

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE - CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL SOB O ASPECTO DA
INSTRUMENTALIDADE**

SÃO PAULO
2014

GUSTAVO NOBUHICO KASAOKA

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL SOB O ASPECTO DA INSTRUMENTALIDADE

Trabalho de conclusão de curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de especialista em direito processual civil ao curso de pós-graduação em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE.

Orientador: Prof. Ms. Luís Eduardo Simardi
Fernandes

SÃO PAULO

2014

GUSTAVO NOBUHICO KASAOKA

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL SOB O ASPECTO DA INSTRUMENTALIDADE

Trabalho de conclusão de curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de especialista em direito processual civil ao curso de pós-graduação em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE.

São Paulo, ____ de _____ de 2014.

Conceito atribuído: _____

Prof. Ms. Luis Eduardo Simardi Fernandes - Orientador

Ao meu filho e aos meus pais, dedico meu carinho e amor incondicionais.

Ao professor Leonardo e às juízas federais, Nilce e Raecler, consigno minha demonstração de respeito e admiração.

Às colegas Mikie e Cristiane, do Núcleo de Biblioteca do Fórum Pedro Lessa, meu profundo agradecimento.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo do ônus da prova sob o enfoque metodológico da *instrumentalidade*. Perquire sobre a suficiência do atual modelo que distribui o ônus da prova contido no artigo 333, do Código de Processo Civil, à luz dos preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, refletido na Constituição da República de 1988. Discorre sobre as teorias do ônus da prova desenvolvidas a partir do século XIX. Expõe, conforme apresentado pela doutrina, hipóteses de modificação do regime estático da distribuição do *onus probandi*. Diante da situação de aplicação não-conforme à Constituição do artigo 333, do CPC, propõe como regime adequado de substituição excepcional, a teoria argentina da distribuição dinâmica do ônus da prova. Por fim, expõe as inovações à lei processual em debate perante o Poder Legislativo.

Palavras-chave: Direito processual constitucional. Teoria geral do processo. Instrumentalidade. Direito processual civil. Parte Geral. Processo de conhecimento. Cognição. Instrução probatória. Direito probatório. Ônus da prova. Poderes Instrutórios do juiz.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	4
2 MODERNIDADE E LINHAS EVOLUTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	7
2.1 DA POSIÇÃO SÓCIO-POLÍTICA	11
2.1.1 O Acesso à Ordem Jurídica Justa	17
2.1.2 A Universalidade da Tutela Jurisdicional	19
2.1.3 A Efetividade do Processo	21
2.1.4 A Participação no Processo e pelo Processo	21
2.2 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O CAPÍTULO	22
3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PROBATÓRIO	24
3.1 MATRIZ CONSTITUCIONAL DO DIREITO À PROVA	24
3.2 DIREITO À PROVA	25
3.3 DEFINIÇÃO DE PROVA	25
3.4 OBJETO DA PROVA	26
3.5 ÔNUS PROCESSUAL	28
3.6 NATUREZA DAS REGRAS QUE FIXAM A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA ENTRE AS PARTES	29
3.7 O JUIZ E O PROCESSO	33
3.7.1 Poderes Instrutórios do Juiz	34
3.7.2 Fases Processuais de Valoração e de Julgamento (o Princípio do Livre Convencimento Motivado e o Ônus da Prova)	38
4 JURISDIÇÃO E ÔNUS DA PROVA	40
4.1. DA POSIÇÃO DA NORMA JURÍDICA E DO FATO	40
4.2 TEORIAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA	43
4.2.1 Doutrinas Antigas	45
4.2.2 Teorias Fundadas na Natureza dos Fatos (Doutrinas Modernas)	48
4.3 O ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	52
4.3.1 Eficácia da Sentença Fundamentada na Regra de Distribuição do Ônus da Prova	53
4.3.2 Regimes de Modificação do Ônus da Prova	54
4.3.3 A Aplicação Não-Conforme à Constituição Federal do Artigo 333, do Código de Processo Civil	57
4.3.4 Teoria do Ônus Dinâmico da Prova	60
4.3.4.1 Incorporação da teoria do ônus dinâmico da prova no código de processo civil projetado	61
5 CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

1 INTRODUÇÃO

Parece intuitivo que o ponto de partida de toda atividade de descoberta é originada de um jogo de perguntas e respostas. Curiosamente, esta atividade desenvolve-se e é aprimorada por impulso, em especial, de questões que, ao final, conclui-se não comportar uma única solução. Por toda esta trajetória percebe-se aflorar não mais o interesse por simples respostas, mas pelo cultivo de um senso crítico a um dado sistema.

No presente trabalho o objeto de estudo é o sistema do direito probatório incorporado no processo civil brasileiro, com especial ênfase destinada à descoberta do instituto do ônus da prova, tanto em seu aspecto subjetivo como objetivo.

A prova, em seus plúrimos significados, pertence à parte geral da ciência processual e, na prática, assume delineamentos topológicos na fase de conhecimento do processo civil.

Seus institutos encontram-se regulamentados no Código de Processo Civil, em especial, no Capítulo VI - artigos 332 a 443, a despeito de disposições esparsas encontradas em seu texto normativo. O ônus da prova recebe regramento específico no artigo 333 e parágrafo único.

A relevância prática da disciplina do ônus da prova é demonstrada pelo reconhecimento de doutrina consagrada como a de Giuseppe Chiovenda que a refere como "figura entre os problemas vitais do processo"¹; ou então, na perspectiva de Leo Rosenberg, "a espinha dorsal do processo civil"²; ou, por fim, no raciocínio de Barbosa Moreira: *o acesso do juiz aos fatos dá-se (...) por meio da prova, e, se a maior dificuldade consiste (...) na reconstituição dos fatos, então se pode muito bem compreender que a prova seja, a mais das vezes, a encruzilhada decisiva do processo.*³

Ademais, considerando: a crise da ideologia do movimento liberal europeu do século XIX; o processo brasileiro de redemocratização, o que levou à promulgação da Constituição de 1988, com proposta de modelo de um Estado intervencionista; considerando, ainda, o nível de maturidade alcançado pela ciência processual a

¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 2. 1ª ed. Bookseller. Campinas, SP. pp. 375.

² ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 3ª ed. Buenos Aires: Ejea, 1956. p. 55.

³ MOREIRA, José C. Barbosa. *Julgamento e ônus da prova*. Temas de Direito Processual Civil – segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 73.

partir do século XX; assim como, o ambiente de debates sobre a elaboração de um novo Código de Processo Civil; a formulação do problema inicial deste trabalho parte do questionamento sobre a suficiência da regra estática da distribuição do ônus da prova para regular as diversas relações do direito material. Ou, então, se correta a proposição de Francesco Carnelutti, para quem a utilidade do sistema vigente deveria consistir na "busca econômica e segura para o meio termo dos casos, com sacrifício dos casos anormais."⁴

Desta maneira, o caminho de descoberta se deu inicialmente pelo delineamento das transformações do processo civil que levaram o sistema processual do abstrato ao concreto, do individual para o social, do nacional ao transnacional.

Adentrando na dogmática do direito probatório, o capítulo seguinte propõe-se à apresentação, em que pese a enorme gama de questões e institutos atrelados ao tema, dos principais institutos e debates hodiernamente alimentados pela doutrina, a partir dos posicionamentos sustentados pela jurisprudência, a respeito da prova e do ônus da prova.

O capítulo 4 teve foco no tema do ônus da prova, foram apresentadas as principais teorias que influenciaram o desenvolvimento do atual modelo de distribuição do ônus processual, revelando - o que afirmara Giuseppe Chiovenda - a dificuldade em se *chegar a uma formulação geral e completa do princípio que preside ao ônus da prova*,⁵ assim como, a insuficiência da regra do ônus da prova estático sob o prisma subjetivo, conforme advertido por Dinamarco na assertiva de que *nenhum ato ou fato juridicamente relevante é em si mesmo constitutivo, impeditivo, extintivo ou modificativo de direitos. A capacidade de constituir, impedir, extinguir ou modificar-se revela-se sempre em relação à finalidade com que o ato é alegado em cada litígio*.⁶

A partir do reconhecimento da insuficiência do sistema probatório posto, foi analisado o texto do projeto do novo Código de Processo Civil, que mantém o critério estático da distribuição do ônus da prova, reflexo do artigo 333, do CPC, contudo, propõe instrumento suplementar e subsidiário, para hipóteses especiais e

⁴ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 46.

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. op. cit. p. 447.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. 2. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 260-261.

claramente delineadas, cunhada pela doutrina como a *teoria dinâmica do ônus da prova*.

Por fim, a modelo do que Moacyr Amaral Santos introdutoriamente apresentou em seu 'Prova Judiciária no Cível e no Comercial' os créditos da presente pesquisa - isto é, se houver algum - “é mais dos autores compulsados do que meu propriamente.”⁷

⁷ SANTOS, Moacyr A. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*, vol. 1. 5ª ed. atual. Saraiva: São Paulo, 1983. *preâmbulo, VII.

2 MODERNIDADE E LINHAS EVOLUTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

O direito processual apresenta-se em estágio satisfatório de maturidade¹ dentre os ramos da ciência jurídica contemporânea. Este estágio evolutivo ultrapassa os limites territoriais das normas processuais nacionais; é verificado universalmente nas civilizações modernas, a par da existência de grandes diferenças entre os diversos sistemas processuais instalados ao redor do mundo, diferenças oriundas de resultantes históricas, culturais e políticas.

Indicador seguro² desta *maturidade* é a convergência do consenso sobre ideias comuns em torno do processo como, por exemplo: a autonomia do processo e seus institutos, a maior participação do juiz na preparação do provimento final, a necessidade de assegurar o juiz natural, o *due process of law* e a efetividade do processo com a real e equilibrada participação contraditória dos seus sujeitos interessados, bem como, uma vertente comum no entorno dos chamados *princípios formativos* (ou informativos).

Esta identidade de postulados é verificada a partir do exame dos princípios gerais que informam cada sistema processual, extraíndo-se a partir daí aqueles princípios comuns aos demais.

Considerados os escopos sociais e políticos do direito processual e do direito em geral, assim como o seu compromisso com a moral e a ética, há de se asseverar que certos princípios não se prendem à técnica ou à dogmática jurídicas, trazendo em si forte carga de valores exógenos ao sistema jurídico.

Ademais, nos ensina doutrina abalizada da teoria geral do processo que tais *diretrizes, apesar do forte conteúdo ético de que dotados, não se limitam ao campo da deontologia e perpassam toda a dogmática jurídica, apresentando-se ao*

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 20-22.: *Fundada a ciência, definido seu objeto, estabelecidas as suas grandes premissas metodológicas e traçada a sua estrutura sistemática, chegou-se afinal a um ponto de maturidade mais do que satisfatório no direito processual. (...) maturidade, caracterizada pelo encontro de todos em torno de certas idéias comuns, como a própria autonomia do direito processual e seus institutos, a maior participação do juiz na preparação do provimento que emitirá a final, a necessidade de assegurar o juiz natural o **due process of law** e a efetividade do processo, com a real e equilibrada participação contraditória dos seus sujeitos interessados.*

² DINAMARCO. op. cit.; v. tb., CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, pp. 59-61.

*estudioso do direito nas suas projeções sobre o espírito e a conformação do direito positivo*³.

Assim, os quatro princípios informativos podem ser compreendidos como normas ideais que representam uma aspiração de melhoria do aparelhamento processual, independentemente das opções políticas ou culturais que possam estar à base de cada sistema⁴, são eles:⁵

- i) o princípio lógico* - seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade e de evitar o erro;
- ii) o princípio jurídico* - igualdade no processo e justiça na decisão;
- iii) o princípio político* - o máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade;
- iv) o princípio econômico* - processo acessível a todos, com vista ao seu custo e à sua duração.

No campo da hermenêutica jurídica⁶, a ideia de permeabilidade dos escopos éticos, sociais e políticos do campo da deontologia jurídica para o âmbito da episteme, em que pese muito bem difundida na doutrina geral do direito, ainda encontra alguma resistência no ramo do direito processual.

³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 60. Observam os autores, também: *A experiência jurídica, segundo conhecidíssimo pensamento jurisfilosófico, pode ser estudada por três aspectos: norma, valor e fato. Sob o ângulo da norma, constrói-se a **epistemologia** (ciência do direito positivo), à qual pertence a dogmática jurídica, que estuda o direito como ordem normativa. Os valores éticos do direito são objeto da **deontologia** jurídica. O fato é estudado pela **culturologia**. Alguns dos princípios gerais do direito processual colocam-se entre a epistemologia e a deontologia, entre a norma e o valor ético, no liminar de ambos.*

⁴ Ibid. op. cit. p.22. nota n. 9.

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 60.

⁶ Cfr. FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 10ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. *passim*.: Os Sistemas Interpretativos podem dividir-se em três: dogmáticos, histórico – evolutivo; da livre pesquisa ou criação do direito; v. tb. RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Ed. RT, 1999. p.463.: *Dessas doutrinas, umas atribuem à interpretação o fim de descobrir a vontade do legislador; outras, o de apurar o sentido, ou o espírito da lei considerada em si, como ser autônomo, desligado de seus próprios antecedentes históricos; outros, ainda, o de proteger e disciplinar as situações de fato segundo as necessidades sociais do momento em que as normas são aplicadas; outras mais, o fim de uma livre investigação do direito, a fim de se criar a norma reputada mais conveniente à ordem social.*

Observa-se que esta resistência⁷ está muito ligada ao fato das normas processuais, em decorrência de sua instrumentalidade ao direito material, apresentarem caráter eminentemente técnico.

Esta posição dogmática, cuja visão de sistema processual é puramente técnica e focada na interrelação interna de seus institutos e postulados, com a devida vênua, está ultrapassada e se demonstrou incapaz de fazer o processo evoluir rente aos fatos sociais.

Neste sentido, a formulação apresentada pelo professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

Mostra-se totalmente inadequado, assim, conceber o processo, apesar do seu caráter formal, como mero ordenamento de atividades dotado de cunho exclusivamente técnico, integrado por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário. A estrutura mesma que lhe é inerente depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial. (...) O direito processual vincula, portanto, a relação entre o Estado e o cidadão a um especial e rico polo de interesse, do mais alto valor substancial, e não a uma

⁷ De modo geral, esta vertente doutrinária tem por fundamento a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, para quem: *a Teoria Pura do Direito, como específica ciência do Direito, concentra – como já se mostrou – a sua visualização sobre as normas jurídicas e não sobre os fatos da ordem do ser, quer dizer: não a dirige para o querer ou para o representar das normas jurídicas, mas para as normas jurídicas como conteúdo de sentido – querido ou representado.* (...) mais além, quando trata das indeterminações contidas nos dispositivos normativos, importante a transcrição do seguinte: *Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador - a determinar por qualquer forma que seja - ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.* KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp. 72 e 247. Em sentido oposto, LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

*simples técnica alterável conforme o gosto e o humor do eventual detentor do poder.*⁸

O cultivo do debate acerca dos institutos processuais é, todavia, produtivo, sendo o embate dos pontos e contrapontos apresentados pela doutrina especializada edificante.

Entrementes, uma vez conquistadas as bases científicas do direito processual parece natural seguir o fluxo evolutivo do direito processual examinado a partir de um ângulo externo, considerando seus aspectos deontológicos e teleológicos o qual exige mudança do enfoque que predominou durante a fase *autonomista* ou *conceitual* da ciência processual, marcada por pela postura puramente técnico-científica, introspectiva no estudo de seus institutos, categorias e conceitos fundamentais.

A sociedade moderna, de outro modo, vem exigindo nova vereda, guiada por uma sensibilidade sócio-política capaz de acompanhar seu ritmo de desenvolvimento de massa.

Todavia, tal vereda não deve ser confundida com simples atalhos, não deve ser trilhada pelo processualista moderno sem que carregue consigo a bagagem do rigor científico da matéria.⁹

Deve-se assumir uma postura crítica, conciliando e fundindo o pensamento e o método técnico-científico com as preocupações sócio-políticas, sob o auspício de Ada Pellegrini Grinover¹⁰, citando Barbosa Moreira¹¹, de que "menosprezar a dimensão técnica do direito é formidável equívoco, pois qualquer ciência demanda e se serve de instrumentos técnicos. Se é certo que o tecnicismo exacerbado esteriliza o direito, é igualmente certo que o direito sem técnica é reduzido a diletantismo, quando não a charlatanismo".

Caso contrário, em retrospecto à experiência perpassada pelas gerações anteriores - em especial a ciência jurídica alemã do final do século XIX -, o central

⁸ OLIVEIRA, Carlos A. A. de. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010. p. 94.

⁹ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Modernidade do direito processual brasileiro*. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 88, p. 273-298, jan. 1993. p. 290: *a novidade da orientação dos estudos processuais brasileiros, que o distingue de outros de igual tendência sociológica, é a estrita fidelidade ao método técnico-científico*.

¹⁰ Ibid.

¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reflexões sobre direito e sobre processo: duas gerações de processualistas brasileiros*. Rio de Janeiro, 1992. pp. 26-27.

comprometimento com a neutralidade axiológica e a exacerbação conceitual do *processualismo* acaba por manifestar consequências indesejáveis.

Naquele cenário, a absoluta separação do direito material e do direito processual produziu um processo incapaz de evoluir com os fatos sociais, assim como, acabou comprometendo a finalidade central do processo, qual seja: *servir à realização do direito material com justiça, segundo as peculiaridades do caso*¹².

