



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

WILSON KABA

**DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO
CONSUMIDOR**

Londrina
2013

WILSON KABA

**DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO
CONSUMIDOR**

Monografia apresentado como exigência final de avaliação para obtenção de título de mestre em Direito Negocial *strictu sensu* da Universidade Estadual de Londrina.

Orientação: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti.

Londrina
2013

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

R11d Kaba, Wilson.
Dinamização do ônus d prova no Direito do Consumidor / Wilson Kaba. –
Londrina, 2014.
118 f. : il.

Orientador: Luiz Fernando Bellinetti.
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de
Londrina, Centro de Ciências Humanas Aplicadas, Programa de Pós-
Graduação em Direito Negocia, 2014.
Inclui bibliografia.

1. Processo – Teses. 2. Ônus da prova – Teses. 3. Dinamização da prova
– Teses. 4. Código de Defesa do Consumidor – Teses. I. Bellinetti, Luiz
Fernando. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Ciências
Humanas Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III.
Título.

CDU 343.04

WILSON KABA

**DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO
CONSUMIDOR**

Dissertação de Conclusão do Mestrado apresentado ao Departamento de Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito final à obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti.
UEL – Londrina - PR

Profa. Dra. Tânia Lobo Muniz.
UEL – Londrina - PR

Prof. Convidado Dr. Osmar Vieira da Silva.
UNIFIL – Londrina - PR

Londrina, 10 de fevereiro de 2014.

Agradecimentos
Agradeço em especial ao Dr. Luiz Fernando Bellinetti
por sua acolhida em momento adverso.

Aos meus tesouros, sempre.

*Navegar é preciso,
Viver não é preciso.
Fernando Pessoa.*

KABA, Wilson. **Dinamização do Ônus da Prova no Direito do Consumidor**. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2013.

RESUMO

A presente dissertação analisa o problema da distribuição do ônus probatório, nos termos do artigo 333 do Código de Processo Civil. A partir da inversão do ônus da prova, determinado pelo Código de Defesa do Consumidor, investiga-se a respeito da viabilidade de ampliação da regra, especialmente nos casos em que a parte encontre dificuldade justificável em sua produção probatória, possibilitando a concretização de uma prestação jurisdicional justa fundada em elementos probatórios adequados. Mediante os princípios constitucionais do processo e um equilibrado exame por parte do magistrado no caso concreto, propõem-se a adoção de uma técnica da dinamização do ônus probatório, como uma forma de aperfeiçoar os esforços em torno da prova sempre observando os princípios processuais inseridos na Constituição Federal.

Palavras-chave: Processo. Ônus da prova. Dinamização da prova. Código de Defesa do Consumidor.

KABA, Wilson. **Dynamization of the Burden of Proof in Consumer Law**. 118p. Dissertation (Master's degree in Negotiation Law) - Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2013.

ABSTRACT

This dissertation analyze the problem of distributing the burden of evidence, pursuant to Article 333 of the Code of Civil Procedure. From the inversion of the burden of proof, as determined by the Consumer Protection Code, if investigation regarding the viability expanding the rule, especially in cases in which the party finds justifiable difficulty probative production, enabling the implementation of the provision court justice founded on adequate evidence. By the constitutional principles of the process and a balanced consideration by the magistrate in this case, we propose to adopt a technique of boosting the evidential burden, as a way to improve efforts around the race always observing the procedural principles embedded in Federal Constitution.

Keywords: Process. Burden of proof. Dynamization of proof. Code of Consumer Protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 JURISDIÇÃO E PROCESSO	11
1.1 Os ESCOPOS DA JURISDIÇÃO.....	19
1.1.1 Escopo Social.....	20
1.1.2 Escopo Político	22
1.1.3 Escopos Jurídicos.....	23
1.2 A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS DO PROCESSO CIVIL	25
1.3 RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL	29
1.4 O CONTRADITÓRIO COMO ELEMENTO COMPLEMENTAR AO DEVIDO PROCESSO LEGAL	32
1.4.1 O Contraditório e as Partes	33
1.4.2 O Contraditório e o Juiz.....	36
1.5 PRINCÍPIO DISPOSITIVO	40
2 OS PRINCÍPIOS VIABILIZADORES DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO	46
2.1 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.....	46
2.2 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO	54
2.3 PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO PROCESSUAL	56
2.4 PRINCÍPIO DA ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO.....	61
2.5 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA	63
2.6 PRINCÍPIO DA IGUALDADE PROCESSUAL.....	65
3 A DETERMINAÇÃO E A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	74
3.1 ÔNUS DA PROVA EM SENTIDO SUBJETIVO E OBJETIVO	79
3.2 PRINCÍPIO DA AQUISIÇÃO DA PROVA	82
3.3 A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO	84
3.4 A DINAMIZAÇÃO DO ONUS PROBATÓRIO.....	91
3.5 A INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NO SISTEMA CONSUMERISTA	98
CONCLUSÕES	109
REFERÊNCIAS	113

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto da inversão do ônus probatório previsto na Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, como instrumento facilitador da defesa do consumidor. Propõe-se na breve análise da inversão do ônus probatório nos termos propostos no projeto do Código de Processo Civil, que permitirá sua aplicação em eventos que não esteja envolvida uma relação de consumo, como técnica hábil em proporcionar a efetividade do processo perseguindo a justiça em sua integridade.

Optou-se estruturar o estudo no seguinte formato.

Inicia-se a análise a partir dos institutos mais elementares acerca da jurisdição e do processo, em especial seus escopos sob o aspecto social, político e jurídico. Neste contexto insere-se o relevante papel do magistrado como o órgão estatal instituído para exercer a jurisdição, incumbido legalmente na direção processual para seu regular desenvolvimento.

Entre as importantes atribuições no decorrer do processo, encarrega-se o órgão jurisdicional o dever de decidir no momento adequado, a possibilidade de inversão do ônus probatório em favor do consumidor mediante a observação dos parâmetros da verossimilhança ou hipossuficiência do consumidor, conforme indicados expressamente na Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, como medida de facilitar a defesa de seus direitos.

A possibilidade da inversão somente será considerada legítima caso seja observado o pressuposto do respeito ao devido processo legal. Este instituto complementado pelo contraditório são considerados fundamento de um processo justo. Observa-se a possibilidade de sustentar a ideia do devido processo legal como princípio estruturante do processo civil, sobre o qual se admite sedimentar outros princípios que justificam a dinamização do ônus probatório.

Efetua-se a análise do ônus probatório em suas características gerais contida na presente redação do Código de Processo Civil, artigo 333 e incisos. Este instituto é confrontado com a inversão do ônus probatório previsto no Código de Defesa do Consumidor, conforme o artigo 6º, VIII da Lei 8.078/90. Analisa-se os pressupostos legais previstos na norma legal para o deferimento da inversão do ônus da prova e o momento processual adequado para sua determinação.

Desta forma examina-se especificadamente o instituto da inversão do ônus probatório a ser determinado sobre o fornecedor de produtos e serviços, considerando que este

apresenta melhores condições em efetuar a produção probatória, ainda que tal encargo não lhe esteja atribuído desde o início do processo em razão de interpretação literal no vigente Código de Processo Civil, conforme seu artigo 333. A medida da inversão do ônus da prova tem por objetivo precípuo em facilitar a defesa dos direitos do consumidor.

Vale indicar que nos moldes da atual legislação processual, não há previsão normativa quanto à possibilidade da dinamização do ônus probatório nos casos não abrigados pela relação consumerista. Desta forma, no atual estágio do direito processual civil deve-se considerar que o magistrado permanece limitado a seguir os estritos ditames da distribuição do ônus probatório expressos no artigo 333, incisos I e II do Código de Processo Civil.

A distribuição probatória estática, como se apresenta a norma em comento, merece críticas. Observa-se a possibilidade do direito a prestação jurisdicional adequada restar prejudicada, em razão de eventual impedimento na conveniente produção probatória. Em especial a hipótese se verificará quando da incidência de uma dificuldade justificável a impossibilitar o interessado encarregado em sua produção. Neste caso bastaria ao adversário processual manter-se inerte para obter o sucesso na demanda. Assim, tal postura deve ser considerada como violadora dos pressupostos éticos, ante o iminente indeferimento da pretensão por impedimento defensável. Sob este argumento poder-se-ia admitir injustificável a decisão de improcedência da pretensão, impedindo desta forma um dos escopos da jurisdição, a saber: a pacificação social.

Entretanto observa-se a expectativa de mudança legislativa em face a introdução expressa da dinamização do ônus da prova no artigo 262, do projeto 166 do Senado Federal, proposta do novo Código de Processo Civil, atualmente em trânsito legislativo. Deve-se anotar que houve uma tentativa de incluir a inversão do ônus probatório nos casos em que não estivessem abrigados pela legislação de consumo, por ocasião da proposta do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, em seu artigo 10º, § 1º. Entretanto o projeto encontra-se atualmente engavetado.

A alteração prevista no projeto acolhe definitivamente a teoria da dinamização do ônus probatório aplicando-se no processo civil independentemente da relação material ser ou não decorrente de consumo. Neste caso a distribuição não estaria previamente limitada pela norma, mas abre-se a possibilidade do magistrado determinar a produção probatória sobre a parte que apresentar as melhores condições para o adequado cumprimento do encargo. O artigo do projeto legislativo *in verbis* propõe: “a dinamização do ônus da prova será sempre seguida de oportunidade para que a parte onerada possa desempenhar adequadamente seu encargo”.

Observa-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, referindo-se expressamente a matéria nos idos de 1996, no Recurso Especial 69.309/SC proveniente da 4ª Turma, na lavra do Min. Ruy Rosado de Aguiar, em questão envolvendo erro médico, permitindo sustentar quanto a possibilidade de sua aplicação no direito processual pátrio. Embora se indique mais comumente o argentino Jorge W. Peyrano responsável pela sistematização, denominando de *Teoria de las Cargas Probatorias Dinâmicas*, há evidências de sua aplicação pelo BGB, na Alemanha, já no início do século passado, ainda que não tenha ocorrido qualquer referência naquela jurisprudência em relação a autor ou origem das ideias.

Entre os fundamentos da dinamização do ônus probatório encontra-se na questão do princípio da colaboração processual, verificando-se efetiva contribuição dos litigantes para com o processo, permitindo desta forma um amplo diálogo entre as partes interessadas e o magistrado. A medida tem por objetivo perseguir uma prestação jurisdicional efetivada de forma justa. Neste sentido, incidindo-se uma situação em que se há um obstáculo justificável incidindo sobre a parte que se incumbem apresentar a produção probatória, no caso particular do sistema de proteção ao consumidor tais requisitos estão expressamente previstos no artigo 6º, VIII da Lei 8.078/90 enquanto que na proposta do projeto de alteração do Código de Processo Civil não há previsão expressa até o presente momento de requisitos legais. Caso verifique-se que seu adversário processual apresente melhores condições em sua demonstração, deverá este ser incumbido a efetuar sua apresentação, conforme pressupostos éticos e sociais, para justa composição do litígio.

No presente estudo não será enfrentada de forma detalhada a estrutura da prova, limitando-se ao instituto da dinamização do ônus probatório, observando-se na presente doutrina a possibilidade de sua determinação judicial e seus pressupostos processuais.

