da legislação<sup>133</sup>, levando-se em conta principalmente os poderes instrutórios do juiz<sup>134</sup> em conjunto com os princípios que orientam o processo civil atual<sup>135</sup>, entre os quais se destacam o da igualdade, da lealdade, boa-fé e veracidade, da solidariedade com o órgão judicial, do devido processo legal e do acesso à justiça<sup>136</sup>.

---

<sup>126</sup> CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p. 81-82.

<sup>127</sup> CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p. 84.

<sup>128</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 102-103.

<sup>129</sup> SOUZA, Wilson Alves de. Op. cit., p. 244.

<sup>130</sup> CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p. 73-74.

<sup>131</sup> CAMPI, Eduardo. Op. cit., p. 343-344.

<sup>132</sup> SOUZA, Wilson Alves de. Ônus da prova: considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA: Edição em Homenagem ao prof. João Sento Sé. Vol. 6, ano 4, Salvador. jun-dez 1999. p. 245.

<sup>133</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Op. cit., p. 97-98.

<sup>134</sup> DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. Op. cit., p. 105.

<sup>135</sup> DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. Op. cit., p. 106.

<sup>136</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Op. cit., p. 97.

Nesse mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"(...)

Com base na teoria da distribuição dinâmica, o ônus da prova recai sobre quem tiver melhores condições de produzi-la, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso. Embora não tenha sido expressamente contemplada no CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação dessa teoria, levando-se em consideração, sobretudo, os princípios da isonomia (arts. 5º, caput, da CF, e 125, I, do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL), do devido processo legal (artigo 5º, XIV, da CF), do acesso à justiça (art, 5º XXXV, da CF), da solidariedade (artigo 339 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) e da lealdade e boa-fé processual (artigo 14, II, do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL), bem como os poderes instrutórios do Juiz (artigo 355 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL).

(...)"<sup>137</sup>

Segundo Arenhart, a aplicação da distribuição dinâmica do ônus probatório está condicionada à concorrência de dois pressupostos: a impossibilidade ou dificuldade extrema de produção da prova por uma das partes e a possibilidade concreta, verificada a partir das circunstâncias do caso específico, da parte contrária de exercer esse ônus.<sup>138</sup>

Além desses requisitos, Marinoni e Mitidiero apontam para a necessidade de observância de alguns pressupostos de ordem processual, devendo a decisão que distribuir o ônus de forma dinâmica ser dotada de fundamentação específica e precedida do contraditório, além de ser oportunizada à parte a efetiva possibilidade de exercer o encargo probatório atribuído.<sup>139</sup>

Com efeito, deve ser assegurado ao litigante que será onerado com a aplicação da teoria da distribuição dinâmica o direito de se manifestar e demonstrar se realmente possui condições de cumprir o encargo, podendo inclusive se insurgir

---

<sup>137</sup> (REsp 1084371/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 12/12/2011).

<sup>138</sup> ARENHART, Sergio Cruz. Op. cit., p. 358-361.

<sup>139</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 103-104.

contra a decisão judicial de repartição probatória por meio de recurso, diante do princípio do duplo grau de jurisdição.<sup>140</sup>

Contudo, não há unanimidade na doutrina sobre a obrigatoriedade de atendimento a esses pressupostos de natureza processual, isso porque não há consenso sobre o momento certo para determinar a aplicação da distribuição dinâmica pelo magistrado.

Importante ressaltar que a doutrina tem se direcionado ao entendimento de que a redistribuição não pode representar surpresa para a parte, de modo que a deliberação deverá ser tomada pelo juiz, com intimação do novo encarregado do ônus da prova esclarecedora, a tempo de proporcionar-lhe oportunidade de se desincumbir a contento do encargo; não se tolera que o juiz de surpresa, decida aplicar a dinamização no momento de sentenciar; o processo justo é aquele que se desenvolve às claras, segundo os ditames do contraditório e ampla defesa, em constante cooperação entre as partes e o juiz e, também, entre o juiz e as partes, numa completa reciprocidade entre todos os sujeitos do processo.<sup>141</sup>

Portanto, parece imprescindível que o magistrado, ao aplicar a teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório, estabeleça os encargos que incumbem a cada uma das partes em momento anterior à fase instrutória<sup>142</sup>, cientificando-as previamente para que possam ter efetiva oportunidade de cumpri-los e inclusive se insurgir contra a distribuição.<sup>143</sup>

## 1.9 Meios de prova

A doutrina em geral refere-se a "meios de prova" para designar as formas pelas quais se podem produzir provas em juízo. Os meios de prova, todos eles sem exceção, atuam no plano da instrução, no plano da formação da cognição judicial, buscando convencer o magistrado de que os fatos articulados pelas partes ocorreram ou não com ou sem a extensão por elas alegada. São, por isso mesmo,

---

<sup>140</sup> CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p. 87.

<sup>141</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 55ª Ed. São Paulo: Forense. 2014. p. 474.

<sup>142</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Op. cit., p. 100.

<sup>143</sup> ARENHART, Sergio Cruz. Op. Cit., p. 362.

técnicas processuais que têm como finalidade extrair das fontes de provas o que é relevante e pertinente para a formação da convicção judicial.<sup>144</sup>

No mesmo sentido é o entendimento de Chiovenda<sup>145</sup> "meios de prova são as fontes de que o juiz extrai os motivos da prova" e Pontes de Miranda<sup>146</sup> "meios de prova são as fontes de que o juiz recebe os elementos ou motivos de prova: os documentos, as testemunhas, os depoimentos das partes."

Contudo, Candido Rangel Dinamarco<sup>147</sup> diferencia "fontes" de "meios de prova", sendo que as fontes da prova são pessoas ou coisa das quais se possam extrair informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação, e os meios são as técnicas destinadas à investigação de fatos relevantes para a causa.

O Código de Processo Civil trouxe como meios de prova a confissão, o depoimento pessoal, o interrogatório, as testemunhas, os documentos, a perícia e a inspeção judicial.

É sobretudo importante assinalar que não há hierarquia entre os meios de provas, todos os meios de provas possuem o mesmo valor.

Contudo, não é atributo apenas do Código de Processo Civil a discriminação dos meios de provas. De acordo com o artigo 332 do referido diploma "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa."

Porém, certo é que o Código de Processo Civil mostra-se consentâneo com as tendências que dominam a ciência processual de nossos dias, onde, acima do formalismo, prevalece o anseio da justiça ideal, lastreada na busca da verdade material, na medida do possível.

Não obstante existirem outros meios conforme citado acima, importante destacar que o objetivo do presente trabalho é tratar especificamente sobre a prova pericial, prevista no artigo 420 do Código de Processo Civil.

---

<sup>144</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 258.

<sup>145</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Op. Cit., p. 95.

<sup>146</sup> DE MIRANDA Francisco Cavalcanti Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

<sup>147</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit., p.85-86.

## 2 A PROVA PERICIAL

### 2.1 Considerações Iniciais

Certo é que, e isso não se aplica às provas obtidas por meios ilícitos, a legislação processual civil brasileira prevê meios para as partes promoverem a formação de cognição judicial, tal como o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, a prova documental, testemunhal, pericial e inspeção judicial.

Isso porque, como já dito, vige, no ordenamento jurídico brasileiro, o sistema do livre convencimento motivado do juiz, ou seja, através dos elementos probatórios constantes no processo o juiz formará seu convencimento para julgar a causa.

Portanto, uma vez que as provas produzidas no processo implicarão na formação do convencimento do magistrado para julgamento do processo, é direito fundamental das partes a produção de provas.

É sobretudo importante assinalar que os fatos litigiosos nem sempre serão simples de forma a permitir sua integral revelação ao juiz, ou sua inteira compreensão por ele, através apenas dos meios usuais de prova, que são as testemunhas e documentos. Nem é admissível exigir que o juiz disponha de conhecimentos universais a ponto de examinar cientificamente tudo sobre a veracidade e as consequências de todos os fenômenos possíveis de figurar nos pleitos judiciais.<sup>148</sup>

Aparece, então, a prova pericial como o meio de suprir a carência de conhecimentos técnicos de que se ressente o juiz para apuração dos fatos litigioso.

É bem verdade que ainda que o juiz tivesse formação no ramo de conhecimento técnico, não deveria prescindir da prova pericial, que tem também a finalidade de documentar nos autos o conhecimento especializado, inclusive para exame em grau de recurso.<sup>149</sup>

Por fim, cumpre destacar que não obstante a perícia figurar entre os meios de prova no Código de Processo Civil, não é pacífica na doutrina a questão da

---

<sup>148</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Op. Cit., p. 524.

<sup>149</sup> GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 241.

natureza jurídica do exame pericial.

Carnelutti nega o caráter de meio probatório, pois afirma que a perícia em si mesma não deve verdadeiramente ser considerada uma prova a constituir. No mesmo sentido Betti, afirmando tratar-se apenas de assistência intelectual prestada ao juiz no exame da matéria que exija conhecimentos técnicos, mas não de uma prova.<sup>150</sup>

Contudo, é certo que a maioria da doutrina entende que não se pode negar o caráter probatório do exame pericial, pois, nas palavras de Moacyr Amaral dos Santos, sendo a prova a soma dos fatos produtores da convicção, deve ser recebida a perícia como um meio de prova, uma vez que por seu intermédio são oferecidas ao juiz "informações, resultantes da percepção pelos peritos, de coisas, lugares e pessoas, ou regras de natureza técnica ou científica úteis à percepção dos fatos, e, de tal forma, elementos pelos quais o juiz adquire conhecimentos e estabelece convicção quantos aos fatos da causa."<sup>151</sup>

## 2.2 Conceito

Em assonância com a lição sempre precisa de Cassio Scarpinella Bueno<sup>152</sup> a perícia é o meio de prova que pressupõe que a matéria sobre a qual recai o objeto de conhecimento do magistrado seja técnica, isto é, que se trate de matéria que, para sua perfeita e adequada compreensão, exige conhecimentos especializados que o juiz não possui ou que não domina.

Para Cândido Rangel Dinamarco perícia é o exame feito em pessoas ou coisas, por profissional portador de conhecimentos técnicos e com a finalidade de obter informações capazes de esclarecer dúvidas quanto a fatos.<sup>153</sup>

O Código de Processo Civil dispõe que a prova pericial consiste em exame, vistoria, ou avaliação.