Estabelecidas estas premissas, aflora a noção do processo adotada por este estudo como: **instrumento ético de solução de conflitos, servindo-se à concretização da justiça material.**

2.1 DA POSIÇÃO SÓCIO-POLÍTICA

No Brasil, consolidadas as bases científicas do direito processual - fase conceitual (autonomista ou processualista), marcada pelas grandes construções científicas -, passou a doutrina para a etapa *instrumentalista* do processo.

Conforme nos ensina Ada Pellegrini Grinover, o desencadeamento desse novo método, crítico por excelência, dependeu em grande parte do *florescer do estudo das grandes matrizes constitucionais do processo. O direito processual constitucional, como método supra-legal de exame dos institutos do processo, significou sua análise a partir de dado externo, qual seja, o sistema constitucional, que nada mais é do que a resultante jurídica das forças político-sociais existentes na nação*.¹³

Desde cedo, na Constituição Republicana de 1891, transpareceu a vontade do constituinte em impor avanço científico aos institutos jurídico-processuais. A partir dela, o ordenamento jurídico nacional teve incorporado institutos avançados importados do direito norte-americano, presentes até os dias atuais, v.g., o princípio da unidade da jurisdição, passando pelas garantias do *due process of law* e culminando com os instrumentos constitucionais de defesa das liberdades.

Em que pese a dedicação ao estudo do *direito processual constitucional* na época por nomes ilustres como o de Rui Barbosa e João Mendes Júnior, este tema permaneceu durante longos anos sem fortes reverberações no âmbito das ciências jurídicas; ressurgindo, com mais amplitude, entre as décadas de 1940-50, com a

¹² OLIVEIRA, Carlos A. A. de. op. cit. *passim*.

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini op. cit. p. 278.

Escola Processual de São Paulo influenciada pela *Escola Italiana* trazida por Enrico Tulio Liebman com sua vinda ao país.

Com a consolidação dos estudos do processo a partir da visão constitucional, propiciou-se clima metodológico para o desenvolvimento de uma *teoria geral do processo*, tendo na Constituição a plataforma comum às diversas disciplinas processuais¹⁴.

Ante o desenvolvimento dos estudos do *direito processual constitucional* e da formulação de uma *teoria geral do processo* de matriz constitucional, pavimentou-se caminho para a superação das colocações puramente técnico-jurídicas da fase *autonomista* do direito processual.

Neste sentido, discorre a professora Ada P. Grinover:

*Estava preparado o terreno para mais um passo do processualista rumo à superação das colocações puramente técnico-jurídicas da fase conceitual do direito processual. Este passo foi dado, e os processualistas de última geração estão hoje envolvidos na crítica sócio-política do sistema, que transforma o processo, de instrumento meramente técnico em instrumento ético e político de atuação da Justiça substancial e garantia das liberdades. Processo esse que passa a ser visto na total aderência à realidade sócio-política a que se destina, para o integral cumprimento da sua vocação primordial, que é a efetiva atuação dos direitos materiais. Todo o sistema processual passa assim a ser considerado como instrumento indispensável para atingir os escopos políticos, sociais e jurídicos da jurisdição; e a técnica processual, como meio para a obtenção de cada um desses objetivos.*¹⁵

Em face do (e não obstante o) dinamismo do direito, a doutrina, de um modo geral, identifica três *fases metodológicas*¹⁶ do sistema processual brasileiro:

¹⁴ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini op. cit. p. 281: O renovado interesse pelo direito processual constitucional, como método definidor dos grandes conceitos e estruturas do sistema, levou, na mesma linha, ao retorno do interesse pela teoria geral do processo, na qual se reúnem princípios gerais comuns aos vários ramos do direito processual, em uma visão crítica e unitária, capaz de introduzir ao conhecimento das distintas disciplinas processuais.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini op. cit. pp. 282-283.

¹⁶ Cfr. DINAMARCO, Cândido R. op. cit., v. tb. GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit.: Um pouco mais além é a visão metodológica de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (in *Do formalismo...* pp. 33-34) que sustenta a existência, na história do formalismo, de cinco fases metodológicas: a) *formalismo de*

i) o praxismo ou sincretismo: com as transformações políticas e sociais havidas na Europa do século XIX surgiram as primeiras preocupações em definir os fenômenos do processo a partir de premissas e conceitos antes não revelados à ciência dos estudiosos que se debruçavam sobre o *direito judiciário civil*. Para Cândido Rangel Dinamarco "tinha-se, até então a remansosa tranquilidade de uma visão *plana do ordenamento jurídico*."¹⁷

Observa, o professor Dinamarco, que nesta fase tinha-se o *campo mais aberto à prevalência do princípio dispositivo e ao da plena disponibilidade das situações jurídico-processuais - que são direitos descendentes jurídicos do liberalismo político então vigente (laissez faire, laissez passer et le monde va de lui même)*¹⁸.

ii) a fase autonomista ou do processualismo: a passagem para esta segunda fase metodológica ocorreu ainda no século XIX, iniciado pelo questionamento do tradicional conceito civilista de ação, em face da *actio romana*.

De acordo com Daniel Mitidiero:

(...) o processualismo nasce com o conceito de relação jurídica processual, sendo esse o objeto da ciência processual. A partir daí, a tarefa da doutrina cifra-se à racional construção do arcabouço dos conceitos do direito processual civil. Não por acaso, pois, aponta-se como marco inicial do processo civil o direito racional, presidido pelas altas e abstratas idéias inerentes ao clima científico da modernidade, nem pode surpreender que já se tenha identificado na produção intelectual de Chiovenda um mentalismo conceitual exacerbado, já que o 'doutrinarismo' dominou mesmo os primeiros tempos da história do direito processual civil (o que se deu, vale frisar, por

caráter simbólico e religioso; b) informalismo decorrente de insuficiência técnica e de falta de consciência da sociedade civil em face do poder; c) formalismo exagerado baseado em fatores objetivos, tal como a corrupção dos juizes, e nos valores culturais repressivos da Idade Média; d) progressiva humanização do processo, lenta aproximação do juiz à realização da prova e ao contato direto com as partes, co gradual aumento de seus poderes; e) derrocada do formalismo excessivo, aumento dos poderes do juiz, sem esquecer os das partes, em busca de permanente diálogo e colaboração, eliminação do primado da forma, maior atenção aos fins sociais e políticos do processo.

¹⁷ Cfr. DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 18: a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo com mera sucessão de atos (procedimento); incluíam a ação no sistema de exercício dos direitos (*jus quod sihi debeatur, judicio persequendi*) e o processo era tido como conjunto de formas para esse exercício, sob a condução pouco participativa do juiz.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 18.

*absoluta necessidade, porque se tratava de fundar uma nova ciência, surgindo então a necessidade de se forjarem todos os instrumentos conceituais necessários a tal intento).*¹⁹

iii) *a fase instrumentalista*: estabelecidas as bases da ciência processual, passa-se para esta terceira fase metodológica. Nela assume-se a ideia do processo como um sistema com escopos sociais, políticos e jurídicos a alcançar, rompendo com a ideia de que o processo deva ser encarado apenas pelo seu ângulo interno.

O ideal da neutralidade ideológica até então imprimida no direito processual civil, revelou-se característico dos intuits conservadores do liberalismo do século XIX.

Ressalte-se, neste ponto, a influência da ideologia do Estado liberal exercido na atuação jurisdicional estatal - e aqui revela-se o processo como fenômeno cultural -, em que se tinha visão eminentemente privatista de seus institutos, e que, por não totalmente superada, ainda é patente a *sobrevivência de níveis intoleráveis de prevalência do princípio dispositivo, em pleno Estado intervencionista*²⁰.

A compreensão *instrumentalista* assume postura crítica com relação ao preconceito do processualista *consistente em considerar o processo como mero instrumento técnico e o direito processual como ciência neutra em face das opções axiológicas do Estado*²¹.

De modo que a concepção da *instrumentalidade* torna-se o *núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual*²², ficando ao seu lado a preocupação com a efetividade do processo.

Para melhor ilustrar este cenário, o pensamento de Cândido Rangel Dinamarco, como visto, um dos principais responsáveis pela difusão desta fase metodológica no país:

Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade a seus princípios formativos (lógico, jurídico,

¹⁹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ªed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 21. Assevere-se, em que pese tenha-se utilizado esta obra para delinear a fase instrumentalista, o estudo gaúcho (UFRGS) tem como base metodológica o formalismo-valorativo (v. nota 16, parte final).

²⁰ *ibid.*

²¹ *Ibid.*, pp. 37-40.

²² CAPPELLETTI, Mauro. *Processo e ideologie*. Bolonha, Il Mulino, 1969. pp. 6-7. apud DINAMARCO, Cândido R. *Instrumentalidade...* pp. 24-25.

*político e econômico), é hoje uma tendência universal. É justamente a instrumentalidade que vale de suficiente justificação lógico-jurídica para essa indispensável dinâmica do sistema e permeabilidade às pressões axiológicas exteriores: tivesse ele seus próprios objetivos e justificação auto-suficiente, razão inexistiria, ou fundamento, para pô-lo à mercê das mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade.*²³

Por meio dela, propugna-se uma análise crítica dos institutos processuais considerando-se fatores externos ao direito processual; os anteriormente citados escopos jurídico, social e político da jurisdição.

Entende que o Estado social contemporâneo²⁴ *pretende chegar ao valor homem através do culto à justiça e, para tanto, é indispensável dar ao conceito de justiça um conteúdo substancial e efetivo. É preciso reduzir as diferenças sociais e econômicas tanto quanto possível, gerando oportunidades. É preciso assegurar a todos a fruição dos bens materiais e imateriais que integram o patrimônio comum da nação. É preciso criar efetivas condições para a mobilidade sócio-econômica, inclusive mediante a liberdade de associação.*²⁵

Traz à luz a perspectiva publicista do processo pelo reconhecimento teórico e prático de que o processo é um instrumento para o exercício do poder e que este deve ser exercido, ainda, quando sob o estímulo de interesses individuais, sempre com vista a elevados objetivos sociais e políticos que transcendem o âmbito finito daqueles.²⁶

Sob esta perspectiva crítica, assoma repensar o significado e a medida da indiferença inicial a que obrigado o juiz, o qual na realidade precisa estar iluminado pela visão dos resultados sócio-econômicos e políticos a que a sua decisão poderá conduzir.²⁷

²³ DINAMARCO, Cândido R. *Instrumentalidade...* p. 25.

²⁴ Cfr. DINAMARCO, Cândido R. op. cit. pp. 33-34: *o Estado contemporâneo é, declaradamente, intervencionista, agindo sobre a ordem econômica e social e buscando a sua modelagem segundo os objetivos da ideologia aceita.*

²⁵ Ibid, pp. 33-34.

²⁶ Ibid, pp. 59-66.

²⁷ Cfr. DINAMARCO, Cândido R. *Instrumentalidade...* p. 41 [nota de rodapé n. 58]: *Imparcialidade não significa indiferença axiológica; "isenção do magistrado não significa insensibilidade"* (cfr. 1º TACSP, JTA 74/243). *Esse pensamento transpareceu também em dissertação para mestrado, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul pelo magistrado Ruy Portanova, um dos chamados juízes alternativos daquele estado (e de cuja banca tive a honra de participar, no ano de 1991). A indiferença inicial do cientista, à qual se assimilou a postura psíquica do juiz, chega*

Dai a ideia de que o direito processual moderno procura também *equilibrar a aplicação do princípio inquisitivo e o dispositivo na instrução, tendo em vista as exigências opostas de imparcialidade e livre jogo de interesses de um lado e, de outro, as de uma instrução que conduza a decisão conforme com o direito objetivo material, fazendo justiça.*²⁸

Portanto, parece ser esta a mudança de postura dos juízes e advogados, ou *processualistas, in genere*, a que se referiu Barbosa Moreira²⁹, em ensaio originalmente escrito em 1983, ao se referir sobre a *problemática da efetividade do processo civil* no que tange à apuração dos fatos, conforme a seguir:

O insatisfatório estado de coisas, nesta matéria, resulta menos de defeitos de estrutura que do mau uso do aparelho. Não há responsabilizar o Código pela escassez das iniciativas instrutórias dos Juízes, das quais são raras, na prática, até as de mais cristalina legitimidade. Em numerosos casos isso se explica, por certo, pelas condições altamente desfavoráveis em que é exercida a função judicante. Não influirá também, contudo, ao menos em certo grau, uma tendência à timidez e à acomodação, 'racionalizada' em termos de homenagem ao 'princípio dispositivo' e favorecida pela atitude de ponderável setor da doutrina 19, que nele busca inspiração para desestimular, de modo frontal ou oblíquo, a pesquisa oficial da

somente até ao ponto de refletir sua imparcialidade (cfr. Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 3, esp. p. 26 trad., texto e nota 5): não se confunde nem inclui a indiferença quanto aos valores sociais e políticos da sociedade. A tradicional postura introspectiva do sistema, que levava ao exame das normas, princípios e categorias processuais em si mesmos e no máximo permitia que fossem examinados em sua conexão com o direito substancial constitui fator de descompasso entre o processo e o direito substancial e permite que as atividades processuais conduzam a situações discrepantes dos desígnios daquele e do conceito de justiça vigente na sociedade. Essa neutralidade foi que permitiu um desvio "em direção potencialmente autoritária" (Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, p. 17). Pelo que ela tem de manifestação do positivismo jurídico, para o qual "lei é lei", merece a crítica, a este dirigida, de "haver deixado indefesa a ciência jurídica - e consequentemente a administração da justiça alemã - contra os horrores e arbítrios do nazismo" (cfr. Bagolini, *Visioni della giustizia e senso comune*, pp. 127-128). Assim, "o escopo do processo civil liberto de toda ideologia, no sentido de sua determinação formalista, ou então empírica, não oferece, assim, proteção alguma contra o abuso político do direito processual civil" (cfr. Habscheid, *"As bases do direito processual civil"*, n. 2, b, p. 123). Do ponto-de-vista metodológico, essas considerações reforçam a ideia instrumental do processo civil e a da insuficiência da determinação do seu escopo jurídico. Ele é um instrumento, sim, mas não a serviço exclusivamente do direito substancial; sua missão mais elevada é a que tem perante a sociedade, para a pacificação segundo critérios vigentes de justiça e para a estabilidade das instituições.

²⁸ Ibid, pp. 59-66.

²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema...* p. 89.

verdade? Antes que a lei, aqui é sobretudo a mentalidade dominante que gostaríamos de ver modificada.

Compele para o fechamento deste tópico invocar mais uma vez as palavras de Cândido Rangel Dinamarco, para quem:

*A maneira como diante da escala axiológica da sociedade contemporânea são interpretadas as garantias constitucionais de igualdade substancial entre as pessoas (e entre as partes), da inafastabilidade do controle jurisdicional, da ampla defesa e do contraditório, do devido processo legal - todos eles endereçados à efetividade do processo em sua função de instrumento a serviço da ordem constitucional e legal - **conduz à existência de um processo acessível a todos e a todas as suas causas** [grifei] (por mais humildes que sejam aqueles e menor expressão econômica tenham estas), ágil e simplificado, aberto à participação efetiva dos sujeitos interessados e contando com a atenta vigilância do juiz sobre a instrução e sua interferência até ao ponto em que não atinja a própria liberdade dos litigantes.³⁰*

A partir desta nova perspectiva a doutrina processual brasileira tem se debruçado no mais amplo e variado espectro de temas ligados ao processo, destacando-se, em especial, as questões que serão analisados nos subitens seguintes.

2.1.1 O Acesso à Ordem Jurídica Justa

Esta ideia foi sintetizada no trabalho desenvolvido por Kazuo Watanabe, em 1988, para quem *a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.*³¹

³⁰ DINAMARCO, Cândido R. op. cit. p. 36.

³¹ WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e sociedade Moderna*, in *Participação e processo*, São Paulo, Ed. RT, 1988. pp. 128-135.

Conforme aquele estudo, o acesso à ordem jurídica justa estaria caracterizado como: a) o direito à informação; b) o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; c) o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) o direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e) o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características.³²

Ensaio também indispensável à tratativa deste tema é o de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, nele os autores identificam três "ondas" (proposições) para a solução do problema do acesso à justiça.

A *primeira onda* voltada para a assistência judiciária aos economicamente hipossuficientes³³, em que se alinham três soluções: a) o sistema *Judicare* - "*um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei. Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do Judicare é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado*"³⁴; b) o sistema de assistência judiciária³⁵, com advogados remunerados pelos cofres públicos - caracterizado por prestar a assistência não só judiciária, mas também jurídica, prévia e informativa, aos pobres, realizando "grandes esforços no sentido de fazer as pessoas pobres conscientes de seus novos direitos e desejosas de utilizar advogados para obtê-los"³⁶; e c) o *sistema misto* que combina o sistema *Judicare* com o sistema de advogados remunerados pelos cofres públicos.

A *segunda onda* com vistas a solucionar a representação dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, direitos relativamente novos.³⁷

³² Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit. p. 283.

³³ No Brasil, a Lei n. 1.060/50 regulamentou a assistência judiciária gratuita, diante da previsão contida no § 35 do art. 141 da Constituição de 1946.

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 35.

³⁵ No Brasil, a Constituição de 1988, em seu art. 134, estabelece a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado.

³⁶ Ibid, p. 42.