1 JURISDIÇÃO E PROCESSO

Conforme ensina Dinamarco (2009, p. 37), o processo civil é técnica que tem por objetivo solucionar impositivamente pelo Estado os interesses conflitantes que emergem da convivência social. Tais conflitos são inevitáveis no contexto do convívio humano em grupo, observando-se de forma mais acentuada na estrutura da sociedade moderna, em razão desta oferecer uma gama de multiplicidade de interesses, no âmbito individual ou coletivo, que emergem da própria convivência social. De forma genérica, os conflitos estão relacionados com coisas passíveis de se traduzir em patrimônio ou situações percebidas como positivas ou negativas que afetem a esfera jurídica do interessado.

Este sistema processual é impulsionado por determinados objetivos a serem cumpridos. O Estado Democrático de Direito atribui sobre si legitimamente e observando as exigências de a legalidade, o propósito para a consecução destes escopos. Conseqüentemente, uma das funções estatais é a de realizar as metas do processo.

Conceitua Dinamarco (2009, p. 315) a jurisdição como: “função do Estado, destinado à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”. Complementa Amendoeira Junior (2012, p 16) sustentando que a jurisdição além de função do Estado, pode ser caracterizada como uma expressão do poder estatal, ou ainda como atividade por meio do complexo de atos do magistrado no processo, exercendo os poderes pelos quais é regularmente investido e cumprindo a função que a lei lhe atribui. Conclui no mesmo sentido Grinover (2002, p. 131) afirmando que a jurisdição é o trinômio poder, função e atividade.

Ao se efetuar a alusão que a solução do conflito de interesses deverá ser exercida pelo Estado, não se ignora a existência de relevantes meios alternativos de composição tais como a arbitragem, a mediação e conciliação, que dispensam a intermediação estatal. Tais institutos devem ser considerados reconhecendo sua devida importância por representarem um método auxiliar na persecução da pacificação social (BUENO, 2012, p.50).

Observa-se a lição de Neves (2012, p.6) classificando os institutos da arbitragem, a mediação e conciliação como “equivalentes jurisdicionais”, ou seja, ainda que não se verifique a intervenção direta do Estado Juiz exercendo a jurisdição por meio de seu órgão competente, ao final se verificará um resultado equivalente. Tal posição segue abalizada na doutrina de Theodoro Junior (2009, p. 43), manifestando o reconhecimento que “a ideia de jurisdição assumiu dimensões muito mais amplas”. Anota Silva (2004, p. 538) que

o termo equivalente deriva do latim *aequivalere*, que significa a igualdade de valor entre duas coisas, embora radicalmente diferentes em natureza e espécie.

Considerando a delimitação do presente estudo, não será aprofundada a análise de tais institutos. Há que se anotar tão somente, a pertinente observação de Didier (2009, p. 85) em relação ao artigo 51, VII¹ da Lei 8.078/1990, vedando em sede de direitos do consumidor, cláusula que imponha arbitragem compulsória em contrato de adesão. Tal medida adquire especial relevância considerando que o consumidor, em regra geral, assume uma posição de desvantagem em relação ao fornecedor. Desvantagens essas que se revelam em vários níveis como no âmbito do poder econômico, na viabilidade de acesso a informação em relação ao produto ou serviço e outros. Daí a medida em questão tem por objetivo resguardar a vulnerabilidade do consumidor, a boa-fé e equidade, conforme sustenta Silva (2008, p. 178).

Veda-se no contexto de um Estado Democrático de Direito, o exercício generalizado da autotutela, caracterizado pelo sacrifício integral do interesse em razão da imposição forçada por parte do vencedor, ressalvado casos com previsão legal. No escólio de Neves (2012, p. 6), por “força” deve-se compreender qualquer poder que o vencedor detenha com condições de submeter o vencido. Neste sentido a expressão não estaria limitada apenas no aspecto físico, podendo-se ampliar a definição do termo na perspectiva do afetivo, econômico, religioso, social e outros.

Inevitavelmente a permissão da autotutela conduziria a sociedade no caos, em razão do confronto de interesses generalizado de todos contra todos. Conforme sustentado por Dinamarco (2009, p. 120), o conflito é representado pela incidência de interesses de dois ou mais sujeitos sobre um mesmo bem, sendo este insuficiente para satisfazer a ambos, ou a todos estes interesses. Este contexto de pretensões resistidas fomenta o surgimento da sensação de insatisfação, na qual atribui Amendoeira Jr (2012, p. 14) a condição de “fator extremo de desaglutinação e tensão social”. Reforçando a presente ideia, afirma Dinamarco (2009, p. 120): “Na vida social o que incomoda e aflige não é a teórica incidência de interesses sobre o bem, mas justamente as exigências não satisfeitas”. Exige-se assim que seja oferecida uma resposta ao estado de insatisfação.

¹ Artigo 51, VII da Lei 8.078/90: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (VII) determinem a utilização compulsória de arbitragem”.

A autotutela somente deve ser admitida excepcionalmente, em situações tais como de legítima defesa²; apreensão do bem com penhor legal³; desforço imediato no esbulho⁴. Justifica-se o exercício da força nos casos indicados, tendo em vista a impossibilidade do Estado resguardar onipresentemente todas as pessoas e a qualquer momento em que se verificar violação ou ameaça ao direito objetivo. Deste modo, admite-se excepcionalmente o exercício da força na proteção de direito próprio.

Observa Neves (2012, p. 6) que a autotutela é a única forma de solução alternativa de solução de conflito que admite de forma ampla a revisão pelo Estado Juiz, de tal forma que o vencido sempre poderá submeter judicialmente eventual prejuízo advindo do exercício da força na solução do conflito. Assim, trata-se de uma forma de solução imediata, sem apresentar a característica da definitividade, em razão da possibilidade de intervenção do Estado Juiz.

Retomando a afirmativa inicial, de que “o processo civil é uma técnica objetivando solucionar impositivamente pelo Estado os interesses conflitantes”, tal assertiva estabelece dois parâmetros a serem delineados no presente estudo. A primeira destas questões incide a respeito do exclusivo exercício da solução de conflito mediante a imperatividade de sua decisão por meio da intervenção do Estado Juiz. Trata-se da inevitabilidade do poder estatal, que independem da vontade dos litigantes e exige-se sua sujeição com fundamento no *imperium* que está investido o órgão jurisdicional (DIDIER, 2009, p. 88).

Em relação a exclusividade de exercício, esclarece Bueno (2012, p. 259) que a função jurisdicional é indelegável. Este deve ser compreendida no sentido de que o exercício da função jurisdicional é permitido única e exclusivamente àqueles órgãos constituídos e autorizados pela Constituição Federal. Este é o aspecto externo do princípio da indelegabilidade, ou seja, a impossibilidade de delegação do poder decisório em relação a pessoas ou outros órgãos exteriores ao poder judiciário, sob a pena de violação constitucional.

Observa ainda Neves (2012, p. 19) o aspecto interno do princípio da indelegabilidade. Esta perspectiva efetua orientação no sentido de que uma vez determinada

² Artigo 188, I do Código Civil: “Não constituem atos ilícitos: (I) os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

³ Artigo 1.467, I do Código Civil: “São credores pignoratícios, independentemente de convenção: (I) os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, joias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito”.

⁴ Artigo 1210, § 1º do Código Civil: “O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado: § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.”

no caso concreto a competência de certa demanda, mediante aplicação das regras gerais, abstratas e impessoais, não poderá o órgão jurisdicional delegar sua função a outro órgão jurisdicional. Isto é, não há possibilidade sequer da delegação do poder decisório entre órgãos jurisdicionais no âmbito do próprio poder judiciário. Verifica-se, entretanto a hipótese de delegação de outros poderes judiciais, tais como o poder instrutório, o poder diretivo do processo e o poder de execução das decisões, conforme afirma Didier (2009, p. 86).

Para o exercício desta função exclusiva estatal será designado um órgão específico, constituído pelo juiz e seus auxiliares, devidamente investido do poder estatal mediante as formalidades legais, permitindo a capacidade de “decidir imperativamente e impor decisões”, conforme afirmado por Dinamarco (2009, p. 38). Acompanhando a lição de Gomes (1995, p. 17), devendo-se contextualizar sua afirmativa com as formas alternativas de solução de conflito mencionadas previamente:

Vê-se, pois, que o ato de julgar é ato de poder, e, hodiernamente, quem detém o monopólio do poder de julgar é o Estado e quem julga são os juízes e os tribunais compostos de vários juízes, os quais, conseqüentemente, encontram-se investidos de poder para tanto. Portanto, o juiz é partícipe do poder, integra como órgão a própria organização do Estado, razão pela qual, sua função possui elevado significado não apenas jurídico mas também político. Assim, são as reflexões sobre o poder que revelam a face política da função judicante, do poder de julgar, isto é, da jurisdição, como hoje é definido tal poder.

O ato da investidura do órgão jurisdicional é expressamente previsto na Constituição Federal, admitidos por duas vias: primeiro por meio de concurso público de provas e títulos (artigo 93, I da Constituição Federal) ou; segundo por indicação do Poder Executivo (artigo 94 da Constituição Federal), incluindo neste caso o mecanismo do quinto constitucional. Pertinente esclarecimento de Lenza (2012, p. 723) a respeito da mencionada regra, indicando que esta se constitui na determinação prevista na Constituição Federal reservando um quinto das vagas nos tribunais para que seja composto por membros oriundos do Ministério Público ou advogados de “notório saber jurídico”, indicados por lista sêxtupla dos respectivos órgãos de representação de classe.

Outra característica a ser colocada ao lado da indelegabilidade, relaciona-se a característica da definitividade da decisão, ou seja, é a única entre as funções do Estado dotado de imunização dos efeitos dos atos realizados não sendo admissível o controle destes atos por nenhum outro poder. Complementa neste sentido a afirmativa de Didier (2009, p. 76) que “a jurisdição somente é controlada pela própria jurisdição”. Assegura-se desta forma ao

vencedor em processo judicial, após o trânsito em julgado da decisão⁵, o benefício da segurança das relações jurídicas e intangibilidade dos resultados do processo.

Caracteriza-se a atividade jurisdicional pela condição de ser substitutiva em relação às atividades dos interessados. Tal fato se justifica em razão da vedação da autotutela. O juiz substituindo o interessado deverá verificar se o sujeito possui ou não o direito pretendido e, por ato seu permitirá a obtenção do bem a ser reivindicado caso verifique a respectiva procedência.

Didier (2009, p. 68) utiliza a classificação da solução de conflitos efetuados pelo órgão estatal por heterocomposição, exatamente em razão do fato de um terceiro imparcial substituir a vontade das partes. Complementa Dinamarco (2009, p. 317) que a substituição ocorre mesmo quando uma das partes seja o próprio Estado, uma vez que a jurisdição é por si mesma diferente das demais funções e atividades estatais, neste sentido observa-se: “[...] a atividade jurisdicional é sempre diferente da administrativa ou legislativa, especialmente pelos escopos que a norteiam e pela condição de isenção de ânimo dos que a exercem”.

Neste aspecto da substituição, enfatiza Didier (2009, p.68) a importância da condição de terceiro a se observar quanto ao órgão estatal incumbido a dirimir o conflito, ou seja, exigência que se apresente como um estranho aos interesses da causa sob o aspecto objetivo e a qualidade de desinteressado, verificando-se sua imparcialidade no sentido subjetivo.

Necessário observar que independentemente da sentença proferida pelo magistrado ao final de sua prestação jurisdicional, a decisão prescindirá necessariamente na demonstração apropriada dos fatos alegados nos autos pelas partes e adequada subsunção destes ao direito pleiteado. Ressalve-se o caso que o objeto da controvérsia estiver unicamente fundado em questão de direito, considerando que neste caso não se verifica a necessidade de sua comprovação, incidindo desta forma a possibilidade do julgamento antecipado da lide nos termos do artigo 330, I do Código de Processo Civil⁶.