Vicente Greco Filho, citando os ensinamentos de Moacyr Amaral dos Santos define exame como a inspeção, por meio de perito, sobre pessoas, coisas,

---

<sup>150</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 32.

<sup>151</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 33.

<sup>152</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 303.

<sup>153</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 612.

móveis e semoventes, para a verificação de fatos ou circunstâncias que interessam à causa. Vistoria é a inspeção sobre imóveis. Avaliação, a estimação do valor em moeda, de coisa, direitos ou obrigações, quando feita em inventário, partilhas ou processos administrativos e nas execuções para a estimação da coisa a partilhar ou penhorada.<sup>154</sup>

Portanto, é certo que a perícia é um dos meios de prova, especificamente sobre matéria técnica que exige conhecimentos especializados que o magistrado não possui ou domina, ou que ainda que possua ou domina, não deve prescindir dela, que será produzida por profissional portador de conhecimentos técnicos, nomeado pelo juiz, conforme determinam os artigos 145 e 421 do Código de Processo Civil.

Portanto, passa-se a analisar alguns dos requisitos e procedimentos específicos e relevantes sobre a prova pericial.

### 2.3 O Perito

O perito é o responsável pela realização da prova pericial, modalidade de prova que busca o fornecimento, ao magistrado, de informações estranhas a seu conhecimento médio, para proporcionar condições de proferimento de uma decisão. É o perito que leva ao conhecimento do juiz os elementos não jurídicos que se mostram indispensáveis para o julgamento da causa.<sup>155</sup>

Importante se faz ressaltar que o perito, profissional portador de conhecimentos técnicos, é considerado como um dos auxiliares da justiça, nos termos do artigo 139 do Código de Processo Civil:

*São auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete.*

O perito, apenas atuará como auxiliar da justiça nos casos que o magistrado necessitar de auxílio na compreensão de um fato que dependa de conhecimentos técnicos ou científicos, nos termos do artigo 145 do Código de

---

<sup>154</sup> GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 242.

<sup>155</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 305.

Processo Civil:

*“Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no artigo 421”.*

Isso porque, não obstante no ordenamento jurídico existir autorização para o juiz presumir com fundamento na experiência comum e extrair conclusões fundadas em algum conhecimento técnico-científico, não passando esse conhecimento de meras noções que o juiz tenha e que, por cultura geral, também os advogados das partes possa ter, é certo que quando se passa ao campo dos princípios de uma ciência, conceitos avançados, fórmulas, teorias, é indispensável a perícia a ser feita por profissional especializado, mediante exame da pessoa ou coisa, à vista das indagações que lhe são dirigidas (quesitos) e com rigorosa abertura para a participação dos litigantes em contraditório.<sup>156</sup>

Contudo, para que o perito atue no auxílio do magistrado, necessário se faz que o preenchimento de alguns requisitos, sem o qual não poderá desenvolver sua atividade como auxiliar da justiça.

O primeiro requisito que o perito deve preencher está previsto no §1º do artigo 145 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que:

*“Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto no Capítulo VI, seção VII, deste Código.”*

Nos termos do artigo supra citado, essencial que o perito possua nível universitário e esteja devidamente inscrito no órgão de classe competente.

No que tange a necessidade do perito possuir nível universitário, justifica-se referido requisito no sentido de que através da realização de curso superior e cursos especializados em determinada área é que detém o conhecimento técnico ou científico sobre determinado assunto.

Sendo certo que sem o conhecimento técnico ou científico o perito não teria capacidade de auxiliar o juiz em questões específicas.

Há de se destacar que hoje as profissões técnicas de nível médio e nível superior estão suficientemente regulamentadas por lei federal, de modo que é nesse diploma que se encontra a especialidade de cada uma.<sup>157</sup>

No que tange à inscrição em órgão de classe competente, registra-se que

---

<sup>156</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 614.

<sup>157</sup> GRECO FILHO. Vicente. Op. cit., p. 243-244.

a maioria das profissões possui classe representativa, sendo obrigatória a inscrição do profissional, após a conclusão do nível superior.

O §2º do artigo 145<sup>158</sup> do Código de Processo Civil, dispõe sobre a apresentação de certidão emitida pelo órgão de classe competente para a comprovação de formação em nível superior. Do contrário presume-se que o mesmo não possui concluído o nível superior e conseqüentemente não possui conhecimento total na área em que pretende atuar.

Indubitável, portanto, a indispensabilidade do nível superior e da inscrição em órgão de classe competente para atuar como auxiliar na justiça na função de perito, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. INCAPACIDADE TÉCNICA DO PERITO NÃO CONFIGURADA. ESCLARECIMENTOS EM AUDIÊNCIA. PROVIDÊNCIA DISPENSADA. EQUÍVOCO NOS CÁLCULOS PERICIAIS. SÚMULA 07/STJ.

1. Se atestada a capacidade técnica do perito por órgão de classe, não há como acolher a pretendida violação ao artigo 145 do Código de Processo Civil.
2. Nas hipóteses em que não há mais dúvidas a esclarecer, a ausência do perito em audiência não configura nulidade. Precedentes.
3. A verificação da correção dos cálculos periciais é questão que não prescinde do reexame do conjunto fático-probatório, incidindo, na espécie, a súmula 07/STJ.
4. Recurso especial não conhecido."<sup>159</sup>

Registra-se ainda a hipótese de ausência de profissionais qualificados na comarca ou em localidades próximas. Neste caso, Cassio Scarpinella Bueno entende que a indicação do perito será de livre escolha do juiz, o qual deverá levar em conta na sua nomeação que o indivíduo tenha conhecimentos técnicos que caracterizem a prova pericial, nos termos do artigo 145, §3º do Código de Processo

---

<sup>158</sup> "Os peritos comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos."

<sup>159</sup> REsp 1001964/MA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 22/06/2009.

Civil.<sup>160</sup>

Há de se destacar, também, que uma vez investido na função, o perito dispõe de certos poderes relacionados com seu cumprimento, sendo-lhe lícito ouvir testemunhas, buscar informações com terceiros, solicitar documentos em repartições públicas, etc. (artigo 429). Porém, como é mero auxiliar, todavia, seus poderes não são suficientes para fazer requisições de documentos ou muito menos para exercer atos coercitivos sobre quem quer que seja. Em caso de necessidade, solicitará providências ao juízo.<sup>161</sup>

Por fim, não se pode olvidar que quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento, ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados<sup>162</sup>, nos termos do artigo 434 do Código de Processo Civil, pois embora a lei não mencione expressamente, o perito deve ser pessoa física. É o que resulta da leitura do artigo 145 do Código de Processo Civil que fazem alusão a profissionais de nível universitário que detenham conhecimentos técnicos, não se admitindo, portanto, pessoas jurídicas para o exercício desse mister.<sup>163</sup>

#### 2.4 Imparcialidade do Perito

No que tange à imparcialidade do perito, convém ressaltar que ao perito aplicam-se as mesmas causas de impedimento e de suspeição previstas nos artigos 134<sup>164</sup> e 135<sup>165</sup> do Código de Processo Civil. Isso porque o inciso III do artigo 138<sup>166</sup> e o artigo 423<sup>167</sup> do mesmo diploma legal dispõem neste sentido.

---

<sup>160</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 304.

<sup>161</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 619.

<sup>162</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Op. cit., p. 527.

<sup>163</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit., p. 460.

<sup>164</sup> Artigo 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I - de que for parte;

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Cabe ao perito, que se encaixe em uma das situações de impedimento ou suspeição, escusar-se do encargo de participar do processo. Se ele não apontar o vício, este pode ser arguido pela parte interessada, "em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos."

Apontado o impedimento ou a suspeição, determinará o juiz sua autuação em apartado e, sem suspensão da causa, ouvindo o perito em cinco dias (que poderá produzir prova), decidirá o incidente (artigo 138, §1º do Código De Processo Civil).<sup>168</sup>

Não obstante o perito possuir deveres e responsabilidades, ou seja, cumprir o que lhe foi cometido, não se faz necessário que o perito preste "compromisso", isso porque, nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno, os deveres e responsabilidades do perito decorrem única e exclusivamente da aceitação do encargo, que se perfaz com a sua nomeação (indicação) pelo magistrado.<sup>169</sup>

Mas não só pelo motivo supra citado, como também em razão da primeira parte do artigo 422 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que "*O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso.*"

Assinale ainda que, para Nelson Nery Júnior<sup>170</sup> o uso da expressão "*cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido*" denota, em primeiro lugar, o caráter imperativo do cumprimento do encargo que lhe é atribuído pelo juiz ou pelo tribunal que pode ser apreendido pela expressão "cumprirá", desde que não ocorram os impedimentos dispostos no artigo 423<sup>171</sup> do Código de Processo Civil.

Parágrafo único. No caso do no IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

<sup>165</sup> Artigo 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

<sup>166</sup> Artigo 138. Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição:

III - ao perito;

<sup>167</sup> Artigo 423. O perito pode escusar-se (artigo 146), ou ser recusado por impedimento ou suspeição (artigo 138, III); ao aceitar a escusa ou julgar procedente a impugnação, o juiz nomeará novo perito.

<sup>168</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 384.

<sup>169</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 306.

<sup>170</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado, 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p 422.

<sup>171</sup> Artigo 423. O perito pode escusar-se (artigo 146), ou ser recusado por impedimento ou suspeição (artigo 138, III); ao aceitar a escusa ou julgar procedente a impugnação, o juiz nomeará novo perito.

Sobre a expressão "*escrupulosamente*", Nelson Nery Júnior entende que impõe ao perito o dever de agir com rigor, meticulosamente na aplicação das técnicas necessárias para a análise das questões que lhe são postas. A expressão, inclusive, ao ser observada sob o foco de seu sentido interno, parece refletir, também, o aspecto de *eticidade* que se espera dos auxiliares da justiça no trato dos problemas processuais.

E por fim, no que tange ao termo "encargo", entende Nelson Nery Júnior que o legislador aplicou o sentido comum da palavra (sem conotação propriamente técnica), ou seja, o sentido de "responsabilidade", "dever".

