

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

COGEAE – Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

Curso de Especialização em Direito Processual Civil

ISABELA PERASSI

**A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA
NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

SÃO PAULO

2015

ISABELA PERASSI

**A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA
NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia de conclusão do curso de Pós Graduação em Direito Processual Civil apresentado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, na Coordenadora Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão - COGEAE, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista.

Professor orientador: Dr. Luciano Tadeu Telles

**SÃO PAULO
2015**

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luciano Tadeu Telles (Orientador)

Professor

Professor

RESUMO

O processo civil é concebido atualmente como um meio para garantir o alcance dos escopos da prestação da tutela jurisdicional: a preocupação vai desde a efetividade da decisão judicial até a aplicação da justiça ao caso concreto. Tal situação impõe o reconhecimento da sua natureza pública, isto é, trata-se de instrumento para o alcance de uma das próprias funções do Estado.

Contudo, os modelos de estrutura do processo mais comumente encontrados nos ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil, não são suficientes para que os escopos da jurisdição sejam alcançados de forma plena.

A crítica feita a tais modelos reflete-se na prevalência em demasia no papel atribuído a cada um dos sujeitos do processo. Enquanto em um modelo a figura do juiz é tida como passiva em contraposição a um papel extremamente forte atribuído às partes na condução do feito, no outro ocorre exatamente o contrário (o juiz domina o andamento do processo e as partes apresentam-se quase como meras coadjuvantes).

E quando existir prevalência de um ou de outro sujeito do processo, certamente as decisões serão originadas a partir de uma visão distorcida do litígio e, portanto, incapaz de trazer justiça, democracia e efetividade ao caso concreto.

O modelo capaz de eliminar a problemática de protagonismo de um ou de outro sujeito processual é aquele baseado na *colaboração* entre eles. Trata-se do modelo cooperativo de processo civil, que impõe aos sujeitos do processo uma verdadeira atuação em forma de constante diálogo, aberto e franco, desde que não se sobreponha a algum direito ou garantia fundamental; situação esta que deverá levar o órgão judiciante sempre a uma análise de proporcionalidade e razoabilidade sobre os direitos que estarão em jogo para melhor atender aos jurisdicionados.

Essa atuação em forma de diálogo acaba por transformar algumas situações jurídico-processuais, levando todo o procedimento a se adequar ao longo do processo, a fim de favorecer o alcance dos escopos da jurisdição.

ABSTRACT

The civil procedure is currently conveyed as a means to ensure the reach of the scopes of the judicial protection. The concern is not only how to effective the judicial decision is, but also the application of the law cases. Such situation demands the recognition of its public nature, *v. g.*, being the civil procedure designed for the State functions.

However, structure models most commonly found in most legal systems, including in Brazil, are unable to fully achieve the jurisdictional scopes.

Theses models are criticized because they assign too much responsibility to the judge or to the plaintiff and defendant. While the adversarial/symmetric model is based on the judge with a passive role, opposed to a strong role given to the parties to lead the process, in the inquisitive/asymmetric model, on the contrary, the base is a role figure to the judge, meanwhile the parties are seen as mere supporters.

Whenever the judge prevails over the parties, or vice-versa, certainly the decision originated from the procedure model chosen will come as a twisted perspective of the dispute presented, therefore, the model is unable to bring justice, democracy and effectiveness to the concrete instances as it should.

It's our belief that the only civil procedure model pable to eliminate the protagonist issue is the one based on a collaboration system between plaintiff, defendant and judge. This model imposes a continuous open channel with an open and frank dialogue between them, as long as fundamental guarantees are not violated; in this case, the judge decides, from a proportional and reasonable basis, that the complaint presented to can achieve the State functions in a better way.

The dialogue style model proposed ends up transforming some legal and procedural situations, leading the process to adapt throughout the procedure, in order to favour the reach of jurisdiction scopes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – NOÇÕES FUNDAMENTAIS	10
1.1. Jurisdição, processo e direito constitucional de ação.....	10
1.2. Garantia constitucional de ação e resultado efetivo do processo.....	14
1.3. Princípio do contraditório e garantia constitucional do direito a prova.....	18
CAPÍTULO II – A PROVA E O PROCESSO	21
2.1. Produção de provas e contribuição no processo.....	21
2.2. Dever de veracidade e limites aplicáveis.....	23
2.3. Valoração da prova e poderes instrutórios do juiz.....	26
CAPÍTULO III – ÔNUS DA PROVA	30
3.1. Distribuição do ônus probatório.....	30
3.2. Momento da distribuição do ônus probatório.....	32
3.3. Ônus probatório sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor.....	34
CAPÍTULO IV – TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.....	37
4.1. Origem e definição.....	37
4.2. Teoria e receptividade no direito brasileiro.....	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
BIBLIOGRAFIA	46

INTRODUÇÃO

A presente dissertação versará sobre a aplicação e influência da regra do ônus da prova traçando um paralelo com a atuação conjunta das partes e do juiz no decorrer do processo.

Não se tem a pretensão de esgotar o tema com o presente trabalho – seu estudo é infinito –, mas de tratar do assunto com a profundidade adequada de uma dissertação.

O mote que servirá como verdadeiro instrumental teórico e que ajuda na análise da possibilidade de impor a produção de prova àquele que possui melhores condições de fazê-lo é a busca por uma tutela que possa ser realmente chamada de justa, participativa e efetiva, utilizando-se o processo para alcançar os verdadeiros escopos da jurisdição.

O processo civil concebido como o é atualmente decorre em grande parte de novas influências sociais, políticas e econômicas, as quais aos poucos delimitaram suas formas e regras. E a despeito de possuir determinado rigorismo formal – inerente à sua própria característica –, hodiernamente rendeu-se ao caráter instrumental. Ou seja, vê-se ele como um meio para garantir a efetividade da prestação da tutela jurisdicional justa.¹

Ato contínuo, a análise passa sobre a concepção de que este ramo do direito sedimentou-se em seu caráter público. O processo, assim, não se realiza somente no interesse *inter partes*, mas também e principalmente no interesse público. Por isso, se diz que o processo não é um negócio combinado em família.²

O processo serve à parte enquanto instrumento para o alcance de uma tutela jurisdicional, seja para fazer valer um direito subjetivo, seja para defender um interesse juridicamente protegido. Todavia, o processo não é somente um instrumento jurídico, mas também social e político. O processo possui sua própria vida no sentido de que todos os seus sujeitos devem adaptar-se ao seu mecanismo interno.

¹. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 319–329 e 351–359.

². LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, 4ª edição, 2ª tiragem, trad. port. de ALFREDO BUZUID, BENVINDO AIRES e ADA PELLGRINI GRINOVER, Rio de Janeiro: Forense, 2007, pág. 124.

De um lado a parte utiliza o processo deduzindo (*mettendo in gioco*) e fazendo valer um direito ou um interesse. De outro lado, essa deve agir segundo certas regras de técnica processual, cujo descumprimento lhe gera consequências negativas.³

O processo civil, encarado a partir dessa dimensão, passa a favorecer e a impor um constante diálogo entre os sujeitos do processo, exigindo, principalmente, de todos os indivíduos uma conduta que visa aos fins da jurisdição e não apenas ao quanto esperado pela própria parte da demanda.⁴

Nesse sentido, uma premissa é adotada, sem se esquecer de eventuais críticas que esta possa receber, mas sempre com um pensamento de fazer do presente trabalho um estudo científico focado: a solução justa será aquela que se baseia nos fatos reais e concretos, permitindo-se a aplicação técnica de todo o ordenamento jurídico, inclusive quanto aos princípios máximos constitucionais. *A contrario sensu*, pode-se dizer que uma solução será injusta quando não estiver sacramentada na verdade dos fatos, por mais difícil e subjetivo que isto possa parecer.

E um dos meios pelos quais se pode atingir tal solução justa (não se nega, nem se pretende com esta dissertação trazer uma resposta definitiva à problemática colocada) é a partir é a possibilidade de adaptar a forma de produção de prova no caso concreto com vista à busca da verdade⁵.

Nessa perspectiva, a intenção é orientar as condutas dos seus sujeitos com o fito de alcançar os escopos do processo. E, se alcançada tal situação, poder-se-á falar de uma tutela jurisdicional prestada de modo efetivo e condizente com os escopos da jurisdição.

Exemplo disso é a possibilidade de impor a uma parte (ou encarregá-la com um determinado ônus) a colacionar aos autos determinada prova fundamental para o deslinde da controvérsia.

³. CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo* in Studi in onere di Enrico Redenti, v. II, Milano, Giuffrè, 1951, pág. 695 e ss.

⁴. ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*, São Paulo: RT, 2007, pág. 127–134.

⁵. O conceito de verdade é sempre um tema recorrente na doutrina e equivocadamente, muitas vezes, é empregado de duas formas distintas, isto é, como se pudessem coexistir duas verdades diferentes: a verdade material (relacionada com o que realmente ocorreu no mundo concreto) e a verdade formal (aquela ocorrida dentro do processo). Diz-se que no processo é possível encontrar a verdade, desde que seja ela considerada em seus próprios “limites processuais”, isto é, que não considere a verdade como algo absoluto, mas relativo e adequado ao conjunto probatório trazido aos autos do processo. Por outro lado, deve-se dizer ser impossível alcançar uma verdade como absoluta, quase um dogma ou uma certeza inafastável. TARUFFO, inclusive, entende que ela nada mais é do que um sinônimo de probabilidade. Pode-se falar, assim, em “verdade provável” como sendo uma “verdade relativa” (TARUFFO, Michele. *Verità e probalità nella prova dei fatti*, in Revista de Processo, v. 154, dez/07, SP, RT, pág. 207 e ss.).

O tema também será abordado sob a ótica do diálogo entre o juiz e as partes durante o desenvolvimento do processo, garantindo-se o respeito aos ideais constitucionais programados para o processo civil. Ou seja, que em última análise seja respeitado um processo efetivo e que alcance os seus escopos, principalmente aquele denominado de social. Afinal, o juiz também é ator fundamental na relação jurídico-processual quando se trata de garantir um processo civil de cunho cooperativo.

O juiz no processo civil cooperativo deverá atuar de modo a garantir um tratamento isonômico entre os sujeitos do processo – incluído o próprio juiz. Para se alcançar uma solução tida por justa, participativa e efetiva, o juiz deve durante toda a condução do procedimento colocar-se ao lado das partes, na busca da decisão final de mérito, quando deverá se distanciar dos outros atores processuais a fim de que concretize seu poder estatal.