As partes processuais litigantes devem apresentar de forma adequada a comprovação das alegações de fatos controvertidos. Assim, seguindo a lição de Cambi (2001, p. 170), “neste contexto, a efetividade do direito à prova significa o reconhecimento da

⁵⁵ Artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

⁶ Artigo 330, I: “O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”.

máxima potencialidade possível ao instrumento probatório para que as partes tenham amplas oportunidades para demonstrar os fatos que alegam”, ou seja, imprescindível garantir os meios necessários para corroborar os fatos que venham a influir no convencimento do julgador, devendo-se assim oferecer a efetividade ao direito à prova.

O direito à prova para o adequado convencimento judicial encontra respaldo na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, incorporado pelo Decreto 678/92, em seu artigo 8^o⁷. Corroborando no mesmo sentido, verifica-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 16 de julho de 1966, ratificado pelo Decreto 592/92, assegurando a toda pessoa o direito de ser ouvida publicamente e com todas as garantias, além do direito “de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas da acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõe as de acusação”, conforme artigo 14.1, alínea *e*.

Observa-se desta forma a relevância a ser atribuída ao direito da produção probatória no decorrer do processo judicial possibilitando por consequência a adequada prestação jurisdicional. Conforme sustenta Didier (2012, p. 18), deve-se admitir o direito a prova na condição de direito fundamental, considerando que os tratados internacionais indicados foram incorporados ao ordenamento jurídico interno por força do artigo 5^o, § 2^o⁸ da Constituição Federal.

Deve-se acrescentar que a possibilidade de participação na produção probatória é garantia fundamental inerente ao contraditório. Neste sentido, deve-se reputar inadmissível prova produzida secretamente ou contra pessoa que não participou na sua produção, recaindo sobre o magistrado o dever de garantir e possibilitar a ampla participação dos interessados, como bem colocado por Souza (2003, p. 170).

A segunda questão relaciona-se na assertiva pelo qual se verifica o processo civil como técnica. Conforme sustenta Cambi (2001, p. 169), a técnica processual é a predisposição organizada de meios com finalidade para efetivação dos escopos processuais, entre os quais afirma o doutrinador, destaca-se a promoção da dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, em consonância ao artigo 1^o, III e artigo 3^o, I, ambos da Constituição Federal.

⁷ “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

⁸ Artigo 5^o, §2^o: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Adverte Dinamarco (2002, p. 275) que o processo civil é uma técnica de solução de conflitos, devendo-se continuamente perseguir seu aprimoramento com vistas a proporcionar acesso à justiça a ser prestado de forma justa. Deverá o processo civil cumprir adequadamente suas funções no plano social, político e jurídico, mediante consciência absoluta de seu escopo inserido nestas áreas. Conforme sustenta o doutrinador:

A visão puramente técnica do processo e tradicional descaso (mais que repúdio) às suas projeções éticas pode-se dizer completamente superada, nos escritos dos doutrinadores que hoje se ocupam do tema. Transparece, todavia, no trato dos diversos assuntos do processo, postos a nível técnico, como nas investigações do escopo jurídico sem preocupação pelos sociais e políticos e, por omissão, de um modo geral no exame técnico-processual de institutos em particular. Mas isso constitui uma questão de postura cultural e metodológica. Repudiando o positivismo jurídico e suas projeções sobre o modo de ver o processo, sua inserção no sistema e sua técnica particular, é natural que todo pensamento em assunto processual seja norteado pela visão dos objetivos. É conciliar o aspecto instrumental do processo, que é realidade ética porque permeado dos influxos dos valores substanciais eleitos pela nação, com necessidade de operacionalizar meios para a consecução do que se desejar. Toda técnica jurídica justifica-se, afinal, pela sua indispensável convergência aos ditames éticos da sociedade, infiltrados na essência do direito.

Desta forma, recai sobre o direito material a atribuição dos bens da vida aos indivíduos ou a coletividade e, de maneira em geral, a caracterização do modo-de-ser de suas relações sociais. Muito embora o direito material não possua por concepção nem tampouco destinação particular para a solução de conflitos, quando este surge, a partir do direito material que serão determinados os critérios para solução.

São diversas as soluções possíveis com origem no direito material, acomodando-se conforme a natureza e circunstâncias do caso concreto. Tal variedade de espécies de circunstâncias determinadas pelo direito material deverá corresponder paralelamente uma multiplicidade de meios processuais passíveis de proporcionar uma solução. Neste ponto indica-se a lição de Dinamarco (2009, p. 151): “A variedade de meios processuais constitui, assim, espelho da variedade das soluções ditadas no direito substancial [...] as soluções estão no direito substancial, os meios de impô-los são processuais”.

Há que observar, na condução técnica processual, a observação de quatro regras, seguindo ainda o escólio do referido doutrinador: o princípio econômico, pelo qual se ocupa na melhor produção do resultado desejável com o menor gasto material; o princípio lógico, que admoesta a seleção de meios capazes a descoberta da verdade e das soluções corretas, evitando a incidência de erros; princípio jurídico, que determina a igualdade no

processo e submissão das decisões ao direito material; e o princípio político, orientado pelo binômio da máxima garantia social combinado com o mínimo sacrifício pessoal.

Neste ponto, faz-se necessário pontuar a lição de Bandeira de Mello (2006, p. 800) esclarecendo quanto a importância dos princípios:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão da estrutura mestra.

Em síntese, verifica-se que os princípios são normas imediatamente finalísticas, que estabelecem um fim a ser atingido. Representariam uma função diretiva para determinada conduta, cujo objeto do fim é o conteúdo almejado.

Observa-se que a tutela jurisdicional, refletida no âmbito do direito material, assim como tutela jurisdicional dos direitos, demanda uma resposta com relação ao resultado oferecido pelo processo na perspectiva deste direito material. A tutela jurisdicional do direito pode-se traduzir como a proteção da norma que o institui. Neste sentido Marinoni (2010, p. 113):

Trata-se da atuação concreta da norma por meio da efetivação da utilidade inerente do direito material nela consagrado. Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à preordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem.

Deve-se observar o esclarecimento efetuado por Marinoni (2010, p. 112) quanto a diferenciação entre tutela jurisdicional e tutela de direitos. Verifica-se a tutela de direito no momento em que a sentença reconhece o direito material. Neste sentido, a tutela jurisdicional inclui a sentença de procedência, isto é, aquela que defere a tutela de direito, como também a sentença de improcedência, por exclusão lógica, aquela que indefere a tutela de direito, não obstante constitua resposta ao dever do Estado na prestação jurisdicional.

Assim sempre haverá tutela jurisdicional, entretanto a tutela de direito se observará somente no caso em que o processo reconhece o direito.

Verifica-se desta forma que o processo deve ser considerado instrumento, pelo qual se vale o Estado para alcançar os escopos da jurisdição. Neste ponto faz-se necessário averiguar os objetivos a serem alcançados por meio do exercício da função jurisdicional.

1.1 OS ESCOPOS DA JURISDIÇÃO

Seguindo o escólio de Dinamarco (2002, p. 181) o processo é instrumento, e como tal, deve ser concebido como meio para um propósito. Partindo desta assertiva efetuar-se-á investigação a respeito.

Caracterizar os escopos do processo equivale na demonstração de sua utilidade. Em se tratando de concepção humana, imposta por meio do Estado, sua legitimidade estará calcada não somente na capacidade de realizar objetivos, mas de igual forma estará baseada na maneira como são recepcionados e percebidos pela sociedade.

Para que a prestação jurisdicional revista-se de legitimidade social, faz-se necessário a concretização do postulado do processo civil de resultados. Trata-se na consciência de que a relevância do sistema processual reside na capacidade de proporcionar a parte que detiver razão uma situação benéfica em relação aquela em que se encontrava antes do processo. Não é suficiente um modelo exemplar de enunciado em uma sentença judicial, apresentando-se bem estruturada e repleta de afirmativas positivas ao sujeito, se o seu conteúdo não se projetar de forma útil em seu caso concreto, a fim de eliminar a sensação de insatisfação.

O teor da decisão deverá inevitavelmente resguardar e promover o valor da justiça, eliminando o conflito de interesses através de parâmetros que garantam uma prestação jurisdicional efetivada de forma justa, perseguindo o mais elevado objetivo social da jurisdição. Como afirma Dinamarco (2009, p. 111):

Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber [...], sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social.

Há que observar no atual estágio do estudo do Direito, em que admitida a autonomia da ação com relação ao direito material e proclamado o método do processo civil de resultados, deve-se afirmar que a tutela jurisdicional é concedida a pessoas e não aos direitos, e exclusivamente à parte que detiver a razão: “a tutela de direitos não é o escopo da jurisdição nem do sistema processual; constitui grave erro de perspectiva a crença de que o sistema gravite em torno da ação ou dos direitos subjetivos materiais” (DINAMARCO, 2002, P. 196).

Para que o magistrado possa averiguar adequadamente qual das partes detém o direito alegado, faz-se necessário uma ampla investigação em relação aos fatos alegados, permitindo que as partes apresentem suas manifestações no momento processual próprio, em amplo diálogo.

Sendo a jurisdição uma expressão do poder estatal, conseqüentemente com relações íntimas nas estruturas políticas do Estado. Inevitavelmente tais ligações refletem-se nas relações deste Estado com sua população, apresentando-se a jurisdição como instrumento para impor os direcionamentos estatais no meio social. Daí a necessidade de averiguar seus escopos não exclusivamente sob o aspecto jurídico, mas também no social e político.

1.1.1 Escopo Social

Conforme indica Dinamarco (2002, p. 193), a investigação quanto a legitimidade do Estado e do poder, induzem a verificar e mensurar a capacidade daquele em deter e desenvolver através do exercício deste, efetivando uma manutenção adequada da vida em sociedade, auxiliando individualmente seus membros a realizar suas aspirações pessoais, conservando e promovendo o desenvolvimento de bens e valores.

Nesta ótica, a função jurisdicional e a legislativa apresentam-se conectados pelo objetivo comum em promover a paz social. Conforme argumentado anteriormente, os conflitos que emergem no seio da convivência social promovem o sentimento de insatisfação em razão de pretensões não resolvidas. Assim, o Estado, legislando e exercendo a jurisdição, apresenta uma “promessa” de por fim a este estado de coisas.

Persegue-se com a medida impositiva por parte do Estado uma forma de tornar as decisões imunes a eventuais ataques por parte daqueles que vencidos, se veem contrariados pela decisão. Verifica-se que não se apresenta de maior relevância a demonstração da existência ou ausência de consenso, uma vez que não estaria em pauta a questão acerca da legitimidade. Sustenta-se a existência de uma predisposição natural das

peças em aceitar a imposição de uma decisão desfavorável, na medida em que se oportuniza a cada parte interessada em participar na preparação da decisão e influir em seu teor, mediante um procedimento adequado. Afirma ainda no âmbito psicológico “a privação consumada é menos incômoda que o conflito pendente” (DINAMARCO, 2002, p. 193).

O escopo social da pacificação é parâmetro a impedir, no contexto de um Estado Democrático de Direito, o exercício espontâneo da jurisdição. Eventualmente a prestação jurisdicional sem a iniciativa do sujeito pode ser desprovida de utilidade, na proporção de ausência de interesse sobre a demanda ao titular de direito. Poderia até mesmo, fomentar conflitos, não obstante verificar-se a violação de direito ou obrigação não cumprida, todavia permanecem em estado de latência, não constituindo um foco de inconveniência a seu titular.