No que tange à nomeação do perito, não se pode esquecer que o perito pode recusar referida nomeação, nos termos do artigo 146<sup>172</sup> do Código de Processo Civil, de forma expressa no prazo de 5 (cinco) dias, contados da intimação de sua nomeação ou de algum fato superveniente que interfira na sua imparcialidade.

Deve, contudo, o perito recusar referida nomeação, também de forma expressa, caso não tenha capacidade de desenvolver suas funções, isso porque nos termos do artigo 147<sup>173</sup> do Código de Processo Civil o perito responderá pelos danos que, por dolo ou culpa, causar, além de ficar impossibilitado de atuar como perito judicial pelo prazo de 2 (dois) anos, sem prejuízo de persecução criminal.

Para Nelson Nery Júnior<sup>174</sup>, prestar informações inverídicas significa fornecer dados que não correspondam à realidade dos fatos, bem como às configurações técnicas e científicas da área de conhecimento do perito. Também ocorrem quando o perito emprega fórmulas incorretas ou elementos inidôneos para chegar ao resultado da perícia.

No que tange à configuração da infração pelo perito, Nelson Nery Júnior<sup>175</sup> entende que não é preciso que ocorra o evento danoso, isto é, que a informação inverídica prestada cause efetivo prejuízo à parte ou interessado, isso

---

<sup>172</sup> Artigo 146. O perito tem o dever de cumprir o ofício, no prazo que lhe assina a lei, empregando toda a sua diligência; pode, todavia, escusar-se do encargo alegando motivo legítimo. Parágrafo único. A escusa será apresentada dentro de 5 (cinco) dias, contados da intimação ou do impedimento superveniente, sob pena de se reputar renunciado o direito a alegá-la (artigo 423).

<sup>173</sup> Artigo 147. O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado, por 2 (dois) anos, a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer.

<sup>174</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado, 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 416.

<sup>175</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado, 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 416.

porque a infração é de natureza formal, bastando para caracterizá-la a simples prestação de informação inverídica, por dolo ou culpa.

Já no que se refere ao dever de indenizar, Nelson Nery Jr. entende necessário que haja o efetivo prejuízo causado pelas informações inverídicas, quer seja à parte ou ao interessado, sendo certo que referida indenização deve ser pleiteada em ação própria. Frise-se ainda que, o dano ou o prejuízo não é requisito para a aplicação da pena de inabilitação, vez que esta é imposta quando da simples ocorrência da falsa perícia.

Não se pode olvidar que, ainda que o perito não recuse a nomeação, podem as partes questionar sua nomeação, quer seja por motivo de suspeição, impedimento e até mesmo sobre sua capacidade para a realização da prova pericial.

Na hipótese de as partes questionarem a nomeação do perito por suspeição ou impedimento, devem as partes seguir as regras do §1º do artigo 138 do Código de Processo Civil, ou seja, *"arguir o impedimento ou a suspeição na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos em petição fundamentada e devidamente instruída"*.

Cassio Scarpinella Bueno<sup>176</sup> ensina que o incidente que questiona a imparcialidade do perito para a realização da prova pericial, deve ser apresentado no prazo de 5 (cinco) dias, não suspendendo o processo e autuado "em separado", com a intimação do perito para ser ouvido, cabendo ao magistrado analisar as provas produzidas e julgar referido incidente.

A decisão do magistrado sobre o questionamento da imparcialidade do perito para a realização da prova pericial trata-se de decisão interlocutória, que será impugnada por meio do recurso de agravo de instrumento.

Na hipótese das partes questionarem a capacidade do perito para a realização da prova pericial, Cassio Scarpinella Bueno<sup>177</sup> ensina que referido questionamento seguirá o procedimento supra citado, ressaltando que o prazo de 5 (cinco) dias iniciará da ciência da nomeação do perito.

Portanto, o perito, na função de auxiliar o juízo na formação do convencimento do magistrado, deve exercer sua função diligentemente e de acordo com os parâmetros da boa-fé, sem privilegiar qualquer das partes.

---

<sup>176</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 306.

<sup>177</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 306.

## 2.5 Os Assistentes Técnicos

Enquanto o perito judicial atuará como auxiliar da justiça, mediante nomeação do juízo, os assistentes técnicos são auxiliares das partes, contratados por elas em virtude da confiança que neles deposita.<sup>178</sup>

Pelo fato de os assistentes técnicos serem nomeados pelas partes, ou seja, em razão da relação de confiança que deve existir entre o assistente técnico e a parte que o nomeou, os assistentes técnicos não estão sujeitos às regras de imparcialidade pelos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil.<sup>179</sup>

A função do assistente técnico é acompanhar a produção da prova e emitir um parecer, concordando ou discordando das conclusões do perito. Quando discordar, o assistente fundamentará as razões do dissenso, buscando apontar eventuais equívocos no laudo pericial.<sup>180</sup>

Ademais, conforme Cássio Scarpinella Bueno<sup>181</sup> leciona, a indicação do assistente técnico tampouco depende de qualquer aprovação do juiz ou da parte contrária, sendo certo que, uma vez nomeado, sua substituição só pode ser pleiteada quando fundada em justo motivo.

Em sentido contrário, entendendo não ser possível a substituição do assistente técnico, é o posicionamento de Arruda Alvim: 'Como somente o perito, na sistemática imprimida pela Lei 8.455/92 exerce *munus* público - veja-se que os assistentes são de confiança da parte, não mais auxiliares do juiz, em sentido amplo - somente ele, não mais os assistentes, é que pode ser substituído quando carecer de conhecimento técnico ou científico (artigo 424, I) e, ainda, quando, sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que, desde sua nomeação foi assinado (artigo 424, II, com a redação da Lei nº 8.455/92, que retirou da redação original a possibilidade de substituição do perito quando não prestado, quando devido, o compromisso' - in Manual de Direito Processual Civil, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 5ª edição, 1996, 2º vol., p. 530).

---

<sup>178</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit., p. 462.

<sup>179</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit., p. 462.

<sup>180</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit., p. 462.

<sup>181</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 306.

Convém ressaltar o julgado do Superior Tribunal de Justiça abordando referido tema, permitindo a substituição do assistente técnico:

"PROCESSUAL CIVIL. SUBSTITUIÇÃO DE ASSISTENTE TÉCNICO. ARTIGO 424 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MOTIVO DE FORÇA MAIOR NÃO RECONHECIDO.

I. Após a redação dada ao artigo 424 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL pela Lei n. 8.445/1992, somente por motivo de força maior é permitida a substituição de assistente técnico nomeado pela parte.

II. Recurso especial não conhecido."<sup>182</sup>

Certo é que justamente pelo fato do assistente técnico ser auxiliar da parte, ou seja, pessoa de confiança desta, caberia a substituição do mesmo quando houver a quebra dessa confiança<sup>183</sup>.

Assim, possuindo o assistente técnico a função de auxiliar a parte para a formação do convencimento do magistrado, uma vez que o assistente não tenha mais condição de fornecer esse auxílio, seja por qualquer razão, principalmente no

---

<sup>182</sup> (REsp 655.363/SC, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 04/12/2008, DJe 02/02/2009).

<sup>183</sup> Neste sentido têm sido o posicionamento dos Tribunais Pátrios:

"PROVA PERICIAL. ASSISTENTE TÉCNICO. SUBSTITUIÇÃO. SENDO O ASSISTENTE TÉCNICO MERO ASSESSOR DA PARTE, PODE ELA SUBSTITUÍ-LO, INDEPENDENTEMENTE DE DECISÃO JUDICIAL QUE, POR ISSO, NÃO PODE SER TIDA POR NULA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS." (TJRS - EMBARGOS INFRINGENTES nº 596028589 - RELATOR: PAULO HEERDT. ÓRGÃO JULGADOR: QUARTO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS - julgado em 14.06.1996.)

"PERICIA. ASSISTENTE TÉCNICO. SUBSTITUIÇÃO APÓS COMPROMISSO. POSSIBILIDADE." (TJRS - AI nº 591080049 RELATOR: GERVÁSIO BARCELLOS DATA DE JULGAMENTO: 10/06/1992 ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA CÍVEL.)

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA - CONTRATO BANCÁRIO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE - SALDO DEVEDOR - EMBARGOS - DISCORDÂNCIA SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA DÍVIDA - PROVA PERICIAL - PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DE ASSISTENTE TÉCNICO NÃO DEFERIDO - CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO - AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO – PROLAÇÃO DE SENTENÇA - RECURSO DA ENTIDADE CREDITÍCIA PROVIDO." (TJPR - APELAÇÃO CÍVEL nº 82460800 - 5ª CÂMARA CÍVEL - Relator PAULO HABITH - Julg: 23/05/2000.)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DE ASSISTENTE TÉCNICO. CABIMENTO". A ATUAL REDAÇÃO DO ARTIGO 424 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NÃO SE REFERE MAIS A SUBSTITUIÇÃO DO ASSISTENTE TÉCNICO DAS PARTES, MAS, TAMBÉM, NÃO PROÍBE". RECURSO PROVIDO." (TJPR - AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 0071282700 - 5ª CÂMARA CÍVEL - Relator CYRO CREMA - Julg: 24/11/1998 - Unânime - DADO PROVIMENTO AO RECURSO.)

que implica na perda da confiança, necessário se faz sua substituição, sob pena de cerceamento ao direito de defesa das partes.

Por fim, importante se faz ressaltar que a manifestação dos assistentes técnicos se fará mediante apresentação de parecer técnico. Diferentemente do perito, que apresenta o laudo pericial.<sup>184</sup>

Contudo, é certo que a atuação dos assistentes técnicos não se restringe apenas à apresentação do seu parecer sobre o laudo pericial, que é fundamental, mas também pode se dar no decorrer do trabalho pericial, mediante acompanhamento da perícia e auxílio à parte em eventuais esclarecimentos solicitados.

## 2.6 A Produção de Prova Pericial

A essência da prova pericial está no portar ao magistrado, elementos não jurídicos, que de uma forma mais ou menos intensa, fazem-se absolutamente indispensáveis para o julgamento da causa.<sup>185</sup>

Posta assim a questão, é de se observar, primeiramente, sobre o momento em que a prova pericial deve ser requerida e analisada pelo magistrado, no que diz respeito a sua necessidade ou relevância.