³⁷ A exemplo, no Brasil, a criação da Lei da Ação Civil Pública, Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que legitimou expressamente às ações coletivas o Ministério Público, outros entes públicos e as associações pré-constituídas há pelo menos um ano, tivessem entre seus fins institucionais a defesa dos bens e direitos protegidos pela lei (artigo 5º e incisos); mesmo esquema preservado na elaboração do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, conforme previsão de seu artigo 82.

A *terceira onda* diz respeito à superação do *obstáculo processual*³⁸ pela visão consciente de que a *solução processual* – o *processo ordinário contencioso* – mesmo quando são superados os problemas de patrocínio e de organização dos interesses, pode não ser a solução mais eficaz, nem no plano de interesses das partes, nem naquele dos interesses mais gerais da sociedade³⁹; de onde surge a necessidade de adaptar o processo civil ao tipo de litígio, analisar as características que diferenciam um litígio de outro, o grau de complexidade de solução dos litígios.

2.1.2 A Universalidade da Tutela Jurisdicional

Muito ligada à compreensão do acesso à ordem jurídica justa, em especial, a segunda e a terceira ondas mencionadas no tópico anterior, a *universalidade da tutela jurisdicional* refere-se ao oferecimento da mais ampla admissão de pessoas e causas no processo.

De um lado, inserem-se e identificam-se os pequenos conflitos que até pouco tempo atrás - metade da década de 1980 -, por diversos motivos, não recebiam a devida proteção jurisdicional, referidos pela doutrina como o fenômeno da *litigiosidade contida*⁴⁰; no outro lado, a defesa dos novos direitos que surgem na sociedade de massa, os *conflitos meta-individuais*⁴¹.

Para isso o Estado deve prover sua estrutura judiciária com instrumentos hábeis ao oferecimento do mais amplo acesso à ordem jurídica - medidas inclusivas de assistência judiciária.

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit. p. 9.

³⁹ Ibid, pp. 67-68.

⁴⁰ (...) conflitos podem ser distribuídos, a grosso modo, em dois grupos: 1) os conflitos que são canalizados para o Judiciário para a solução estatal e autoritativa; 2) os conflitos que ficam completamente sem solução, muitas vezes até pela renúncia total do direito pelo prejudicado. É o que podemos denominar de "litigiosidade contida", fenômeno extremamente perigoso para a estabilidade social, pois é um ingrediente a mais na "panela de pressão" social, que já está demonstrando sinais de deteriorização do seu sistema de resistência (...). E por que esses conflitos, que ordinariamente são de pequena expressão econômica, não são levados ao Judiciário? A causa primeira é, certamente, a crença generalizada de que a Justiça é lenta, cara e complicada e por isso, além de difícil, é inútil ir ao Judiciário em busca da tutela do direito. (in WATANABE, Kazuo; et. al. Juizado especial de pequenas causas: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Ed. RT, 1985, p. 02-03); ademais, com relação aos pequenos conflitos, procurou-se solução legislativa por meio da lei n. 7.244/84, que posteriormente foi revogada pela Lei n. 9.099/95, passando esta a regular a tutela jurisdicional nas pequenas causas.

⁴¹ vide nota 28.

Sobre o assunto, ao sustentar postura centrada no acesso à justiça a partir de um suposto participativo⁴², leciona Ada P. Grinover que o conceito de assistência jurídica na sociedade contemporânea toma uma dimensão mais ampla, abrangendo toda a assistência jurídica pré-processual até finalmente culminar na assistência judiciária⁴³ propriamente dita.

Outro ponto defendido pela autora é o alargamento do sentido do termo *necessitados*⁴⁴. Neste contexto, ela conceitua e exemplifica os *carentes organizacionais* como:

*(...) as pessoas que apresentam uma particular vulnerabilidade em face das relações sócio-jurídicas existentes na sociedade contemporânea. Assim, por exemplo, o consumidor no plano das relações de consumo, o usuário de serviços públicos; os que se submetem necessariamente a uma série de contratos de adesão; os pequenos investidores do mercado imobiliário; os segurados da Previdência social; o titular de pequenos conflitos de interesses, que via de regra se transforma em um litigante meramente eventual. Todos aqueles, enfim, que, no intenso quadro de complexas interações sociais hoje reinante, são isoladamente frágeis perante adversários poderosos do ponto de vista econômico, social, cultural ou organizativo, merecendo, por isso mesmo, maior atenção com relação ao seu acesso à ordem jurídica justa e à participação por intermédio do processo.*⁴⁵

Do arrazoado, vislumbra-se nova categoria de hipossuficientes, surgida em razão da própria estruturação da sociedade de massa: os *carentes organizacionais*.

⁴² Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini O acesso à justiça no ano 2000. Conferência Nacional da OAB, XIV, 1992, Vitória. Anais... Brasília: OAB, set. 1992. pp. 97-106: *a participação popular na administração da justiça e a participação popular mediante a justiça são as duas facetas pelas quais se concretiza no processo a moderna democracia participativa.*

⁴³ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini O Acesso à Justiça...: a autora sustenta que com ampliação da prestação de serviços de assistência, não mais deve ser referido como assistência judiciária, mas como assistência jurídica.

⁴⁴ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini O Acesso à Justiça...: *aos necessitados tradicionais, que eram - ainda são - os carentes de recursos econômicos, acrescentaram-se os carentes de recursos jurídicos. E, assim, a assistência judiciária aos economicamente fracos foi estendida aos hipossuficientes jurídicos.*

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini O acesso à justiça no ano 2000. Conferência Nacional da OAB, XIV, 1992, Vitória. Anais... Brasília: OAB, set. 1992. p. 98.

2.1.3 A Efetividade do Processo

Resiste obstinadamente no âmbito do direito processual o problema da efetividade e eficácia no processo.

A partir de ensaio⁴⁶ concebido por Barbosa Moreira é possível extrair os pontos identificados por ele como essenciais da problemática da efetividade, que seguem transcritos:

a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos (e às outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, resultem eles de expressa previsão normativa, ou inferíveis do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, sejam quais foram os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem), inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos sujeitos; c) é preciso assegurar condições propícias à exata e completa reconstituições dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto possível, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o pleno gozo da utilidade específica a que faz jus segundo o ordenamento; e) esses resultados hão de ser atingidos com o mínimo dispêndio de tempo e energia.

2.1.4 A Participação no Processo e pelo Processo

No que se refere à tentativa de impor uma moderna visão de democracia participativa, pode-se delinear um amplo quadro atinente ao princípio participativo, ligado à jurisdição e ao processo. De um lado, identifica-se a *participação na administração da justiça* e, de outro, a *participação mediante a justiça*⁴⁷.

Estes delineamentos são muito bem identificados e traçados na doutrina pela professora Ada Grinover⁴⁸, segundo quem:

⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema ... passim*, em esp. pp. 78-79.

⁴⁷ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini: a autora trata destes dois aspectos do princípio participativo - a *participação na administração da justiça* e, de outro, a *participação mediante a justiça* - tanto no texto *O acesso à justiça no ano 2000* (pp. 285-288), como também, em *Modernidade do Direito Processual Brasileiro* (pp. 97-98).

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Modernidade do direito processual brasileiro*. pp. 287.

a) *A participação na administração da justiça* pode ser exercida por meio direto ou indireto, conforme abaixo:

a.1) *A intervenção popular direta: compreende a presença de leigos na fase instrutória e decisória e os procedimentos de escolha dos juízes; ou então*

a.2) *A intervenção popular indireta: configura o controle da função jurisdicional pelos destinatários, ora mediante as relações Justiça-informação; ora pelas técnicas de aferição da legalidade e justiça das decisões; ora pelas técnicas de responsabilização do juiz.*

b) *A participação mediante a justiça* que é aquela exercida no interior do processo e cumpre-se por intermédio do princípio do contraditório. O próprio processo é então utilizado como veículo de participação democrática, e por ele se possibilita a intervenção popular na urdidura do tecido social.⁴⁹

2.2 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O CAPÍTULO

Ficam guardadas neste capítulo as linhas mestras por quais este estudo irá se pautar; adotando-se como núcleo da irradiação das ideias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções o viés metodológico da *instrumentalidade*.

Assim, aliado ao compromisso do tecnicismo científico, também serão tomados em consideração os escopos *jurídico* (atuação dos direitos materiais), social (pacificação com justiça) e político (princípio participativo) do processo, conjuntamente com a inerente preocupação em atender aos valores consagrados constitucionalmente, em especial a liberdade e a igualdade.

Como plano de fundo, estará sempre a ideia do processo como um instrumento ético de solução de conflitos, servindo-se à concretização da justiça material.

Por fim, o desenvolvido do estudo será compassivo ao *problema do acesso à justiça*⁵⁰ a partir de suas concepções mais modernas e das particularidades já analisadas: do *acesso à ordem jurídica justa*, da *universalização da tutela*

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema...* p. 79.

jurisdicional, da efetividade do processo e da participação no processo e pelo processo.

Resta, por agora, internalizar a cauta e prudente lição de Barbosa Moreira:

Um olhar de frente à realidade desestimula qualquer ilusão 'piedosa' sobre a possibilidade de produzir modificações de substância pela utilização de expedientes hermenêuticos ou pela reformulação de textos legais. Isso não deve servir de pretexto, repita-se, a que nos desinteressemos de semelhantes questões e nos encerremos na famosa 'torre de marfim'. Não alimentar esperanças irrealísticas é uma coisa; outra, bem diferente, é querer descobrir na existência de limites à eficácia do nosso agir uma justificativa cômoda para a renúncia pura e simples à ação. Até porque - e aqui vem a segunda ressalva anunciada - o processualista (ou o jurista, in genere), antes de o ser, é membro da comunidade social, comprometido, queira ou não queira, com as vicissitudes dela, e gravado, perante todos os outros, de responsabilidades a que não tem como fugir.⁵¹

⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema...*p. 83.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PROBATÓRIO

3.1 MATRIZ CONSTITUCIONAL DO DIREITO À PROVA

Por meio conjunto da interpretação teleológica e sistemática do ordenamento jurídico, coadunando os preceitos constitucionais - de onde se extraem os escopos da jurisdição - com os institutos do direito processual civil, é possível se aferir que o direito à prova⁵⁹ é um direito fundamental previsto na Constituição de 1988, uma vez que inerente aos princípios do acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da CF/1988).

Se, a partir do plano constitucional é assegurado o direito de ação e inafastabilidade da tutela jurisdicional, cujo equivalente prático substancial pode ser traduzido na garantia do acesso ao ordenamento jurídico justo; então, no plano do direito processual infraconstitucional, da mesma forma, vislumbra-se a necessidade de se assegurar a possibilidade da mais ampla participação na formação do convencimento do juiz (*contraditório efetivo e defesa ampla*)⁶⁰.

Calcado nesta premissa, constrói-se a afirmação de que o direito à prova deve ser examinado 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 jurisdicional⁶¹.

Importante salientar a visão modernamente aceita de que, apesar das partes inicialmente deterem a titularidade sobre o direito à prova, também ao juiz, como sujeito interessado no contraditório efetivo e equilibrado e na justiça das decisões, assiste o poder de determinar as provas necessárias à formação de seu convencimento (*cfr.* art. 130, do CPC).

Em outro giro, deve-se ponderar que o direito à prova coexiste no universo jurídico com diversos outros institutos, princípios e valores, de modo que a ele não se deve atribuir caráter absoluto. A natureza eminentemente instrumental dos

⁵⁹ Cfr. YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo a prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. *passim*: *formula tese do direito autônomo à prova. Esta ideia encontra-se incorporada no Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto n. 166/2010 do Senado Federal), art. 367, II e III.*

⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p.26.

⁶¹ Ibid.

corolários do direito processual, não podem ser confundidos com *dogmas indiscutíveis*, devendo ser observado nos limites em que se revelem necessários aos fins a que se destinam⁶².

3.2 DIREITO À PROVA

Ensina, Eduardo Cambi, que:

*O reconhecimento da existência de um direito constitucional à prova implica a adoção do critério da máxima virtualidade e eficácia, o qual procura admitir todas as provas que sejam hipoteticamente idôneas a trazer elementos cognitivos a respeito dos fatos da causa, independente de prova, procurando excluir as regras jurídicas que tornam impossível ou excessivamente difícil a utilização dos meios probatórios.*⁶³

Ainda, conforme Eduardo Cambi, o *direito à prova é uma situação jurídica ativa*⁶⁴, de acentuado perfil democrático, visando assegurar a possibilidade de as partes valerem de todos os meios de prova idôneos e úteis para demonstrar a veracidade ou a falsidade dos fatos alegados⁶⁵.

Desnecessárias maiores explanações, uma vez que de per si autoexplicativas, este direito tem por conteúdo: i) o *direito à proposição das provas*; ii) o *direito à utilização e efetiva produção das provas*; e iii) o *direito à valoração das provas*⁶⁶.

3.3 DEFINIÇÃO DE PROVA

O termo prova é *plurissignificante*⁶⁷, podendo ser conceituado como *meio, atividade e resultado*.

⁶² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. in Temas de direito processual. 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 108.

⁶³ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 35.

⁶⁴ Cfr. CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. pp. 258-259: em contraposição à situação jurídica ativa do direito à prova, põe o ônus da prova como uma situação jurídica, eminentemente, negativa, uma vez que é utilizada, predominantemente, na fase decisória, quando da ausência da prova.

⁶⁵ CAMBI, Eduardo. *Curso ...* pp. 258-259.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ CAMBI, Eduardo. *Curso ...* p. 21.

De acordo com a definição proposta por Eduardo Cambi, é: i) *meio*, na medida em que é um instrumento colocado à disposição das partes para comprovar a veracidade de suas alegações; ii) *atividade*, pois está submetida a um procedimento que disciplina a sua admissibilidade, produção e valoração; e iii) *resultado*, porque sua realização no processo visa à formação do convencimento judicial.⁶⁸

Semelhante é o raciocínio de Devis Echandía ao afirmar que a noção de prova se apresenta sob três aspectos: i) *o formal, tocante aos meios utilizados para levar os fatos ao conhecimento do juiz (testemunhas, documentos etc.); ii) o substancial (ou essencial), relativo às razões ou aos motivos que desses meios se reduzem em favor da existência ou da inexistência dos fatos; e iii) o resultado subjetivo ou o convencimento que se produz na mente do julgador, que conclui estar ou não provado determinado fato.*⁶⁹

Por último, saliente-se, de especial importância a consideração feita por Luiz Eduardo Boaventura Pacífico ao apontar que *o conceito de ônus da prova, (...) ora se servirá do vocábulo prova na acepção de realização da prova (ônus subjetivo), ora no sentido do resultado obtido na convicção do juiz, mediante o emprego dos meios probatórios (ônus objetivo).*⁷⁰

3.4 OBJETO DA PROVA

Ao esclarecimento das *questões de fato* se destina a prova; todavia, o fato é um evento pretérito, por isso, a prova como evento presente no processo é incapaz de adquirir o fato pretérito, mas, eventualmente, reconstituí-lo. Por isso, afirma-se que *constituem objeto da prova as alegações de fato e não os fatos alegados*⁷¹.

Leia-se, neste sentido, a explicação de Cintra, Grinover e Dinamarco:

As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato feitas pelo autor ou por ambas as partes no processo, a propósito de dada pretensão deduzida em juízo, constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova dos fatos pretéritos

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, p. 28 apud PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 22.

⁷⁰ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. p. 22.

⁷¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 386.

*relevantes. A prova constitui, pois o instrumento por meio do qual se forma convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoccorrência dos fatos controvertidos no processo.*⁷²

Por sua vez, a prova se destina não apenas para demonstrar a reconstrução dos fatos mas também para constituir a íntima ligação entre as relações sociais e a efetivação dos direitos⁷³, de modo que o direito à prova é o conjunto de oportunidades oferecidas às partes para que possam comprovar a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento.⁷⁴

Aqui convém apontar observação elaborado por Sérgio Cruz Arenhart sobre o objeto da prova:

*(...) ao contrário do que se pode pensar, o direito brasileiro não impõe o ônus da prova àquele que alega o fato. Independentemente de quem afirma o fato no processo, como visto acima, o ônus probatório a seu respeito é distribuído segundo regras objetivas e fixas, de modo que se atribui ao autor esse ônus em relação aos fatos constitutivos de seu direito e ao réu o ônus referente à prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor (CPC, art. 333).*⁷⁵

O assunto será melhor abordado no capítulo específico sobre a teoria do ônus da prova adotado pelo Código de Processo Civil, aqui cabe a ressalva de que o sistema vigente não impõe o *ônus da prova àquele que alega o fato*, em que pese, na maioria dos casos, dada a natureza do direito material, a alegação de fato constitutivo coincida com a posição do autor na demanda, enquanto a alegação dos fatos impeditivos, modificativos e extintos, com seu *ex adversus*.

Ademais, visto que o objeto da prova está muito interligado à compreensão do ônus da prova, Eduardo Cambi, utilizando-se da distinção entre ônus abstrato e

⁷² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit p. 385.

⁷³ CAMBI, Eduardo. *Curso ...* p. 258.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=71>>. Acesso em 24/10/2014.

ônus concreto formulada por José Frederico Marques,⁷⁶ dá o nome de *thema probandum* àquilo que deve ser comprovado no curso do processo (ônus concreto). Segundo ele: *o thema probandum serve como critério redutor da complexidade dos fatos. Por meio dele perquire-se o contencioso de afirmações sobre a 'questio facti', sendo também a oportunidade processual em se precisar o que e como pode se conhecer os fatos do litígio, bem como o que e como podem ser provados.*⁷⁷

Na fixação do *thema probandum* o juiz, com a participação das partes, deverá apurar os fatos que interessarão para o deslinde do feito, uma vez que somente os fatos *controvertidos, pertinentes e relevantes*⁷⁸ servem a tal finalidade (critério redutor).