Enfim, lançam-se as bases teóricas na primeira parte do trabalho e que servem como pano de fundo para o seu desenvolvimento, para em sua segunda parte analisar como se deve dar o comportamento dos sujeitos do processo dentro de uma estrutura processual de cunho totalmente cooperativo e que visa ao alcance dos escopos predeterminados ao processo civil.

Em resumo, pretende-se, por meio da presente dissertação, identificar e sistematizar, à luz das situações jurídicas processuais das partes e do juiz, a possibilidade de aplicar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova como ferramenta garantidora de um processo efetivo e de alcance os escopos delimitados constitucionalmente, ao qual todos os sujeitos do processo deverão respeitar e tomá-lo como parâmetro de atuação, sob pena de sofrerem consequências pelo seu desrespeito.

1. NOÇÕES FUNDAMENTAIS

1.1. Jurisdição, processo e direito constitucional de ação

Na medida em que as relações sociais ganham importância em razão das situações de conflito estabelecidas entre os homens ao viver em sociedade e realizar atividades em conjunto, necessitamos da atuação estatal para desvencilhar esses embates levando em consideração o seu papel regulador.

É nesse contexto que surge a jurisdição, definida como uma forma de atuação estatal em que o Poder Público interfere nas relações particulares estabelecidas entre os indivíduos organizados em sociedade.

O Estado passa a deter o monopólio jurisdicional, adotando medidas que visam a imposição e o respeito ao ordenamento jurídico para que seja, enfim, mantido o relacionamento cordial e sadio entre a coletividade. É assim que a justiça privada dá espaço à justiça pública.

Em seus estudos sobre o direito civil processual brasileiro, o nobre doutrinador Cândido Rangel Dinamarco traz as seguintes reflexões sobre o tema jurisdição:

À jurisdição costuma ser atribuída uma trílice conceituação, dizendo-se habitualmente que ela é ao mesmo tempo um *poder*, uma *função* e uma *atividade*. Na realidade, ela não é *um poder*, mas o próprio poder estatal, que é uno, enquanto exercido com os objetivos do sistema processual; assim como a legislação é o poder estatal exercido para criar normas e a administração, para governar. Como *função* a jurisdição caracteriza-se pelos escopos que mediante seu exercício o Estado-juiz busca realizar – notadamente o escopo social de pacificar pessoas, eliminando litígios (*supra*, nn. 48 ss.). A *atividade* jurisdicional constitui-se dos atos que o juiz realiza no processo, segundo as regras do procedimento.⁶

Portanto, tem-se que a jurisdição foi estabelecida para que o Estado pudesse desempenhar seu papel, isto é, além de criar as normas jurídicas que disciplinam a vida em sociedade, passou a aplicar as regras impostas, atuando de forma direta nas relações jurídicas existentes.

Ressalta-se, por oportuno, o posicionamento de eminentes doutrinadores acerca do conceito de jurisdição. Inicialmente, Pontes de Miranda afirma que:

A jurisdição é a atividade do Estado para aplicar as leis como função específica. O Poder Legislativo, o Poder Executivo e os próprios particulares aplicam a lei, porém falta a todos a especificidade da função. Quando A e B

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013. pág. 303.

acordam em que B reduza a escrito o que prove a dívida de B a C, A e B aplicam a lei, sem terem função específica de aplica-la, sem jurisdição. Antes de ter o Estado monopolizando a função de julgar, havia a justiça de mão própria, mas essa justiça ainda não era a aplicação da lei como função específica.⁷

De acordo com Ana Pelegrini Grinover:

Da jurisdição (...) podemos dizer que é uma das funções do Estado. Mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).⁸

Tudo isso leva a crer que para que haja a efetiva atuação estatal na solução de conflitos entre particulares, titulares de deveres e obrigações, que se confrontam nas relações sociais do cotidiano, é necessária a provocação do Poder Público que se dará através do chamado direito de ação.

A atividade que é exigida coercitivamente pelo Estado deve ser praticada inicialmente e de forma autônoma pelo sujeito, sendo instrumento utilizado pelo Poder Público para impor a obediência às leis, a fim de colocar em prática regras de direito já existentes no ordenamento jurídico, isto é, apenas declarando sua existência, versando sobre direitos privados e, portanto, só observa-se sua atuação quando devidamente solicitada pela parte interessada. Não é espontânea.

Neste aspecto nasce o processo, o qual será utilizado pelos órgãos competentes para analisar casos concretos que são levados a seu conhecimento. Esses órgãos, no exercício da função jurisdicional fazem às vezes do próprio Estado, utilizando-se de um método de aplicação das normas jurídicas impostas aos sujeitos.

É o que leciona Humberto Theodoro Júnior ao esclarecer que:

Entre o pedido da parte e o provimento jurisdicional impõem-se a prática de uma série de atos que formam o procedimento judicial (isto é, a forma de agir em juízo) e cujo conteúdo sistemático vem a ser o processo.

⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. pág. 81.

⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007. Pág. 145.

(...)

Mas esse método (...) importa, também e principalmente, no estabelecimento de uma relação jurídica de direito público geradora de direitos e obrigações entre o juiz e as partes, cujo objetivo é obter a declaração ou a atuação da vontade concreta da lei, de maneira a vincular, a esse provimento, em caráter definitivo, todos os sujeitos da relação processual.⁹

O processo irá acompanhar a necessidade daquele sujeito que, tendo um interesse violado diante de uma pretensão resistida pela parte contrária, surgindo o litígio entre as partes, irá vincular o processo à sua vontade.

Como *método de trabalho*, processo é o resultado da soma de todas as disposições constitucionais e legais que delimitam e descrevem os atos que cada um dos sujeitos processuais realiza no exercício de seus poderes fundamentais, ou seja: a jurisdição pelo juiz, a ação pelo demandante e a defesa pelo réu. O conceito de processo abrange o de *procedimento* e o de *relação jurídica processual* (*infra*, nn. 387-390).¹⁰

Luiz Guilherme Marinoni ensina que o “Estado, ao proibir a autotutela privada, assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflitivos. O processo, pois, como instrumento de prestação da tutela jurisdicional, deve fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se o agir privado não estivesse proibido”.¹¹

Deste modo, pode-se dizer que para que a atuação estatal seja efetiva, como forma de garantir a paz social perante as relações jurídicas que se estabelecem entre os sujeitos de direitos e deveres dentro de uma sociedade, é necessário que a parte interessada na solução de eventual inchoque a tutela jurisdicional por meio de seu direito de ação.

Sob este prisma, Ada Pellegrino Grinover define o princípio da ação como:

atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional (...) denomina-se ação o direito (ou poder) de ativar os órgãos jurisdicionais, visando a satisfação de uma pretensão. A jurisdição é inerte, e, para sua movimentação, exige a provocação do interessado. É a isso que se denomina princípio da ação: *nemo iudex sine actore*

(...)

O princípio da ação manifesta-se, em primeiro lugar, através da iniciativa de provocar a movimentação do aparelho jurisdicional confiada à parte (...).¹²

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 21ª edição. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2004. pág. 35.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013. pág. 304.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. pág. 25.

¹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007. Pág. 63 e 65.

Esse direito de ação é um direito subjetivo que o sujeito exerce contra o Estado para que este atue em seu benefício, mas não pode ser confundido com o direito material daquele que é titular do que se pleiteia judicialmente. Isto que dizer que o fato de movimentar a máquina judicial não está diretamente ligado ao fato de ter ou não razão no pleito formulado, pois a atuação estatal está relacionada com a jurisdição, podendo tanto resultar na procedência ou improcedência jurídica do pedido.

Há que se destacar, ainda, que o direito de ação também vem disposto entre os princípios e garantias constitucionais fundamentais, sendo, portanto, um direito público de todo e qualquer cidadão.

O inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira trata do princípio da inafastabilidade da jurisdição, garantindo o exercício da ação e, por conseguinte, cria para o autor o direito à prestação jurisdicional, direito que é um reflexo do dever estatal de prestação da tutela jurisdicional quando esta é requerida pela parte interessada, a fim de que seja solucionada a lide existente.

Consagra-se, portanto, de acordo com os ensinamentos de Alexandre de Moraes, o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo, sendo obrigatório ao Poder Judiciário:

efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.

Além disso, Alexandre de Moraes define o princípio da legalidade, demonstrando que toda e qualquer violação a direito do cidadão pode ser levada ao conhecimento do Poder Judiciário, que tomará as medidas necessárias para restabelecer a situação anterior, aplicando as normas de direito no exercício de sua jurisdição, fazendo a seguinte afirmação:

O princípio da legalidade é basilar na existência do Estado de Direito, determinando a Constituição Federal sua garantia, sempre que houver violação do direito, mediante lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV). Dessa forma, será chamado a intervir o Poder Judiciário, que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto.¹³

¹³ Dados extraídos da obra de: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007. pág. 77-78.

No mesmo sentido verifica-se o posicionamento de Nelson Nery:

podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação.¹⁴

1.2. Garantia constitucional de ação e resultado efetivo do processo

Como visto alhures, a garantia constitucional de ação está diretamente atrelada ao princípio do acesso à justiça e da inafastabilidade da prestação jurisdicional. É evidente que o direito de ação só ganha relevância quando se está diante de uma organização jurídica na qual a prestação jurisdicional se coloca como principal objetivo, sendo tanto a motivação inicial, como o próprio ponto de partida daquele que busca amparo às suas *lamúrias* junto ao Poder Judiciário.

É assim, pois, que o Estado representa a chave e o elo para que os cidadãos organizados em sociedade consigam dirigir suas queixas, impugnações e reflexões, a fim de conquistar aquilo que entendem ser representativo de seus direitos.

O resultado no sentido literal e indicativo de ganhar ou perder não é o que realmente move os questionamentos judiciais, mas sim o fato – que nada tem de simplório – de obter um pronunciamento estatal a respeito daquilo que lhe aflige e que o sujeito, no mínimo, pressupõe ter sido violado.

(...) O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: *sociais, políticos e jurídico*. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno de *pacificação social* (*supra*, n.7) constitui fatos importantes para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político.¹⁵

Nas palavras do nobre doutrinador José Roberto dos Santos Bedaque o direito constitucional de ação “garante a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa, ou seja, coloca à disposição de todas as pessoas mecanismo destinado a proporcionar a satisfação do direito”.

¹⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª edição. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2004. pág. 132 e 136.

¹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007, pág. 60.