Luiz Guilherme Marinoni<sup>186</sup> e Humberto Theodoro Júnior<sup>187</sup>, entendem que o momento certo para requerimento da produção de prova pericial é na petição inicial, quando requerida pelo autor e na contestação, quando requerida pelo réu. Humberto Theodoro Júnior ainda ressalta que a prova pericial pode ser requerida em reconvenção, bem como na réplica do autor à resposta do réu.

No que tange a análise do pedido da produção de prova pericial, Cassio Scarpinella Bueno<sup>188</sup>, entende que, tratando-se do procedimento ordinário, o instante procedimental mais adequado para a análise da necessidade da prova pericial e conseqüentemente seu deferimento ou indeferimento é na audiência preliminar, vez que o autor entende que a audiência preliminar corresponde ao último ato relativo às

---

<sup>184</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 619.

<sup>185</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 307.

<sup>186</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 385.

<sup>187</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 528.

<sup>188</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 234.

providências preliminares e que não só declara pronto o processo para a fase instrutória, mas, também, que dá a ela início, com a fixação daquilo que será objeto de prova.

Nelson Nery Júnior<sup>189</sup> entende no mesmo sentido "como na audiência preliminar o juiz terá de analisar o requerimento de provas, do despacho que a designar deverá constar a determinação para que as partes requeiram efetivamente as provas que pretendam produzir, justificando sua pertinência. Isto propicia ao juiz praticar os atos de fixação dos pontos controvertidos e o de exame do requerimento de provas."

Não quer isto dizer, entretanto, que não havendo a audiência preliminar que o magistrado deixará de analisar a necessidade da prova pericial e conseqüentemente deferi-la ou indeferi-la, vez que nos termos do §3º do artigo 331 do Código de Processo Civil, não só a audiência preliminar não é obrigatória, como também referido dispositivo autoriza que o magistrado saneie o processo, desenvolvendo as mesmas atividades que desenvolveria na audiência preliminar, quais sejam, a fixação dos pontos controvertidos e determinação da produção das provas.<sup>190</sup>

Após a analisar a pertinência da prova pericial, o magistrado nomeará o perito e fixará o prazo para a entrega do laudo<sup>191</sup>. Este é o momento que se inicia a produção da perícia para Cassio Scarpinella Bueno.

Em contrapartida, Marinoni entende que a prova pericial só tem início com a intimação prévia das partes da data e do local em que os trabalhos serão iniciados (artigo 431-A<sup>192</sup> do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 10.358/2001). Isso porque a medida tem o objetivo evidente de permitir a adequada participação das partes (e dos assistentes técnicos) no desenvolvimento da prova pericial.

Contudo, não obstante a literalidade do artigo 431-A do Código de Processo Civil, é posicionamento majoritário na doutrina que a produção da prova pericial se inicia com a intimação das partes para que, em cinco dias, indiquem

---

<sup>189</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado, 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2007. p. 601.

<sup>190</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 620.

<sup>191</sup> Artigo 421. O juiz nomeará o perito, fixando de imediato o prazo para a entrega do laudo.

<sup>192</sup> As partes terão ciência da data e local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova.

assistentes técnicos e apresentem os quesitos a serem respondidos pelos louvados<sup>193</sup>.

Isso porque é ônus da parte não só requerer a perícia, sob pena de preclusão, como ainda o de especificar qual espécie de perícia está a requerer e quais os fatos a serem comprovados mediante ela. Constituindo ainda ato de propositura da prova pericial a apresentação de quesitos a serem respondidos pelo perito.<sup>194</sup>

Não se pode perder de vista que, ao deferir a prova pericial e a sua consequente produção, o magistrado deve atentar-se sobre o local em que se encontra o objeto ou a pessoa que será objeto da prova.

Consoante o artigo 428<sup>195</sup> do Código de Processo Civil, na hipótese de o objeto ou a pessoa encontrar-se fora da comarca de atuação do magistrado, expedir-se-á carta precatória, cuja nomeação do perito e a indicação dos assistentes técnicos pode se dar no juízo deprecado, isto é, o juízo perante o qual a prova pericial se desenvolverá.<sup>196</sup>

Cumprir assinalar que, não necessariamente, a nomeação do perito e a indicação dos assistentes técnicos se darão no juízo deprecado, isso porque, no que tange ao perito, em razão de sua função auxiliadora ao magistrado competente para julgamento da causa e no que tange ao assistente técnico, a relação de confiança existente para com a respectiva parte.

Contudo, é certo que havendo a expedição da carta precatória para a realização da perícia, deve não só o perito realizar a perícia no prazo estipulado na referida carta, como também os assistentes técnicos se manifestarem no prazo previsto pelo parágrafo único do artigo 433<sup>197</sup> do Código de Processo Civil.

Após cumprido o objetivo da carta precatória, esta retorna ao juízo deprecante, nos termos do artigo 212<sup>198</sup> do Código de Processo Civil, vez que é o destinatário das provas.

---

<sup>193</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit., p. 528.

<sup>194</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 620.

<sup>195</sup> Artigo 428. Quando a prova tiver de realizar-se por carta, poderá proceder-se à nomeação de perito e indicação de assistentes técnicos no juízo, ao qual se requisitar a perícia.

<sup>196</sup> Cássio, pág. 308.

<sup>197</sup> Artigo 433. O perito apresentará o laudo em cartório, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Os assistentes técnicos oferecerão seus pareceres no prazo comum de 10 (dez) dias, após intimadas as partes da apresentação do laudo.

<sup>198</sup> Artigo 212. Cumprida a carta, será devolvida ao juízo de origem, no prazo de 10 (dez) dias, independentemente de traslado, pagas as custas pela parte.

No que tange a fixação do prazo para apresentação do laudo pericial pelo magistrado, não se pode olvidar que é facultado ao perito o requerimento de prazo suplementar, nos termos do artigo 432<sup>199</sup> do Código de Processo Civil, desde que referido pedido seja por motivo justificado.<sup>200</sup>

Assinale ainda que o Código de Processo Civil<sup>201</sup>, no artigo seguinte ao supra citado, dispõe que o perito apresentará o laudo pericial em cartório, pelo menos, 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

Convém ponderar ao demais que a entrega do laudo pericial fora do prazo estipulado pelo magistrado não se trata de desrespeito ao prazo fixado ou até mesmo de invalidade do laudo pericial, pois trata-se na verdade de prazo dilatatório. Contudo, deve o magistrado analisar se o atraso na entrega do laudo pericial trouxe algum prejuízo efetivo às partes, principalmente no que tange ao andamento processual.

Caso o pedido de dilação do prazo não seja justificado, e conseqüentemente tenha acarretado às partes algum prejuízo, caberá ao magistrado optar pela substituição do perito, nos termos do inciso II do artigo 424 do Código de Processo Civil, bem como comunicar a ocorrência à corporação profissional à qual o perito pertence e ainda, impor multa ao perito atentando-se ao valor da causa e o possível prejuízo ocasionado para o andamento do processo.

O §1º do artigo 421 dispõe que incumbirá às partes, dentro de 5 (cinco) dias após a intimação do despacho de nomeação do perito, indicar assistente técnico e apresentar quesitos.

Sobre referido dispositivo, primeiramente importante se faz observar que o legislador optou por nomear o ato de nomeação do perito como despacho.

É notório que o artigo 162 do Código de Processo Civil dispõe que os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutória e despachos. No presente caso, restringir-se-á ao conceito de decisão interlocutória e despacho.

Por despacho entende-se como os atos processuais praticados pelo magistrado com vistas ao mero impulsionamento do procedimento, não possuindo conteúdo decisório e conseqüentemente sem aptidão de causar qualquer prejuízo para as partes, e que são irrecorríveis.

---

<sup>199</sup> Se o perito, por motivo justificado, não puder apresentar o laudo dentro do prazo, o juiz conceder-lhe-á, por uma vez, prorrogação, segundo o seu prudente arbítrio.

<sup>200</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 309.

<sup>201</sup> Artigo 433. O perito apresentará o laudo em cartório, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

Por decisão interlocutória entende-se como toda decisão que resolver, ao longo do procedimento, questões incidentes, qualquer que seja seu conteúdo, possuindo a aptidão de causar prejuízos para às partes e que admitem a interposição de recurso.

Em virtude dessas considerações, convém ponderar que a nomeação do perito trata-se na verdade de resolver a questão de quem irá realizar a perícia, sendo revestida de conteúdo decisório.

Portanto, o ato do juiz previsto no §1º do artigo 421 do Código de Processo Civil deve ser entendido como decisão interlocutória e não como mero despacho.

Roborando o assunto, após a nomeação do perito, as partes serão intimadas de referida nomeação, para indicar assistente técnico e apresentar quesitos.

Sobre a indicação do assistente técnico, ressalta-se os termos já expostos acima no tópico "assistente técnico".

No que tange aos quesitos, estes devem ser entendidos como as perguntas que, formuladas pelas partes, deverão ser respondidas pelo perito com vistas ao melhor esclarecimento de seu trabalho e das conclusões a que chegar<sup>202</sup>.

Porém, é bem verdade que vem se admitindo não só a prorrogação do prazo previsto no §1º do artigo 421 do Código de Processo Civil, como também a apresentação de quesitos, ainda que sem pedido de prorrogação do prazo, fora do prazo previsto pelo diploma legal supra citado<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 234.

<sup>203</sup> Neste sentido, tenha-se presente recentes julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. Apresentação de quesitos para a prova pericial após o decurso do prazo de 5 dias, previsto no artigo 421, § 1º, do Código de Processo Civil. Intempestividade. Inocorrência. Ausência de preclusão. Possibilidade de apresentação de quesitos, quando não iniciados os trabalhos periciais, como na hipótese dos autos. Entendimento consolidado no C. Superior Tribunal de Justiça. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. Decisão reformada. Recurso provido." (TJSP. AI 2076379-26.2015.8.26.0000. Rel.(a) Marcelo Semer; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 22/06/2015; Data de registro: 25/06/2015.)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA. Prova pericial – Apresentação de quesitos suplementares após o início da diligência – Intempestividade – Não ocorrência – Hipótese em que é possível a apresentação de quesitos suplementares, durante a diligência, conforme preceitua o disposto no artigo 425 do Código de Processo Civil, visto que ainda não houve o encerramento do laudo pericial – Pretensão recursal que merece ser acolhida para o fim de afastar a intempestividade dos quesitos suplementares apresentados antes da conclusão do laudo pelo expert. RECURSO PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO." (TJSP. AI 2219651-15.2014.8.26.0000. Rel.(a) Sergio Alfieri;

Convém notar, outrossim, que durante a realização do trabalho pericial, as partes podem apresentar quesitos suplementares, nos termos do artigo 425<sup>204</sup> do Código de Processo Civil, que nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno<sup>205</sup>, significa acrescentar ao rol apresentado no prazo do §1º do artigo 421 questões novas que sejam reputadas indispensáveis ao enfrentamento do perito.