Portanto, por meio do critério redutor utilizado na fixação do *thema probandum*, estarão excluídas: a prova dos fatos elencados no artigo 334, do Código de Processo Civil⁷⁹, assim como a prova dos fatos impertinentes (estranhos à causa), dos irrelevantes (que, embora pertençam à causa, não influem na decisão), ou dos impossíveis (embora se admita a prova dos fatos improváveis).⁸⁰

3.5 ÔNUS PROCESSUAL

Conforme ensina Dinamarco a *“dialética do contraditório é composta das incertezas em que se refletem perspectivas, possibilidades, chances, expectativas e ônus, e cada qual dos litigantes há de contar muito consigo mesmo e com a cooperação efetiva que possa trazer ao juiz no processo, sempre com vista à melhoria de sua própria situação.”*⁸¹

⁷⁶ Cfr. MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9ª ed. Campinas: Millenium, 2003. v. 2, p. 186 apud CAMBI, Eduardo. *Curso ...* p. 238: o ônus da prova em sentido abstrato diz respeito ao que a lei processual admite que possa ser demonstrado durante a instrução processual. Já o ônus da prova em sentido concreto, refere-se ao que deve ser comprovado no curso do processo.

⁷⁷ CAMBI, Eduardo. *Curso ...* p. 38.

⁷⁸ v. tb. CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

⁷⁹ Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

⁸⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. pp. 385-386.

⁸¹ DINAMARCO, Cândido R. *instrumentalidade...* pp. 236-242.

O sistema processual dirige aos litigantes variados e seguidos ônus ao longo do processo, assim confia a eles muitas atividades as quais são denominadas *imperativos do próprio interesse*⁸².

Infere-se, desta sistemática, que no desenvolvimento do processo os litigantes se deparam com diversos tipos de ônus, podendo ser classificados como *absolutos* ou *relativos*, cuja distinção diz respeito ao grau que a atividade positiva ou negativa implicará para o 'litigante onerado' sua posição no processo; seja para que, conforme seu descumprimento, *conduza fatal e invariavelmente à consequência favorável ou prive inexoravelmente o sujeito de uma situação vantajosa possível - ou somente torne improvável a vantagem ou provável o prejuízo*.⁸³

Assim, Dinamarco conclui que *o grau de aplicação de cada um à defesa de suas pretensões dá a medida da profundidade do conflito e da importância que ele representa em sua vida, para o seu interesse e para a sua felicidade. Em resumo, a inevitável influência que o comportamento dos litigantes pode exercer sobre o processo e seu resultado constitui reflexo do valor social do conflito*.⁸⁴

Dentre os ônus processuais, elencam-se: o ônus de afirmar, o ônus de contestar, o ônus da prova, o ônus de comparecer em juízo, o ônus de recorrer, dentre outros.

3.6 NATUREZA DAS REGRAS QUE FIXAM A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA ENTRE AS PARTES

A imposição de um ônus aos litigantes para que apresentem subsídios necessários à formação da convicção do órgão julgador parte da constante de que as partes conhecem os fatos melhor do que o órgão judicial. Assim, *este encargo tem o objetivo principal de motivar a parte em participar ativamente no contraditório processual*. Caso contrário, em não se desincumbindo desta carga, os litigantes *correm o risco de não terem o direito afirmado tutelado judicialmente*.⁸⁵

O ônus da prova pode ser entendido sob duas formas: ônus subjetivo e ônus objetivo. Neste sentido, conceitua, Eduardo Cambi:

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ CAMBI, Eduardo. *Curso ...* pp. 161-162.

- i) o ônus da prova em sentido objetivo é uma regra de conduta que determina quais são os fatos que cada uma das partes deve provar (art. 333). Quem alega um fato procura extrair dele consequências jurídicas que lhe sejam favoráveis, tendo por isso, o ônus de prová-los;
- ii) o ônus da prova em sentido objetivo é uma regra de julgamento que permite que o juiz decida, na ausência ou quando da insuficiência da prova. O fato não provado equivale a fato não alegado e, por isto, não integra o 'thema probandum', não podendo ser considerado existente pelo juiz, quando fundamenta a decisão da causa.⁸⁶

Partindo-se destes dois conceitos básicos, o tema do ônus da prova vem recebendo desdobros inúmeros, dentre eles a conhecida discussão acerca de ser o ônus da prova uma regra de julgamento ou de procedimento.⁸⁷

Embora conduzam a consequências muito parecidas, cada orientação defende distinta opinião em relação à função e à ocasião de aplicação das regras de distribuição do ônus da prova, conforme explicação pormenorizada de Sérgio Cruz Arenhart:

Para a primeira teoria (a que vê na regra sobre ônus da prova uma regra de procedimento), a disciplina em questão tem por finalidade reger a conduta das partes no processo, distribuindo entre elas o papel de trazer as provas para o processo. Assim, tocaria ao autor produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu produzir a prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor. Se a regra em comento corresponde a uma normatização de procedimento (das partes), então indica a quem cabe a prova de que fato no processo.⁸⁸ Sua função, pois, é de

⁸⁶ CAMBI, Eduardo. *Curso ...* pp. 162-163.

⁸⁷ Um exemplo é a divergência de posicionamentos encontrada entre a 3ª e 4ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça - STJ. A 3ª Turma vem entendendo que a aplicação da distribuição do ônus da prova consubstancia-se em uma regra de julgamento - a exemplo, cite-se o REsp n. 1.125.621/MG, Min. Rel. Fátima Nancy Andrighi, jul. em 19/08/2010; em contraposição, a 4ª Turma, a partir do entendimento de modelo de processo cooperativo, posiciona-se no sentido de que se trata de regra integrante do procedimento - a exemplo o REsp. n. 720.930/RS, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, jul. em 20/10/2009.

⁸⁸ Cfr. ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro*. n. 3: entendendo desta forma, v. CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de derecho procesal civil*. tomo II.

disciplinar quem tem a imposição de trazer a prova sobre certo fato ao processo e convencer o magistrado sobre a existência (ou inexistência) da alegação formulada sobre o ponto controvertido; evidentemente, em sendo isto verdade, a regra incide na fase inicial do processo, já que as partes devem saber, de antemão, quais provas devem trazer ao processo para que sua tese seja acolhida pelo magistrado. Se esta visão é mais correta, então as regras que distribuem o ônus da prova destinam-se diretamente às partes, para comunicar-lhes como devem agir para ter sucesso no acolhimento de suas versões pelo juiz.⁸⁹

Com relação à segunda corrente, discorre Arenhart:

(...) a função destas regras não é indicar às partes qual prova devem elas produzir, mas sim informar ao magistrado como deve ele julgar quando verifica no processo a ausência de prova sobre certa afirmação de fato.

Esta visão se sustenta na premissa de que as partes têm direito à prova – e, conseqüentemente, dever de produzir prova⁹⁰ – de modo que não se pode transmutar este direito em ônus. Por outro lado, esta orientação não deixa de lado a constatação de que as partes têm, sempre, interesse em produzir provas, seja em relação aos fatos dos quais diretamente lhes resulta benefício, seja no concernente à inexistência dos fatos que podem prejudicar-lhes (a chamada contra-prova). Mais que isso, esta concepção não se esquece de que, segundo a legislação atual, nem só as partes produzem prova no processo – semelhante papel também é desempenhado pelos terceiros, pelo Ministério Público, quando atua como custos legis, e também pelo magistrado, que tem ativa e

Trad. José Casáis y Santaló. Madrid: Reus, 1925, p. 249/252; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 71; LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1999, p. 36 e ss..

⁸⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. op. cit.

⁹⁰ Cfr. ARENHART, Sérgio C. op. cit. n. 5: O que, aliás, é confirmado dentre tantas regras, pelas contidas nos arts. 339, 340 e 341, do Código de Processo Civil, sem que se possa olvidar o dever, imposto pelo código, a todos os que participam do processo de “expor os fatos em juízo conforme a verdade” (art. 14, inc. I), de onde facilmente se extrai este dever probatório de forma ampla.

*predominante função na colheita de prova, como prevê o art. 130, do código.*⁹¹

Ao final, em que pese Sérgio Arenhart⁹² sufragar esta última doutrina como a que melhor se harmoniza com a orientação do Código de Processo Civil atual, conclui que *as duas teorias não são excludentes, mas complementares, representando apenas duas faces de um mesmo fenômeno.*⁹³

Explica o autor que ainda que a regra tenha por fim orientar o juiz no momento de proferir a decisão final e motivá-la, não se poderia negar a incidência reflexa desta diretriz sobre a conduta das partes.

Em razão disso tece a ressalva de que: *ainda que a incidência desta regra apenas se opere ao final do processo, quando do julgamento da causa, é conveniente — ainda que não seja imperativo — que o magistrado assinale às partes, com antecedência, qualquer decisão sua a respeito de eventual modificação dos critérios de imputação deste ônus, a fim de que as partes possam saber, ex ante, sobre quais afirmações de fato devem empenhar-se em produzir prova.*⁹⁴

Neste mesmo sentido, a posição assumida por Alfredo Buzaid, *in verbis*:

(...) bem se vê que o problema do ônus da prova tem duas faces: uma voltada para os litigantes, indagando-se qual deles há de suportar o risco da prova frustrada. É o aspecto subjetivo. E outra voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento. É o aspecto objetivo. O primeiro opera geralmente na ordem privada; o segundo, porém é princípio de direito público, intimamente ligado à função jurisdicional. O primeiro constitui uma sanção à inércia, ou à atividade infrutuosa da parte; o segundo, ao contrário, é um imperativo da ordem jurídica, que não permite que o

⁹¹ ARENHART, Sérgio Cruz. op. cit.; v. tb., a respeito, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 66 e ss.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Sobre a 'participação' do juiz no processo civil". *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1998, p. 389/390.

⁹² ARENHART, Sérgio Cruz. op. cit.

⁹³ Cfr. ARENHART, Sérgio Cruz. op. cit.: *O direito norte-americano emprega os termos ônus da produção da prova (burden of production) e ônus da persuasão (burden of persuasion) para expressar as duas facetas do ônus da prova (v., entre outros, a respeito do assunto, JAMES JR., Fleming. HAZARD JR., Geoffrey C. LEUBSDORF, John. Civil procedure. 4ª ed., Boston: Little, Brown and Co. 1992, p. 337).*

⁹⁴ RENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=71>>. Acesso em 24/10/2014.

*juiz se abstenha de julgar, a pretexto de serem incertos os fatos, porque não comprovados cumpridamente.*⁹⁵

3.7 O JUIZ E O PROCESSO

Cândido Dinamarco, ao cuidar do escopo jurídico do processo em sua teoria da instrumentalidade, busca descrever a atividade do juiz contida no iter lógico percorrido, uma vez já formada a convicção, na formulação da motivação para a prolação da sentença (*ato jurisdicional magno*)⁹⁶, assim a descreve da seguinte forma: *examinar as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo - eis a grande tarefa do juiz, ao sentenciar.*⁹⁷

Similar a estas linhas, colocando em relevo - erigindo, inclusive, a preceito constitucional decorrente do princípio do juiz natural - a necessidade da sensibilidade humanística e social do juiz como pressuposto de um julgamento justo, Kazuo Watanabe em trabalho científico sobre a *cognição no processo civil*, formula a seguinte proposição: *para a cognição adequada a cada caso, pressuposto de um julgamento justo, a sensibilidade mencionada (humanística e social dos juízes) é um elemento impostergável. Não seria, certamente, um exagero afirmar que o direito à cognição adequada faz mesmo parte do conceito menos abstrato do princípio do juiz natural.*⁹⁸

Demonstrada a complexidade do processo lógico-decisório atribuído ao juiz, cuja percepção humanística e social torna-se pressuposto de um julgamento justo, conclui-se, conforme palavras de Dinamarco, o papel desempenhado pelo juiz como *autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico, cabendo-lhe a positivação do poder mediante decisões endereçadas a casos concretos.*⁹⁹

Em outra senda, adverte-se que analisar corretamente o caso concreto por meio de valores humanísticos e sociais não deve ser traduzido em permissividade à

⁹⁵ BUZAID, Alfredo. *Do ônus da prova...* p. 66.

⁹⁶ Cfr. Bellinetti, *Da Sentença*, p. 96. (ato jurisdicional magno) apud DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade...* p. 230.

⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. pp. 230-242.

⁹⁸ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999. pp. 71-72.

⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. pp. 230-242.

institucionalização de sentenças contra legem,¹⁰⁰ de modo que não tem o juiz, salvo em situações teratológicas, o poder de alterar os desígnios positivados pelo Estado através da via adequada, ainda que para corrigir situações que lhe pareçam desequilibradas¹⁰¹.

Conclui-se, por fim, conforme palavras de Dinamarco, que um *juiz indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado literalismo exegético tende a ser injusto, porque pelo menos estende generalizações a pontos intoleráveis, tratando os casos peculiares como se não fossem portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar com isso sendo fiel ao direito*.¹⁰²

3.7.1 Poderes Instrutórios do Juiz

Barbosa Moreira ao tratar do duplo aspecto do ônus da prova, posição que crescentemente vem sendo acolhido pela doutrina - *ônus da prova objetivo e subjetivo* -, assevera que "o desejo de obter a vitória cria para o litigante a *necessidade*, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de *ônus da prova*, num primeiro sentido (ônus subjetivo ou formal)."¹⁰³

Salienta ainda, Moreira, que o ônus subjetivo aborda um conjunto de fenômenos cuja relevância é *mais psicológica do que jurídica*¹⁰⁴; explica: *para efeitos práticos, o que interessa não é saber se a parte onerada conseguiu ou não carrear para os autos os elementos necessários à demonstração do fato a ela favorável; o que interessa é, sim, verificar se tais elementos foram carreados para os autos, por obra da parte onerada ou de outrem, pouco importa*¹⁰⁵.

Correlacionado a este conjunto de fenômenos incutidos no ônus subjetivo e objetivo da prova está o debate acerca dos poderes instrutórios do juiz. Isto porque o reconhecimento dos poderes instrutórios do juiz, a depender do grau da interferência admitida pelo ordenamento, refletirá na mediação entre a concepção subjetiva ou objetiva daquele ônus.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e ônus da prova...* pp. 74-75.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid.

Neste primeiro ponto, observe-se, conforme narra a doutrina¹⁰⁶, que o desenvolvimento do aspecto objetivo do ônus da prova teve como berço a Áustria, país em que o papel instrutório do juiz há muito prepondera sobre o das partes.

Esta, também, é a corrente adotada por Pontes de Miranda, ao sustentar a acepção objetiva como única do ônus da prova, *in verbis*:

*O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regula a consequência de se não haver produzido prova. Em verdade, as regras sobre as consequências da falta da prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se falta prova, é que se tem de pensar em se determinar em quem se carga a prova. O problema da carga ou do ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as consequências de se não haver provado.*¹⁰⁷

No extremo oposto, Chiovenda é enfático ao asseverar que "a teoria do ônus da prova relaciona-se estritamente com a conservação do princípio dispositivo no processo, pelo que respeita à verificação dos fatos. Num sistema que admitisse a pesquisa de ofício da verdade dos fatos, não teria significação a repartição do ônus da prova."¹⁰⁸

Em contraponto à afirmação de Giuseppe Chiovenda, sustenta Rosenberg que "o domínio da máxima inquisitiva não impede absolutamente a existência e a eficácia das normas sobre o ônus da prova, pois também em um processo assim estruturado pode ocorrer (...) que um fato importante não seja comprovado como verdadeiro. Portanto, o juiz precisa, aqui também, de alguma indicação sobre a forma pela qual deve incidir, já que o processo não pode terminar com um 'non liquet'."¹⁰⁹

Com efeito, o posicionamento de Chiovenda segue a linha da prevaiente ideologia liberal de fins do século XIX. Naquele época, conforme discorre Pacífico, o

¹⁰⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária cível e comercial*. vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 107.

¹⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 6. 3. ed. atual.. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997. pp. 270-271.

¹⁰⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. op. cit. pp. 389-388.

¹⁰⁹ ROSENBERG, Leo. op. cit. p. 189 apud PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. p. 177.

*processo era concebido como coisa das partes. Essa concepção liberal pressupunha deixar não só a iniciativa de demandar, mas também a marcha processual, a cargo dos litigantes, sendo vedada a investigação probatória oficial. Assim, tanto o poder de deduzir uma pretensão em juízo como a própria condução interna do processo - relativa à produção das provas - eram em regra coisas afetas às partes, e somente elas.*¹¹⁰

Com relação a este segundo posicionamento, diferente não foi o percurso histórico das legislações processuais brasileiras. Neste passo, Egas Moniz de Aragão, expõe o seguinte:

*Seguindo o disposto nas Ordenações Filipinas (L. III, T. LXVI, princ.), a Cons. Ribas estabeleceu que: "Achando o juiz que causa está em termos de ser decidida, examinará atentamente todo o processo, e dará a sua sentença definitiva, **segundo o que achar alegado e provado de uma e da outra parte, ainda que a consciência lhe dite outra coisa, e ele saiba que a verdade é o contrário do que no feito foi provado**", orientação seguida pelo CPC de Minas Gerais (Lei 830/22), cujo art. 378 dizia: "Entendendo o juiz que a causa se encontra em estado de ser julgada, proferirá a sua sentença, condenando ou absolvendo, no todo ou em parte do pedido, **segundo o que tiver sido provado nos autos, ainda que a consciência lhe dite outra coisa e ele saiba ser a verdade o contrário do que se provou.**" [grifei]¹¹¹*

Posição média - e talvez a atual - é encontrada em Micheli ao afirmar que "ao lado do ônus subjetivo da prova se construiu um ônus objetivo, depois batizado variadamente, mas de qualquer maneira tendendo a pôr em evidência que a atividade probatória realizada pelas partes é só *mediatamente* ligada ao resultado favorável a uma delas; e, reciprocamente, que a sua atividade é somente causa *mediata* do resultado desfavorável. Em outros termos, o princípio da aquisição processual - juntamente com os poderes instrutórios do juiz e com a possibilidade de

¹¹⁰ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op cit. p. 165.