E prossegue em seu raciocínio ao afirmar que:

Nessa medida, a Constituição Federal não confere proteção apenas a quem efetivamente possui direito. Todos podem requerer a tutela jurisdicional, ainda que dela não sejam merecedores. O que está à disposição de qualquer pessoa, titular de direitos ou meras pretensões infundadas, é o mecanismo previsto pelo legislador constitucional, por ele minuciosamente modelado, para viabilizar a tutela jurisdicional a quem efetivamente fizer jus a ela.

(...)

Acesso à justiça ou, mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou melhor, do *devido processo constitucional*. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo *equo, correto, giusto*.

As garantias constitucionais do processo asseguram esse mecanismo adequado à solução das controvérsias. São garantias de meio e de resultado. Estão diretamente relacionadas não apenas aos instrumentos processuais adequados, como também, e principalmente, a um resultado suficientemente útil e eficaz para quem necessita valer-se dessa atividade estatal. (...).¹⁶

É com base nessa ideia que o posicionamento majoritário da doutrina ao conceituar o *direito de ação* parte do pressuposto de que seria um direito abstrato, na medida em que não depende do resultado final do processo, sem deixar de ser subjetivo por representar a provocação do sujeito ao exercício da função jurisdicional pelo Estado que busca a solução dos conflitos, de onde vem sua natureza pública.

Nunca é demais lembrar que o exercício dessa prerrogativa é também configurado por sua natureza autônoma e genérica pelo fato de ser atribuído a todo e qualquer cidadão, por mais diversos que sejam os interesses colocados em cada caso específico.

Conclui-se, portanto, tratar-se de um *direito subjetivo público e abstrato*, pois não está diretamente ligado a um pronunciamento favorável ou desfavorável. E, ao mesmo tempo, caracteriza-se por sua natureza autônoma, na medida em que independe do direito subjetivo material e, por fim, é instrumental por ter como finalidade a solução dada a uma pretensão de direito material. O que está ligado ao concreto (direito material) é a pretensão, e não a própria ação.

¹⁶ Dados extraídos da obra de: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantias da Amplitude de Produção Probatória* in TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pág. 151.

Quando se afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, a Constituição Federal está a garantir o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o qual representa a outorga ao Poder Judiciário do monopólio da jurisdição e, por outro lado, faculta aos indivíduos o direito de movimentar a máquina jurisdicional quando assim entenderem *necessário e adequado*.

Luiz Rodrigues Wambier explica:

Se, por um lado, o Estado avoca para si a função tutelar jurisdicional, por outro lado, em matéria de direitos subjetivos civis, faculta ao interessado (em sentido amplo) a tarefa de provocar (ou invocar) a atividade estatal que, via de regra, remanesce inerte, inativa, até que aquele que tem a necessidade da tutela estatal quanto a isso se manifeste, pedindo expressamente uma decisão a respeito de sua pretensão.¹⁷

O princípio da inafastabilidade da jurisdição é a principal garantia dos direitos subjetivos. Fundamenta-se também no princípio da separação de poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais.

Segundo esclarecimentos de Alexandre de Moraes:

O Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade de ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.¹⁸

E fundamentado em tal princípio constitucional é que se garante a vedação a qualquer conduta que exclua determinada matéria à apreciação do Estado, representado, nesse momento, pelo Poder Judiciário, que deverá atuar sempre observando a absoluta imparcialidade que lhe cabe durante a análise do caso concreto levado ao seu conhecimento.

Como visto, a garantia constitucional do direito de ação representado pelo princípio constitucional do acesso à justiça é fruto de uma evolução histórica e de uma necessidade social, que em razão de sua importância, foi elencada dentre os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal.

¹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento*. 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 37

¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1o à 5o da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência*. 2ª. edição. São Paulo: Atlas S.A., 1998, pág. 197.

Não destoando, Luiz Fux, diz que:

O direito de agir, isto é, o de provocar a prestação da tutela jurisdicional é conferido a toda pessoa física ou jurídica diante da lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo e tem sua sede originária [...] na própria Magna Carta.¹⁹

Deve ser dito ainda, que a garantia constitucional do acesso à justiça vai além da obrigação do Estado em prestar a tutela jurisdicional. O Estado deve adotar meios que viabilizam e facilitam o acesso à justiça, como, por exemplo, a lei que garante o benefício da gratuidade da justiça àquele que não tem condições de arcar com as custas processuais e honorários advocatícios (Lei n. 1.060/50), sem esquecer da criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Isto que dizer que a parte, ao buscar a prestação da tutela jurisdicional quer ver satisfeito ou cessada a ameaça empregada contra o seu direito. Espera-se que a tutela jurisdicional prestada pelo Estado seja efetiva e eficaz, produzindo efeitos no plano fático, o que se traduz na efetividade da tutela jurisdicional.

A esse respeito, Luiz Rodrigues Wambier nos ensina que:

À luz dos valores e das necessidades contemporâneas, entende-se que o direito à prestação jurisdicional (garantido pelo princípio da inafastabilidade do controle judiciário, previsto na Constituição) é o direito a uma proteção efetiva e eficaz, que tanto poderá ser concedida por meio de sentença transitada em julgado, quanto por outro tipo de decisão judicial, desde que apta e capaz de dar rendimento efetivo à norma constitucional.

(...)

Mas não se trata de apenas assegurar o acesso, o ingresso, no Judiciário. Os mecanismos processuais (i.e., os procedimentos, os meios instrutórios, as eficácias das decisões, os meios executivos) devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados – assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àquele que tem razão.²⁰

Para que haja efetividade, não basta que seja assegurado o acesso à Justiça ou facilitado seu acesso, as decisões, o julgamento e o resultado da análise do mérito deve ser útil e apto a produzir efeitos práticos na vida social. É o que defendem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero ao afirmar que:

[...] restou claro que hoje interessa muito mais a efetiva realização do direito material do que sua simples declaração pela sentença de mérito. Daí, pois, a

¹⁹ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 144.

²⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento*. 9. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 321 e 70.

necessidade de compreender a ação como um direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, como direito à ação adequada, e não mais como simples direito ao processo e a um julgamento de mérito. [...] ²¹

Assim, muito embora a garantia constitucional do acesso à justiça seja um relevante direito assegurado pela Constituição Federal, a efetividade e a eficácia da tutela jurisdicional são as grandes responsáveis pela satisfação e produção de efeitos no plano fático, logo, de quase nada adianta ter acesso à justiça se esta é ineficaz, pois, “garantir às pessoas a tutela jurisdicional e prestar-lhes a tutela inefetiva e ineficaz é quase o mesmo que não prestar a tutela” ²²

1.3. Princípio do contraditório e garantia constitucional do direito a prova

Analisando a estrutura processual brasileira especificamente no que diz respeito ao início do processo, as ferramentas aplicadas durante seu desenvolvimento e a busca por uma prestação jurisdicional justa e efetiva, não se pode olvidar dos princípios constitucionais que norteiam o próprio processo, como é o caso do devido processo legal e, por sua vez, do *princípio do contraditório*.

Esse princípio também é responsável por garantir a necessária imparcialidade do órgão jurisdicional, permanecendo as partes ocupando posições igualitárias dentro do processo a evitar favoritismos que poderiam prejudicar a análise do caso concreto e o pronunciamento final sobre o tema abordado.

Fala-se, portanto, na bilateralidade das ações e, como consequência direta, a bilateralidade do processo. Isto porque, todo processo será composto por pelo menos um sujeito figurando no polo ativo (autor) e polo passivo (réus) da demanda.

O autor instaura a relação processual ao invocar a prestação de uma tutela jurisdicional, mas somente quando o réu é chamado a se defender é que efetivamente surge a relação processual, colocando-se o juiz em posição equidistante entre as partes, pois só assim ambas terão possibilidade de expor suas razões. ²³

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme, Daniel Mitidiero. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 97.

²² WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento*. 9. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 321.

²³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007, pág. 74.

Segundo nos ensina Cândido Rangel Dinamarco:

Para cumprir a exigência constitucional do contraditório, todo modelo procedimental descrito em lei contém e todos os procedimentos que concretamente se instauram devem conter momentos para que cada uma das partes *peça, alegue e prove*. O autor alega e pede na demanda inicial; instituído o processo mediante o ajuizamento desta, o réu é admitido a *pedir* logo de início, podendo alegar fundamentos de defesa e postular a improcedência da demanda ou a extinção do processo; (...) ambas as partes são admitidas a *produzir provas* dos fatos alegados. (...)

Essa é a dinâmica do *pedir-alegar-provar*, em que se resolve o contraditório posto à disposição das partes. Essa participação torna-se criticamente necessária para a defesa dos direitos em juízo quando surge algum ato contrário ao interesse do sujeito.²⁴

Disso decorre o fato de que as partes devem estar a par de todas as informações constantes no processo, a fim de garantir o efetivo gozo do contraditório. Essa comunicação é efetuada pelo juiz e seus auxiliares por serem eles os detentores iniciais das informações e atos praticados.

Portanto, destaca-se como princípios fundamentais ao desenvolvimento do processo o *contraditório* e a *ampla defesa*, já que são responsáveis por assegurar o direito de ação no plano constitucional. E esses princípios, a seu turno, estão intrinsecamente ligados aos mecanismos de efetiva participação das partes para o convencimento do juiz.

Aí está evidentemente a importância da produção de provas no intuito de desconstituir os pontos tidos como controvertidos e, de acordo com o interesse de cada parte, reforçar as afirmações feitas a seu favor.

A respeito do tema, José Roberto do Santos Bedaque nos ensina que esses princípios “compreendem o poder conferido à parte, de se valer de todos os meios de prova possíveis e adequados à reconstrução dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito afirmado”.

E continua:

O direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa. O problema não pode ser tratado apenas pelo ângulo do ônus (CPC, art. 333). Necessário examiná-lo do ponto de vista da garantia constitucional ao instrumento adequado à solução das controvérsias, dotado de efetividade suficiente para assegurar ao titular de um interesse juridicamente protegido em sede material, a tutela jurisdicional.

Para que o processo possibilite real acesso à ordem jurídica justa, necessária a garantia da produção de prova, cujo titular é, em princípio, a parte, mas

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013. pág. 222.

não exclusivamente ela, pois ao juiz, como sujeito interessado no contraditório efetivo e equilibrado e na justiça das decisões, também assiste o poder de determinar as provas necessárias à formação de seu convencimento.²⁵

Em que pese a relevante contribuição das provas ao deslinde da celeuma trazida pelas partes à análise do magistrado, bem como a força e amparo constitucional dado a esse importante instrumento, tais diretrizes não são calcadas em rigidez em nosso ordenamento.