Contudo, convém ponderar dois pontos importante sobre o artigo 425 do Código de Processo Civil.

Primeiro ponto diz respeito à admissão dos quesitos suplementares pelo magistrado.

Certo é que não são todos os quesitos apresentados pelas partes que serão aceitos pelo magistrado, pois não é porque o magistrado é o destinatário das provas que ele deva aceitar qualquer tipo de quesito, mas apenas aqueles que implicarão na formação de seu convencimento.

Referido entendimento esta previsto no inciso I do artigo 426 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que:

*Artigo 426. Compete ao juiz:  
I - indeferir quesitos impertinentes;*

Segundo ponto diz respeito à observância do princípio do contraditório à apresentação dos quesitos suplementares, vez que a segunda parte do artigo 425 do Código de Processo Civil fala sobre ciência à parte contrária.

Não se pode olvidar ademais, que o artigo 431-A do Código de Processo Civil dispõe sobre a necessidade de intimação das partes sobre o início do trabalho pericial, do dia, horário e local.

Isso porque, através da intimação as partes, tanto estas como seus assistentes, poderão acompanhar o trabalho pericial desenvolvido pelo perito.

O acompanhamento do trabalho pericial tanto pelas partes quanto por seus assistentes é essencial, não só em razão de se evitar uma parcialidade do perito, como também em razão do direito das partes exercerem o contraditório e ampla defesa.

---

Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 26/05/2015; Data de registro: 26/05/2015.)

<sup>204</sup> Artigo 425. Poderão as partes apresentar, durante a diligência, quesitos suplementares. Da juntada dos quesitos aos autos dará o escrivão ciência à parte contrária.

<sup>205</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 234.

Não só devem as partes ser intimadas sobre o início da perícia, como também do término da mesma. Por término entende-se a apresentação do laudo pericial pelo perito.

Isso porque o parágrafo único do artigo 433 do Código de Processo Civil dispõe que após a apresentação do laudo pericial em cartório os assistentes técnicos terão o prazo de 10 (dez) dias para se manifestarem sobre referido laudo.

Diferentemente do prazo dilatatório que o perito tem para apresentação do laudo pericial, as partes e os assistentes técnicos possuem prazo peremptório para se manifestarem sobre o laudo pericial apresentado, ou seja, prazo que se desatendido acarreta na preclusão do direito da parte, vez que inalterável e improrrogável.

Assinale, ainda, que o prazo de 10 (dez) dias que os assistentes técnicos possuem para se manifestarem sobre referido laudo é comum, ou seja, destinados a todas as partes para a prática de determinado ato processual.

Oportuno se torna dizer que após a manifestação do laudo pericial, as partes podem requerer ao juiz a oitiva do perito e do próprio assistente técnico em audiência de instrução e julgamento.

Porém, é certo que a oitiva do perito e do assistente técnico em audiência de instrução e julgamento somente poderá ser realizada desde que referido pedido de oitiva seja realizado até o quinto dia que anteceder a audiência, nos termos do parágrafo único do artigo 435 do Código de Processo Civil.

Por esta razão, em tese, deveria o perito atentar-se aos prazos, na hipótese de fixação pelo magistrado, para elaboração e entrega do laudo, para que as partes, devidamente secundadas por seus assistentes, possam analisar o laudo pericial e apresentar seu parecer e por fim, requerer a oitiva do perito.

Ademais, caso haja o requerimento para a oitiva do perito e dos assistentes técnicos, o pedido deverá vir acompanhado pelos novos quesitos a serem enfrentados pelo perito ou pelo assistente técnico, nos termos do artigo 435, caput do Código de Processo Civil.

## 2.7 Da possibilidade de dispensa da perícia e do seu indeferimento

O §2º do artigo 421 do Código de Processo Civil, dispõe que, quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado.

Analisando o magistrado, destinatário da prova, que suficiente se mostra, para formação de seu convencimento, o simples interrogatório do perito e dos assistentes técnicos, poderá dispensar a realização da perícia.

A dispensa da realização da perícia implica consequentemente na dispensa da produção da prova pericial, como a nomeação do perito, a abertura de prazo para manifestação das partes, a realização de diligências do perito e dos assistentes técnicos para produzir o laudo pericial e os pareceres técnicos.

Não há na legislação processual civil previsão da necessidade de intimação dos assistentes técnicos para comparecimento na audiência de instrução e julgamento designada na hipótese do magistrado entender que suficiente se mostra, para formação de seu convencimento, o simples interrogatório do perito e dos assistentes técnicos.

Isso porque, o assistente técnico, atuando como auxiliar da parte vez que nomeado por esta, é certo que existe uma relação de confiança entre o assistente técnico e a parte que o nomeou, concluindo-se que sendo de interesse da parte a presença de seu assistente técnico em audiência para lhe auxiliar no que for necessário, caberá a esta levar seu assistente à audiência de instrução e julgamento designada pelo magistrado, sem a necessidade de apresentação do nome do assistente técnico antes da audiência.

Inadequado seria esquecer que a produção da prova pericial também pode ser dispensada quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes para a formação do convencimento do magistrado.

É o que está disposto no artigo 427<sup>206</sup> do Código de Processo Civil.

---

<sup>206</sup> Artigo 427. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.

No que tange à presente questão, mister se faz ressaltar que o artigo 396 do Código de Processo Civil prevê que *"compete à parte instruir a petição inicial ou a resposta com os documentos destinados a provar-lhe as alegações."*

Dito isto, certo é que todo e qualquer documento que estiver em poder da parte, seja do autor ou do réu, a apresentação desses documentos no momento oportuno pode ser suficiente para o magistrado formar seu convencimento e conseqüentemente descaracterizar a necessidade de produção de prova pericial.

Outras hipóteses que merecem destaque são os casos de indeferimento da realização da produção de prova pericial, previstos no parágrafo único do artigo 420<sup>207</sup> do Código de Processo Civil.

Sobre o inciso I, convém ressaltar que sendo a perícia o meio de prova que pressupõe que a matéria sobre a qual recai o objeto de conhecimento do magistrado seja técnica, isto é, que se trate de matéria que, para sua perfeita e adequada compreensão, exige conhecimentos especializados que o juiz não possui ou que não domina, é certo que não sendo a matéria sobre a qual recai o objeto de conhecimento do magistrado técnica, não caberá a realização da perícia técnica.

No que diz respeito ao inciso II temos que, conforme acima já dito, a parte juntando documentos que estejam em seu poder que são suficientes para a formação do convencimento do magistrado, também descaracteriza a necessidade de realização da produção de prova pericial e conseqüentemente no seu indeferimento.

E por fim, no que diz respeito ao inciso III certo é que, o magistrado concluindo à luz dos fatos e circunstâncias refletidos nas provas dos autos que a perícia é desnecessária, ou seja, havendo fato controvertido não há que se falar em produção de prova pericial.

Portanto é certo que, sendo o magistrado o destinatário das provas e sendo estas que implicarão também na formação de seu convencimento, entendendo o magistrado pela desnecessidade da realização da prova pericial, caberá a ele sua dispensa ou seu indeferimento, sob pena de desenvolver atividade inútil.

---

<sup>207</sup> Artigo 420. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.  
Parágrafo único. O juiz indeferirá a perícia quando:  
I - a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico;  
II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;  
III - a verificação for impraticável.

## 2.8 A Análise da Perícia Pelo Juiz

Através do laudo pericial o magistrado analisará o trabalho técnico realizado pelo perito, como qualquer outro meio de prova, fundamentando sua conclusão sobre o julgamento do processo.

Entretanto, é certo que o magistrado não fica vinculado a referido laudo pericial para julgamento da causa, nos termos do artigo 436<sup>208</sup> do Código de Processo Civil.

Isso porque, em razão do princípio do livre convencimento motivado, o magistrado pode utilizar-se de outros elementos ou fatos comprovados nos autos para formar sua convicção.

Neste sentido também é o entendimento de Nelson Nery Junior<sup>209</sup>, que entende que o juiz não fica vinculado aos fundamentos e à conclusão a que chegou o perito no laudo, tampouco às opiniões dos assistentes técnicos das partes, podendo até mesmo utilizar-se de seu conhecimento privado, mas em qualquer caso fundamentar o porquê do acolhimento ou não acolhimento do laudo, das críticas dos assistentes técnicos ou do parecer técnico-científico de jurista ou de outro especialista.

Mister se faz ressaltar que, conforme o entendimento de Vicente Greco e Moacyr do Amaral dos Santos, como já exposto, Nelson Nery Junior<sup>210</sup> também entende que ainda que o juiz da causa tenha conhecimento técnico-científico a respeito da área de conhecimento sobre a qual deve recair a perícia e tenha condições de, sozinho, fundamentar com elementos técnicos as razões de seu convencimento, não pode subtrair das partes o lícito direito que elas têm de fazer a prova pericial para a demonstração de fato que dependa de conhecimento técnico-científico, pois a prova não é produzida para a pessoa física do juiz, mas para o processo, para o Poder Judiciário, o que engloba o tribunal que eventualmente apreciará o recurso oriundo do processo.

---

<sup>208</sup> Artigo 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

<sup>209</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado, 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2007. p. 655.

<sup>210</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado, 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2007. p. 655.

Convém notar, outrossim, que entendendo o magistrado ou a parte que o resultado da primeira perícia não foi suficiente para a formação da convicção do magistrado, o juiz poderá determinar de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia.

Tenha-se presente que referida insuficiência não diz respeito à eventual nulidade da primeira perícia realizada, mas sim da existência de eventual omissão ou inexatidão do trabalho pericial, as quais não implicam na nulidade daquela.