¹¹¹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Direito à prova*. Repro vol. 39. p. 98. São Paulo: Ed. RT, 1985.

que este valorize o debate inteiro, para dele tirar elementos úteis à formação da própria convicção - ensejou uma involução do conceito de ônus."¹¹²

Neste cenário de fundo, desenvolve-se no Brasil interessante debate sobre o reconhecimento dos poderes instrutórios do juiz, discussão que gravita, em especial, em torno da interpretação dos artigos 130 e 333, do CPC; mas, também, dos: i) art. 125, inciso I, que impõe ao juiz o dever de assegurar a igualdade entre as partes; ii) art. 342, que permite ao juiz convocar *ex officio*, a qualquer tempo, as partes para depor sobre fatos da causa; iii) art. 418, inciso I, que autoriza inquirir as *testemunhas referidas*, que são pessoas que os elementos de prova já realizados indiquem serem conhecedoras dos fatos; iv) art. 437, que autoriza o juiz a mandar fazer *nova perícia*, quando a primeira tiver sido insatisfatória; e v) art. 440, que permite o juiz a realizar, de ofício, as *inspeções judiciais*.¹¹³

A contento, Eduardo Cambi, ao tratar do tema, defende que "os poderes instrutórios do juiz são *complementares* ou *integrativos*; ou seja, a atividade probatória principal é das partes."¹¹⁴ Ainda de acordo com ele o artigo 130 (do CPC) busca "eliminar as *insuficiências não culpáveis* e as *dificuldades objetivas* da atividade probatória, em nome da melhor reconstrução dos fatos, que é um fator que está diretamente relacionado com a justiça da decisão e com a sua legitimação social".¹¹⁵

Parece ser o entendimento de Cambi um dos mais adequados e o que tem prevalecido na doutrina ao lidar sobre o tema dos poderes instrutórios do juiz¹¹⁶, ressalvadas pontuais divergências quanto ao grau de interferência do juiz no campo da dispositividade dos direitos dos litigantes no processo.

Para finalizar, cumpre a transcrição das palavras de Dinamarco na tentativa de refutar questionamento acerca do comprometimento da neutralidade e imparcialidade do juiz ao encorajamento de uma postura mais ávida na busca da justiça do caso concreto: *o juiz moderno compreende que só se lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e*

¹¹² MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. 2ª ed. Padova: Cedam, 1966. p. 15-16. apud PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. p. 152.

¹¹³ Cfr. CAMBI, Eduardo. op. cit. p. 266.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ v. tb. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

*recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se tolhera, porém, a indiferença.*¹¹⁷

3.7.2 Fases Processuais de Valoração e de Julgamento (o Princípio do Livre Convencimento Motivado e o Ônus da Prova)¹¹⁸

A formação da convicção do órgão julgador e a regra do ônus da prova gravitam em espaços muito próximos, contudo, conforme afirma Rosenberg, *estão nitidamente separados por limites fixos.*¹¹⁹

Visão similar é a sustentada por Luiz Guilherme Marinoni ao discriminar a atividade de formação da convicção em momento anterior ao ato decisório; colocando a aplicação da regra do ônus da prova em momento posterior - como o próprio ato de decidir. Conforme segue transcrito:

*Acontece que a idéia de que a regra do ônus da prova - quando dirigida ao juiz - importa apenas quando há dúvida, decorre da falta de constatação de que o juiz somente pode decidir após ter passado pela fase de convicção. Na fase de convicção, e portanto antes de decidir, o juiz deve considerar não só a natureza dos fatos em discussão e a quem incumbe a sua prova, mas também a natureza da situação concreta a ele levada para julgamento.*¹²⁰

Deste modo, apesar da convicção e a decisão ocorrerem em momentos diversos, *a convicção é exteriorizada quando racionalizada na motivação,*¹²¹ por isso, facilmente confundidas como único ato.

Em função desta aparente unidade, Pacífico nos narra que diversos autores sustentaram a abolição do ônus da prova em função da mudança verificada no sistema de apreciação das provas - substituição do sistema das provas tarifadas pelo do livre convencimento motivado.¹²²

¹¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. pp. 230-242.

¹¹⁸ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Ônus da prova...* pp.178-180.

¹¹⁹ ROSENBERG, Leo. op. cit. apud PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. p. 178.

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto.* Disponível em: <
<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=32>>. Acesso em: 24/10/2014.

¹²¹ Ibid.

¹²² PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. pp. 178-180.

Para dirimir a questão, Rosenberg presta o seguinte esclarecimento: *o domínio do ônus da prova começa ali onde termina o domínio da livre apreciação da prova; se o juiz atravessou este último sem poder encontrar a solução, o ônus da prova lhe dá o que a livre apreciação da prova lhe negou.*¹²³

Por fim, conclui Pacífico que *o sistema da livre apreciação (ou persuasão racional) não anula as hipóteses em que o juiz não possa atingir suficiente convicção, mesmo apreciando livremente a prova produzida: apenas diminui a probabilidade de se julgar com base no ônus da prova, já que é mais provável o juiz se convencer pelos mais variados meios probatórios do que mediante o rígido critério tarifado*¹²⁴.

¹²³ ROSENBERG, Leo. op. cit. p. 57. apud PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. p. 178.

¹²⁴ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. pp. 178-180.

4 JURISDIÇÃO E ÔNUS DA PROVA

A partir da visão metodológica da *instrumentalidade* a noção de poder do Estado pode ser vista sob dois enfoques: a primeira como relação: a jurisdição; e a segunda como *dinâmica do poder: o processo*. Este delineamento é sustentado sob a assertiva de que *não se confunde o poder com o método predisposto ao seu exercício*.¹²⁵

A *jurisdição*, sob o aspecto funcional¹²⁶, é entendida como *uma das expressões do poder estatal*¹²⁷ - uma vez que o poder do Estado é uno; caracteriza-se pela capacidade estatal de *decidir imperativamente e impor decisões*.¹²⁸

Assim, o poder jurisdicional (expressão do poder) exercido por meio do processo (dinâmica do poder) tem um feixe de objetivos que se situam *no campo propriamente jurídico (atuação da vontade do direito substancial), no campo social (pacificação com justiça; educação para a consciência dos próprios direitos e respeito aos alheios) e no político (afirmação do poder estatal; participação democrática; preservação do valor liberdade; nos regimes socialistas, propaganda e educação para a vida e a ação socialistas)*.¹²⁹

4.1. DA POSIÇÃO DA NORMA JURÍDICA E DO FATO

O ordenamento jurídico utiliza-se de instrumentos prescritivos genéricos - normas gerais e abstratas -, por meio dos quais alinha relações de subordinação conforme categorias de interesses, impondo aos *portadores de interesses*

¹²⁵ DINAMARCO, Cândido R. *Instrumentalidade*... pp. 135-139.

¹²⁶ Cfr. DINAMARCO, Cândido R. *Instrumentalidade*... pp. 135-139: *as principais colocações modernas sobre a jurisdição não deixam de ser funcionalistas. Para Chiovenda, ela é marcada por duas características fundamentais, que são a substitutividade e o escopo de atuação da vontade concreto da lei; para Carnelutti, a justa composição da lide é que legitima a jurisdição, tanto quanto a sua presença no processo é que o caracteriza como jurisdicional. Assim delineada em vista da função aceita (ou funções), é preciso porém sublinhar que ela não é um poder, mas expressão do poder jurisdicional. Já em João Mendes Jr., aliás, vinha a jurisdição indicada como "função de declarar o direito aplicável aos factos"; e função era definida como "fim ou causa final específica da actividade" (cfr. *Direito judiciário brasileiro*, tít. II, cap. I, pp. 27-29). Vê-se também na explicação de João Mendes a ligação da função com as atividades destinadas a desenvolvê-la. Mais ou menos nessa linha (mas sem considerar que o poder é unitário) foi que Celso Neves afirmou ser a jurisdição, a um tempo, um poder, uma função e uma atividade.*

¹²⁷ Ibid..

¹²⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.* pp. 32-33.

¹²⁹ DINAMARCO, Cândido R. *loc. cit.*

*subordinados determinada conduta a favor dos portadores dos interesses prevaletentes*¹³⁰.

Neste sentido, nos ensina Eduardo Cambi que: *a conduta indicada como pressuposto de determinada consequência jurídica é denominada tipo ou fattispecie (...) trata-se, pois, de uma fixação conceitual daquilo que deve acontecer na realidade*¹³¹.

Demonstrando-se insuficiente a coação moral derivada da existência da própria norma para o adimplemento espontâneo daquela relação entre interesses subordinado e prevaletente, verifica-se um conflito de interesses que urge solução definitiva para a transformação do mandato abstrato em concreto.

A série de atos destinada à pretendida 'transformação' constitui o processo judicial e se esgota mediante a sentença. Na sentença *o mandato toma forma, se individualiza e se define*¹³².

Deste *iter* procedimental denota-se a atividade de cognição do órgão julgador definida, em ensaio de Kazuo Watanabe, como *prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fatos e as de direito, que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do 'judicium', do julgamento do objeto litigioso do processo*¹³³.

Harmoniosamente a este conceito e sensível ao ofício jurisdicional, Dinamarco descreve que *a realidade da vida que chega ao juiz, no drama de cada processo, é muito mais complexa e intrincada, solicitando dele uma sensibilidade muito grande para a identificação dos fatos e enquadramento em categorias jurídicas, para a descoberta da própria verdade quanto às alegações de fato feitas pelos litigantes e sobretudo para a determinação do preciso e atual significado das palavras contidas na lei.*¹³⁴

Em outra vereda, as exposições clássicas descrevem o mecanismo de julgamento, sinteticamente, sob a forma de um silogismo, em que a premissa maior seria a norma, e a menor o enunciado fático.¹³⁵

¹³⁰ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 30.

¹³¹ CAMBI, Eduardo. *A prova civil...* pp. 257-258.

¹³² Ibid.

¹³³ WATANABE, Kazuo. op. cit. pp. 58-59.

¹³⁴ DINAMARCO, Cândido R. *Instrumentalidade...* p. 231.

¹³⁵ Numa outra acepção do fenômeno, v. KNIJNIK, Danilo. Os 'standards' do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Disponível em <

Pondera Barbosa Moreira que *essa explicação um tanto simplista desfigura em certa medida a dinâmica do ato de julgar; mas não sofre dúvida que norma e fato serão sempre os dois pontos básicos de referência do processo mental do julgador.*¹³⁶

Partindo-se deste esquema silogístico, com relação à posição da norma jurídica a questão é reduzida ao conhecimento do sistema legal, assim os conhecidos brocardos: *'da mihi factum, dabo tibi ius'* e *'iura novit curia'*.

De acordo com Calmon de Passos, *o juiz necessita do fato, pois que o direito ele é que o sabe. A subsunção do fato à norma é dever do juiz, vale dizer, a categorização jurídica do fato é tarefa do juiz*¹³⁷.

Esta é a *ratio* do 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; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.*

Contudo, impõe-se à parte autora apresentar o fato e os fundamentos jurídicos do pedido (artigo 282, do CPC) sob pena de, no caso da inobservância reiterada - uma vez assumido como dever do juiz a intimação da parte autora para que promova a emenda ou complementação da petição inicial, nos termos do artigo 284, do CPC -, ter indeferida sua petição inicial nos termos da combinação dos artigos 295, VI, e 267, inciso I, do CPC.

Na outra ponta, dificuldade maior é encontrada diante do posicionamento dos fatos. Tem a doutrina afirmado que *na equação do problema jurídico, o dado de*

<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=27>>. Acesso em 24/10/2014.: No que nos diz respeito, pelo menos duas noções merecem registro. Referimo-nos, em primeiro lugar, à “Espiral Hermenêutica”, segundo a qual a aplicação do direito envolve uma atividade altamente dinâmica, em que se circula das premissas menores às maiores, diversas vezes e sucessivamente, até se conformarem fato e direito naquilo que, apenas descritivamente, ou seja, em sua forma ou aparência externa, será um silogismo. Aqui, a formulação do juízo de fato e do direito a aplicar são conjunta e reciprocamente elaborados, um exercendo grande influência sobre o outro, num intenso movimento da norma ao fato, do fato à norma, até chegar-se ao produto final. Desaparece, portanto, a idéia de independência entre *quaestio facti* e *quaestio juris*, que resultam em estreita conexão, no sentido de progressiva e reciprocamente determinarem-se: a aplicação da norma ao fato consiste na determinação (na descoberta) da sua coincidência, através de um movimento circular de compreender, que procede a uma pluralidade de níveis sucessivos: “é o direito que define e determina aquilo que no processo constitui o fato”.

¹³⁶ MOREIRA, José C. Barbosa. *Julgamento e ônus*... p. 73.

¹³⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de processo civil : Volume III, arts. 270 a 331: (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2005. p. 159

*direito é, evidentemente, de grande importância, mas relevância superlativa tem o dado fático.*¹³⁸

O juiz carrega, mediante as provas produzidas no processo, a árdua tarefa de reconstituir os fatos em busca da verdade. Por isso, adverte Eduardo Cambi que: *por mais que a reconstrução da verdade da maneira como ela foi praticada seja muitas vezes utópica, pois cada uma das partes pode apresentar narrativas, omitindo e acrescentando informações de seus interesses, para persuadir o julgador, caberá ao juiz fazer o trabalho mental de selecionar os argumentos mais coerentes e, com base neles, formar o convencimento racional para então decidir a causa.*¹³⁹

Aporta-se à conclusão de que a descoberta dos fatos controvertidos pertinentes e relevantes é fundamental a um julgamento justo. Compreende-se, assim que a prova é, as mais das vezes, *a encruzilhada decisiva do processo.*¹⁴⁰

Porém, findos os esforços para a reconstituição dos fatos, pode o juiz chegar ao final do procedimento sem estar suficientemente convencido sobre a posição dos fatos em face da norma. *Nesta situação, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova.*¹⁴¹

Como será estudado a seguir, muitas são as teorias que partem de pressupostos diferentes para distribuir às partes o ônus da prova.

4.2 TEORIAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA

Aduz Leo Rosenberg que *a essência e o valor das normas sobre o ônus da prova consistem na instrução dada ao juiz acerca do conteúdo da sentença que deve proferir, no caso de que não se possa comprovar a verdade de uma relevante afirmação do fato.*¹⁴²

Ainda conforme Rosenberg, partindo da formulação de Wach, *a distribuição adequada e prudente do ônus da prova é uma das instituições mais necessárias - ou, pelo menos, mais desejáveis - do ordenamento jurídico.*¹⁴³

¹³⁸ WATANABE, Kazuo. *Da cognição*.... pp. 70-72.

¹³⁹ CAMBI, Eduardo. *Curso* ... p. 19.

¹⁴⁰ MOREIRA, José C. Barbosa. *Julgamento e ônus* ... p. 73.

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*

¹⁴² ROSENBERG, Leo. *op. cit.* p. 2 apud MOREIRA, José C. Barbosa. *Julgamento e ônus*... p. 76. (tradução livre do autor).

¹⁴³ ROSENBERG, Leo. *op. cit.* p. 85 apud PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *loc. cit.*

De acordo com Devis Echandia, o fundamento da regra da distribuição do ônus da prova se encontra *nos princípios da lógica, da justiça distributiva e da igualdade das partes diante da lei e do processo*.¹⁴⁴

Pelo que se verá a seguir, muitas são as premissas por quais se justificam as regras de distribuição do ônus da prova. A exemplo, em rápido giro pelos ordenamentos jurídicos estrangeiros, Luiz Marinoni nos informa que no direito alemão não há norma similar à do artigo 333, do Código de Processo Civil, ainda assim, a ideia de distribuição dos riscos segue a mesma lógica apoiada em teoria lá denominada *Normentheorie*.¹⁴⁵

Diferentemente daquela (e de nossa), em relato de Boaventura Pacífico¹⁴⁶, a Argentina adota critério calcado nos pressupostos fáticos das normas invocadas pelas partes. De acordo com o artigo 377 do CPC daquele país: *incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión(...)*.

No mesmo sentido está o CPC colombiano ao dispor em seu artigo 177: *incumbe a las partes probar el supuesto de hecho e las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*.

Diante desta diversidade, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico¹⁴⁷ buscou sistematizar o estudo das teorias sobre o ônus da prova. Inicialmente o autor, partindo de classificação anteriormente proposta por Alfredo Buzaid¹⁴⁸, separou as teorias em 'antigas' e 'modernas'.