Outra face do objetivo social consiste no fato de que o exercício continuado e correto da jurisdição constitui-se em elemento educativo as pessoas a respeito dos direitos alheios e para o exercício de seu próprio. Atualmente os principais julgamentos são acompanhados pela população em geral através de diversos meios de comunicação, ampliando a possibilidade de informação decorrente de tais decisões judiciais. (NEVES, 2012, p. 11).

Inúmeros fatores, muitos dos quais em razão da deficiência estrutural do poder judiciário, tais como a demora na prestação jurisdicional, o elevado custo financeiro para seu acesso em razão das custas processuais, o formalismo, o temor da população em geral perante as instituições judiciárias e seus órgãos, inibem as pessoas a defender convenientemente seus direitos e interesses em juízo, privando-se da tutela jurisdicional. Conforme afirmativa de Dinamarco (2009, p. 133): “Onde a Justiça funciona mal, transgressores não a temem e lesados pouco esperam dela”.

Desta forma, a educação por meio de um adequado exercício da jurisdição deve ser considerada como escopo instrumental do processo, com finalidade de convocar a população a trazer suas insatisfações a serem remediadas em juízo. O objetivo último continua ser a pacificação social, que, na medida em que se obtêm elevado nível de confiança no meio da sociedade, facilita-se a elevação dos níveis de satisfação.

1.1.2 Escopo Político

Indica Dinamarco (2002, p. 204) serem três principais escopos políticos. Em primeiro lugar, afirmar a capacidade estatal em decidir imperativamente, sem o qual o próprio Estado não se sustentaria, nem teria possibilidade de executar os fins que o legitimam. Perder-se-ia o fundamento de existência de seu ordenamento jurídico, projeção positivada de seu poder e de si próprio. Em segundo lugar, privilegiar o culto ao valor da liberdade, limitando e obrigando a observação dos contornos do poder e seu exercício, com vias de promover a dignidade dos indivíduos sobre os quais se exerce o poder. Por último, assegurar a participação de seus cidadãos nos destinos da sociedade política.

A organização e manutenção estatal submetem-se ao exercício organizado do poder legítimo, a ser realizado por meios legítimos. Neste sentido, o processo é instrumento pelo qual o Estado se serve para o êxito dos objetivos políticos que estão inseridos na própria lei. Além de decidir, o Estado invoca seu próprio poder e autoridade, na persecução de objetivos predeterminados, impondo imperativamente suas opções e promovendo a proteção do decidido, desta forma, assegurando a estabilidade das instituições estatais.

A proteção da decisão se realiza mediante “imunização”, não se admitindo revisões após observadas as formalidades legais. Apresentando-se o decidido, este produz efeitos imediatos sobre a situação das pessoas e em certa medida espera-se que cada indivíduo pautar seu comportamento segundo os ditames da decisão imperativa. Afirma Dinamarco (2002, p. 207) ser “inconcebível a sociedade política sem o processo e a jurisdição”.

Necessário se faz transcrever Gomes (1995, p. 28), complementando pertinentemente:

[...] o juiz colabora para a legitimação de tal poder estatal, na medida em que profere decisões consideradas justas pela sociedade, isto é, em consonância com as expectativas desta com relação à defesa dos valores nela vigentes pelo Poder Judiciário.

Outro escopo político a ser considerado refere-se ao culto à liberdade, em especial as liberdades públicas e das garantias de conservação do princípio liberal no relacionamento do Estado com o indivíduo. O Estado Democrático de Direito compromete-se constitucionalmente a observá-las e limitar o exercício do poder de forma a respeitar a esfera

individual de liberdade, sem comprometer a convivência social e o desenvolvimento dos objetivos da coletividade.

Por fim, seguindo Dinamarco (2002, p. 207), identificando a participação democrática como escopo político da jurisdição, tendo em vista que “todas as formas de influência sobre os centros do poder são participativas, nos sentido que representam algum peso para a tomada de decisões”.

Assim, verificar-se-á o exercício da democracia na medida em que se observar legitimidade no exercício do poder (SILVA, 2002, p. 134). Complementa Oliveira (1997, p. 97) que o processo como instrumento de realização da jurisdição, desenvolve-se inserido no seio dos valores e significados que constituem a base do Estado. Considerando que a República Federativa do Brasil identifica-se como um Estado Democrático de Direito, nos termos anunciado na Constituição Federal (artigo 1º, caput), impende observar no processo judicial todos os princípios e valores informativos de tal modelo.

1.1.3 Escopos Jurídicos

A investigação em relação ao escopo jurídico do sistema processual perpassa a respeito do modo como opera e posição que ocupa no sistema jurídico. Na opinião de Dinamarco (2002, p. 216) torna-se relevante definir os objetivos a partir do antagonismo entre a teoria unitária ou dualista, uma vez que a questão revela o ponto de intersecção do processo no universo do direito. O ordenamento jurídico será classificado como unitário se processo e direito material são considerados como uma só unidade e a produção de direitos subjetivos, obrigações e concretas relações jurídicas ente sujeitos decorrem por obra da sentença e não da consequência de fatos previstos na norma geral.

Por sua vez, será classificado como dualista quando se considera a ordem jurídica dividindo-se em dois planos distintos, o substancial e o processual, cada qual com funções bem definidas. O direito material apresenta-se por meio de normas gerais e abstratas, cada qual representando uma tipificação de fatos e a fixação de sua respectiva consequência jurídica. Assim, direitos subjetivos, obrigações e relações jurídicas são consequências imediatas da concreta incidência dos fatos previstos na norma legal. Neste aspecto, a sentença não cria nem intervêm na sua criação.

Os defensores da teoria unitária nunca lograram êxito na demonstração acerca do acerto da premissa fundamental da tese proposta em relação à hipotética inaptidão do sistema jurídico-substancial a gerar concretos direitos, obrigações e relações jurídicas. A

prática demonstra que direitos e obrigações surgem, desenvolvem-se, modificam-se e extinguem-se, em sua maior parte das vezes, sem qualquer interferência judicial ou outro meio alternativo de pacificação ou composição.

O cumprimento e o devido respeito das obrigações constituem, segundo Dinamarco (2009, p. 137) a “vida fisiológica dos direitos”. Os seus transgressores devem ser considerados “patologias”.

Das possíveis sentenças de mérito em processo de conhecimento, somente a constitutiva oferece uma situação jurídico-substancial nova, mediante o reconhecimento de direito preexistente do autor para autorizar tal modificação. No caso da sentença condenatória, verificar-se-á a limitação em crescer na esfera jurídica do credor uma situação representada pela aplicação da vontade sancionatória. Nestas sentenças, bem como nas declaratórias e de improcedência da demanda, o único elemento constante e indispensável é sempre a declaração da existência ou inexistência de direitos, obrigações ou relações jurídicas.

Sustenta como mais adequada na opinião de Dinamarco (2009, p. 138), a teoria dualista do ordenamento jurídico. Portanto, afere-se que a sentença não cria direitos, mas revela-os. No caso da execução forçada, confere-lhe efetividade quando houver omissão no adimplemento voluntário do devedor. Mesmo na sentença constitutiva o direito a essa nova situação preexiste à sentença que a cria.

Sustenta desta forma Dinamarco (2009, p. 139) que o “escopo jurídico do processo civil não é a composição da lide, ou seja, a criação ou complementação da regra a prevalecer no caso concreto – mas a atuação da vontade concreta do direito”.

No próximo ponto será investigado a respeito da instrumentalidade das formas no Processo Civil, considerando que o processo judicial deve ser capaz de permitir ao Estado atingir os escopos mencionados anteriormente. Trata-se de uma visão do processo com viés menos formal, capaz de revelar o binômio direito material e direito processual de forma relativizada. A separação estabelecida entre direito e processo não pode implicar em um processo que seja indiferente ao direito material, em especial no aspecto da possibilidade de ser determinada pelo magistrado a dinamização do ônus probatório. Neste ponto a posição instrumentalista do processo estabelece as conexões entre o direito processual e o direito material.

1.2 A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS DO PROCESSO CIVIL

Cada ato processual tem um propósito, ou como prefere Dinamarco (2009, p. 615) um “escopo específico”, e todos esses atos conjuntamente têm o objetivo de produzir uma tutela jurisdicional justa, mediante um processo seguro. A instrumentalidade das formas está relacionada com a “liberdade das formas” e a “não taxatividade das nulidades” (DINAMARCO, 2009, p. 615) como elementos de um sistema com base na razão e na consciência dos objetivos a serem perseguidos.

Por outro lado, o formalismo processual assume importância na medida de que impede o exercício de arbitrariedades por parte do magistrado no decorrer do processo, uma vez que o procedimento está previamente delimitado, organizando o processo judicial de forma a fazer coincidir autoridade e justiça (OLIVEIRA, 1997, p. 9).

A estrutura do próprio processo encontra-se imersa em opções de valores inerentes a sociedade em que emerge, em razão de ser fruto da produção humana e, portanto dependente das opções políticas e sociais que singularizam determinada época. Desta forma, como afirma Oliveira (1997, p. 97), o formalismo tem inerentemente um fim útil. Ou seja, são os valores adotados de natureza política, com conexão íntima as formas e o objetivo da administração da justiça. Eventualmente refletem as estratégias de poder, com direcionamento a determinada finalidade governamental.

O fim perseguido é a garantia para a realização da justiça material e por consequência o apaziguamento entre os litigantes, e por outro lado promoção da segurança jurídica do sistema social, a efetividade e organização do processo. Observa Oliveira (1997, p. 97) que, a segurança jurídica e a efetividade da decisão estão em equilíbrio dinâmico, verificando-se em um conflito de proporcionalidade, ou seja, quando se permite uma maior efetividade proporcionalmente ocorrerá uma menor segurança e vice versa.

Atribui Oliveira (1997, p. 97) ao magistrado, o dever de influir no equilíbrio através de técnicas hermenêuticas de ponderamento, determinando quais os valores que deverão prevalecer, considerando os fins a atingir no processo judicial. Assume um papel constitucional como intermediário para assegurar um rito revestido das garantias formais e por outro lado possibilitar um mecanismo eficiente e funcional, efetuando a entrega da prestação jurisdicional em razoável espaço de tempo e acima de tudo, com justiça.

Seguindo ainda a lição de Oliveira (1997, p. 86), afirma que o devido processo legal representa a expressão constitucional do formalismo processual, na qual estariam em seus extremos o informalismo em excesso e em outra extremidade o excesso de

formalismo, anota ainda que ambas as posições podem conduzir à desordem do processo e à insegurança do direito. Admite por sua vez Bedaque (2006, p.429) que um sistema informal não é desejável, sugerindo que o sistema da legalidade das formas seja “temperado” pelos princípios da instrumentalidade do processo, da ausência de prejuízos e da economia processual.

Indica Gomes (1995, p. 65) a respeito da instrumentalidade do processo, que este é um instrumento meio de atuação do poder jurisdicional, destinado a realização de suas finalidades jurídicas, políticas e sociais. Desta forma, sustenta que o magistrado ao conduzir o processo deve ser considerado como partícipe ativo da relação processual.

Complementando a afirmativa do doutrinador, Didier (2009, p. 65) esclarece que a instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como valor que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais.