Roborando o assunto, Nelson Nery Júnior<sup>211</sup> entende que a determinação de realização de segunda perícia, por si só, não atesta que a já realizada seja inválida ou deva ser descartada, pois o artigo 437 do Código de Processo Civil cuida de insuficiência e não de invalidade da perícia.

Seguindo o mesmo pensamento, Cassio Scarpinella Bueno<sup>212</sup> afirma que a realização de nova (segunda) perícia, terá como objeto os mesmos fatos da anterior, com vistas a corrigir eventual omissão ou inexatidão de resultados daquela (artigo 438).

Logo, sendo o magistrado o destinatário da prova, caberá a este verificar se o trabalho pericial estava suficientemente claro e completo para auxiliar na formação de seu convencimento.

Contudo, não se pode olvidar que o requerimento de realização de nova perícia fundamentada na insuficiência do laudo pericial sobre ponto relevante à pretensão da parte que poderá influenciar na formação do convencimento do magistrado, pode ser requerido pela parte interessada, pelas mesmas razões na hipótese de realização da nova perícia pelo magistrado.

Isso porque é direito da parte todos os meios de prova como hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação, nos termos do artigo 332 do Código de Processo Civil, o qual insere-se dentro dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, acesso irrestrito à jurisdição, uma vez que permite às partes manifestarem-se sobre as provas e contra provas produzidas nos autos.

Oportuno se torna dizer que a crítica do assistente técnico, por si só, não possui o condão de provocar a realização de nova perícia, sendo necessária a fundamentação de referido pedido e a indicação da insuficiência do laudo pericial.

---

<sup>211</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado, 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2007. p. 656.

<sup>212</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 311.

Inadequado seria esquecer também que, como consequência do princípio da não adstrição do juiz ao laudo na formação de seu convencimento, a lei processual o autoriza, como diretor do processo, mas não lhe impõe, determinar realização de nova perícia.

Cassio Scarpinella Bueno<sup>213</sup> vai mais afundo sobre este ponto, entendendo que caberá ao juiz, sempre por força do princípio do artigo 131, decidir consoante seu livre convencimento motivado, optando pela primeira, pela segunda ou, não há por que negar, a depender das vicissitudes do caso concreto, determinando a realização de uma terceira perícia.

Dessa forma, a nova perícia terá como objeto os mesmo fatos sobre que recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu, nos termos do artigo 438 do Código de Processo Civil, regendo-se a segunda perícia pela mesma disciplina da primeira, nos termos do artigo 439 do mesmo diploma legal, não se perdendo de vista que realização da segunda perícia não invalida nem substitui a primeira realizada, pois cabe ao magistrado apreciar livremente a prova para a formação de seu livre convencimento motivado.

## 2.9 As Despesas com a Perícia

O atuar ao longo do procedimento deve pautar-se na ampla noção de responsabilidade. Responsabilidade no sentido tradicional do termo, de quem causa danos a alguém e deve repará-los e responsabilidade em sentido mais restrito, específico de algumas diretivas de processo civil, que qualificam o atuar de todos os sujeitos do processo, como o atuar "ético", "probo", "leal", de "boa-fé". No primeiro caso, a referência usual é ao "princípio da responsabilidade", no segundo, ao "princípio da lealdade".<sup>214</sup>

Ligado aos princípios supramencionados está o "princípio da sucumbência", isso porque a prática dos atos processuais gera ônus financeiros que

---

<sup>213</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 311.

<sup>214</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol I. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 454.

deverão ser suportados pelos litigantes, salvo os casos expressamente previstos em lei, assim como se dá com os beneficiários da justiça gratuita (artigo 19, caput) e, com discutível constitucionalidade à luz do princípio constitucional da isonomia com as pessoas jurídicas de direito público.<sup>215</sup>

Referido ônus financeiro é chamado de "custas processuais", expressão genérica que compreende as despesas processuais, os honorários advocatícios e as sanções impostas às partes como decorrência de sua atuação ao arrepio do princípio do "princípio da responsabilidade" ou da "lealdade"<sup>216</sup>.

A responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais e dos honorários não deriva, propriamente, da derrota em juízo, da "sucumbência", entendida como o não acolhimento das próprias razões pelo magistrado, mas de acordo com o sistema adotado pelo Código de Processo Civil, da relação de causa e efeito entre a necessidade de ir a juízo e a obtenção de um determinado bem da vida. É por esta razão que prevalece, em sede de doutrina, a orientação de que o Código de Processo Civil adotou a chamada "teoria da causalidade", no sentido de que quem deu causa, isto é, "motivo" ao processo deve suportar os seus custos.<sup>217</sup>

No procedimento de realização da prova pericial, concomitantemente à nomeação do perito e a fixação do prazo para a entrega do laudo, o magistrado determinará que o perito arbitre seus honorários, chamados de honorários provisórios e as despesas relativas à realização do trabalho pericial.

Nos termos do artigo 33<sup>218</sup> do Código de Processo Civil, referidos

---

<sup>215</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 456.

<sup>216</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 456.

<sup>217</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 456. Neste sentido entende o Superior Tribunal de Justiça ao analisar o ônus sucumbencial de ação extinta sem julgamento do mérito com base no princípio da causalidade:

"RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ORDINÁRIA DE CANCELAMENTO DE REGISTRO CUMULADA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - EXCLUSÃO DA NEGATIVAÇÃO EM DECORRÊNCIA DO TRANSCURSO DO PRAZO CONSTANTE DO ARTIGO 43, § 1º, CDC - FATO SUPERVENIENTE - EXTINÇÃO DA AÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - ÔNUS SUCUMBÊNCIAS POR CONTA DA EMPRESA DE CADASTRO - NECESSIDADE - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - APLICABILIDADE, IN CASU - RECURSO NÃO CONHECIDO.

I - Restando o processo extinto sem julgamento do mérito, cabe ao julgador perscrutar, ainda sob à égide do princípio da causalidade, qual parte deu origem à extinção do processo sem julgamento do mérito ou qual dos litigantes seria sucumbente se o mérito da ação fosse, de fato, julgado.

II - Os ônus sucumbenciais não podem ser imputados à parte autora, pois, além de sua pretensão mostrar-se fundada, não há como atribuir-lhe o fato superveniente, qual seja, a exclusão da negativação decorrente do transcurso do período de cinco anos da inscrição.

III - Recurso não conhecido." REsp 1072814/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 15/10/2008.

<sup>218</sup> Artigo 33. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz.

honorários periciais, bem como as respectivas despesas com a realização da perícia serão pagas pela parte que a requereu, ressaltando que na hipótese de ambas as partes terem requerido ou ainda a perícia ter sido determinada de ofício pelo magistrado, os honorários e respectivas despesas serão pagas pelo autor.

Nelson Nery Junior<sup>219</sup> e Theotonio Negrão entendem que embora a norma diga "pagará", na verdade se deve entender "adiantará", já que o vencido reembolsará essas despesas ao final, de conformidade com o artigo 20, caput do Código de Processo Civil.

Em assonância com a lição de Cassio Scarpinella Bueno, que possui o mesmo entendimento supra citado, as custas são adiantadas, a despeito da literalidade do artigo 33, porque a responsabilização por seu pagamento definitivo é ato fixado na sentença. É aquele que deu causa ao processo, isto é, que deu ensejo à necessidade de o autor pedir a prestação da tutela jurisdicional, que será responsabilizado, ao final, por todas as custas processuais, inclusive as relativas à prova pericial. É por isso que só ao final os honorários devidos ao assistente técnico deverão ser levados em conta como verbas de sucumbência. Cada parte adiantará os valores respectivos, mas, uma vez demonstrado o pagamento em juízo, o seu reembolso é parte integrante daquelas verbas.<sup>220</sup>

Contudo, não se pode perder de vista a hipótese de a parte autora da ação ser beneficiária da justiça gratuita, benefício esse que implica na ausência de ônus ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários periciais, pois há o entendimento de que não se pode atribuir a parte ré o ônus de arcar com o adiantamento das despesas para a realização da prova pericial quando requerida por ambas as partes, pois estaria violando dispositivo de lei.<sup>221</sup>

---

<sup>219</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado, 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2007. p. 239.

<sup>220</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 311-312.

<sup>221</sup> Nesse sentido foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre casos que tratavam sobre o pagamento das custas e despesas da prova pericial na hipótese de ambas as partes requererem a realização da prova pericial, concluindo-se que nestes casos as custas e despesas para realização da perícia serão desincumbida pelo Estado, a quem foi conferido o dever constitucional e legal de prestar assistência judiciária aos necessitados.

**“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PERÍCIA REQUERIDA POR AMBAS AS PARTES. ADIANTAMENTO DOS HONORÁRIOS DO PERITO. IMPOSIÇÃO À RÉ. IMPOSSIBILIDADE.**

1. O artigo 33 do Código de Processo Civil estabelece que "cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz", não podendo, por isso, ser imposto à ré o adiantamento dos honorários, relativos à perícia também

No que tange ao parágrafo único do artigo 33 do Código de Processo Civil, Cassio Scarpinella Bueno<sup>222</sup> alerta que este permite a interpretação de que os honorários do perito podem ser fixados em dois tempos diversos e sucessivos. O primeiro tempo diz respeito à fixação que se segue à nomeação do perito, que, aceitando o encargo, estimará o valor de seus honorários e das despesas que terá com a realização da perícia, chamado de honorários provisórios.

Já o segundo tempo diz respeito ao momento de apresentação do laudo, no qual o perito pode rever a sua estimativa inicial, adaptando-a para as reais necessidades de seu trabalho, chamados de honorários definitivos.

Contudo, é certo que, deve o perito observar o critério da razoabilidade, da economia, da eficiência processual e da efetividade do processo, assegurando tanto a realização da perícia como também uma justa remuneração condizente com o trabalho a ser executado.

Por fim, não se pode olvidar a hipótese de não pagamento dos honorários periciais. Sobre referido assunto, tenha presente que, de acordo com Cassio

---

requerida pela autora.