Dentro das teorias 'antigas', Pacífico elencou as teorias que considerou mais importantes dentre as desenvolvidas no século XIX, destacando aquelas elaborados por Bentham, Webber, Bethmann-Hollweg, Fitting, Gianturco e Demogue.

Depois, atenção especial foi dedicada às teorias 'modernas' que tiveram como pressuposto a *natureza dos fatos afirmados*, formuladas por Chiovenda, Carnelutti e

¹⁴⁴ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 6ª ed. t. I, Buenos Aires: Zavalia Editor, 1988. p. 453 apud PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2ª ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 95.

¹⁴⁵ PATTI, Salvatore. *Prove - Disposizioni generali*, Bologna, Zanichelli, 1987, p. 85. apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova ...*p. 2.

¹⁴⁶ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. pp. 220-221.

¹⁴⁷ Ibid. 89-147.

¹⁴⁸ BUZAID, Alfredo. *Do ônus da prova...* p. 45 et seq.

Betti - pressuposto inclusive adotado por Alfredo Buzaid na formulação do modelo do atual Código de Processo Civil brasileiro.

Assim, pede-se vênia àquele autor - e a quem lê - para sintetizar e transcrever algumas de suas linhas, dada a relevância histórica e pertinência de suas ponderações e pesquisa, segundo quem, extraídas a partir da dissertação de S. Soares de Faria¹⁴⁹ com suporte nas anotações feitas por Gianturco na tradução dos comentários ao *Digesto, de Frederico Glück*¹⁵⁰; a seguir:

4.2.1 Doutrinas Antigas

Inicialmente, como bem apontou Luiz Boaventura, *os critérios de distribuição do ônus da prova resultaram dos esforços de muitos juristas, de diversas épocas, num processo árduo e cumulativo de pesquisa e maturação.*¹⁵¹

Neste cenário, as teorias antigas, de inspiração civilista, *formaram-se principalmente em torno da exegese dos textos romanos*¹⁵² e, embora ultrapassadas, constituíram o ponto de partida para os estudos mais elaborados sobre o tema. Podendo-se destacar as seguintes:

a) Doutrina de Bentham: no sistema de justiça franco e simples, a obrigação da prova deve ser imposta, caso a caso, à parte que puder satisfazê-la com menos inconvenientes, vale dizer, menores despesas, menor perda de tempo e menor incômodo.¹⁵³

b) Doutrina de Webber: fundamenta sua teoria no princípio segundo o qual quem procura fazer valer um direito - ou uma liberação de direitos ou de usurpações de outro - é obrigado a provar os fatos incertos, cuja verdade constitui o pressuposto direito ou da liberação. Buscando reduzir a indeterminação do conceito de 'liberação', complementou seu enunciado anterior aduzindo que para demonstrar p fundamento de um direito, basta a prova de suas condições essenciais, aquelas que

¹⁴⁹ FARIA, Sebastião Soares de. *Principaes theorias relativas ao 'onus probandi'*. Dissertação para o concurso à cadeira de professor de Direito Judiciário Civil, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Ed. RT, 1936.

¹⁵⁰ *Prova Judiciária no cível e comercial*, vol. 1, p. 100 et seq.

¹⁵¹ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. pp. 215-216.

¹⁵² Ibid. p. 90.

¹⁵³ Ibid. pp. 95-96.

*são eficazes para lhe dar origem, enquanto a ausência das condições gerais - cuja presença se presume - deve ser provada pelo réu.*¹⁵⁴

A partir desta ponderação, difundiu-se a noção do *princípio da normalidade*.

c) Doutrina de Bethmann-Hollweg:¹⁵⁵ formula sua doutrina a partir da ideia de que o ônus da prova é daquelas que não têm história e cujos princípios não são condicionados positivamente. Estes devem ser buscados não só no âmbito das controvérsias jurídicas, mas também no campo metajurídico, nas relações da vida comum, nas quais se manifesta a regra cristalizada no aforismo romano: quem afirma um fato tem a obrigação de prová-lo - '*affirmanti incumbit probatio*'.

Como substrato desta primeira premissa fixou os seguintes postulados:

- i) a prova de um direito só pode ser imediatamente obtida mediante a prova de sua origem (...) só a prova indireta mediante a dedução de outros fatos, e só estes, que se filiam à sua origem, é que podem ser provados.*
- ii) a prova da origem de um direito é fornecida mediante a prova daqueles requisitos, próprios, imediatos, essenciais, que, de regra, lhe dão origem.*
- iii) provada a origem de um direito, presume-se a sua persistência.*

d) Doutrina de Fitting:¹⁵⁶ a formulação desta teoria parte das seguintes premissas:

- i) diante da ausência de prova, determinado fato não pode ser tido por verdadeiro;*
- ii) o objeto da prova são os fatos e não o direito, porque a existência de um direito se revela pela comparação de fatos a princípios jurídicos;*
- iii) o ônus da prova não é um dever imposto pelo direito e não constitui um conceito jurídico independente, mas é expresso por uma consequência prática de outras regras jurídicas.*

Conforme esta doutrina, para o deslinde da questão relativa ao ônus da prova deve-se perquirir duas indagações: i) que relações de fato devem provar-se - em conformidade com os princípios jurídicos vigentes e segundo a diversidade dos

¹⁵⁴ Ibid. pp. 96-97.

¹⁵⁵ Ibid. pp. 97-98.

¹⁵⁶ Ibid. pp. 99-102.

casos - para que se possa decidir em um certo sentido?; ii) que relações de fato necessitam, segundo sua natureza, de uma verificação particular?.

Para Fitting, as normas se comportam como *agentes e reagentes*, o que os denomina *normas-regras e normas-exceção*. Assim, estabelecem-se a partir das relações regulares que ocorrem na vida as normas-regra. De lado oposto, as situações divorciadas da normalidade, regulam-se pelas normas-exceção.

A síntese de sua doutrina está nos seguintes princípios: i) quem tem um interesse em que, em um caso, se reconheça como intervindo a ação ou, respectivamente, a reação de uma norma jurídica, deve, onde ocorra, provar os pressupostos de fato que a informam; ii) só a afirmação de uma mudança de um estado anterior necessita de prova, que não a permanência do mesmo: '*affirmanti non neganti incumbit probatio*'.

e) Doutrina de Gianturco:¹⁵⁷ sem a intenção de resolver definitivamente a questão do ônus da prova, destacando as enormes dificuldades para se estabelecer critérios de aceitação geral, persegue um princípio universal, aplicável a todos os ordenamentos jurídicos e de qualquer época, princípio esse ausente de todas as teorias referidas, porquanto dependentes da normalidade, apenas passível de apuração no contexto de determinado ordenamento.

Sua formulação se dá a partir de um princípio universal que consiste no *egoísmo*, atribuindo a essa palavra a significação que possui na ciência econômica. Assim, o ônus da prova incumbe a quem quiser auferir *vantagem da prova*. A partir dela, conclui o seguinte:

- i) dispensam provas os fatos aceitos como verdadeiros pelas partes contendentes, certos por si mesmo, ou certos por força de Lei, quer esta admita (*praesumptio iuris tantum*), quer exclua (*praesumptio iure et de iure*) a prova em contrário; ii) não devem ser provados os fatos irrelevantes, conceito tradicionalmente expresso no aforismo '*frustra probatur quod probatum non relevat*'; iii) pelo princípio físico da inércia - analogamente aplicável no campo jurídico -, todo modo de ser estático ou dinâmico tende espontaneamente a persistir sem alteração alguma. Donde se conclui que: a) se se trata de um modo de ser de sua natureza persistente, não carece de prova a sua persistência, mas sua mudança; b) se se trata de um modo de ser por sua

¹⁵⁷ Ibid. op. cit. pp. 102-104.

natureza mutável em certo sentido (dinâmico), a persistência precisa ser provada, e não a modificação; iv) não se provando ter-se verificado a possibilidade menos provável, é lógico conceder a preponderância à possibilidade mais provável. Deve-se ter em vista que, quando um fato ou relação de fato, que seja necessário considerar na decisão, possa ser concebido de duas formas - como normal e excepcional - e falte a prova da anormalidade, desnecessária será a prova de qualquer normalidade.

f) Doutrina de Demogue:¹⁵⁸ esta teoria sustenta que na produção da prova deve prevalecer a solidariedade entre as partes, podendo ser resumida nos seguintes pontos: i) o que prova não é obrigado a estabelecer todas as condições necessárias à existência do seu direito. Deve somente provar as condições necessárias à existência do seu direito. Deve somente provar as condições que o tornam verossímil. Não é obrigado, dizendo-se credor, a provar que é credor sem dolo, violência, por serem esses fatos excepcionais; ii) a obrigação da prova deve ser, em cada caso individual, imposta àquela das partes que a pode desempenhar com menos incômodo, isto é, menos detalhes, vexames, despesas etc.¹⁵⁹

Ressalta Boaventura Pacífico, em que pese estes postulados seguirem as linhas das teorias precedentes, Demogue *logrou estabelecer a distinção entre as obrigações de meio e as de resultado, com influência direta sobre a distribuição do ônus da prova*¹⁶⁰.

4.2.2 Teorias Fundadas na Natureza dos Fatos (Doutrinas Modernas)

Neste segundo momento, tem-se, a partir da influência das doutrinas antecedentes, a formulação de novos postulados acerca da distribuição do ônus da prova.

Pode-se afirmar que o critério da normalidade, desenvolvido no século XIX, foi frequentemente utilizado para *explicar a repartição dos riscos da ausência de prova*

¹⁵⁸ Ibid. pp. 105-106.

¹⁵⁹ Cfr. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. p.105: *desses princípios, que se mostram fundamentais para Demogue, o primeiro reproduz o princípio da normalidade, exposto por outras teorias, e o segundo foi sustentado por Betham, não ostentando, assim, nenhuma novidade.*

¹⁶⁰ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. nota n. 50: cita Fábio Konder Comparato na afirmação de que "embora a paternidade da teoria seja atribuída a Demogue, a verdade é que ela já se aparecia de forma mais ou menos explícita na doutrina germânica desde fins do século XIX" (Obrigações de meio, de resultado e de garantia. Ensaio e pareceres de direito empresarial, p. 524).

entre as partes¹⁶¹ em conjugação à classificação dos fatos em diversa natureza (constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos). A seguir algumas destas teorias:

a) Teoria de Chiovenda: considera que a repartição do ônus da prova se baseia em um princípio de oportunidade e de igualdade distributiva, afirmando:

*Frequentemente, no caso concreto, sente-se a oportunidade de atribuir o ônus da prova a uma das partes, enquanto seria difícil formular uma razão geral para fazê-lo. Não é possível dizer a priori que a repartição da prova seja rigorosamente lógica e justa. Pode-se talvez, afirmar que, a rigor, seria justo que o autor provasse tanto a existência dos fatos constitutivos do direito quanto a não existência dos fatos impeditivos ou extintivos. Mas essa prova seria, no mais das vezes, difícil para os fatos impeditivos, impossível para os fatos extintivos. Pretender tanto do autor equivaleria, quase sempre, a recusar-lhe, logo, a tutela jurídica. É portanto, antes de tudo, uma razão de oportunidade que compele a repartir o ônus da prova.*¹⁶²

Ao partir da inferência de que no processo civil prevalece o princípio dispositivo, assim como de que às partes incumbe a tarefa de preparar o material de cognição, de alegar e provar ao juiz aquilo que pretendem que ele tome e em consideração as máximas '*iudicet secundum allegata et probata*' e '*quod non est in actis non est in mundo*', afirma Chiovenda que o encargo de afirmar e provar se distribui entre as partes, no sentido de deixar-se à iniciativa de cada uma delas fazer valer os fatos que ela pretende considerados pelo juiz, ou, em outros termos, que tem interesse em que sejam por ele considerados como verdadeiros¹⁶³.

Observa Luiz Pacífico que para distinguir os fatos constitutivos dos impeditivos e, assim, estabelecer um critério geral de repartição do ônus da prova, o ilustre

¹⁶¹ Ibid. op. cit. p. 106.

¹⁶² CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processual civile*. 3ª ed. Napoli: Jovene, 1965. § 55, p. 780; Instituições de direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. vol. 2. p. 379 apud PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. pp. 109-110.

¹⁶³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições ...* p. 448.

*processualista adota o princípio da normalidade, fundado nas condições de existência de uma relação jurídica*¹⁶⁴.

Sua formulação acerca da distribuição do ônus da prova pode ser sintetizada no seguinte:

Somente quando o autor trazer provas idôneas para demonstrar a existência do fato constitutivo de seu direito, tem o réu de diligenciar, de seu lado, a sua prova. Mas, isto, a seu turno, pode ocorrer com dois propósitos:

a. ou o réu tende, somente, como já dissemos, a provar fatos que provam a inexistência do fato provado pelo autor, de modo direto ou indireto (e dizem-se motivos) e temos aí a simples prova contrária ou contraprova;

*b. ou o réu, sem excluir o fato provado pelo autor, afirma e prova um outro que lhe elide os efeitos jurídicos, e aí temos a verdadeira prova do réu, a prova da exceção.*¹⁶⁵

Assim, a questão do ônus da prova reduz-se, portanto, no caso concreto, a estabelecer quais os fatos que considerados existentes pelo juiz devem bastar para induzi-lo a acolher a demanda (constitutivos).¹⁶⁶

b) Teoria de Carnelutti: explica Pacífico que Carnelutti faz prevalecer um critério teleológico, atrelado ao fim último do processo - em sua teoria, a justa composição da lide¹⁶⁷.

Deste modo, segundo palavras de Carnelutti:

Sob um perfil teleológico, levando em conta o escopo do processo, é claro que o critério deve ser escolhido não só tendo em vista a sua idoneidade para distinguir as partes em relação ao fato, mas tendo em vista também a conveniência de estimular à prova aquela entre as partes que esteja provavelmente em condições de dá-la, com base em uma regra de experiência que estabeleça qual

¹⁶⁴ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. p. 111.

¹⁶⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições* p. 449.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. p. 113.

*das duas partes esteja em melhores condições para tanto. Somente assim o ônus da prova constitui um instrumento para atingir o escopo do processo, que não é a simples composição, mas a justa composição da lide.*¹⁶⁸

Carnelutti parte da distribuição entre interesse na afirmação e interesse na prova. O *interesse na afirmação é unilateral*, assim, cada uma das partes tem interesse em afirmar só os fatos que constituem a base de sua pretensão ou de sua exceção; o *interesse na prova é bilateral*, no sentido que, uma vez afirmado um fato, cada uma das partes tem interesse em subministrar a seu respeito a prova.

Defende, por fim, o seguinte critério: *tem o ônus de provar quem tem o interesse em afirmar; portanto, quem propõe a ação tem o ônus de provar os fatos constitutivos; e quem propõe a exceção tem o ônus de provar os fatos extintivos e as condições impeditivas ou modificativas.*¹⁶⁹

c) Teoria de Betti: apresenta objeções à teoria de Carnelutti, afirmando que o interesse à afirmação também é bilateral, embora em menor medida do que o *interesse à prova (Chiovenda)*. *Com efeito, o réu tem interesse em afirmar a inexistência dos fatos afirmados pelo autor, mas, enquanto este não provar a sua existência, aquele não tem o ônus de provar a sua afirmação (inexistência do fato.)*¹⁷⁰

Neste ponto, explica Alfredo Buzaid que Betti *para chegar a um critério plenamente satisfatório, cumpre substituir o critério do interesse pelo do ônus da afirmação. A repartição do ônus da prova corre paralelamente com a repartição do ônus da afirmação (ou da contestação) e se inspira num critério de igualdade entre as partes, entendida no sentido das diferentes posições que assumem no processo. Como ao ônus do pedido corresponde o ônus da afirmação, assim também ao ônus da afirmação corresponde o ônus da prova.*¹⁷¹

¹⁶⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. vols 1. p. 424 apud PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. p. 113 - livre tradução do autor.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. p.115.

¹⁷¹ BUZAID, Alfredo. loc. cit.

4.3 O ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Em breve esboço histórico, Alfredo Buzaid nos conta que o direito brasileiro nos primeiros tempos manteve vigente as normas do direito português que, por sua vez, eram pobres de disposições a respeito do tema do direito probatório¹⁷², e cujos princípios eram oriundos do direito romano.

O Regulamento nº 737 (Decreto 737/80), não continha disposições explícitas sobre o ônus da prova, no entanto, os Códigos de Processo Civil dos Estados, ressalta Buzaid, foram mais minuciosos, prescrevendo, de modo geral, que competia a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que o fizessem.¹⁷³

Neste ponto, ainda que de conhecimento geral, rememore-se que a Constituição de 1891 atribuiu à União Federal competência exclusiva para elaborar as leis de direito material, deixando aos Estados a competência para legislar sobre o direito processual.

Esta disposição perdurou até a Constituição de 1934, momento em que se alterou a competência, atribuindo-se à União Federal o poder de legislar sobre matéria processual.

Em 1939, passou a vigor o primeiro código nacional para o processo civil e comercial com o advento do Decreto-lei n. 1.608/39, regulando amplamente a matéria do ônus da prova nos artigos 209 e seguintes.

O Código de 1939 vigorou até 01.01.1974, dia em que foi revogado (não totalmente) por nosso atual e conhecido Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/73).

O Código de Processo Civil brasileiro estabelece no artigo 333 o seguinte:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

¹⁷² Cfr. Buzaid, op. cit.: os títulos mais importantes do Livro III do Código Filipino eram os n.º 25, 52 e 53, n.º 10.