Em relação à economia processual, verificamos que a Emenda Constitucional 45/2004, acrescentou ao artigo 5º o inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”. Deve-se interpretar a determinação normativa no sentido de perseguir os melhores resultados possíveis, com a maior economia de esforços, despesas e tempo possível, tudo isto de forma eficiente (GONÇALVES, 2012, p. 66).

Por outro lado, o excesso de formalismo, é alvo de pertinente crítica de Bedaque (2006, p. 101). Afirma que, a presença de um verdadeiro culto ao formalismo e ao exagerado apego a técnica, a ponto de ocorrer um desprezo ao direito substancial, com o objetivo que alcançar um resultado que possivelmente o direito material não concederia a parte, ou seja, ignora-se o direito substancial com vistas a observar a forma procedimental.

Apresenta desta forma Bedaque (2006, p. 129) como exemplo de formalismo excessivo a questão da preclusão. Por óbvio o doutrinador reconhece a importância do instituto como mecanismo para assegurar a simplificação, a rapidez e eficiência do processo, que poderiam comprometer a segurança e celeridade do instrumento. Todavia “Não se justifica interpretar as regras instrumentais com rigor formal exagerado, de modo a comprometer o próprio resultado pretendido. Sempre que isso ocorre, os meios transformam-se em óbices” (BEDAQUE, 2006, p. 129).

Defende Bedaque (2006, p. 128), a possibilidade de permitir a apresentação de elementos aptos a dirimir a lide, ainda que intempestivamente, apenas com a ressalva que ocorra antes da sentença. Sustenta a possibilidade de o magistrado dar efetividade ao processo

judicial, principalmente na eventualidade da preclusão “proporcionar tutela jurisdicional a quem não tem direito a ela, deverá o juiz afastá-la”. Há que se considerar que entendimento em contrário estaria privilegiando o formalismo em detrimento a eventual direito substancial.

Admite Bedaque (2006, p. 129) por sua vez, que não ignora a importância do procedimento para conformação do processo, pois sua ausência poderia conduzir ao arbítrio judicial. O procedimento é o meio pelo qual o legislador assegura o exercício da jurisdição, pautado pelas garantias constitucionais e permite a efetiva participação dos interessados na resolução do conflito.

O procedimento deverá ser informado pelas faculdades e deveres das partes e do magistrado, em mútua e recíproca relação (DINAMARCO, 2002, p.157), conduzindo a dinâmica dialética do processo, na qual a simetria, mútua implicação e substancial paridade das posições subjetivas conduzirão a uma intervenção não episódica, no exercício de um conjunto de controles, reações e escolhas e de submissão aos controles e reações da outra parte.

Desta forma afirma Dinamarco (2002, p. 157) que o processo judicial é expressão da democracia e, portanto participativo. Afirma que a efetiva participação inclui uma postura ativa do magistrado no processo, seja na iniciativa de produção probatória, seja na direção do processo e no diálogo com as partes.

Neste sentido, sustenta Oliveira (1997, p. 124):

A solução exequível estampa-se na adoção do princípio da instrumentalidade das formas, dando-se pela validade do ato processual sempre que atingir sua finalidade essencial, preservadas as garantias constitucionais do processo.

Por sua vez afirma Marinoni (2010, p. 152) que o sistema processual não se limita adequar as características dos direitos materiais, mas deve considerar as diferentes posições sociais dos litigantes. Afirma que a Constituição Federal assumiu o compromisso no artigo 3º, III⁹ de reduzir as desigualdades sociais e regionais. Assim:

Os procedimentos, como todos os atos do Poder Público, devem estar em conformidade com o princípio da igualdade. O legislador infraconstitucional é obrigado a desenhar procedimentos que não constituam privilégios, bem como, para atender aos socialmente mais carentes, a estruturar procedimentos que sejam diferenciados, na medida em que a diferenciação de procedimentos é uma exigência insuprimível para um ordenamento que se inspira na igualdade substancial.

⁹ Artigo 3º, III: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Nesta linha de argumento, considerando que a Constituição Federal tem por fundamento a eliminação de desigualdades nos termos expressos no artigo em comento, não há possibilidade de admitir um procedimento processual que permita ou potencialize uma posição de desigualdade. Para que seja observado o princípio de acesso à justiça, eventualmente se verificando situações de direito substancial ou posições sociais a exigir um tratamento diferenciado, o Estado Juiz deverá intervir oferecendo um tratamento diferenciado no procedimento com o fim de se permitir uma tutela jurisdicional que ao final se revele justa, em razão de efetivamente entregar o direito a quem a possua.

Para Oliveira (1997, p. 138), “se o juiz preservar as garantias das partes, vedado não lhe é adotar um ponto de vista mais maleável, adaptando o rigor formal ao caso, quando necessário para vencer o formalismo”. Como decorrência para assegurar tais garantias, há que se permitir o fortalecimento dos poderes do órgão judicial, a ponto de se impor ao juiz não apenas a faculdade, mas o dever de advertir os litigantes das irregularidades e lacunas de seus pedidos e alegações, no exercício de uma função supletiva e auxiliar.

Não se trata de defender um poder ilimitado ao órgão judicial, permitindo ao magistrado que de forma discricionária determine a regra processual a ser aplicada. Tal possibilidade poderia conduzir a um processo substancialmente desprovido de forma, observando tão somente a livre discricionariedade do magistrado, com prejuízo à igualdade substancial das partes e afronta ao princípio da certeza jurídica, além de eventual desprezo ao nexo entre o direito material e o processual.

A solução para enfrentamento da questão indicada por Oliveira (1997, p. 138) perpassa pela colaboração processual em que partes litigantes e o magistrado estariam vinculados, considerando todos em posição igualitária de diálogo para o desenvolvimento processual com vias de alcançar o processo justo.

Objetiva-se, conforme Mitidiero (2009, p.71), perseguir um “ponto de equilíbrio” na organização do formalismo processual, amoldando em uma “comunidade de trabalho” entre os sujeitos do processo.

A questão vincula-se acerca da efetiva participação no curso do processo judicial pelo qual as partes interessadas no processo assumem compromisso de auxiliar o magistrado, exigindo-se uma releitura do princípio do contraditório, cuja efetividade não se limita ao debate entre as partes, mas concreto exercício do direito de oferecer as respectivas argumentações, colaborando diretamente na formação da convicção do magistrado.

Observa-se que o formalismo no processo possui sua devida importância, entretanto este não poderá ser uma justificativa a impedir, no enfrentamento de

excepcionalidades no caso concreto, que o magistrado possibilite a acomodação do procedimento no propósito de proporcionar um equilíbrio entre as partes, sempre mediante o contraditório com vias de assegurar um processo justo.

1.3 RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O tema delimitado no presente trabalho perpassa necessariamente pela questão do respeito ao devido processo legal. Justifica-se a assertiva, considerando como pressuposto que somente mediante seu respeito será possível efetivar-se um processo pautado como justo. Segundo Theodoro Junior (2009, p. 24) que afirma: “Faz-se modernamente uma assimilação da ideia de devido processo legal à de processo justo”.

Observa-se que mesmo a melhor doutrina indica dificuldade em apresentar uma definição a expressão ou uma delimitação precisa, ao termo “devido processo legal”, conforme afirma Dinamarco (2002, p. 177). Esclarece que a expressão está mais inclinada para uma filosofia de vida institucional, pois sua presença é percebida quando violada, na eventualidade de ser confrontada do que em manifestação positiva ou delimitação conceitual.

Ao longo da história da humanidade, o homem demonstrou a necessidade de assegurar que as decisões que lhe fossem impostas apresentassem externamente uma fórmula ou um rito, com a pretensão de legitimar a adoção por determinada solução. Neste sentido afirma Bedaque (2006, p. 94) ao observar as sociedades primitivas que o processo era sinônimo de forma, predominando o simbolismo, na busca da eliminação do conflito, sem qualquer preocupação com o direito.

Considera Nery Junior (2002, p. 32), o devido processo legal na qualidade de princípio, com suficiência por si mesmo em assegurar aos litigantes as garantias no direito a um processo e uma sentença justa. Ou seja, conforme seu entendimento o devido processo legal pode ser considerado o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.

Em consonância Neves (2013, p. 113), esclarece que o devido processo legal é um supraprincípio do processo, ou seja, um princípio base norteador de todos os demais, com o objetivo precípuo de permitir uma prestação da jurisdição pautada pela justiça. Para Tucci (1993, p. 19), o devido processo legal é uma garantia constitucional, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais por meio da efetivação do direito ao processo, concretizado em um procedimento regularmente desenvolvido com a imprescindível realização de todos seus respectivos corolários, em um prazo razoável.

Deve-se observar que, a Constituição Federal de 1988 inovou ao recepcionar de forma expressa o termo “devido processo legal”, não constando a expressão em nenhuma das Constituições anteriores.

Com pertinência Cunha (2006, p. 32) afirma que, o devido processo legal não deve apenas ser considerado uma garantia constitucional contra o arbítrio de o Estado contra o cidadão, mas como fundamento para controle da constitucionalidade formal e material do ato legislativo, permitindo investigação a fim de identificar se, os objetivos gerais de governo estão sendo observados em conformidade com a Constituição Federal.

Na análise de Nery Junior (2002, p. 41) a amplitude do devido processo legal é suficiente como princípio vetor do processo civil, considerando o fato de que os demais princípios inerentes ao processo civil derivam em maior ou menor grau do princípio do devido processo legal, ou seja, poderíamos considera-lo na classificação de direito fundamental com característica de princípio norteador.

A expressão “devido processo legal” é uma tradução para o português da expressão *due process of Law* de origem inglesa, que remonta seus fundamentos na Magna Carta de João Sem Terra, no ano de 1215. Não obstante verificar-se ausência de uma expressão literal recomendando o “devido processo legal” neste documento, mas a obrigação de observar as leis da terra. A expressão como conhecida apenas foi utilizada em 1354, no reino de Eduardo III, na lei *Statute of Westminster of the Liberties of London*, por legislador desconhecido, conforme indica Nery Junior (2002, p. 33).

O termo possui inspiração jusnaturalista que influenciou as instituições anglo saxônicas, significando que os direitos naturais elencados na Magna Carta somente poderiam sofrer a intervenção do Estado mediante a observância de procedimentos aceitos pela sociedade conforme se entendia por direito na *commom law*.

Naquele momento histórico, intencionava-se impor limites ao poder que não conhecia limites até então. O poder, representado pelo monarca, justificava-se pela investidura efetivada pelo divino. Era vigente a crença de que, por alguma forma de manifestação, Deus havia indicado determinada pessoa a representa-lo nos limites de um território, portanto este monarca como representante divino entre os homens, não poderia ter obstada a sua vontade por meios externos, conforme a concepção de poder sustentada por Hobbes (2003, p. 148).

Pretendia-se por meio da Magna Carta, impedir o soberano a infringir determinados direitos, ainda que para privilegiar com exclusividade a certa classe social. Desta forma o monarca era obrigado a observar regras impostas pela lei quando houvesse

determinação de cárcere ou limitação de propriedade relacionada aos nobres e homens livres. Exigia-se não apenas a mera observação da lei, mas a existência de lei anterior ao fato.