2. Recurso especial provido." (STJ, REsp 955.976/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4. Turma, j. 12/04/11, DJe 04/05/11.)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS PERICIAIS. ADIANTAMENTO. A PARTE REQUERENTE DE PROVA PERICIAL, EM PRINCÍPIO, É RESPONSÁVEL PELO ADIANTAMENTO DOS HONORÁRIOS. QUANDO REQUERIDA POR AMBAS AS PARTES, TAL INCUMBÊNCIA, CABE AO AUTOR, A TEOR DO ARTIGO 33 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ENTRETANTO, ESTANDO ESTE AO ABRIGO DA AJG, DEVE O ESTADO, OPORTUNAMENTE, SUPORTAR TAL ÔNUS. PRECEDENTES. AGRAVO PROVIDO." (TJRS, AI nº 70005949235, 10. Câ. Civ. Rel. Des. Luiz Ary Vessini De Lima, j. 10/03/03.)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - INDENIZATÓRIA POR ERRO MÉDICO DECORRENTE DE CIRURGIA PLÁSTICA - APLICABILIDADE DO CDC - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - PERÍCIA REQUERIDA APENAS PELA AUTORA - Prevalência da regra do artigo 33 do Código de Processo Civil, segundo a qual a remuneração do perito cabe àquele que requerer o exame. Impossibilidade de determinação de pagamento pela requerente, em face do benefício da gratuidade da justiça. Honorários periciais a serem arcados, ao final da demanda, pelo estado ou pela ré, se vencida. Inteligência dos arts. 3º, V, e 11 da lei nº 1.060/50. Decisão reformada. Recurso provido." (TJSC - AI 2008.067963-4 - 2ª CDCiv - Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil - DJe 31.08.2009 - p. 162.)

"PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PERÍCIA. DESPESAS MATERIAIS. INCLUSÃO NA GRATUIDADE. PRECEDENTES. As despesas pessoais e materiais necessárias para a realização da perícia e confecção do respectivo laudo estão abrangidas pela isenção legal de que goza o beneficiário da justiça gratuita. Como não se pode exigir do perito que assuma o ônus financeiro para execução desses atos, é evidente que essa obrigação deve ser desincumbida pelo Estado, a quem foi conferido o dever constitucional e legal de prestar assistência judiciária aos necessitados. Não fosse assim, a garantia democrática de acesso à Justiça restaria prejudicada, frustrando a expectativa daqueles privados da sorte de poderem custear, com seus próprios meios, a defesa de seus direitos. Recurso conhecido e provido." (STJ, RESP n. 131.815, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 28.09.1998.)

<sup>222</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 311.

Scarpinella Bueno<sup>223</sup>, existem caminhos diferentes para analisar as hipóteses de não pagamento dos honorários periciais provisórios ou definitivos.

Sobre o não pagamento dos honorários periciais provisionais, o autor supra citado entende que o caso é de não realização da perícia, com a conclusão de que a parte desistiu da prova pericial requerida.

Registra-se ainda que, nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno<sup>224</sup>, *a conclusão deve ser mantida mesmo quando a prova for determinada de ofício e o autor não efetuar o pagamento dos honorários*, isso porque, caso contrário, estaria admitindo que o perito trabalhasse gratuitamente, financiando o litígio entre as partes.

No que tange ao não pagamento dos honorários periciais definitivos, o autor entende que é caso de certificar o montante dos honorários, constituindo título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 585, inciso VI<sup>225</sup> do Código de Processo Civil, descartando a hipótese de extinção do processo sem resolução do mérito nos moldes do artigo 267, inciso III<sup>226</sup>, bem como a hipótese de nulidade do trabalho pericial realizado ou da impossibilidade de sua consideração como prova devidamente produzida para embasar o proferimento da decisão.

---

<sup>223</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 312.

<sup>224</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 312.

<sup>225</sup> O crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;

<sup>226</sup> Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias.

### **3 A PROVA PERICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Conforme destacado nesse trabalho, o tema relacionado à prova possui extrema relevância para nosso sistema processual. Essa peculiaridade se releva importante por ocasião do Novo Código de Processo Civil cuja vigência se avizinha, já que aprimorados diversos mecanismos atinentes ao tema, sempre com o objeto precípuo de busca efetiva da verdade.

Com efeito, os detentores do conhecimento específico (perito e assistente) possuem papel indispensável para o desenvolvimento do processo, especialmente pelo fato de tal conhecimento abastecerem todos os demais participantes do feito com informações qualificadas, sem as quais usualmente não seriam obtidas.

Justamente por tal relação de dominância, o risco da monopolização é enorme, no que diz respeito a boa solução de questões técnicas. Erros involuntários ou não, são de difícil controle se não houver um contraditório efetivo para que as partes possam apresentar posicionamentos críticos sobre o trabalho técnico do perito judicial e que sejam efetivamente considerados pelo juiz no momento da valoração da prova.

Nessa seara, o Novo Código de Processo Civil reúne consideráveis inovações em relação à prova, principalmente no que diz respeito à produção da prova e à sua valoração.

Sobre a produção da prova pericial, não se pode olvidar que esta não se remete exclusivamente ao laudo pericial, mas ao conjunto de atos processuais especificamente relacionados à produção de elementos para elucidação de questões fáticas técnicas ou científicas, inclusive aquelas trazidas pelos assistentes técnicos e pelas próprias partes.

Sobre o saneamento compartilhado e a prova pericial, oportuno se torna dizer que este se apresenta como um dos pontos mais positivos trazidos pelo novel diploma, pois caberá ao juiz, com a cooperação das partes, não apenas designar a perícia e nomear perito, mas também estabelecer, desde que possível, calendário para a realização da prova pericial, especialmente nos casos em que a produção da prova se revelar mais complexa (§ 8º do artigo 357 do Código de Processo Civil),

sendo certo que por calendário não se deve inferir apenas a designação de “prazo” para a entrega do laudo, mas sim a deliberação de atividades e datas específicas relacionadas ao tema.

Sobre o perito merece destaque a obrigação de exibição do currículo, cujo momento apropriado se dará conjuntamente com a apresentação da proposta de honorários, inclusive de modo a possibilitar maior precisão no controle e, se o caso, refutar a especialização e experiência (ou falta dela!) do perito (artigo 465, § 2º).

Sobre a impugnação do perito houve também a modificação referente ao prazo, com a ampliação para 15 dias, para que as partes suscitem o impedimento ou suspeição do mesmo. Essa ampliação do prazo não se limita apenas a esta impugnação, mas incide também sobre a indicação de assistentes técnicos, apresentação de quesitos e manifestação sobre o laudo pericial.

Referente à distribuição equitativa de nomeações de peritos, prevista no artigo 157, § 2º<sup>227</sup> do Código de Processo Civil, há de se questionar a aplicação do conteúdo deste artigo em termos concretos, pois nos casos em que determinados peritos tenham maior habilidade ou uma produtividade mais adequada, não parece apropriado simplesmente distribuir numericamente a quantidade de nomeações em detrimento da efetiva produtividade relacionada aos trabalhos a justificar um maior número de nomeações.

Sobre os honorários periciais, não obstante restar mantido no Novo Código de Processo Civil que a parte que requerer a perícia terá o ônus de arcar com a antecipação dos honorários, a novidade está na hipótese de rateio dos custos na hipótese de ambas as partes requererem a perícia ou esta for determinada de ofício.

Neste ponto há de se assinalar aparente a evolução da sistemática outrora vigente, já que embora o texto legal informe “rateio”, sem a indicação da proporção, tal generalidade se aparentemente se apresenta correta, já que possibilita seja considerado o que cada parte está provocando em termos de custo para a realização perícia. Em outras palavras, a parte que propugna pela realização de perícia de alta complexidade, ou mesmo demande do Expert maior quantidade de questões e abordagens, deve efetivamente contribuir em maior proporção quanto aos honorários periciais que venham a ser arbitrados.

---

<sup>227</sup> Será organizada lista de peritos na vara ou na secretaria com disponibilização dos documentos exigidos para habilitação à consulta de interessados, para que a nomeação seja distribuída de modo equitativo, observadas a capacidade técnica e a área de conhecimento.

Outra novidade é a possibilidade de determinação de depósito de todo o valor relativo aos honorários periciais (§ 1º do artigo 95), garantindo o recebimento pelo perito, não antecipadamente, mas dependendo, apenas, da liberação judicial.

Ainda tratando a respeito dos honorários periciais, não se pode perder de vista a hipótese de requerimento da realização da prova pericial pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública. Nestes casos, a perícia poderá ser realizada por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, poderão ser antecipados os honorários com pagamento. Caso não haja previsão orçamentária, o pagamento dos honorários será realizado pelo vencido no ano seguinte ou ao final pelo vencido (§§ 1º e 2º do artigo 91).

Para os beneficiários da justiça gratuita, o custeio para a realização da prova pericial ocorrerá com recursos alocados no orçamento do ente público específico e realizada por servidores do Judiciário ou de órgão público conveniado. Contudo, se a realização da perícia couber a um particular, o valor da remuneração observará tabela do tribunal respectivo e, se não houver, a tabela será do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pago com recursos da União, do Estado ou do Distrito Federal, a depender de se tratar da Justiça Estadual ou Federal, com inúmeras especificidades estabelecidas nos §§ 3º a 5º do artigo 95.

Sobre as penalidades aos peritos pela não realização do trabalho, estas vão da comunicação a eventual órgão de classe (providência já existente no sistema atual), até mesmo a redução dos honorários e a impossibilidade de atuar em perícias no prazo de dois a cinco anos, cabendo ao juiz também determinar a devolução do que foi recebido e, não o fazendo caberá execução nos próprios autos (§§ 2º e 3º do artigo 468).

No que corresponde ao acompanhamento do início da prova pericial e demais atos de sua produção, o novo Código de Processo Civil expressamente determina o direito a esta participação, impondo que o perito “deve assegurar aos assistentes das partes o acesso e o acompanhamento das diligências e dos exames que realizar, com prévia comunicação, comprovada nos autos, com antecedência mínima de cinco dias” (§ 2º do artigo 466). Acerca deste ponto, evidentemente que o acompanhamento não pode se limitar somente ao início dos trabalhos periciais, mas sim a todo o curso da perícia, como novas visitas, análise de documentos, entre outros elementos.

Outra inovação que merece destaque é a possibilidade das partes escolherem o perito judicial e indicarem assistentes, descrevendo o § 3º do artigo

471 do Código de Processo Civil que esta modalidade é substitutiva daquela realizada por perito nomeado.