Isso quer dizer que cada caso será analisado individualmente, cabendo ao juiz estabelecer como se dará a aplicação das regras processuais e probatórias, a depender dos limites que se mostram necessários para o fim almejado, qual seja o correto funcionamento do instrumento estatal de solução de controvérsias.²⁶

²⁵ Dados extraídos da obra de: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantias da Amplitude de Produção Probatória in TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pág. 168 e 169.

²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997. pág. 109 e 110.

2. A PROVA E O PROCESSO

2.1. Produção de provas e contribuição no processo

No capítulo anterior foram analisados os reflexos da prestação jurisdicional mediante o exercício do direito constitucional de ação e do contraditório na produção de provas – mesmo que de forma breve se comparado a todo escopo que intermedia e influencia o assunto.

As considerações ali apostas estão diretamente ligadas ao próprio exercício da democracia, ou seja, as diretrizes impostas pelo processo civil brasileiro, ente outras coisas, visam a garantir o respeito ao escopo político que leva à instauração das demandas.

Em outras palavras, a atuação das partes no processo tem o condão de contribuir com o seu desenvolvimento. As manifestações com supedâneo nas provas produzidas são fundamentais para garantir a participação e colaboração entre as partes no resultado da decisão do litígio, *i.e.*, do efetivo direito que buscam.²⁷

A participação das partes, todavia, não exclui a participação do juiz como um sujeito do processo. O magistrado deve, ao mesmo tempo que as partes, participar da construção da decisão, todos em colaboração.

É dizer que o juiz, no exercício de suas funções, deve se ater à descoberta da verdade, o que fará mediante a reconstrução dos fatos narrados pelas partes, aplicando sobre estes a regra jurídica abstrata contemplada pelo ordenamento positivo, solucionando o conflito com base nas provas colhidas. O juiz deve julgar segundo o alegado e provado (*secundum allegata et probata iudex judicare debet*).

Diante disso, não se pode negar a evidente responsabilidade, tanto das partes litigantes, como do órgão julgador, respectivamente, quanto à forma como os fatos serão aduzidos e as provas que serviram de alicerce a análise de seus pedidos e os mecanismos que serão empregados com fulcro ao efetivo e justo resultado final do processo.

A produção probatória possibilitada pelo princípio do contraditório e direito de ação é a pedra chave para a garantia da prestação jurisdicional justa e eficiente.

²⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão* in Revista do Processo, ano 34, n. 168, São Paulo: RT, fev/2009, pág. 73 e ss.

Segundo José Manuel Arruda Alvim, a prova consiste "naqueles meios definidos pelo direito ou contidos por compreensão num sistema jurídico (v. arts. 332 e 366 do CPC), como idôneos a convencer o juiz da ocorrência de determinados fatos, isto é, da verdade de determinados fatos, os quais vieram ao processo em decorrência de atividade principalmente, dos litigantes".²⁸

Humberto Theodoro Júnior, por sua vez, afirma que provar "é conduzir o destinatário do ato (o juiz, no caso dos litígios sobre negócios jurídicos) a se convencer da verdade acerca de um fato. Provar é conduzir a inteligência a descobrir a verdade".²⁹

Como meios probatórios podemos citar a prova: *testemunhal, documental, pericial, depoimento pessoal, confissão*, e outros admitidos e regulados na legislação processual, inclusive as produzidas por meios eletrônicos e virtuais, as quais estão em constante evolução tecnológica.

Podemos dizer, então, que a prova é o meio que as partes utilizam para demonstrar o fato trazido ao crivo do julgador, que não pode dela se descurar, perquirindo, porém, a verdade em cada caso.

Portanto, a prova é responsável por formar a convicção do magistrado a respeito da verdade das alegações e fatos defendidas pelas partes. Isto quer dizer que a parte que pretender ver seu direito acolhido, deve necessariamente comprovar a verdade acerca do fato por ela aduzido.

Ao magistrado, por sua vez, compete buscar os meios necessários e válidos para dirimir eventuais dúvidas, o que será feito por meio da dilação probatória, até que esteja totalmente convencido de qual parte tem razão (procedência ou improcedência do pedido) ou se são ao mesmo tempo vencedoras e vencidas (parcial procedência do pedido).

A respeito da atuação do magistrado com o fim de administrar as provas produzidas e chegar ao *verdicto* do processo, Araken de Assis defende que:

No que tange ao magno problema da iniciativa de reunir e ministrar as provas tendentes a confirmar, ou não, as alegações das partes, o órgão judiciário brasileiro dispõe de poderes irrestritos. O juiz pode ordenar a produção de qualquer prova (art. 130 do CPC), *ex officio*, incumbindo ao autor antecipar as respectivas despesas (art. 19, § 2º, d o CPC). Por exemplo, o juiz poderá

²⁸ ALVIM, José Manoel Arruda. *Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil in* Revista de processo, nº 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 996, pág.399

²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pág. 381-382

valer-se do tão enaltecido quanto esquecido interrogatório para esclarecimento, previsto no art. 342 do CPC. E não convém olvidar que, nas causas em que se sobreleva o interesse público (art. 82, III, do CPC), intervém o Ministério Público, que é outro órgão do Estado, cujos poderes se equiparam aos das partes (art. 81 do CPC).

Pode-se afirmar, portanto, que a *finalidade* da prova é a de formar a convicção do julgador, a fim de que este faça incidir a norma jurídica ao fato, proferindo um veredicto que convença as partes.

2.2. Dever de veracidade e limites aplicáveis

Araken de Assis defende que o “dever de veracidade no processo civil não difere do comportamento que a ordem jurídica impõe aos sujeitos de direito na esfera privada. Só a conduta humana correta e veraz pode ser estimada conforme ao direito.”³⁰

A partir do momento em que o ordenamento jurídico faculta às partes todos os meios legais de prova (regra imposta no artigo 332, do CPC), faz-se necessário que se adote uma estrutura capaz de garantir que a manifestação das partes esteja atrelada à verdade dos fatos abordados no processo. É aí que o *dever de veracidade* se torna indispensável ao fim almejado: a correta e justa prestação jurisdicional.

O dever de veracidade, em termos simples, encerra uma obrigação de as partes, seus patronos e todos aqueles que participam do processo de dizerem a verdade, sempre forte na concepção de que o processo é realizado precipuamente no interesse público.

E uma coisa leva a outra. Partindo da premissa de que estamos diante de um ordenamento que prega a liberdade da produção de provas, mais do que nunca torna-se necessária a aplicação de regras que não comprometam nem o dever de veracidade, nem a liberdade de provas destinada às partes.

O dever de veracidade, ou seja, o dever de falar somente a verdade e/ou deixar de declarar aquilo que saiba não ser verdadeiro, está em conexão com todos os postulados éticos do processo. Ele apresenta um aspecto *lógico*, relacionado com o caráter publicista do procedimento e expresso na conduta da parte de não se furtar a cumprir suas imposições. E o aspecto *prático*, que realiza um contrapeso entre o dever público de veracidade e a liberdade

³⁰ Dados extraídos da obra de: ASSIS, Araken de. *Dever de veracidade das partes no processo civil*. Pág. 1 e 15 – disponível em http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100810135544.pdf - acesso no dia 25.3.2015.

que deve ser oferecida ao litigante, de maneira a não obstaculizar o rendimento de sua atuação.³¹

Pode-se afirmar que a lesão ao dever de veracidade obstaculiza a prestação jurisdicional, prejudicando o contraditório e o aspecto dialético do processo como um todo, reiterando o sentimento de descrédito no Judiciário, o que acaba por criar um círculo vicioso de comportamentos lesivos ao devido processo legal – por não acreditar na efetividade do procedimento, atua-se com tendências desleais; por assistir comportamentos desleais, descredita-se na efetividade processual.

Ao se teorizar acerca da veracidade, não é custoso imaginá-la como dever absoluto. Porém, quando se enfrenta a realidade fática, nota-se que a veracidade forçosa prejudica o contraditório, na medida em que vincularia a parte a dizer não só aquilo que a beneficiaria, como também o que traria vantagens somente à parte contrária.

Assim, como atesta Dinamarco, “as exigências de ética e lealdade não podem ir além do que permite a garantia constitucional do contraditório, sendo indispensável analisar em cada caso as circunstâncias da conduta da parte, em busca de traços reveladores de eventual má-fé mas sempre sem preconceitos ou exacerbações”.³²

Tendo em vista este caráter de enfrentamento natural do processo, não se pode esperar que o dever de cooperação e o decorrente dever de veracidade surjam de maneira espontânea – e é exatamente por isso que são postulados como deveres que ultrapassam a esfera formal, e que devem ser analisados à luz da razoabilidade.

Pode-se dizer que existe extrema dificuldade, dentro da doutrina processualista mais conservadora, em aceitar a exigência da veracidade como dever. Isso decorre da não-superação de um enfoque liberal e individualista do processo. Da mesma forma, há um grande temor na possibilidade de ampliação do espectro de proteção contra o abuso do processo.

Quando se consagra o relacionamento triangular, aponta-se para um tratamento igualitário das partes no âmbito processual, conferindo a estas uma dialeticidade real e equânime. Assim, deve-se coibir o comportamento passional das partes (passional, aqui, refere-se à acepção pejorativa do termo, relacionando-se com o descontrole emocional que motivaria uma atitude

³¹ ABDON, Helena Najjar. *O Abuso do Processo*. São Paulo: RT, 2007. p. 135.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 48.

vingativa no processo) para que se garanta a evolução do processo cooperativo. Para tanto, abandona-se a concepção de verdade como um dever moral, elevando-a à categoria de imperativo legal.³³

Segundo Pedro da Silva Dinamarco, a parte somente teria o ônus de afirmar. Logo, enquanto a parte estiver omitindo-se, não há o que se falar em descumprimento do dever de veracidade. Todavia, quando ela exercer esse ônus, não há como fugir de tal dever. Defende-se o direito ao silêncio, mas sem negar a possibilidade da omissão levar a alguma consequência processual. O autor inclusive entende pela possibilidade de aplicar presunções quanto a tal conduta omissiva.³⁴

O dever de veracidade encerra na existência de um dever amplo de colaboração ativa da parte com a instrução da cognição do juiz. Assim, desde o momento da propositura da demanda, passando-se pela ocasião de formação do objeto litigioso, chegando ao desenvolvimento das atividades probatórias e encerrando-se a instrução com uma decisão final e o seu devido cumprimento, o litigante (e o juiz deve auxiliá-lo nesse sentido) irá buscar a sustentação de sua tese, expondo os fatos em sua totalidade e conforme a percepção que deles tem, mas sem poder infringir o dever de veracidade.