Em razão de tais delineamentos a doutrina constitucional inclina-se a considerar a Magna Carta como um embrião do devido processo legal, tal como sustentado por Castro (2006, p. 6). O instituto do “devido processo legal” desenvolveu-se em especial nos Estados Unidos da América. Quando da aprovação da convenção da Filadélfia, sua promulgação dependia da ratificação de nove das treze colônias. Algumas concordaram mediante a condição de introdução de uma Carta de Direitos, em que se garantissem direitos fundamentais. Para Silva (2002, p. 155), Thomas Jefferson e James Madison foram encarregados de formularem o *Bill of Rights*, assegurando expressamente o devido processo legal, sob a influência da filosofia liberal vigente até então, representado por pensadores contemporâneos daquele momento histórico, entre os quais podemos identificar John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Charles-Louis de Secondat, barão de Montesquieu.

Já nos meados do século XVIII, a ideia de processo é fortemente influenciada pelo neoclassicismo, conforme anota Couture (2003, p. 39). Verificou-se neste período da história a pretensão de resgatar os fenômenos da Antiguidade, em especial o processo romano como uma espécie de arbitragem privada.

A concepção do processo judicial neste contexto histórico atribuía amplos poderes as partes para o início e o fim do processo, o estabelecimento de seu objeto, como determinava sob a exclusiva vontade destas mesmas partes o andamento e desenvolvimento processual, incluindo a instrução probatória.

Permeava a ideia pela qual o interesse da parte sobre o direito alegado constituiria por si só a eficácia para aceleração do desenvolvimento processual, atribuindo um monopólio as partes em relação à instrução probatória, devendo o juiz uma posição passiva em sua apreciação, considerando tratar-se de interesses eminentemente privados. Verificava-se neste sentido a prevalência da autonomia da vontade, pela qual a atuação estatal deveria se condicionar.

Neste modelo de processo concebido como uma instituição reservada à realização de direitos privados justifica-se, a delimitação do princípio dispositivo determinando um distanciamento do órgão julgador como pressuposto teórico, em razão do domínio das partes litigantes quanto ao objeto, seu início processual, o desenvolvimento e conteúdo, tendo em vista que em tese o Estado não tem interesse direto, devendo-se observar o brocado “*secundum allegata et probata*”.

Informa Dinamarco (2002, p.177) que o devido processo legal não se confunde com a legalidade, inscrita no artigo 5º, II¹⁰ da Constituição Federal, pois a observância do devido processo legal não se resume no cumprimento legal, mas exige que a própria lei esteja em conformidade com os procedimentos exigidos.

Somente através do devido processo legal será proporcionado às partes litigantes o acesso a paridade de armas, ou seja, o deferimento das mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais, para que possam fazer valer suas pretensões. Mediante a observação formal do preceito legal, será possível a fiscalização efetuada por ambas as partes da regularidade processual.

1.4 O CONTRADITÓRIO COMO ELEMENTO COMPLEMENTAR AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O contraditório na afirmação de Didier (2009, p. 57) é a personificação da democracia no processo, considerando que democracia se traduz em participação e possibilidade de influência na tomada de decisão, por meio de apresentação de ideias, argumentos, indicação de fatos. É a eventualidade de manifestação dos interessados no processo em influenciar o Estado Juiz antes de este decidir o conflito apresentado, na afirmativa de Bueno (2012, p. 134).

Souza (2003, p. 170) conceitua o contraditório nos seguintes termos:

[...] garantia fundamental do homem, que lhe assegura a participação dialética na concretização de um determinado provimento decorrente do exercício do Poder, como forma de assegurar a legitimidade da ingerência da decisão no trinômio bilateral em todo o arco de um procedimento configurado segundo os ditames políticos do Estado Democrático de Direito.

Verifica-se que para Dinamarco (2002, p. 125) o devido processo legal e o contraditório são elementos que não se confundem, mas encontram-se imbricados teleologicamente como elementos legitimadores do poder judicial. Por sua vez, sustenta Oliveira (1997, p. 86) que o devido processo legal tem por objetivo assegurar o contraditório e a ampla defesa, constituindo uma expressão do formalismo processual garantido pela Constituição, nos termos do artigo 5º, LIV¹¹.

O núcleo essencial do contraditório funda-se, conforme Bueno (2012, p. 133), no binômio: “ciência e resistência”, indicando que o primeiro destes elementos é

¹⁰ Artigo 5º, II: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

¹¹ Artigo 5º, LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

indispensável, ou seja, é fundamental que as partes tomem conhecimento de todos os atos processuais promovidos nos autos. O segundo elemento, isto é a resistência, é eventual ou possível. Tal fato tem por base a liberdade (DINAMARCO, 2009, p. 231), como ato de vontade, em apresentar ou não resposta de atos promovidos pela parte adversa ou mesmo do magistrado que conduz o processo.

Sustenta Dinamarco (2002, p. 125) que o comando do artigo 5º, LV¹² da Constituição Federal, possui dupla destinação, a saber, por um lado a lei determina meios a proporcionar efetiva participação dos litigantes e de outro, determinando ao magistrado que possibilite sua utilização pelos interessados no processo. Significa também que o magistrado deve participar da preparação do julgamento, exercendo ele próprio o contraditório. Observa-se que a garantia em questão atribui um direito as partes e uma série de deveres ao magistrado.

Apoiado nesta orientação apresentada pelo doutrinador, objetivando o melhor desenvolvimento do tema, o contraditório será analisado em relação às partes e em relação ao magistrado separadamente.

1.4.1 O Contraditório e as Partes

Apenas após a provocação pelas partes, o magistrado deverá manifestar-se, sendo vedada sua intervenção de ofício, ainda que venha tomar conhecimento da causa por outros meios antes da postulação do pedido do autor. Deverá a partir deste momento inicial, o magistrado oferecer oportunidade para que os litigantes possam participar pedindo, participar alegando e participar provando.

Para que se cumpra a determinação constitucional do contraditório, faz-se necessário a observação no procedimento de momentos processuais nos quais será admitido as partes pedir, alegar e provar. Desta forma o autor é autorizado a pedir e alegar em sua peça exordial, o reclamado da mesma forma esta autorizado a pedir em sua resposta, alegar fundamentos de defesa e requerer a improcedência da demanda. Poderá o autor pedir a antecipação da tutela (artigo 273 do Código de Processo Civil). Ambas partes estão autorizadas a produzir provas dos fatos alegados. Ao pedir, cada parte também alega, ou seja, apresenta fundamentos com a finalidade de convencer o magistrado, e ao final poderá novamente alegar, antes da decisão.

¹² Artigo 5º, LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Considerado o momento mais importante, conforme designado por Dinamarco (2009, p.223) como a “alma do processo” consiste na citação regular¹³. Após sua realização, a parte demandada possui uma faculdade em apresentar sua resposta, por esta razão o contraditório não será violado no caso que sejam fixados os efeitos da revelia, uma vez que este é cientificado de suas consequências devendo arcar com os resultados processuais (DINAMARCO, 2009, p. 223). Os demais atos processuais em regra serão informados por meio de intimações¹⁴.

O instituto da revelia, na interpretação de Bueno (2012, p. 196), consiste no fato a ser imputado ao reclamado, que regularmente citado no processo, não apresenta nenhuma forma de resposta, mantendo uma posição de total e completa inércia e indiferença ao ato judicial.

Deve-se observar que o reconhecimento da revelia não conduz ao sucesso da demanda de forma inexorável, conforme jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça, publicado na RSTJ 53/335: “O efeito da revelia não induz a procedência do pedido e nem afasta o exame de circunstâncias capazes de qualificar os fatos fictamente comprovados” (NEGRÃO, 2008, p. 466). Ainda no Superior Tribunal de Justiça, em outro julgado, verificou-se o seguinte acórdão, publicado na RSTJ 100/183: “O efeito da revelia não dispensa a presença nos autos de elementos suficientes para o convencimento do juiz” (NEGRÃO, 2008, p. 466).

Por sua vez, Alvim (2010, p. 820) observa a possibilidade de incidência dos efeitos da revelia em relação ao reclamado que comparece em audiência de instrução e julgamento desacompanhado de advogado, tendo em vista ausência de capacidade postulatória como regra geral, salvo tratar-se de advogado em causa própria. A questão assume relevância em especial naqueles casos em que será observado o procedimento sumário, tendo em vista que a contestação será apresentada em audiência nos termos do artigo 278¹⁵ do Código de Processo Civil, diversamente ao que ocorre no procedimento ordinário pelo qual se verifica prazo determinado de 15 (quinze) dias a serem contados da citação, conforme a redação do artigo 297¹⁶ do Código de Processo Civil.

¹³ Artigo 213 Código de Processo Civil: “Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender”.

¹⁴ Artigo 234 Código de Processo Civil: “Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa”.

¹⁵ Artigo 278: “Não obtida a conciliação, oferecerá o réu, na própria audiência, resposta escrita ou oral, acompanhada de documentos e rol de testemunhas e, se requerer perícia, formulará seus quesitos desde logo, podendo indicar assistente técnico”.

¹⁶ Artigo 297: “O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção”.

Para Dedier (2009, p. 506) a revelia é um ato-fato processual, que não se confunde com a confissão ficta, indicando tratar-se de um de seus efeitos. Afirmar que a revelia encontra-se no mundo dos fatos e que produz segundo sua lição os seguintes efeitos: o efeito material que se presume verídico os fatos deduzidos na inicial, ressalvado o caso do litígio incidir a respeito de direito indisponível, ou de fato que exija prova por meio de instrumento público ou ainda, havendo pluralidade de reclamados, nenhum deles tenha contestado em consonância com o artigo 320 e seus incisos do Código de Processo Civil; o efeito processual segundo o qual ocorrerá o prosseguimento do processo sem intimação dos atos processuais realizados a partir de então do reclamado considerado revel, ressalvado o caso de não verificar-se advogado constituído pelo reclamado nos autos, conforme se depreende da redação do artigo 322¹⁷, com a modificação efetuada pela Lei 11.280/06; possibilidade de julgamento antecipado da lide, no caso que se verifique o efeito substancial da revelia, conforme o artigo 330, II¹⁸ do Código de Processo Civil.

Como bem indicado por Marinoni (2012, p. 148) considera-se insuficiente a mera observação dos direitos processuais se ao final houver um descompromisso da decisão com o direito substancial. Sustenta ser equivocada a pressuposição que a justiça da decisão decorre necessariamente de um processo sem falhas, ainda que observados os clássicos ditames do devido processo legal e o contraditório, alertando que tal ponto de vista é reducionista por considerar a sentença um simples resultado do procedimento.

O contraditório assume o caráter dialético no processo colaborativo em relação as partes para com o magistrado, mediante efetiva participação. O juiz assumirá uma posição paritária no diálogo e assimétrica na decisão conforme nos indica Oliveira (2012, p. 78), ou seja, deverá o magistrado efetuar um diálogo em igualdade com as partes e apenas no momento da decisão distanciar-se em relação aos interessados para impor sua decisão.

Desta forma, a prova obtida sem a observação do contraditório deverá ser afastada pelo magistrado no momento da decisão, não devendo influenciar a esfera de seu livre convencimento¹⁹, sob a pena de invalidar a sentença (CAMBI, 2001, p. 152).

A decisão ao final deverá expressamente indicar o enfrentamento das razões deduzidas pelas partes, conforme Mitidiero (2009, p. 135), permitindo-lhes a manifestação do

¹⁷ Artigo 322: “Contra o revel que não tenha patrono nos autos, correrão os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada ato decisório”.

¹⁸ Artigo 330: “O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: (II) quando ocorrer a revelia”.

¹⁹ Artigo 131 do Código de Processo Civil: “O juiz apreciará livremente a prova atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

direito de atuação no processo de modo crítico e construtivo, desenvolvendo o argumento de suas razões.