¹⁷³ Cfr. Buzaid, op. cit. nota n. 17: Cód. Proc. Civ. do Estado de São Paulo, art. 262; Dist. Fed., art. 182; Pernambuco, art. 245; Bahia, art. 126; Rio de Janeiro, art. 1.226; Minas Gerais, art. 255; Santa Catarina, art. 686.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

O Código Buzaid adota a teoria fundada na *posição assumida pelas partes no processo (autor e réu)*, conjugada à *natureza dos fatos que fundamentam suas pretensões (fatos constitutivos ou impeditivos, modificativos e extintivos)*.

Desta maneira, ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos de seu direito (art. 333, inciso I) e ao réu a prova dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos (art. 333, inciso II).

4.3.1 Eficácia da Sentença Fundamentada na Regra de Distribuição do Ônus da Prova

A autoridade da coisa julgada não está vinculada à exatidão do juízo sobre os fatos. Neste sentido, parece clara a redação do artigo 469, *caput e inciso II*, do Código de Processo Civil: não faz coisa julgada a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

Em razão disso, Barbosa Moreira afirma que *a coisa julgada é fenômeno ligado a razões de ordem menos lógica do que prática; em termos mais concretos, à conveniência de dar estabilidade à tutela jurisdicional dispensada, para evitar que permaneçam indefinidamente em xeque a certeza jurídica e a paz social*¹⁷⁴.

Portanto, a sentença proferida com fundamento na regra da distribuição do ônus da prova obtém a mesma autoridade que qualquer outra sentença, com apreciação de mérito, passada em julgado.

Não obstante a isso, *caso depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável* (artigo 485, inciso VII, do CPC), aquela sentença de mérito, transitada em julgado, poderá ser rescindida; observados, por óbvio, os requisitos legais previstos no artigo 488 da lei processual.

¹⁷⁴ MOREIRA, José C. Barbosa. *Julgamento e ônus da prova...* p. 81.

4.3.2 Regimes de Modificação do Ônus da Prova

Em ensaio intitulado *O ônus da prova e sua modificação*, Sérgio Cruz Arenhart¹⁷⁵, na tentativa de sistematizar a matéria, aduz que as condições para a modificação da regra do ônus da prova são da mais diversa natureza, por conseguinte elabora a seguinte classificação: *i) convencional; ii) legal; iii) judicial e iv) necessária*.

Contudo, antes de adentrar ao tema, importante salientar algumas observações tecidas pelo autor.

A primeira observação diz respeito à preferência do uso da expressão 'modificação do ônus da prova' no lugar de 'inversão do ônus da prova', esclarece que: "não existe caso de inversão própria do regime do ônus da prova, já que esta deveria consistir em imputar ao réu o ônus da prova dos fatos constitutivos do direito do autor e ao autor a carga da prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos de seu próprio direito. Ora, nenhuma hipótese existente no direito brasileiro contempla semelhante previsão, de modo que não se deve falar, ao menos propriamente, em 'inversão do ônus da prova'."¹⁷⁶

A segunda observação diz respeito à quarta classificação denominada 'necessária'. Explica, Arenhart, que esta última poderia ser melhor alocada como subespécie da anterior (item iii - judicial), mas sua categorização em separado responde a particulares requisitos de sua incidência e à fonte constitucional de sua admissão.

Assim, passa-se à análise dos regimes de modificação das regras do ônus da prova formulados por Arenhart.

i) modificação convencional - estabelece a norma processual, no parágrafo único do artigo 333, que: *é nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; ou II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito*.

Conforme anota Arenhart: *se apenas em tais casos é proibida a convenção que distribua de forma diversa o ônus da prova entre as partes, em todas as demais situações esta convenção é admitida. Trata-se, portanto, de verdadeiro negócio*

¹⁷⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. op. cit.

¹⁷⁶ Ibid.

jurídico processual, admitido desde que satisfeitos os requisitos para a validade de qualquer negócio jurídico (agentes capazes, objeto lícito e forma admitida em lei).¹⁷⁷

ii) modificação legal - decorre de previsão expressa em lei. Sérgio Arenhart subdivide este tópico em dois itens, *a) o regime do ônus da prova no código de defesa do consumidor*; e *b) as presunções judiciais relativas*.

a) o regime do ônus da prova no código de defesa do consumidor - a técnica de modificação disposta no artigo 6º, VIII, do CDC, estabelece que: *são direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*.

Assim, estabelece o CDC que o magistrado, preenchido o requisito da hipossuficiência ou da verossimilhança da alegação do consumidor, deverá 'inverter' o ônus da prova. Esta medida se explica em razão das peculiaridades e especificidades das relações sujeitas a este estatuto, cuja finalidade principal é a facilitação da defesa dos direitos dos consumidores.

Ressalte-se que os requisitos para a modificação da distribuição do ônus da prova não precisam ser verificados cumulativamente, bastante a hipossuficiência ou a verossimilhança da alegação como fundamento da decisão. Ressalte-se, também, que a doutrina vem atribuindo conceito mais abrangente à figura da hipossuficiência, afirmando que a hipossuficiência considerada pelo CDC refere-se à chamada 'hipossuficiência técnica'¹⁷⁸.

¹⁷⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. O ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=71>>. Acesso em 24/10/2014.

¹⁷⁸ Cfr. ARENHART, Sérgio Cruz. O ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro: O termo significaria que, em certas ocasiões, o consumidor não teria acesso às mesmas informações que o fornecedor tem, o que coloca aquele em situação de desvantagem em relação a este. Realmente, cumpre considerar que o fornecedor, não raro, por conhecer a forma como foi realizado o serviço ou elaborado o produto, por entender melhor o funcionamento do produto ou as complexidades da prestação do serviço, está em melhores condições de verificar em que ponto pode ter ocorrido o problema narrado pelo consumidor.¹⁷⁸ Haverá, nestas situações, evidente favorecimento à condição do fornecedor que, por dominar a forma da prestação do serviço ou do produto, encontra-se em vantagem (sob o ponto de vista probatório) em relação ao consumidor. Esta vantagem, por seu turno, muitas vezes, pode dificultar sobremodo (quando não inviabilizar) a proteção do consumidor, já que este pode não ter condições de demonstrar a validade de sua tese – justamente por não dispor daqueles dados, que estão no domínio do fornecedor.

b) as presunções judiciais relativas - Sérgio Arenhart explica que as presunções legais relativas *fixam previamente uma 'verdade' a respeito de certo fato, que deve ser aceita pelo julgador salvo se existir prova em contrário. Estas regras funcionam, então, como uma orientação ao julgador para que, estando em dúvida a respeito da existência ou não de certo fato, conclua sempre – diante da falta de prova suficiente a seu respeito – no sentido indicado pelo legislador na norma que estabelece a presunção.*¹⁷⁹

Conclui, aquele autor, que "as presunções relativas, então, derogam o regime do *onus probandi*, impondo outra distribuição deste ônus entre as partes do processo. A ausência de prova em relação a determinado fato, que prejudicaria originalmente uma das partes do processo, poderá em virtude da existência da presunção, vir a ser tomada em prejuízo de seu adversário".¹⁸⁰

iii) modificação judicial - neste regime, a modificação é operada por intervenção direta da atividade jurisdicional, refletindo na distribuição do ônus da prova prevista no artigo 333, do CPC, chamada também de *presunção judicial* (*praesumptiones hominis*).

Assim, afirma Arenhart que: *as presunções judiciais (prova indiciária) partem do conhecimento de certos fatos para que possam ser concluídos outros, aos quais, normalmente, aqueles primeiros estão associados. Ou seja, partindo-se da convicção de ocorrência de um certo fato (indício), pode o juiz, por raciocínio lógico, inferir a existência de outro fato (objeto a ser provado), já que, comumente, um decorre do outro ou devem, ambos, acontecer simultaneamente.*

A partir desta ideia, aduz o autor, como *elemento indissociável da presunção (judicial) a noção de indício*. Explica, neste ponto, que o *princípio do raciocínio presuntivo calca-se na verificação concreta de outro fato (do qual se extrairá a*

¹⁷⁹ Cfr. ARENHART, Sérgio Cruz. op. cit.: Todavia, quando assim não acontecer, configurarão elas a regra *suplementar* – a ser aplicada pelo magistrado no lugar do comando expresso pelo art. 333, do Código de Processo Civil – que guiará a decisão judicial no caso de dúvida a respeito de certo fato; tb. cfr. Barbosa Moreira: "não parece inteiramente exato dizer, todavia, que a presunção legal (relativa) se resolve em *inversão do onus probandi*. Com efeito, o resultado da aplicação da regra *especial* (contida no dispositivo que estabelece a presunção) pode perfeitamente *coincidir*, em determinado caso, com o resultado que se obteria aplicando à espécie a regra *geral* de distribuição daquele ônus" ("As presunções e a prova", p. 60/61).

¹⁸⁰ Ibid.

*ocorrência do fato principal). Este fato secundário, cuja verificação é possível pelos meios probatórios normais, é que se chama de indício.*¹⁸¹

iv) modificação necessária - como se ressaltou inicialmente, aqui também a modificação se opera pela atividade do juiz. Explica, Arenhart, que: *assenta-se esta figura na interpretação constitucional do texto processual. Como é óbvio, o art. 333, do diploma processual, é norma infraconstitucional que, portanto, deve conjugar-se ao texto da Lei Maior. Poderá suceder, eventualmente, que a aplicação desavisada do art. 333 em questão venha a impossibilitar, ou, eventualmente, a dificultar sobremodo, a proteção de certo direito em juízo.*¹⁸²

Portanto, é justamente nesta última classificação que reside a teoria do ônus dinâmico da prova, que será melhor analisada nos item subsequentes.

4.3.3 A Aplicação Não-Conforme à Constituição Federal do Artigo 333, do Código de Processo Civil¹⁸³

Do até aqui exposto, viu-se que os critérios de distribuição do ônus da prova são resultado do desenvolvimento das diversas teorias construídas ao passar do tempo, fruto de *árduo e cumulativo trabalho de pesquisa e maturação.*¹⁸⁴

Deste modo, destaca Boaventura Pacífico que as diversas teorias *representaram inegável avanço, seja em relação aos critérios desenvolvidos no direito romano, em que os ônus probatórios repartiam-se de acordo com as posições ocupadas pelas partes no processo, seja em relação às ideias desenvolvidas no período medieval, em que a qualidade dos fatos ocupou importância vital (teoria das negativas).*¹⁸⁵

Por sua vez, a regra de distribuição do *onus probandi* atualmente concebida pelo Código de Processo Civil caracteriza-se como uma distribuição estática, tendo

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² Ibid.

¹⁸³ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' e da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006. pp. 942-951.

¹⁸⁴ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. p. 215.

¹⁸⁵ Ibid.

em vista que leva em consideração a *posição da parte em juízo* e a *espécie do fato* a ser provado.

A posição adotada pelo legislador de 1973 reflete a influência das doutrinas desenvolvidas, em especial, por Chiovenda, Carnelutti e Betti.

Nada obstante o grande esforço na tentativa de discriminar os fatos constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos, Chiovenda já sinalizava a dificuldade em se *chegar a uma formulação geral e completa do princípio que preside ao ônus da prova*.¹⁸⁶

Com efeito, Dinamarco expõe que *nenhum ato ou fato juridicamente relevante é em si mesmo constitutivo, impeditivo, extintivo ou modificativo de direitos. A capacidade de constituir, impedir, extinguir ou modificar-se revela-se sempre em relação à finalidade com que o ato é alegado em cada litígio*.¹⁸⁷

Neste sentido, conforme Boaventura Pacífico, boa parte da doutrina alemã e italiana afirmam que *a qualificação dos fatos só pode ser feita por meio da análise das pretensões deduzidas em juízo e das normas substanciais que estão na base da relação jurídica controvertida*.¹⁸⁸

Diante de tais assertivas, conclui-se que a teoria adotada no código de processo civil - em que pese marcadamente símbolo da evolução da técnica processual - é insuficiente para atender todo o universo e complexidade das relações sob sua tutela, com justiça.

Como visto anteriormente, o direito à prova possui matriz constitucional, de modo que se faz necessário assegurar a possibilidade da mais ampla participação na formação do convencimento do juiz (*contraditório efetivo e defesa ampla*)¹⁸⁹.

O direito à prova deve ser examinado do ponto de vista da garantia constitucional ao instrumento adequado à solução das controvérsias, dotado de

¹⁸⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. op. cit. p. 447.

¹⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. 2. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 260-261.

¹⁸⁸ Cfr. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. p. 217; e nota n. 5: *Ressaltando a importância desempenhada pelo direito material*, Micheli, *L'onere della prova*, p. 331, observa que o critério a ser seguido para a qualificação da natureza de determinado fato não pode ser buscado senão nas normas de direito material, ou seja, na disciplina positiva de determinada relação jurídica. Mais recentemente, Giovanni Verde, *Profili del processo civile, parte generale*, p. 143, endossou a mesma conclusão. Na Alemanha, o entendimento é o mesmo: Rosenber, *La carga de la prueba*, p. 124; Schönke, *Derecho procesal civil*, p. 203.

¹⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit.. p.26.

efetividade suficiente para assegurar ao titular de um interesse juridicamente protegido em sede material a tutela jurisdicional¹⁹⁰.

Paralelamente, Danilo Knijnik afirma que *eventual vedação, limitação ou restrição excessiva quanto às fontes e meios de prova disponibilizados aos litigantes pode caracterizar-se como aplicação inconstitucional de normas processuais civis, por redundarem na chamada inutilidade da ação judiciária*.¹⁹¹

Desta maneira, a crítica à atual disposição da regra de distribuição do ônus probatório parte da observação de que ela *está muito mais preocupada com a decisão judicial - aliás, com qualquer decisão (já que se veda o non liquet; CPC, art. 126) - do que com a tutela do direito substancial lesado ou ameaçado de lesão*.¹⁹²

Adverte, Eduardo Cambi, que *essa distribuição (...) pode inviabilizar a tutela dos direitos lesados ou ameaçados, especialmente aqueles de natureza extrapatrimonial (como os direitos fundamentais sociais e à higidez do meio ambiente), os quais não foram adequadamente pensados pelo modelo liberal (individualista e patrimonialista) desenvolvido pelo Código de Processo Civil*.¹⁹³

Portanto, diante de situações em que a aplicação das regras do ônus da prova *flerta, perigosamente, com a impossibilidade de provar, beirando a inutilidade da ação judiciária, com a vedação oculta de acesso efetivo à justiça*¹⁹⁴, vem a doutrina e jurisprudência¹⁹⁵ procurando alternativas para harmonizar o sistema processual aos preceitos e princípios estabelecidos na Carta Republicana.

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ KNIJNIK, Danilo. op. cit. p. 943.

¹⁹² CAMBI, Eduardo. *Curso ...* p. 226.

¹⁹³ CAMBI, Eduardo. op. cit. p. 226.

¹⁹⁴ KNIJNIK, Danilo. op. cit. p. 944.

¹⁹⁵ Pode-se mencionar, v.g., decisão do TJ/PR com a seguinte ementa:

TJ-PR - Ação Civil de Improbidade Administrativa 11710111 PR 1171011-1 (Acórdão) (TJ-PR)

Data de publicação: 24/07/2014 Ementa: AGRAVANTES: MUNICÍPIO DE LONDRINA E OUTRO AGRAVADOS: TATIANE PEREIRA DE OLIVEIRA E OUTRO RELATOR: DES. RUBENS OLIVEIRA FONTOURAPROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA - FLEXIBILIZAÇÃO DA REGRA DO ART. 333, DO CPC - POSSIBILIDADE - ARRIMO CONSTITUCIONAL - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INAPLICABILIDADE - PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DIRETAMENTE PELO ENTE PÚBLICO E CUSTEADO POR RECEITAS TRIBUTÁRIAS - ATRIBUIÇÃO DO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS MANTIDO - RECURSO PROVIDO. 2 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.; no STJ, v. REsp. 69.309/SC, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

4.3.4 Teoria do Ônus Dinâmico da Prova

A teoria das cargas dinâmicas da prova foi formulada entre o final da década de 1970 e início de 1980 pelos juristas argentinos Jorge W. Peyrano e Julio O. Chiappini.

Conforme alude Luiz Boaventura, o mérito do pioneiro estudo pelos juristas argentinos foi o de revelar a orientação jurisprudencial que, com a finalidade de buscar a justiça no caso concreto, por vezes abrandava a aplicação dos princípios distributivos legalmente estabelecidos.

Assim, Peyrano e Chiappini sintetizaram o princípio que rotineiramente era utilizado nos precedentes da jurisprudência, formulando o seguinte postulado: *o ônus da prova deve recair sobre a parte que se encontre em melhores condições profissionais, técnicas ou fáticas para produzir a prova do fato controvertido.*¹⁹⁶

Oportunamente, Jorge W. Peyrano discorre que a elaboração da teoria parte do conceito de ônus processual de Goldschmidt no âmbito da teoria da situação jurídica processual, conforme se extrai do seguinte:

Sin embargo, debe señalarse que, entre esos varios conceptos a los que nos venimos refiriendo, el que mayor fortuna ha tenido es el de “carga procesal”, constitutivo, por otra parte, del eje central del sistema propugnado por Goldschmidt. Y para corroborar este último aserto conviene recordar sus propias palabras: “Los vínculos jurídicos que nacen de aquí (alude al ‘proceso’) entre las partes no son propiamente relaciones jurídicas (consideración estática del derecho); esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino situaciones jurídicas (consideración dinámica del derecho), es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas. Sólo aquéllas son derechos en sentido procesal -el mismo derecho a la tutela jurídica (acción procesal no es, desde este punto de vista, más que una expectativa

¹⁹⁶ PEYRANO, Jorge W.; CHIAPPINI, Julio O. *Lineamentos de las cargas probatorias 'dinámicas'*. In: *Cargas probatorias dinámicas*. Coord. Jorge W. Peyrano. 1. ed. 1. reimp. - Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 13-18 apud PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. pp. 222-225.