Este é o verdadeiro significado e alcance do dever imposto à parte de dizer a verdade em juízo, o qual em última instância pode ser afastado de modo geral quando colidir com algum direito ou garantia constitucional de igual ou maior relevância para o caso concreto, dependendo sempre de uma análise comparativa e de ponderação sobre a prevalência de um ou de outro.

Conclui-se, portanto, que em todo o curso do processo as partes devem se posicionar de forma leal e proba, expondo os fatos necessários ao deslinde da demanda sem perder de vista o respeito a verdade a ele intrínseca, na medida em que serão de fundamental importância à motivação da decisão ao final proferida.

³³ BUZAID, Alfredo. *Processo e Verdade no Direito Brasileiro*. Revista de Processo nº 47. São Paulo: RT, 1987, p. 99.

³⁴ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ônus processuais: limites à aplicação das consequências previstas para o seu não cumprimento*, tese de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, pág. 126-127.

2.3. Valoração da prova e poderes instrutórios do juiz

Como visto, a produção de provas é elemento essencial a garantir o julgamento da questão posta em júízo. O juiz, ao se deparar com as afirmações e questionamentos trazidos no processo terá como principal aliado os documentos, testemunhos e depoimentos, provas técnicas e esclarecimentos para o pronunciamento justo e motivado que lhe compete.

O direito brasileiro adota o sistema da *persuasão racional do juiz*, o qual está diretamente ligado ao livre convencimento do magistrado. Isso quer dizer que as provas serão produzidas em determinado processo tal qual seja essa a necessidade verificada pelo juiz no caso concreto. Justamente por meio desse mecanismo é que se tem a possibilidade de um julgamento antecipado da lide, nos casos em que o juiz entende suficiente as informações existentes, não sendo necessária a abertura de instrução probatória.

Contudo, ainda que o processo seja julgado de acordo com o livre convencimento, o juiz está obrigado a motivar suas decisões. É por esse motivo que se fala em *persuasão racional*, que nada mais é do que a convicção a que o magistrado chega após a análise do processo, proferindo um resultado coerente e lógico com as informações que detinha e entendida suficientes para seu pronunciamento. O juiz busca, através de atividade intelectual, nos elementos probatórios, conclusões sobre os fatos relevantes ao julgamento do processo.

Diante desse cenário, o ordenamento jurídico brasileiro defende a igualdade de valor entre as modalidades de provas existentes e possíveis em cada processo. Isto quer dizer que nenhuma prova será considerada mais valiosa do que as demais, seja um documento, uma perícia ou mesmo o depoimento de uma testemunha com pleno conhecimento dos fatos.

Ao juiz é dado analisar fundamentalmente todos os dados, informações e provas que forem produzidas ao longo do processo. No entanto, é defeso motivar suas decisões com base na seriedade de determinado meio de prova. As provas devem ser apreciadas no contexto e conjuntamente com as demais provas. É o que impõe o artigo 131 do Código de Processo Civil:

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.

O critério do livre convencimento, segundo o qual o juiz pode avaliá-la da forma que lhe melhor convier, sendo soberanamente livre quanto à indagação da verdade e apreciação das provas; o critério da *persuasão racional* permite que o juiz aprecie as provas livremente, seguindo as suas impressões pessoais, utilizando-se de sua capacidade intelectual, devendo, contudo, expor na fundamentação, os motivos e as circunstâncias que formaram a sua convicção.

O juiz deve apenas motivar minuciosamente as decisões, a fim de garantir o conhecimento das partes a respeito dos fundamentos que levaram àquela decisão. Ou seja, a decisão motivada permite às partes conferirem que a convicção foi extraída dos autos e que os motivos que o levaram a determinada sentença chegam racionalmente à conclusão exposta pelo magistrado.

É o que nos ensina Ada Pellegrini Grinover:

(...) Na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vista à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. Era só por isso que as leis processuais comumente asseguravam a necessidade de motivação (CPP, art. 381 – CPC, art. 165 c/c art. 458 – CLT, art. 832). Mais modernamente foi sendo salientada a *função política* da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões.³⁵

Deve-se ressaltar, contudo, que a ampla liberdade com a qual o juiz valora a prova não se traduz em arbítrio, uma vez que ele não pode se afastar dos fatos estabelecidos para a construção da relação jurídica nem das provas colhidas nos autos.

É o que se extrai do artigo 335 do Código de Processo Civil, o qual preceitua que “em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda regras de experiência técnica, ressalvando quanto a esta, o exame pericial”.

Da interpretação do artigo supracitado deflui-se que há relações jurídicas sobre as quais o juiz pode exercer seu poder de cognição, expressando os motivos de sua decisão com informações

³⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007, pág. 87.

exteriores à instrução, quais sejam, as regras de experiência comum e as regras de experiência técnica.

É a respeito da atuação direta do magistrado no processo que se pode analisar os *poderes instrutórios*, atuando o juiz em nosso sistema processual contemporâneo como *diretor do processo*.

Nesse aspecto, cabe ressaltar que o juiz tem a possibilidade de deferir de ofício a produção de prova nos casos que entender ser relevante a possibilitar seu convencimento sobre os fatos aduzidos pelas partes e, por conseguinte, motivar sua decisão. Isso quer dizer que a produção de provas não representa mera disponibilidade e interesse das partes.

Tudo isso a orientar o julgador a buscar a verdade independente da preclusão para as partes se manifestarem a respeito das provas que pretendiam ser produzidas no curso da demanda, podendo valer-se de todos os meios probatórios permitidos no direito brasileiro. O magistrado pode até mesmo deferir e determinar produção que antes havia indeferido, caso haja necessidade de complementar a instrução do processo.

José Roberto dos Santos Bedaque nos ensina que se a parte não cumpriu com sua obrigação de comprovar suas alegações, o magistrado poderá se valer dos demais elementos existentes no processo. E, mais que isso, “se forem eles insuficientes, pode e deve o juiz, justificadamente, determinar a produção de outras provas, ouvindo até mesmo as testemunhas não arroladas no momento adequado”.

E continua seu raciocínio para desvendar até onde poderia o juiz poderia chegar utilizando-se de seu poder instrutório, afirmando que:

De qualquer modo, esse poder mais amplo do juiz, essa maior liberdade na determinação do sentido da norma, não significa discricionariedade. Por mais abertos e vagos que sejam os tipos legais, existem requisitos a serem atendidos cuja ocorrência no caso concreto deve ser aferida pelo julgador, que fundamentará sua decisão. Tais circunstâncias são incompatíveis com a suposta discricionariedade jurisdicional.³⁶

Diante de tais considerações, conclui-se que a prova pertence a todos os participantes da relação processual. Às partes a prova consiste na comprovação dos fatos por elas abordados e que são favoráveis aos seus interesses. Já ao juiz, a prova é essencial para que consiga

³⁶ Dados extraídos da obra de: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 26.

esmiuçar o objeto da demanda e garantir o convencimento que servirá ao pronunciamento judicial, podendo tanto determinar a realização da prova, como interferir em sua produção, com o dever de analisá-las de forma equânime.

3. ÔNUS DA PROVA

3.1. Distribuição do ônus probatório

O ônus probatório nada mais é do que o necessário cumprimento de uma faculdade das partes. Na realidade, representa uma ação que seria ao menos conveniente para a obtenção da vantagem pretendida ou, de outro modo, para evitar uma situação prejudicial que decorra de sua omissão. O ônus probatório, portanto, é imposto para o bem do próprio sujeito ao qual se destina.

Por essa razão, o descumprimento de um ônus não causa nenhum malefício ou diminuição patrimonial, tampouco frustra expectativas de outra pessoa. A parte tem plena liberdade de optar pela conduta ou pela omissão, sabendo, contudo, que, omitindo-se, agravará a sua situação no processo, causando-lhe prejuízo (certo ou meramente potencial) resultante da sua omissão.

Segundo a interpretação ao assunto dada por Cândido Rangel Dinamarco, o ônus da prova nada mais é do que “a necessidade de provar, em que se encontra cada uma das partes, para possivelmente vencer a causa”, afirmando que “recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato”.³⁷

O ônus probatório decorre do fato de que meras alegações produzidas nos autos pelas partes não são suficientes a formar a convicção do juiz. É necessário – e, diga-se, de extrema relevância para o interesse posto em juízo – que as partes utilizem de todos os mecanismos possíveis para convencer o juiz da veracidade dos fatos pro elas aduzidos.

Contudo, nunca é demais lembrar que apesar da expressão “ônus”, esse instituto nada mais é do que uma faculdade oferecida às partes para lhes garantir a possibilidade de fazer uso das ferramentas que estiverem ao seu alcance objetivando o sucesso ao final do processo.

Novamente cabe citar Cândido Rangel Dinamarco para trazer sua consideração ao ônus probatório, afirmando que O ônus da prova é definido por Cândido Rangel Dinamarco como sendo “o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013. pág. 410.

No que se refere à distribuição do ônus da prova entre as partes, o ilustre doutrinador afirma que:

A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar *secundum allegata et probata partium* e não *secundum propriam suam conscientiam* – e daí o encargo, que as partes têm no processo, não só de alegar como também de provar (encargo = ônus).

O fundamento da repartição do ônus da prova entre as partes é, além de uma razão de oportunidade e de experiência, a ideia de equidade resultante da consideração de que, litigando as partes e devendo conceder-se-lhes a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova. Do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito por ele invocado; do réu, as provas dos pressupostos da exceção.³⁸

É exatamente o que determina o artigo 333 do Código de Processo Civil, ao definir as regras concernentes ao ônus da prova, afirmando que ao autor compete demonstrar o fato constitutivo de seu direito e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse direito.

A esse respeito, cabe aqui salientar que a posição do réu se mostra mais cômoda, na medida em que nenhum ônus probatório recai sobre ele. Isso somente ocorrerá após a prévia manifestação do autor fundada em provar o fato constitutivo do seu direito.³⁹

Ou seja, se decorrida a instrução probatória o juiz ainda não estiver convencido do direito – ou ausência dele – do autor, a demanda será julgada improcedente sem a necessidade de qualquer atividade probatória desenvolvida pelo réu. É o mesmo que dizer que na ausência de provas o juiz não poderá o juiz deverá respeitar o princípio da isonomia entre as partes, sendo defeso dar maior credibilidade às alegações da parte autora em detrimento da parte ré.

³⁸ Dados extraídos da obra de: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013. pág. 409-410.