Desta forma, o contraditório como forma de colaboração processual proporcionará na opinião do referido autor, uma ampliação no quadro de análise, impedindo a apresentação de argumentos diversos aos previamente debatidos, minimiza o perigo de opiniões pré-concebidas e permite a construção de uma decisão mais aberta e ponderada. As partes não serão surpreendidas no decorrer processual, seja por atos de iniciativa das próprias partes, seja por ato ou decisão proferida pelo juiz. A fundamentação da decisão judicial efetuada nestes termos estaria cumprindo a função endoprocessual no escólio de Mitidiero (2009, p. 135), e operacionalizaria como um aspecto facilitador da valoração da pertinência de uma impugnação, além de melhor auxiliar na identificação dos vícios que padecem o pronunciamento.

1.4.2 O Contraditório e o Juiz

A garantia do contraditório também endereça-se ao magistrado, como um imperativo de sua função no processo e não mera faculdade, impondo sua participação por atos de direção processual, probatórios e de diálogo.

A direção processual é exercido através do “impulso oficial”²⁰ a que se refere o Código de Processo Civil. A razão de tal determinação legal consiste no fato do processo ser instrumento público de exercício de uma função pública – a jurisdição. Ainda que as partes detenham a disponibilidade de situações de direito material pelo qual é objeto o litígio, não pode o Estado Juiz permanecer à disposição do que as partes venham fazer ou deixar de fazer no processo, impedindo o cumprimento adequado da função jurisdicional.

Indica Marques (2003, p. 423) que os poderes de direção processual podem se manifestar na forma de instrumentais ou de vinculação final, como poderes-meios e poderes-fins. Afirma tratar-se de duas espécies de poderes: o de solucionar o litígio, projetando-se para fora do processo com a efetiva prestação jurisdicional, enquanto os poderes ordinários estariam relacionados com a condução do processo, resolução dos eventuais incidentes para que seja efetivada a atividade jurisdicional. Neste sentido, os poderes estariam adstritos ao processo em que foram praticados.

²⁰ Artigo 262 Código de Processo Civil: “O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”.

Sustenta Lopes (2006, p. 89) que o juiz é diretor material do processo. Observa que, o atual Código de Processo Civil possui dispositivos que permitem sua conclusão, como exemplo, nos termos do artigo 284 do Código de Processo Civil, em caso na qual a petição inicial apresente-se obscura de forma a dificultar o julgamento de mérito, poderá o juiz determinar ao autor para que emende ou complete, no prazo de 10 (dez) dias. Haveria neste caso, o exercício da função material do processo, verificando-se o auxílio do magistrado à parte.

O impulso oficial impõe ao magistrado que determine ou realize os atos processuais independentemente de requerimento das partes. Apenas em casos excepcionais, descritos na lei, a omissão das partes poderá conduzir à paralisação do processo ou até mesmo sua extinção.

Observar-se-á o exercício de direção do processo na determinação de saneamento, a ser observada na audiência preliminar²¹. Sanear significa depurar o processo de imperfeições, deixando-o em condições para prosseguimento, resolvidas as questões técnicas (DINAMARCO, 2009, p. 228).

O exercício de direção do processo, mediante o impulso oficial e o saneamento, constitui em fator de maior importância para celeridade processual, obstando atividades inúteis e retrocessos no processo promovido pelas partes.

Outra importante atribuição ao juiz em razão do contraditório consiste nas iniciativas probatórias. Observa Dinamarco (2009, p. 229) que o princípio dispositivo é fator inibidor a iniciativa do juiz em determinar a produção probatória, sob o risco de afetar sua imparcialidade em relação à decisão.

Analisando o tema, Bedaque (2001, p. 162) indica que os elementos objetivos da demanda devem ser considerados como um primeiro limite aos poderes instrutórios do juiz, em decorrência ao princípio da correlação ou adstrição, com fundamento nos artigos 128²² e 460²³ do Código de Processo Civil, ou seja, deverá o magistrado observar o pedido e causa de pedir.

O pedido e a causa de pedir são limites intransponíveis pela jurisdição, neste sentido haverá violação caso o magistrado venha a discutir fato jurídico diverso daquele que a

²¹ Artigo 331 Código de Processo Civil: “Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir”.

²² Artigo 128: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

²³ Artigo 460, caput: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

parte invocou como causa de pedir ou excepcionar. Entretanto a livre pesquisa em relação a fato jurídico configurador da causa de pedir devidamente indicada pela parte deve ser considerado como atribuição do encargo de julgar, ou seja, a subsunção da norma ao fato.

Desta forma, deve-se considerar vedada a possibilidade do juiz determinar produção probatória em relação a fatos que não foram submetidos ao prévio debate entre os interessados. Outra consequência decorrente dos argumentos indicados dos artigos mencionados é no sentido que a produção probatória deve ser aferida pelos elementos apresentados nos autos, ou seja, caso o magistrado decida pela determinação de diligência instrutória, deverá considerar exclusivamente os dados obtidos no processo (BEDAQUE, 2001, p. 162).

Conforme a lição de Neves (2013, p. 428) a incidência de preclusão *pro iudicato*, na hipótese do magistrado deferir o requerimento de produção probatória efetuado por qualquer dos litigantes, no caso em que não ocorra a interposição de recurso da decisão. Desta forma, ainda que o magistrado se convença posteriormente da desnecessidade da produção probatória, surge uma modalidade assemelhada ao direito adquirido da parte na produção probatória, que não poderá ser contrariado em razão da simples mudança de opinião do magistrado em face do conjunto probatório. Será necessário que ambas partes venham anuir quanto a dispensa na produção probatória afim de não mais ser apresentada.

Por outro lado, afirma Neves (2013, p. 428) que a limitação não deverá igualmente incidir no caso de indeferimento inicial, por parte do juiz, em relação à produção probatória. Neste caso, na eventualidade de posteriormente o magistrado vier a se convencer da necessidade da apresentação da prova, poderá reexaminar de ofício o indeferimento anterior.

Necessário ainda verificar a respeito da possível influência do direito material em relação aos poderes instrutórios do juiz. No entendimento de Bedaque (2001, p. 162), ainda que se observe uma evolução da teoria do processo civil, sustenta parcela substancial da doutrina que, os poderes poderão ser alargados ou minimizados, dependendo da natureza do direito em discussão. Caso os autos estejam versando a respeito de direito indisponível haveria maior possibilidade para encontrar-se a verdade real, e por consequência a determinação probatória necessária por parte do magistrado; entretanto caso o direito seja disponível estariam limitados os poderes instrutórios do juiz.

Observa-se abalizada doutrina de Jardim (1987, p. 112), indicando o Ministério Público como órgão estatal legitimado a suprir a inércia das partes com o fito de não comprometer a imparcialidade judicial, especialmente nos casos em que se verificariam

interesses predominantemente privados. Argumenta-se, caso o magistrado venha se envolver na indicação da produção probatória, inevitavelmente poderá ocorrer o envolvimento psicológico com uma das partes, comprometendo a decisão final.

Entretanto, na posição de Bedaque (2011, p. 138), deve-se considerar como irrelevante a natureza da relação controvertida, quer se apresente de natureza privada ou pública, pois o processo como instrumento Estatal a possibilitar o exercício da jurisdição é único, ou seja, em regra não há um processo diferenciado em razão da natureza da matéria. O processo tem por objetivo precípua assegurar a ordem jurídica exigida pelo direito substancial.

Desta forma, ainda que se verifique a predominância do interesse privado, tal fato não atribui um monopólio as partes no exercício da influência em sua instrução, pois observa-se um interesse do Estado no seu desenvolvimento, objetivando a pacificação entre os litigantes e desta forma, viabilizando a convivência social.

Por fim, o magistrado participa do contraditório por meio do diálogo com as partes. Sustenta adequadamente Dinamarco (2009, p.230) que, o juiz não prejudica sua imparcialidade na tentativa de conciliar as partes, “avançando prudentemente em considerações sobre a pretensão mesma ou a prova, quando as esclarece sobre a distribuição do ônus da prova ou quando as adverte da necessidade de provar melhor”. Tão pouco ocorrerá violação a suas prerrogativas quando o juiz observando motivos para emitir de ofício uma decisão particularmente gravosa, determina a manifestação das partes antecipadamente.

As partes apresentam-se como sujeitos de interesses próprios, portanto parciais na relação processual, o magistrado, por sua vez, apresenta-se como sujeito imparcial. Portanto os principais sujeitos processuais não detêm interesses iguais refletidos no contraditório, isto não quer dizer, que não há outro interesse comum, que é de resolver a questão pendente de apreciação pelo Estado Juiz de forma mais adequada, imunizando-a de posteriores discussões (BUENO, 2012, p. 135). Inserido neste interesse comum deve-se formar o diálogo entre os sujeitos processuais, com vias de solucionar definitivamente o conflito.

No ponto a seguir será analisado o princípio dispositivo, segundo o qual deverá o juiz julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes, sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes. Trata-se de questão a influir diretamente sobre os poderes instrutórios do juiz.

1.5 PRINCÍPIO DISPOSITIVO

Segundo Alvim (2010, p. 937), o princípio dispositivo é a limitação da atividade jurisdicional em relação à atividade instrutória do processo de exceder ao que pedem e alegam as partes e de determinar provas de ofício, em razão do vínculo entre a ideia de quem alega um fato deve demonstrá-lo, sob pena de infração ao princípio do ônus subjetivo da prova.

Afirma Gomes (1995, p. 84) que o princípio dispositivo fundamenta-se na expressão latina: *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*, ou seja, é atribuída à iniciativa das partes a fixação do quadro fático e o respectivo material probatório sobre o qual se requer a providência judicial.

Acrescenta Guerra (1995, p. 33), em estudo específico do processo cautelar, dois outros núcleos. Que o princípio subordina-se à iniciativa da parte que implique na titularidade de direito subjetivo material ou processual. Desta forma a instauração do processo é condicionada à iniciativa do legitimado ativo, a respectiva defesa ao legitimado passivo, a impugnação das decisões à iniciativa da parte prejudicada, seguindo o brocardo *Nemo invitus agere cogatur*. Indica ainda, que é atribuída a vontade da parte a determinação do conteúdo da providência judicial, fixando-se como limite intransponível a vincular o magistrado, até onde é possível a providência a ser prestada, conforme o brocardo *Ne eat iudex vel extra petita partium*.

Neste ponto, observa com pertinência Bedaque (2011, p. 99) que a impossibilidade do juiz em conhecer de ofício determinada questão não mantém vínculo necessário com a natureza de disponibilidade da relação material, pois ainda que, se revele de natureza indisponível quanto ao direito subjetivo material a ser objeto da demanda, o princípio da inércia da jurisdição não poderá ser ignorado. Ou seja, o magistrado não poderá tomar a iniciativa inaugural em uma demanda, ainda que estejam envolvidos direitos de natureza indisponíveis. Há que se observar que a própria norma legal institui exceções ao princípio da inércia, ainda que disponível o interesse posto em questão, como por exemplo, o artigo 989 do Código de Processo Civil.

O princípio dispositivo, segundo pensamento de Santos (1997, p. 303) e Souza (1949, p. 90), compreende a iniciativa da demanda, das alegações e a congruência entre o pedido e a sentença, sob pena de violar a imparcialidade do magistrado no momento da prolação da sentença.

Afirma Bedaque (2011, p. 94) acerca da dificuldade de fixar os contornos da expressão “princípio dispositivo”, tratando-se de termo equívoco, indicando que a doutrina normalmente emprega para expressar coisas diversas.