Verdade é que no ordenamento jurídico brasileiro o “perito” é pessoa de confiança do juiz que o nomeia. Contudo, de acordo com o novo sistema, não existirão óbices para que as partes realizem a indicação de Expert para desempenho do trabalho pericial, pois caso o juiz não se sinta tranquilo com referida indicação, terá a discricionariedade de nomear “perito-consultor” para análise crítico-consultiva do que foi ou será realizado.

Em relação à fundamentação asseverada no novo Código de Processo Civil, evidencia-se que esta não se limita aos pronunciamentos judiciais, atinge também e de forma correta, o próprio perito apontado, pois o laudo pericial “deve” conter, segundo o disposto no artigo 473<sup>228</sup> os motivos pelos quais o perito chegou a sua conclusão. Frise-se ainda a imposição de “linguagem simples” e “coerência lógica”, no laudo pericial.

A perícia não é um ato de "vontade", mas um "ato vinculado" a um interesse público e resultado do exercício de um múnus público. Por esta razão o novo sistema salientou expressa vedação à emissão de “opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia”.

Ao lado da fundamentação, o contraditório é outro ponto que merece destaque. Especificamente à prova pericial, não será admitida apresentação de quesitos, sem que estes sejam cientificados à parte contrária (parágrafo único do artigo 469). Ressalta-se que por o contraditório não há que se limitar apenas ao conhecimento da parte contrária sobre o conteúdo, mas também a oportunidade para manifestação, podendo a parte contrária questionar ou apresentar quesitos

---

<sup>228</sup> Artigo 473. O laudo pericial deverá conter:

I - a exposição do objeto da perícia;

II - a análise técnica ou científica realizada pelo perito;

III - a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou;

IV - resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público.

§ 1º No laudo, o perito deve apresentar sua fundamentação em linguagem simples e com coerência lógica, indicando como alcançou suas conclusões.

§ 2º É vedado ao perito ultrapassar os limites de sua designação, bem como emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia.

§ 3º Para o desempenho de sua função, o perito e os assistentes técnicos podem valer-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte, de terceiros ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com planilhas, mapas, plantas, desenhos, fotografias ou outros elementos necessários ao esclarecimento do objeto da perícia.

suplementares em contraposição o que deve ser levado em conta pelo juiz no momento da decisão.

Por fim, não se pode perder de vista as novidades no que diz respeito à valoração da prova pericial e decisão sobre questões fáticas. No que tange a este ponto, inicialmente há de destacar a opinião sempre precisa de William Santos Ferreira, o qual salienta que as modificações dependerão muito do (re) conhecimento dos participantes do processo, principalmente juízes, advogados e promotores, de que não é do que se tratará, mas sim como, pois dentre as mudanças está o que se compreende por contraditório e sua operacionalização (meio) no processo, a vedação a decisões surpresa e sobre o que deve ser considerado fundamentação, para tanto havendo o disposto no artigo 489<sup>229</sup>.

Por esta razão, o artigo 371<sup>230</sup> deixa explícito que na valoração da prova pericial deverão ser indicados “na sentença os motivos que levaram o juiz a considerar ou deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito” (artigo 479), isso porque a fundamentação judicial está diretamente ligada à fundamentação pericial.

Portanto, no dizer sempre expressivo de William Santos Ferreira, no Estado de Direito, a atividade jurisdicional não é um ato de vontade, com isto não cabe se descrever como se vontade do Estado fosse, porque não há suporte político-institucional para tal conduta, daí a imposição de fundamentação na Constituição Federal “artigo 93, inciso IX da CF”, pois a atividade jurisdicional atende a uma finalidade pública que se, por um lado, autoriza a invasão da esfera jurídica do particular pelo Estado-Juiz, por outro, impõe que esta atuação se dê mediante fundamentação justificadora, legitimadora da conduta, isto porque o ato de julgar

---

<sup>229</sup> “Artigo 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

§ 1º- Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedentes ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

<sup>230</sup> “Artigo 371 – O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu conhecimento”.

não é uma tomada de posição, mas antes uma solução escorada em um sistema jurídico e um processo que deve reunir os elementos justificadores para tal atuação, portanto o foco não está na conclusão (no decisum), mas na sua estrutura de base, na fundamentação descritivo-legitimadora, razão pela qual magistrados e peritos têm papéis fundamentais para a sociedade, e a fundamentação efetiva nos processos é dever estabelecido, o que, finalisticamente, enaltece, valida e qualifica seus atos.

## CONCLUSÃO

Depreende-se do presente trabalho que em razão da proibição de excluir a apreciação de lesão ou ameaça de direito pelo Poder Judiciário, a todo titular de um direito, ameaçado ou lesado, é possibilitado o acesso a Justiça para obter a tutela adequada.

Todavia, em razão da vigência do livre convencimento motivado no ordenamento jurídico brasileiro, para obter a tutela pretendida, o titular desse direito precisa convencer o magistrado de que suas alegações são verdadeiras.

Entretanto, existem alegações que dependem de conhecimento técnico ou científico, que ultrapassam o conhecimento médio do magistrado, razão pela qual disponibilizou-se a prova pericial, cujo o objetivo é transportar para o processo o conhecimento técnico especializado.

No que tange ao procedimento da prova pericial há de se concluir que trata-se de procedimento específico, pois a prova pericial é realizada por pessoa que não faz parte do processo, ficando as partes impossibilitadas de, quer seja na inicial ou na contestação, produzirem-na, e sujeitas ao alvitre do perito.

No que diz respeito à fundamentação, há de se destacar que no Estado Democrático de Direito, toda e qualquer decisão deve estar abarcada de justificativas e argumentos plausíveis para a efetiva entrega da prestação da tutela jurisdicional, cuja fundamentação caracteriza-se como mecanismo de controle que instrumentaliza a submissão do poder público não somente à fiscalização das partes, mas também ao crivo social.

No tocante ao contraditório é essencial, também com base na organização do formalismo de um modelo de processo civil inspirado na cooperação, que se levem em consideração os pontos de vista expostos pelas partes durante o curso do processo, pois todos devem tomar parte no processo para o alcance da justa solução do caso concreto.

No entanto, não só relacionado a prova pericial, mas também ao processo civil como um todo, é certo que a atuação do magistrado e dos peritos precisa de mais empenho, melhorias estas talvez trazidas pelo Novo Código de Processo Civil,

isso porque não obstante referidos princípios já estarem previstos na Constituição Federal, o legislador optou por reproduzir no novel, quiçá para demonstrar a harmonia entre as normas.

Do contrário, estar-se-á violando além destes princípios, outros princípios constitucionais essenciais ao processo civil relacionados à atuação do Poder Judiciário, tais como devido processo legal, efetividade do processo e proporcionalidade, os quais devem sempre ser observados pelo Poder Judiciário no momento de sua atuação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. Temas de direito processual: segunda série. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. Revista de Processo. Vol. 86, ano 22. São Paulo: RT, abr-jun, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. Revista de Processo. Nº. 35. Ano 9. São Paulo: RT. Abr-jun. 1984.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, Vol II. Tomo I. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol I. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova. O problema da prova diabólica e uma possível solução. Revista Dialética de Direito Processual. nº 31. São Paulo: Dialética, 2005.

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. Teoria Geral do Processo. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. vol. 1. 1965.

CHIOVENDA Giuseppe, Instituições de direito processual civil. Trad. Paolo Capitanio. vol 1 e 2, Campinas: Bookseller, 1995.

CHIOVENDA Giuseppe, Instituições de direito processual civil. Trad. Paolo Capitanio. vol 3, Campinas: Bookseller, 1998.

CREMASCO, Suzana Santi. A distribuição dinâmica do ônus da prova. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dos ônus probatórios. Revista dos tribunais, vol. 788, ano 90, São Paulo: RT, jun. 2001.

DA COSTA, Susana Henriques. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. Revista de Processo. Vol. 133, março, 2006.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. A prova no processo civil. São Paulo: Saraiva. 2006.

DE MIRANDA Francisco Cavalcanti Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. III. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. 5ª Ed. rev. e atual de acordo com a EC/45, o Código Civil, as súmulas do STF e STJ, as Leis Federais 11.925/2009, 12.004/2009, 12.016/2009 e as resoluções do STF 381 e 388 de 200/ (súmula vinculante). Vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2010.

DOS SANTOS, Gildo. A Prova no Processo Civil. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

FERREIRA, William Santos. A Prova Pericial no Novo Código de Processo Civil. Revista do Advogado. O Novo Código de Processo Civil. Ano XXXV. nº 126. São Paulo: AASP. 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral e Processo de Conhecimento. 1ª parte. vol. 1. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol 2. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

GRECO, Leonardo. Instruções de Processo Civil. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRECO FILHO, Vicente, Direito Processual Civil, 2º vol., 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. Revista de Processo, vol. 17, ano 5, p. 52, São Paulo: RT, jan-mar, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. 9ª Ed. Revista atual São Paulo: RT, 2011.

MARINONI. Luiz Guilherme; MITIDIÉRO. Daniel. O projeto do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Direito Civil. Vol. 2 processo de conhecimento. São Paulo: RT. 2010.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014.

MONTEIRO, João. Teoria do processo civil. Rio de Janeiro: Borsoi. 1956.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. Atualizada e Ampliada. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Rizzatto. Manual da Monografia Jurídica. Como se faz: uma monografia uma dissertação uma tese. 7ª Ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo civil. 3ª Ed. T. IV Rio de Janeiro: Forense, 1974.

SANTOS, Moacyr Amaral. A Prova Judiciária No Cível E Comercial. São Paulo: Max Limonad. 1952.

SANTOS, Moacyr Amaral. A prova judiciária no civil e no comercial, Vol 1, 3ª Ed., São Paulo: Max Limonad, 1983

SOUZA. Wilson Alves de. Ônus da prova: considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA: Edição em Homenagem ao prof. João Sento Sé. Vol. 6, ano 4, Salvador. jun-dez 1999.

THEODORO JUNIOR, Humberto Curso de Direito Processual Civil. 22ª Ed. Vol I. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol I. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo do Conhecimento. 55ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 50ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida; GOMES, Alexandre Gir. Cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro. Revista Dialética de direito processual. nº. 69. São Paulo: Dialética, dez. 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.