³⁹ Segundo Fredie Didier Jr., citando Chiovenda, “a posição do réu é até cômoda, dentro do processo, vez que sobre ele só recairá o ônus de provar, quando demonstrado o fato constitutivo do direito pelo autor. Sem prova do fato gerador de seu direito, o autor inevitavelmente sucumbe – independentemente de qualquer esforço probatório do réu. Na verdade, só se exige esforço probatório do réu em duas situações: a) provado o fato constitutivo do direito do autor, cabe ao réu provar fato extintivo, modificativo ou impeditivo deste direito, eventualmente alegado; ou b) provado o fato constitutivo do direito do autor, se o réu limitou-se a negá-lo – sem aduzir nada de novo –, cabe-lhe fazer a contraprova, de forma a demonstrar o contrário. A contraprova pode servir tanto para revelar a ilegitimidade formal ou material da prova trazida pelo autor sobre o fato, como para afastar a ocorrência do próprio fato. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão Precedente, Coisa Julgada e Antecipação de Tutela*, v. 2., 8ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 86).

Assim, quando o réu contesta apenas de forma direta as alegações do autor, o ônus probatório recai inteiramente sobre ele. Por outro lado, se o réu traz elementos referentes a uma defesa indireta, a regra inverte-se.

Portanto, conclui-se que a estrutura do direito processual civil brasileiro impõe regras as partes, a fim de que sejam instigadas a participar ativamente do processo por meio do contraditório e da ampla defesa, fazendo valer os princípios da inafastabilidade, imparcialidade e livre convencimento motivado.

Assim, pode-se dizer que as partes ter perfeita consciência do resultado danoso e a direta interferência de sua conduta desidiosa no processo, especialmente com relação às provas que deixam de produzir em seu próprio e exclusivo prejuízo.

É assim, pois, que o *onus probandi* se insere nesse contexto de motivações, levando cada um dos litigantes a participar da instrução probatória, segundo seu próprio interesse e com vista à defesa de suas pretensões através do processo, na medida em que se destina à formação do convencimento do juiz quanto aos fatos abordados na demanda e, por conseguinte, ao que preceitua o artigo 126 do Código de Processo Civil: “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais ou costumeiras; nos casos omissos recorrerá à analogia, e aos princípios gerais de direito”

Diante de tais apontamentos, fica claro que o ônus da prova nada mais é do que um importante instrumento conferido ao juiz para possibilitar as decisões que dele se espera. Na hipótese de ausência ou insuficiência de provas, quando o juiz decide onerar a uma das partes, imputando a esta a consequência do não esclarecimento dos fatos, inevitavelmente, estará recorrendo ao *aspecto subjetivo* do ônus probatório.

3.2. Momento da distribuição do ônus probatório

Segundo os ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque, o momento indicado para a distribuição do ônus probatório seria ao decidir. O doutrinador defende tratar-se de uma *regra de julgamento*:

As regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão somente no momento de decidir. São regras de julgamento, ou seja, destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restaram suficientemente provados. Antes disso, não tem ele de se preocupar com as normas de distribuição do ônus da

prova, podendo e devendo esgotar os meios possíveis, a fim de proferir julgamento que retrate a realidade fática e represente a atuação da norma à situação apresentada em juízo. Os princípios estabelecidos no art. 333 do CPC só devem ser aplicados depois que tudo for feito no sentido de se obter a prova dos fatos. E quando isso ocorrer, não importa a sua origem, isto é, quem a trouxe para os autos.⁴⁰

Diante de tais relevantes ponderações, tem-se que as regras de distribuição do ônus probatório não pertencem ao instituto da prova, mas sim estão relacionadas às situações em que se depara com a insuficiência de provas.

É por isso que a distribuição do ônus pode ser deixada de lado quando analisado o poder instrutório do juiz. Isto porque, como visto acima, além das partes o juiz também pode envidar esforços para obter maiores esclarecimentos sobre os fatos alegados no processo, o que aumenta a probabilidade de um julgamento correto.

Isso nos leva a crer que as regras do momento da distribuição do ônus probatório devem ser observadas em um segundo plano.

Ao juiz cabe decidir e motivar sua decisão conforme os elementos existentes no processo. Contudo, somente nos casos em que não for possível a prestação jurisdicional é que serão aplicadas as regras referentes ao ônus probatório. É esse o liame entre o poder instrutório do juiz e o ônus probatório.

Há aqui importante constatação que, em um breve resumo, diz respeito à atuação do magistrado diante das provas que necessitam ser carreadas nos autos. O juiz, ao se deparar com questionamentos fundamentais ao julgamento da demanda, não pode se omitir, eis que, como cediço, a ele é conferida a possibilidade de produzir tantas provas quanto entender pertinentes.

Ou seja, somente em última esfera é que o juiz vai analisar as regras de distribuição do ônus probatório. Isso se dará desde que o magistrado tiver atuado de forma diligente e direta nos autos a fim de chegar à conclusão de quem tem razão diante do caso concreto. Somente após a utilização de todos os mecanismos e ferramentas a ele dirigidos é que poderá recorrer às regras do ônus da prova.

⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 127 e 128.

Tudo isso com o objetivo claro de dirimir qualquer injustiça no curso dos processos e atuar com o fim de alcançar o resultado da atividade jurisdicional, isto é, a coincidência entre o provimento e a vontade do legislador.

A esse respeito, cabe citar mais uma vez o doutrinador José Roberto dos Santos Bedaque, que defende o seguinte:

Deve-se ressaltar, todavia, que a ampliação dos poderes do juiz no campo da prova não implica retirar das partes o ônus de deduzir os fatos com que pretendem demonstrar o seu direito. Cabe a elas a exposição da fonte de prova, isto é, do fato de que se servirá o juiz para decidir. Fenômeno diverso é a atividade desenvolvida por este para que seu provimento se aproxime o mais possível da verdade, ou, em outras palavras, para que sua decisão seja justa. Trata-se aqui do meio de prova. As fontes de provas são procuradas por quem averiguar os fatos; com os meios de prova se faz a verificação. À parte, compete averiguar e afirmar. Nada impede que a função verificadora seja entregue ao juiz, pois o acerto da decisão dela depende.⁴¹

3.3. Ônus probatório sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor

Conforme demonstrado acima, a ordem natural no que diz respeito a produção de provas é determinada pelas regras do artigo 333 do Código de Processo Civil, defendendo sobre quais pontos devem o autor e o réu de determinada demanda versar em suas manifestações durante a fase de instrução probatória.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a estruturante que antes era exclusiva e sumariamente aplicável, passou a tecer novos contornos. Tal fato passa a ser claramente perceptível com a análise do artigo 6º, inciso VIII do referido diploma legal, pois ali está disposto que o magistrado poderá determinar a inversão do ônus da prova quando presentes os requisitos fundamentais para tanto: a verossimilhança das alegações do autor ou quando restar demonstrada sua evidente condição de parte hipossuficiente naquela relação.

Ou seja, houve uma vertente alteração no cenário que antes pendia para a possibilidade de distribuição diversa do ônus da prova vinculada exclusivamente à vontade das partes, para a inversão segundo a demonstração de requisitos que facultariam a adoção de tal estrutura pelo próprio magistrado.

⁴¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 134.

Foi assim que o Código de Defesa do Consumidor não só conferiu poderes ao juiz, como também fez surgir tal possibilidade confrontando dados característicos do processo que não poderiam ser controlados pelo legislador.

Passou-se, então, a ignorar a distribuição do ônus da prova abstratamente definida pelo Código de Processo Civil e, em defesa da demonstração de *verossimilhança das alegações* ou respeito à *hipossuficiência* insculpida na figura do consumidor, garantir que o julgador invertesse o ônus da prova. Em outras palavras, tem-se que observados o preenchimento dos aludidos requisitos no caso concreto, desde que se tratando de situação de consumo, o autor passou a conferir ao magistrado os encargos de demonstrar a inexistência de fato constitutivo do direito por ele alegado.

A partir de tais premissas, outra importante conclusão se adota, qual seja o fato de que essa inversão do ônus da prova não emana exclusivamente da lei (mesmo sendo evidente que todas as relações processuais e seus institutos naturalmente decorrem do texto legal, ainda que indiretamente). O que ocorre nesse caso é a necessidade de pronunciamento do juiz a respeito da possibilidade – ou não – da inversão do ônus da prova no caso que está sendo analisado naquele momento.

Carlos Roberto Barbosa Moreira define essa inversão do ônus da prova como o fato de conferir ao magistrado o poder de apreciar as circunstâncias e, com base nela, decidir.⁴²

No que se refere ao requisito da *verossimilhança*, nota-se que ao juiz será necessário um juízo de probabilidade. As afirmações feitas pela parte precisam ser robustas e eficientes a ponto de, logo no momento inicial de apreciação da matéria discutida, seja possível a formação do convencimento judicial, ainda que por vezes provisório.

Já a hipossuficiência traz outras especificidades. A primeira delas é o fato de que de que essa condição do consumidor não está atrelada exclusivamente a uma hipossuficiência econômico-financeira. Isso não quer dizer que esse fato deve ser excluído da análise, já que muitas vezes ele pode ser de fato constatado. O que se impõe, por oportuno, é que esse pensamento inicial deve ser deixado de lado para que a hipossuficiência possa ser analisada a partir de sua real acepção: a hipossuficiente dirigida ao conhecimento (ou ausência de).

⁴² MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício ao consumidor*. RePro 86/295, esp. Pág. 299.

Isto porque, a lei protege o consumidor em detrimento do fornecedor sob a ótica de que ele, de um modo geral e sob o enfoque da ciência, se encontra em posição desvantajosa, em claro desequilíbrio de natureza técnica e científica. É o fornecedor quem detém todos os mecanismos e informações de produção daquele determinado bem ou serviço que é colocado à disposição do consumidor.

Pontuada tais questões e resolvido no caso concreto sua concreta demonstração, impõe-se ao juiz a inversão do ônus da prova como medida a favorecer o consumidor, pois, nesses casos, foi evidenciado que a produção de prova é ferramenta de alcance mais fácil e certo pelo fornecedor.

É exatamente sob tal ponto que se identifica e se aproxima da solução existente no direito brasileiro, qual seja a “teoria das cargas dinâmicas da prova”. Entretanto, não se pode olvidar que o legislador já havia dado mostrar de outra solução, a qual se referia ao ônus da prova nas “ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto” pela Medida Provisória n. 1.965, e que em tais casos incumbiria “ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação”.

Nessa hipótese observa-se a forte relação entre a atribuição do encargo e o poder do juiz, pois seria suficiente a verossimilhança das alegações no caso para que recaia ao beneficiário do negócio o ônus de provar sua regularidade.

É assim, portanto, que se mostra a grande distância da visão originária em que cabia ao alegante, fosse ele autor ou réu em determinada demanda, a obrigação de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante a produção dos meios de prova facultados em nosso ordenamento jurídico.

4. TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA PROVA

4.1. Origem e definição

A teoria da distribuição o ônus da prova foi desenvolvida pelo jurista argentino Jorge Walter Peyrano (*Teoria de las Gargas Probatorias Dinámicas*), no final do século XX. Baseando-se nas exposições de James Goldshmidt, Peyrano analisou a sistematização e o delineamento das linhas da aludida teoria, na qual o ônus da prova incumbe à parte que tem melhores condições de produzi-la.

Peyrano passou a demonstrar que, em determinados casos, em circunstâncias específicas, não seria conveniente a aplicação da regra geral acerca do ônus da prova. Defendia que tal formato de coleta de provas seria insuficiente ao convencimento do magistrado e possibilidade de uma prestação jurisdicional justa, na medida em que não seria permitida a avaliação absoluta do caso concreto.

Foi partindo de tal pressuposto que desenvolveu a tese de que a produção de provas deveria ser analisada individualmente e não necessariamente ligada à posição ocupada pela parte na relação processual.

Segundo Jorge Walter Peyrano, o conceito da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pode ser sintetizado da seguinte forma:

La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones em las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos.⁴³

Antonio Janyr Dall’Agnol Jr, por sua vez, define a teoria em comento da seguinte forma:

⁴³ Tradução sugerida: “A chamada teoria das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos órgãos jurisdicionais em determinadas situações em que não funcionam valiosa e adequadamente as previsões legais que, como norma, reparte os encargos probatórios. A mesma importa em 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 fácticas para produzi-las, para além do seu posicionamento como autor ou réu, ou de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos”. – *Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas*, p. 19-20.

Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto, (a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; (b) ignorável é a posição da parte no processo; (c) e desconsiderável se mostra a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc. Relevam, isto sim, (a) o caso em sua concretude e (b) a natureza do fato a provar - imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.⁴⁴

O que se pretende sob tal ótica é alterar a anterior estrutura de que “quem alega deve provar” para a possibilidade de que a prova seja produzida pela parte que detém melhores condições de produzi-la. É essa a ideia defendida por essa teoria, a qual contradiz a distribuição estática do ônus da prova justamente por, em alguns casos, dificultar a atuação do juiz e a análise dos fatos que realmente importam para o deslinde da questão discutida pelas partes.

Outro ponto que merece destaque é a intenção de evitar a ocorrência da chamada prova diabólica. Ou seja, se os casos forem analisados todos eles sob a distribuição estática, a parte que não detém os meios de prova deverá a qualquer custo comprovar suas alegações para garantir seja seu direito protegido, mesmo quando isso não for possível. É o paralelo criado entre a prova inexecutável e a decisão justa e segurança jurídica.

Contudo, apesar de tais apontamentos, Peyrano não pretendia substituir uma teoria por outra. Em seus estudos sempre procurou deixar claro que a distribuição estática seria a ordem comum ou geral nas relações processuais e a distribuição dinâmica viria como uma complementação a essa regra, ou seja, uma teoria seria supletiva a outra, e não substitutiva.

Pois bem. A partir do raciocínio desenvolvido, surgiu um novo questionamento, qual seja a forma como deveria ser aplicada a teoria. Passou-se a ser analisado, portanto, como se chegaria à conclusão de que o réu e não o autor é quem deveria provar um fato constitutivo.

A esse respeito, desenvolveu-se a técnica de que, na fase probatório, o juiz poderia agir de determinadas formas a garantir a aplicação da teoria aqui analisada, sendo elas (i) verificar se a parte teve papel preponderante no fato que originou a demanda; (ii) quem detinha o conhecimento e mecanismos à produção da prova necessária ao processo; (iii) se somente uma das partes teria condições de produzir determinada prova; e (iv) se a parte possui

⁴⁴ DALL'AGNOL JR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*, RT 788/98, São Paulo, Ed.RT, junho/ 2001. in ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras do ônus da prova*, São Paulo: Malheiros editores, 02.2011, pág.124.

conhecimentos técnico profissionais ou jurídicos que faz com que seja mais interessante instigá-la a produzir os esclarecimentos necessários ao processo.

Diante disso, tem-se que a aplicação dessa teoria acarreta no efetivo equilíbrio de forças entre as partes e, como resultado, uma melhor prestação da tutela jurisdicional pretendida, já que por meio desse mecanismo o juiz terá melhores condições de formar seu convencimento.

Neste contexto, veja os ensinamentos de Paulo Rogério Zaneti ao citar os comentários de Héctor E. Leguisamón sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório:

O conceito de ônus da prova tem evoluído no direito processual, aceitando-se um sentido mais flexível e facilitador de colaboração e boa-fé ao direito de provar. Assim aparece o novo conceito de ônus probatório compartilhado, como manifestação de uma nova cultura no processo judicial, caracterizada pela vigência do princípio da solidariedade e o dever de cooperação de todos na procura de um rendimento do serviço de justiça mais eficiente que o atual, no qual se encontra aceitável que, em boa medida, a tarefa probatória seja comum a ambas as partes.⁴⁵

Diante de tais apontamentos, conclui-se que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pode ser conceituada como a atribuição do encargo da prova à parte que tem melhores condições de produzi-la, independentemente de sua posição processual e da natureza dos fatos a serem provados, de modo a permitir uma avaliação absoluta e justa dos fatos pelo juiz da causa.

4.2. Teoria e receptividade no direito brasileiro

A teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova ganha relevância nos casos em que a distribuição estática se mostra insatisfatória na coleta de provas e, diante desse cenário, vem sendo estudada pela doutrina pátria e aplicada por nossos tribunais. O interesse, com visto acima, está ligado diretamente ao convencimento do magistrado para a absoluta apreensão da verdade dos fatos alegados no processo.

De acordo com Arruda Alvim, a insuficiência da aplicação do artigo 333 do Código de Processo Civil se evidencia do seguinte modo:

Casos haverá em que se poderá ter dúvida a respeito da distribuição, in concreto, do ônus da prova. Um dos critérios preconizados é o de, então, atentar-se, para a facilidade com que um litigante faria a prova do fato que

⁴⁵ ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras do ônus da prova*. São Paulo: Malheiros editores, 02.2011, pág.129.

lhe interessa e, correlatamente, a extrema dificuldade que essa mesma prova acarretaria se fosse feito pelo outro litigante.⁴⁶

Além disso, cabe aqui lembrar outra importante justificativa para aplicação dessa teoria, qual seja o fato de ir de encontro à figura da prova diabólica, o que acarreta na inutilização da ação judicial e, por conseguinte, viola o princípio do acesso à justiça.

É assim, pois, que se defende a função instrumental da teoria da distribuição dinâmica, ao atestar seu caráter de ferramenta jurídica que suaviza o peso da carga probatória àquele que não tem os meios adequados para sua produção. Ao ser aplicada a doutrina está, na realidade, optando pela flexibilização da regra geral imposta no código de Processo Civil.

Portanto, verifica-se que a teoria aqui analisada está em compatibilidade com os princípios constitucionais aplicáveis no direito processual brasileiro, os quais, andá que de forma breve, foram analisados de forma individualizada nos capítulos anteriores e se referem, sendo eles o princípio do acesso à justiça, do devido processo legal e do contraditório, todos eles coadunados com o conceito e possibilidade de observância dessa teoria.

Em que pese ainda não estar positivada no Código de Processo Civil Brasileiro, já vem sendo aplicada em determinados casos por nossos tribunais, justamente tendo como porta de entrada o sistema constitucional que visa não só a segurança jurídica, mas também a efetividade da tutela jurisdicional.

Neste sentido, João Monteiro de Castro afirma que:

A jurisprudência, dando mostras de flexibilizar o entendimento tradicional, em homenagem ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional, na medida em que esta objetiva garantir o direito a quem realmente o titule, já agrega esta teoria, que encontra campo no panorama do direito positivo brasileiro, sem, contudo, com ele conflitar.⁴⁷

Observa-se, ainda, que não é só no texto constitucional que essa teoria está amparada. Além do artigo 5º, *caput* e inciso I, da Magna Carta, a isonomia entre as partes que deve nortear qualquer relação processual está prevista expressamente no artigo 125, inciso I, do Código de processo Civil e igualmente serve de supedâneo para aplicação da teoria ao caso concreto.

⁴⁶ ALVIM, José Manoel Arruda, *Manual de Direito Processual Civil*, 12ª ed. Vol 2 (Processo de Conhecimento) São Paulo: Ed. RT, 2008, pág. 509 in ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras do ônus da prova*, São Paulo: Malheiros editores, 02.2011, pág.124

⁴⁷ CASTRO, João Monteiro de, *Responsabilidade Civil do Médico*, São Paulo, Método, 2005, pág.190. In ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras do ônus da prova*, São Paulo: Malheiros editores, 02.2011, pág.139.

Para Fredie Didier Jr., existem outros dispositivos do Código de Processo Civil que poderiam ser indicados como diretrizes favoráveis à aplicação da teoria da distribuição dinâmica da prova ao caso concreto, sendo eles os artigos 14, 16, 17,18 e 125, III, que tratam da lealdade, boa fé e veracidade processual, os artigos 339, 340, 342,345 e 355, que tratam sobre a cooperação das partes com o magistrado na elucidação dos fatos controvertidos.⁴⁸

Além disso, a própria interpretação sistemática do parágrafo único e inciso II, do artigo 333, bem como os artigos 130 e 139, todos do Código de Processo Civil, possibilitam a dinamização do ônus da prova ao defender a ideia de assegurar a paridade instrumental entre as partes e conferir amplos poderes ao juiz na condução probatória, como visto alhures.

Como já discutido, ao juiz poderá atuar de forma direta e definir como se dará a comprovação dos fatos narrados na demanda quando verificar que a distribuição estática do ônus da prova se torna inexecutível a comprometer sua própria atuação. É nesse contexto que se defende a ideia de colaboração das partes com a descoberta da verdade, ainda que para uma delas não seja interessante a produção da prova.

Em suma, a dinamização do ônus da prova pode ser aplicada atualmente, ainda que não tenha positividade expressa, mediante a aplicação supletiva dos preceitos constitucionais e processuais acima indicados.

⁴⁸ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil –Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, Salvador: Podivum 9ª edição, 2008, pág.527

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática apresentada como ponto de partida do presente trabalho, apesar de ser objetiva, não é das mais simples (e não se tem a pretensão de apresentar uma conclusão que possa ser única, nem aquela que deve ser inegavelmente aceita): os atuais modelos de processo civil não são capazes de garantir com êxito a entrega de uma tutela que possa ser realmente chamada de justa, participativa e efetiva.