*jurídicamente fundada) y las últimas, las cargas 'imperativos del propio interés', ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones.*¹⁹⁷

Não obstante o sucesso e difusão desta doutrina, Boaventura Pacífico salienta que o critério de atribuir o ônus à parte que se apresente em melhores condições de produzir a prova não é nada novo (...) diversas doutrinas 'antigas', entre elas as de Bentham e Demogue, utilizaram esse norte para regular a distribuição do onus probandi.¹⁹⁸

Denote-se, em cotejo, a teoria de Jeremy Bentham, *in verbis*: la carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos.¹⁹⁹

Com efeito, conforme Pacífico, o que de novo contém a doutrina do ônus dinâmico é utilizar o aludido princípio de forma subsidiária e suplementar - se e quando os critérios distributivos gerais conduzirem o caso a um desfecho manifestamente injusto.²⁰⁰

Por esta razão, doutrina e jurisprudência²⁰¹ vêm defendendo a aplicação desta teoria em nosso ordenamento como regime de modificação do ônus da prova como solução excepcional e subsidiária à regra estática.

4.3.4.1 Incorporação da teoria do ônus dinâmico da prova no código de processo civil projetado

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 166/2010, originado no Senado Federal, que consubstancia o projeto de um novo Código de Processo Civil.

No tocante à matéria das provas, o texto originalmente elaborado pelo Senado, disciplinava a distribuição do ônus da prova nos artigos 261 e 262, *in verbis*:

Art. 261. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:

¹⁹⁷ PEYRANO, Jorge W. *Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. RePro, vol. 217, p. 205. São Paulo: Ed. RT, 2013.

¹⁹⁸ PACÍFICO. Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. pp. 224-225.

¹⁹⁹ BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. v. II. p. 150.

²⁰⁰ PACÍFICO. Luiz Eduardo Boaventura. op. cit. pp. 224-225.

²⁰¹ v. nota 195.

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

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

Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

Em 26 de março de 2014, a Câmara dos Deputados concluiu votação do texto final do novo CPC, por meio de texto substitutivo (SCD) - projeto de lei n. 8.046/2010.²⁰² Assim, operou-se alteração na disposição original do texto do projeto de maneira que as disposições sobre a prova foram alocadas no Capítulo XIII - Das Provas, a partir do artigo 376.

A disciplina da distribuição do ônus da prova, especificamente, está disposta no artigo 380, com a seguinte redação:

Art. 380. O ônus da prova incumbe:

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

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

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

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

²⁰² As informações sobre a tramitação do projeto de lei n. 8.046/2010 (PLS 166/2010) estão disponíveis em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249> e <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em 27/10/2014.

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

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

O *caput* do artigo 380 mantém a regra geral vigente - art. 333, do CPC - da distribuição do ônus da prova. Diferença que se nota é com relação à redação anteriormente disposta no artigo 261, naquele se previu que "o ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe (...)".

Suprimida a ressalva quanto aos poderes instrutórios do juiz, no *caput* do artigo 261, a comissão de juristas da Câmara dos Deputados destinou o dispositivo do artigo 377 para prescrever que: *caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito; e parágrafo único: o juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

Redação, aquela, muito similar à do atual artigo 130: *caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

Já o § 1º do artigo 380, a exemplo do que previa o artigo 262 da redação original (PLS 166/2010), incorpora o regime da modificação 'necessária'²⁰³ do ônus da prova, fundada na teoria dinâmica do ônus da prova formulada pelos argentinos Jorge W. Peyrano e Julio O. Chappini., com a ressalva de que *o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído* - medida compatível com o princípio do contraditório.

Continua, no § 2º a disciplinar a matéria iniciada na parte final do parágrafo anterior, ao impor limitação à modificação do regime de distribuição de modo a dispor que "a decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil".

Este dispositivo estabelece limitação à 'inversão' do ônus da prova prevista no primeiro parágrafo. Danilo Knijnik ao escrever sobre o assunto, tece ressalva justamente no sentido estabelecido pelo texto projetado, afirmando que a

²⁰³ Cfr. ARENHART, Sérgio Cruz. op. cit.

*dinamização do ônus não pode derivar na consagração de uma probatio diabolica reversa*²⁰⁴.

Os parágrafos subsequentes, de forma sucinta, dizem respeito ao regime de modificação por convenção das partes.

Em outra vereda, o acolhimento da teoria das cargas probatórias dinâmicas no projeto do código de processo civil não é de todo novo, uma vez que existem debates sobre outros projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, ou então de iniciativa de instituições destinadas à pesquisa dos institutos do direito processual, que já previam a incorporação daquela teoria de forma subsidiária e suplementar à distribuição estática prevista no artigo 333, do CPC.

Ilustrativamente, cite-se o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado pelo IBDP, que em seu artigo 10º, § 1º, propõe:

Art. 10. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§1º. Sem prejuízo do disposto no art. 333 do CPC, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

Exceção está no Código Modelo de Processos Coletivos elaborado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual que não se ateve à teoria clássica de distribuição do ônus probatório como adotado no artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro, tampouco previu a técnica de inversão do ônus da prova disposta no artigo 6º, inciso VII, do CDC.

Adotou uma regra dinâmica da distribuição do ônus probatório, conforme se depreende da leitura do artigo 12, *caput* e § 1º, *in verbis*:

Art. 12. São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

²⁰⁴ KNIJNIK, Danilo. op. cit.

Par. 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença demérito, podendo solicitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, às custas da mesma. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos de Grupo. [grifei]

Conforme relata Eduardo Cambi, no direito brasileiro, o *Código Modelo influenciou a formulação de Anteprojetos de Código de Processo Civil Coletivo, com destaque para o Projeto de Lei 4.484/12 (PL original n. 5.139/09), que pretende alterar as regras da ação civil pública.*²⁰⁵

Assim, vale destacar a redação do artigo 20, incisos IV a VII, conforme abaixo transcrito:

Art. 20. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

(...)

IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração;

V - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente

ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas;

VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da

²⁰⁵ CAMBI, Eduardo. op. cit. pp. 207-211.

produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa;
VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e
(...)

As propostas apresentadas representam avanço tecnológico do direito processual civil, à medida que retira do juiz e transfere para a lei a responsabilidade da modificação do regime do ônus da prova em hipóteses concretas de aplicação não-conforme à Constituição do dispositivo do artigo 333, do CPC.

Para finalizar, estas propostas legislativas que buscam incorporar técnica mais moderna com relação à regra da distribuição do ônus probatório são positivas uma vez que demonstram estar o legislador - e a comissão de juristas incumbidos na elaboração de referidos projetos - preocupado(s) com o cumprimento dos escopos jurídicos, sociais e políticos do processo. De onde se conclui que, no direito processual, de fato, "há um sentimento mudancista"²⁰⁶.

²⁰⁶ Expressão cunhada pelo ex-presidente da República, Fernando Henrique Cardoso em entrevista concedida à revista Época em 22/03/2013. Disponível em <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2013/03/fernando-henrique-cardoso-ha-um-sentimento-mudancista.html>>. Acesso em: 27/10/2014.

5 CONCLUSÃO

O caminho de descoberta do presente estudo teve como pressuposto metodológico a *Teoria da Instrumentalidade*, que carrega a proposta de reestruturação do sistema processual a partir da adequação do processo aos escopos sociais (pacificação com justiça) e políticos (princípio participativo) da jurisdição.

A *instrumentalidade* é responsável por reformular e revisitar os esquemas processuais clássicos, com o objetivo de adaptá-los à realidade da sociedade contemporânea.

Neste passo, esta doutrina sustenta a transformação do processo em um instrumento a serviço de valores mais elevados, dentre os quais: o acesso à ordem jurídica justa; a universalidade da tutela jurisdicional; a efetividade e instrumentalidade do processo; e a garantia à participação no processo e pelo processo.

Conclui-se, em primeiro momento, que o Estado social contemporâneo, por meio do processo, pretende chegar ao valor *homem* através do culto à *justiça* e para isso é indispensável dar ao conceito de *justiça* um conteúdo substancial e efetivo.²⁰⁷

Com efeito, esta primeira conclusão demonstra indício do enfraquecimento sobre que se sustentou, durante o regime do Estado liberal, a formulação de Francesco Carnelutti de que a utilidade do sistema probatório vigente deveria consistir na "busca econômica e segura para o meio termo dos casos, com sacrifício dos casos anormais."²⁰⁸

Em outra vereda, demonstrou-se a relevância do direito probatório no âmbito do direito processual constitucional, erigido a preceito fundamental decorrente da interpretação dos princípios do acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da CF/1988).

Como instrumento prático, revelou-se que seus institutos desempenham função essencial na formação da cognição do órgão julgador, de modo que, a disposição de instrumentos probatórios adequados é pressuposto de um julgamento justo, assim como a sensibilidade humanística e social dos juízes é um elemento impostergável à justiça - por meio deste raciocínio Watanabe sustentou que "não seria, certamente,

²⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. pp. 33-34.

²⁰⁸ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 46.

um exagero afirmar que o direito à cognição adequada faz mesmo parte do conceito menos abstrato do princípio do juiz natural."²⁰⁹

Ademais, ao adentrar no tema do ônus da prova, propriamente, revelou-se verdadeira a hipótese de que, a despeito do que afirmou Giuseppe Chiovenda sobre a dificuldade em se *chegar a uma formulação geral e completa do princípio que preside ao ônus da prova*,²¹⁰ a atual disposição da regra do ônus da prova contida no artigo 333, do CPC, é insuficiente para a adequada tutela do caso concreto.

Como se demonstrou, a doutrina classifica a regra do ônus probatório atual como estática por preconceber a distribuição do ônus (subjetivo) a partir da conjugação do critério da *posição dos litigantes no processo* com o critério da *natureza dos fatos que fundamentam suas pretensões (fatos constitutivos ou impeditivos, modificativos e extintivos)*.

Sob este prisma, asseverou Dinamarco que *nenhum ato ou fato juridicamente relevante é em si mesmo constitutivo, impeditivo, extintivo ou modificativo de direitos. A capacidade de constituir, impedir, extinguir ou modificar-se revela-se sempre em relação à finalidade com que o ato é alegado em cada litígio*.²¹¹

Portanto, diante da constatação da insuficiência dos atuais critérios dispostos na norma, debelou-se movimento para formulação de institutos que proporcionem o acesso à ordem jurídica justa.

Para tanto, conforme expôs Dinamarco, conferiu-se grande elasticidade "ao princípio da *instrumentalidade das formas*, que no tradicional processo legalista assume o papel de válvula do sistema, destinada a atenuar e racionalizar os rigores das exigências formais."²¹²

²⁰⁹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999. pp. 71-72.

²¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. op. cit. p. 447.

²¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. 2. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 260-261.

²¹² DINAMARCO, Cândido R. *Instrumentalidade...* pp. 149-162 n. 191: Liebman, *Manual*, I, n. 117, esp. p. 258: a invalidade de um ato processual subordina-se "à relação, apreciada caso por caso, entre o vício e o escopo do ato". Calmon de Passos: "o ato imperfeito que alcança o fim a que se destinava cumpriu sua missão, produziu os efeitos que lhe eram próprios, foi eficaz. Seria inconsequência declará-lo inválido, contra a evidência" (*A nulidade do processo civil*, n. 24, p. 89). Em memorável conferência proferida no Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil (Porto Alegre, 15.7.1983), Galeno Lacerda deu extraordinário destaque ao princípio da instrumentalidade das formas, dizendo: "o capítulo mais importante e fundamental de um Código de Processo Civil moderno se encontra nos preceitos *relativizantes* das nulidade. Eles é que asseguram ao processo cumprir sua missão sem transformar-se em fim em si mesmo, eles é que o libertam do contra-senso de desvirtuar-se em estorvo da Justiça" (cfr. "O Código e o formalismo processual", esp. p. 11). *Relativizar as nulidades* - eis a chave instrumentalista a ser inteligentemente acionada por juízes empenhados em fazer justiça, sem o comodismo intelectual consistente em apoiar-se no formalismo e esclerosar o

Neste cenário de fundo iniciou a tomar forma, ao menos no Brasil, a teoria dinâmica do ônus da prova, formulada pelos argentinos Jorge W. Peyrano e Julio O. Chappini.

Por sua vez, o texto da proposta do novo Código de Processo Civil, mantendo o critério estático da distribuição do ônus da prova, como do atual artigo 333, do CPC, projeta incorporar ao ordenamento jurídico brasileiro a técnica de origem argentina ao propor princípio suplementar e subsidiário, para hipóteses especiais e claramente delineadas, *in verbis*:

Art. 380.:

(...)

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

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

Ante o exposto, conclui-se pela superação do modelo do processo probatório proposto por Carnelutti, assim como chega-se à conclusão de que a proposta apresentada pelo Poder Legislativo de um novo Código de Processo Civil, no tocante à regulação do ônus da prova, representa avanço tecnológico do direito processual civil à medida que mais disposta à realização dos escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição.

processo. Três anos antes, ao tomar posse como juiz no (hoje extinto) Primeiro Tribunal de Alçada Civil fiz solene promessa, no sentido de não permitir que a preocupação do processualista pelas regras da sua ciência me conduzisse pelos caminhos do formalismo injusto. Disse: "não cumpre o seu papel o processo que seja cultuado em si mesmo como valor absoluto, que se transmude por força de formalismos, por via de um incompreensível hiperprocessualismo, em um sistema orgânico de armadilhas ardilosamente preparadas pela parte mais astuciosa e estrategicamente dissimuladas no caminho do mais incauto" ("discurso", JTA 65/281).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 1946.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988.

_____. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Direito à prova*. Repro vol. 39. p. 98. São Paulo: Ed. RT, 1985.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=71>. Acesso em 24/10/2014.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

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

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. v. II.

BUZAID, Alfredo. *Do ônus da prova. Estudos de direito*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1972. v. 1.

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

_____. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 2. 1ª ed. Bookseller. Campinas, SP.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. *Revista Jurídica*, 137. Porto Alegre, n. 280, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. 2. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 6ª ed., 2 vols., t. I, Buenos Aires: Zavalia Editor, 1988.

FARIA, Sebastião Soares de. *Principaes theorias relativas ao 'onus probandi'*. Dissertação para o concurso à cadeira de professor de Direito Judiciário Civil, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1936.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 10ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Modernidade do direito processual brasileiro*. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S.l.], v. 88, p. 273-298, jan. 1993.

ISSN 2318-8235. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67223/69833>. Acesso em: 07/10/2014.

_____. *O acesso à justiça no ano 2000*. Conferência Nacional da OAB, XIV, 1992, Vitória. Anais... Brasília: OAB, set. 1992. pp. 97-106

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 6.ed.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' e da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006. pp. 942-951.

KNIJNIK, Danilo. Os 'standards' do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=27>>. Acesso em 24/10/2014.

LACERDA, Galeno. *O código e o formalismo processual*. in: *Revista da AJURIS*, vol. 28. Porto Alegre, 1983. Disponível em <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/67835?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em 24/10/2014.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÉPORI WHITE, Inês. *Cargas probatorias dinâmicas*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.); LÉPORI WHITE, Inês (coord.). *Cargas probatorias dinâmicas*. 1 ed. 1. reimp. Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. "Código de processo civil comentado". 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=32>>. Acesso em: 24/10/2014.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. Vol. 14. São Paulo: Ed. RT, 2009.

SANTOS, Moacyr A. Prova Judiciária no Cível e no Comercial, vol. 1. 5ª ed. atual. Saraiva: São Paulo, 1983.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. in Temas de direito processual. 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *O Juiz e a prova*. Revista de Processo. vol. 35. São Paulo: Ed. RT, 1984.

_____. *Julgamento e ônus da prova*. Temas de Direito Processual Civil –segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo*. in Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Reflexões sobre direito e sobre processo: duas gerações de processualistas brasileiros*. Rio de Janeiro, 1992.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal. Processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

OLIVEIRA, Carlos A. A. de. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2ª ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de processo civil : Volume III, arts. 270 a 331*: (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

PEYRANO, Jorge W. *Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. RePro, vol. 217, p. 205. São Paulo: Ed. RT, 2013.

PEYRANO, Jorge W.; CHIAPPINI, Julio O. *Lineamentos de las cargas probatorias 'dinámicas'*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.); LÉPORI WHITE, Inês (coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. 1 ed. 1. reimp. Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2008.

PEYRANO, Jorge W. (dir.); LÉPORI WHITE, Inês (coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. 1 ed. 1. reimp. Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 6. 3. ed. atual.. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 3ª ed. Buenos Aires: Ejea, 1956.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária cível e comercial*. vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1970.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre o ônus da prova*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=49>>. Acesso em 24/10/2014.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e sociedade Moderna, in Participação e processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988. pp. 128-135.

_____. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

_____; et. al. *Juizado especial de pequenas causas*: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Ed. RT, 1985.

YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo a prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.