E não importa. Quando existir prevalência de um ou de outro sujeito do processo, certamente as decisões serão originadas a partir de uma visão distorcida do litígio e, portanto, incapaz de trazer justiça, democracia e efetividade ao caso concreto.

O modelo que tende a eliminar o problema encontrado de protagonismo de um ou de outro sujeito processual é aquele baseado na colaboração entre eles.

Todas proposições lançadas em cada um dos capítulos anteriores por uma questão de coerência partiram da visão de que o processo civil brasileiro não se realiza somente no interesse das partes, mas também e principalmente no interesse público.⁴⁹

Encarado a partir dessa dimensão, o processo civil passa a favorecer e a impor um constante diálogo entre os sujeitos do processo, exigindo, principalmente, de todos os indivíduos uma conduta que visa aos fins da jurisdição e não apenas ao quanto esperado pela própria parte da demanda.⁵⁰

Por uma questão puramente metodológica e até mesmo necessária, o foco do trabalho foi a análise de como esse formato baseado na possível colaboração entre os sujeitos do processo influencia positivamente a atuação das partes e do juiz no decorrer do processo para o alcance dos escopos do processo.

Todas as bases descritas têm um núcleo central: o da ética e lealdade processuais, ambas interpretadas em seu sentido mais amplo.

⁴⁹. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, 4ª ed., 2ª tiragem, trad. port. de BUZAID, ALFREDO, AIRES, BENVINDO e GRINOVER, ADA PELEGRINI, Rio de Janeiro: Forense, 2007, pág. 124.

⁵⁰. ABDO, HELENA NAJJAR. *O abuso do processo*, São Paulo: RT, 2007, pág. 127–134.

Como bem ressaltado por Alfredo Buzaid, o processo é, além de um instrumento técnico, um instrumento ético. Não obstante a dialética ser natural ao processo civil, as partes não devem agir deslealmente, empregar artifícios fraudulentos ou alegar informações falsas ou inexatas.⁵¹

E não somente as partes devem obedecer tais pilares. O juiz também deve praticar uma ética de responsabilidade, adotando uma postura de exigência e em um esforço de colaboração com as partes, traduzindo a atuação dele em autoridade, responsabilidade e confiança.

Especificamente, em um processo no formato de natureza cooperativa, emerge um aspecto mais restrito ligado à lealdade e boa-fé processuais, sendo indispensável o dever de veracidade.

A análise da obediência ou de uma possível violação ao dever de veracidade passar por consequência pela análise das alegações e atitudes dentro do processo dos sujeitos que dele participam, seja por um ato comissivo (narração de um fato), seja por um ato omissivo (silêncio).

Quanto aos atos comissivos, não deve haver dúvida que o dever de veracidade abarca toda e qualquer manifestação da parte. A lei impõe o dever de falar a verdade.⁵² Quanto ao silêncio, a problemática reside na consequência e proporção que tal omissão pode gerar.

Por seu turno, o comportamento omissivo é aceito, desde que não se revele em uma inverdade.⁵³ Não se espera que o litigante deliberadamente entregue à parte contrária as armas que a levarão a vencer a demanda, mas também não se permite que a parte esqueça que o processo se realiza igualmente no interesse público e que ele deve alcançar os escopos dele esperados.

O dever de veracidade, portanto, pode ser caracterizado como um dever amplo de colaboração ativa dos sujeitos que participam do processo com a instrução da cognição do juiz, cabendo a exceção nos casos em que a lei de modo geral permitir, como na situação de cumprimento de sigilo profissional ou no caso de incriminação do próprio sujeito ou até mesmo no caso de

⁵¹. BUZOID, Alfredo, *Exposição de motivos do Código de Processo Civil*.

⁵². DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ônus processuais: limites à aplicação das consequências previstas para o seu não cumprimento*, tese de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2007, pág. 127.

⁵³. Helena Najjar Abdo é pontual ao citar como exemplo da situação aventada a hipótese em que o credor, ao executar contrato de mútuo, omite o recebimento de uma ou mais parcelas. (*O abuso do processo*, São Paulo: RT, 2007, pág. 140).

eventual confronto de tal dever com alguma garantia ou princípio constitucional de igual força (devendo a situação ser resolvida vida ponderação de princípios).⁵⁴

A colaboração processual não deve se dar apenas entre os sujeitos parciais do processo. Ela também atinge o órgão jurisdicional, pois como representação do Estado, deve também contribuir para a consecução dos seus próprios fins.

Pode-se dizer, dessa forma, que assim como as partes possuem o dever de esclarecimento, o juiz também deve respeitá-lo – na medida de sua proporção.

Seguindo-se na análise mais detida quanto aos poderes-deveres do órgão jurisdicional necessários à implementação de um processo cooperativo, pode-se citar o dever de consulta. Por tal dever, o juiz nunca poderá decidir com base em questão de fato ou de direito sem que as partes sejam ouvidas (seja garantida a audiência, em verdade), ainda que tal questão seja conhecível de-ofício, o que está extremamente relacionada com o próprio princípio do contraditório: poder assegurado aos litigantes de influenciar na solução da controvérsia.⁵⁵

O dever de consultar as partes, como manifestação do princípio do contraditório impõe ao órgão judicante que cientifique as partes da orientação jurídica a ser adotada antes de proferir certa decisão, permitindo que os sujeitos parciais do processo tenham a chance de influenciar diretamente sua escolha.

Como se viu, de modo geral, as premissas estabelecidas da colaboração parametrizam e orientam as condutas dos seus sujeitos com o fito de alcançar os escopos do processo. E, se alcançada tal situação, poder-se-á falar de uma tutela jurisdicional prestada de modo efetivo e condizente com os escopos da jurisdição (objetivo maior a ser alcançado por meio de tal

Todavia, ainda que a adoção da técnica de participação e aproximação das partes seja imperiosa para o real alcance dos escopos do processo, ela não pode violar garantias e direitos fundamentais, igualmente tutelados por normas de ordem pública. A contextualização da aplicação de deveres e outros comportamentos necessários para sua implementação é importante, pois nem sempre uma boa instrução probatória poderá se sobrepor a todo e qualquer interesse individual.

⁵⁴. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pág. 57.

⁵⁵. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, pág. 148–162.

Existe, portanto, uma escusa genérica da parte em colaborar com a busca da verdade, baseada na sobreposição e balanceamento de princípios.

Assim, impõe-se ao juiz que antes de proferir a sentença (ou até mesmo qualquer outra decisão), demonstre às partes os pontos controvertidos que ainda devem ser enfrentados por elas; deve dar oportunidade às partes de se manifestarem sobre cada questão que levará em conta na sua decisão. O magistrado também precisa enfrentar todas as razões apresentadas pelas partes ao longo do processo quando da fundamentação de sua decisão, não bastando o acolhimento de uma razão em detrimento das demais (situação muitas vezes encontrada no atual panorama); deve o órgão jurisdicional dizer o porquê da recusa de todas as outras.⁵⁶

É de suma importância que o Estado-juiz ao longo do procedimento atue em conjunto com todos os outros sujeitos do processo; ele deve assumir uma posição de destaque apenas no momento em que for decidir a causa, mas sempre respeitando os elementos básicos de um modelo cooperativo.

Estas foram as conclusões enfeixadas ao longo de cada capítulo e item deste trabalho, as quais de um modo geral demonstram que a participação ativa das partes e em conjunto com o juiz é mais apto a proporcionar a possibilidade do processo servir como instrumento de concretização dos escopos da jurisdição. Ou seja, conclui-se de um modo geral que para que os escopos da jurisdição sejam alcançados, as partes e o Estado-juiz devem atuar em constante diálogo, aberto e franco, até quando tal diálogo não se sobrepuser a algum direito ou garantia fundamental; situação esta que deverá levar o órgão judiciante sempre a uma análise de proporcionalidade e razoabilidade sobre os direitos que estarão em jogo para melhor atender aos jurisdicionados.

⁵⁶. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2ª ed., col. Temas Atuais de Direito Processual Civil, vol. 14, São Paulo: RT, 2011, pág. 150–151.

BIBLIOGRAFIA

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*, São Paulo: RT, 2007.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*, 12ª ed. Vol 2 (Processo de Conhecimento) São Paulo: Ed. RT, 2008, in ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras do ônus da prova*, São Paulo: Malheiros, 2011.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil in Revista de processo*, nº 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 996

ASSIS, Araken de. *Dever de veracidade das partes no processo civil in Revista Jurídica*, vol. 58. n. 391, Sapucaia do Sul, mai/10.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 5ª ed., São Paulo: RT, 2011.

_____. *Garantia de amplitude da produção probatória in CRUZ E TUCCI (org.), José Rogério, Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo: RT, 1999.

BUZAID, Alfredo. *Processo e verdade no direito brasileiro*, Revista de Processo, vol. 12, nº. 47, São Paulo: RT, jul.-set./1987.

CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo in Studi in onere di Enrico Redenti*, v. II, Milano, Giuffrè, 1951.

CASTRO, João Monteiro de, *Responsabilidade Civil do Médico*, São Paulo: Método, 2005, in ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras do ônus da prova*, São Paulo: Malheiros, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pelegrini. *Teoria Geral do Processo*, 23ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

DALL'AGNOL JR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*, RT 788/98, São Paulo, Ed.RT, junho/ 2001. in ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras do ônus da prova*, São Paulo: Malheiros editores, 2011.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil –Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, Salvador: Podivum 9ª edição, 2008.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão Precedente, Coisa Julgada e Antecipação de Tutela*, v. 2., 8ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013.

_____. *Vocabulário do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, vols. I, II e III, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *A instrumentalidade do processo*, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *A reforma da reforma*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ônus processuais: limites à aplicação das consequências previstas para o seu não cumprimento*, tese de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARINONI, Luis Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme, Daniel Mitidiero. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2ª ed., col. Temas Atuais de Direito Processual Civil, vol. 14, São Paulo: RT, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência*. 2ª edição. São Paulo: Atlas S.A., 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício ao consumidor*. RePro 86/295,

NERY JR., Nelson, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª edição. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2004.

PEYRANO, Jorge Walter - *Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas*.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

TARUFFO, Michele. *Verità e probalità nella prova dei fatti in* Revista de Processo, v. 154, dez/07, São Paulo: RT, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003,

_____. *Processo Cautelar*. 21ª edição. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento. 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão* in Revista do Processo, ano 34, n. 168, São Paulo: RT, fev/2009.

ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras do ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011.