Assim, identifica Bedaque (2011, p. 94) que parte da doutrina sustenta que o princípio em comento determina as partes do processo o ônus de iniciação, delimitação do objeto, impulso do processo e produção de provas, entre os quais é possível apontar para Alvim (2010, p. 125) como adepto desta posição. Por outro lado, observa-se a viabilidade de sustentar que o princípio da demanda caracteriza tão somente o primeiro fenômeno, enquanto que o princípio dispositivo estaria circunscrito na limitação imposta ao juiz no interior do processo (BEDAQUE, 2011, p. 94).

O princípio dispositivo é decorrente de um modelo econômico fundado na autonomia da vontade e no respeito a livre iniciativa. Lopes (2006, p. 112) identifica três posições na doutrina brasileira, quanto a possibilidade do magistrado determinar a produção probatória.

Na primeira posição, liderada por Santos (1977, p. 303) e Alvim (2010, p. 937) sustentam que o magistrado deve-se limitar a uma atividade supletiva ou complementar, incumbindo prioritariamente as partes o ônus probatório de suas alegações. Sustenta a posição, justificando com a natureza pública do processo o princípio da autoridade, o qual confere ao magistrado a direção da instrução probatória, não se restringindo a averiguar os fatos alegados e as provas requeridas, possibilitando ao juiz o indeferimento daquelas que entender não sejam necessárias.

A segunda posição, defendida por Moreira (1984, p. 178), Bedaque (2011, p. 98) e Gomes (1995, p. 238), sustenta a ampliação dos poderes instrutórios do juiz, não ocorrendo o comprometimento do magistrado em sua imparcialidade. Posiciona-se no sentido que ao Estado Juiz não interessa qual parte será vitoriosa na demanda, mas qual deles efetivamente possui razão, não importando qual das partes produziu a prova, mas que o fato alegado foi comprovado.

Necessário indicar a mudança de posição de Theodoro Junior, admitido em artigo publicado na Revista Brasileira de Direito da Família, Porto Alegre: Síntese, nº 3, 1999, “Prova – Princípio da verdade real – Poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – Provas Ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade”, acolhendo a possibilidade do magistrado efetivar a determinação probatória sem violação ao princípio dispositivo, devendo indicar o doutrinador como integrante deste grupo.

Propõe desta forma Bedaque (2011, p. 98) que o princípio dispositivo seja delimitado aos reflexos que a relação de direito material disponível possa influir no processo. Neste sentido a produção probatória não estaria adstrita às partes, possibilitando ao magistrado uma posição mais ativa no processo, eliminando desta forma eventual diferença existente entre as partes.

Justifica Gomes (1995, p. 238) a ampliação dos poderes instrutórios do magistrado por objetivo de desvendar a verdade real, esgotando por todos os meios a possibilidade de vir aos autos os elementos probatórios disponíveis. Neste sentido, o fenômeno da publicização do processo retirou o caráter eminentemente privatístico, tornando autêntico instituto do direito público, possibilitando desta forma ao magistrado a iniciativa probatória, quer tratar-se de direito indisponível, quer tratar-se de direito disponível.

Observa-se o voto da Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em Agravo Regimental no Recurso Especial 738.576/DF: “[...] a iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça”.

A terceira linha doutrinária é encabeçada por Miranda (1993, p. 217) e Lopes (2002, p. 76). Para Miranda o magistrado somente poderia determinar oficiosamente a produção probatória no caso de matéria de ordem pública ou quando ocorrer hipótese de perplexidade em relação aos fatos alegados. Por sua vez, Lopes sustenta a limitação quanto à prova documental e testemunhal, que devem competir exclusivamente as partes do processo.

Observa-se assim uma ampla gama de posicionamentos doutrinários a respeito do tema. Entre os argumentos, verifica-se entre os que defendem um posicionamento mais estrito quanto à disposição dos poderes instrutórios do juiz o argumento de que haveria o perigo do magistrado envolver-se psicologicamente com a disputa, comprometendo a decisão.

Nesta linha de argumento, ao magistrado deve ser vedada a postura assistencial a qualquer das partes, sob a justificativa de que o que importa no processo é a verdade real a ser apurada por meio de elementos fornecidos pelos interessados no litígio. Por outro lado, defendendo-se uma postura mais ativa do magistrado, é admissível argumentar que se eventualmente a imparcialidade é afetada em razão da iniciativa na determinação da produção probatória, necessário por consequência lógica concluir que a omissão do magistrado igualmente prejudica sua imparcialidade (BEDAQUE, 2011, p. 117).

O magistrado sob este argumento, está condenado a ser qualificado como parcial qualquer que seja sua posição adotada no processo. Seja determinando a produção

probatória ou omitindo-se em sua determinação. Tal argumento decorre de uma visão equivocada por não distinguir meio de prova e prova propriamente dita, conforme afirmação de Bedaque (2011, p. 117).

O erro encontra-se na presunção de que a decisão ordenando a produção de um elemento de prova deverá necessariamente vincular o magistrado com o resultado da diligência, como se o ato tivesse que ser antecipadamente previsto como necessariamente benéfico em favor a determinada parte. Deve-se distinguir o aspecto instrumental da prova, meio jurídico da busca da verdade, do seu conteúdo subjetivo, isto é, o convencimento gerado no destinatário da prova (BEDAQUE, 2011, p.117). Sob este fundamento, é admissível verificar que tal posição é consentânea aos argumentos apresentados no presente estudo, sob a ótica colaborativa do processo civil, no sentido de que os poderes instrutórios do juiz devem ser ampliados para possibilitar o efetivo diálogo com as partes, perseguindo-se desta forma uma decisão pautada pela justiça.

Na opinião de Oliveira (1997, p. 146), o princípio dispositivo estaria delimitado pelo autor no momento da proposição da demanda (artigo 128 do Código de Processo Civil)²⁴, relativos às alegações iniciais (artigo 282 do Código de Processo Civil)²⁵ dos fatos jurídicos que dão substrato a pretensão *sub judice*, isto é, a declaração de vontade do demandante que estabelece o elemento constitutivo causal, vinculando o juiz e forçando-o a exercer sua função.

Por outro lado, ao reclamado cumpre apresentar defesa direta do mérito alegado, com o que não se amplia o objeto litigioso do processo, ou alegar defesa indireta de mérito, contingência que eventualmente poderá ampliar o mérito da causa.

Uma vez delimitado voluntariamente pelas partes os contornos necessários a serem submetidos ao juízo (*thema decidendum*), e instaurado o processo, o seu modo, ritmo e impulso não mais se submetem a discricionariedade das partes (Artigo 262 do Código de Processo Civil)²⁶. Neste aspecto, o momento da produção probatória deve ser considerado como interno ao processo, e deste modo esta última situação coloca-se em plano distinto em relação as que incidem sobre as alegações.

²⁴ Artigo 128: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo – lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

²⁵ Artigo 282: “A petição inicial indicará: (III) o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; (IV) o pedido, com suas especificações”.

²⁶ Artigo 262: “O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”.

O juiz enquanto determina a produção dos elementos probatórios (Artigo 130 do Código de Processo Civil)²⁷ não está fazendo prova em favor de uma das partes, apenas está perseguindo a prova efetiva, ou seja, aquela que permite seu convencimento acerca de fatos que interessam a justa solução do litígio.

Outro ponto a ser considerado na questão da determinação de provas de ofício pelo magistrado é analisado por Didier (2009, p. 60), cuja possibilidade de determinação da produção probatória decorre da norma insculpida no artigo 130 do Código de Processo Civil, que permite agir sem provocação da parte. Entretanto deverá inevitavelmente convocar as partes para que se manifestem a respeito das provas colhidas nos autos, observando-se o contraditório no desenvolvimento do processo. O doutrinador em questão indica a necessidade de demarcar a distinção entre o magistrado agir de ofício e poder agir sem ouvir as partes, uma vez que os termos não se confundem.

Deve-se considerar a afirmativa de Bedaque (2011, p. 17) que não há ninguém melhor que o juiz encarregado com a instrução do processo, para decidir sobre a necessidade de apresentação de determinada prova, considerando que este é o destinatário de sua produção para formação de seu convencimento.

Neste sentido, jurisprudência do extinto Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, 12ª Câmara Cível, sob a relatoria do juiz Souza Oliveira em Agravo de Instrumento 934.188 – 2: “[...] não compete a parte estabelecer quais as provas que serão necessárias, mas ao julgador que em última análise deverá dar a decisão sobre o conflito”.

Por evidente não se sustenta neste ponto a permissão por uma busca incessante, uma determinação judicial exaustiva em relação às provas por fato específico. Deve-se considerar legítima a produção probatória de ofício, vislumbrando-se a probabilidade de esclarecimento acerca de uma alegação ainda não comprovada, ou que até aquele momento processual não esteja devidamente esclarecida, determinando-se diligências para possibilitar a iluminação de seu convencimento.

Permite-se concluir na lição de Gomes (1995, p. 75) que o princípio da imparcialidade se concretiza pela concessão do magistrado na garantia de iguais oportunidades às partes no decorrer do processo e a consideração dos argumentos apresentados por cada qual sejam os mais isentos possíveis.

A possível vantagem processual resultante da produção probatória efetivada sob esta ótica, nada mais será como resultado da correta atuação do magistrado na prestação

²⁷ 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”.

jurisdicional, mediante o exercício do contraditório e do devido processo legal. Demonstra-se neste sentido, a preocupação do magistrado com os fins sociais do processo, cuja visão publicística exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material.

2 OS PRINCÍPIOS VIABILIZADORES DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

Indicam-se no presente ponto os princípios orientadores do processo civil, ainda que estes não se apresentem na forma de uma relação exaustiva, a justificar suficientemente o procedimento da dinamização do ônus probatório, ou seja, a determinação promovida pelo órgão jurisdicional para que a parte processual que apresente melhores condições na exibição da prova receba o encargo de sua produção.

Ainda que a inversão esteja expressamente prevista na lei que regulamenta as relações de consumo, conforme o artigo 6º, VIII da Lei 8.078/90, ressalva a norma que a determinação submete-se ao “critério do juiz”. Portanto, ainda que no Superior Tribunal de Justiça verifique-se dissensão na jurisprudência quanto a inversão do ônus probatório em favor do consumidor opera-se “*ope iudicis*”²⁸ ou “*ope legis*”²⁹, resta evidente a partir da interpretação literal da norma em comento que deverá ser efetuada mediante decisão do magistrado.

Assim, para observar a regularidade processual e o respeito ao devido processo legal, o juiz a proferir a decisão deverá por consequência ser aquele reconhecidamente competente para conhecimento da pretensão apresentada em juízo.

2.1 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Como pressuposto de um processo judicial regular, observa-se necessário que este seja conduzido pelo juiz constitucionalmente investido para o conhecimento da ação proposta e efetuar o desenvolvimento processual necessário.

O princípio em comento está insculpido no artigo 5º, XXXVII³⁰ da Constituição Federal. Conforme afirmativa de Mendes (2008, p. 570), indica que o juiz natural é aquele investido de forma legítima e regular, dotado das garantias constitucionais para seu exercício, decidindo segundo as regras de competência previamente fixadas com

²⁸ Conforme Recurso Especial 659.571 – RS, na relatoria do Min. Fernando Gonçalves. Publicado no Diário da Justiça eletrônico 27/11/2009. Transcrição do voto: “A inversão do ônus de provar nas ações que envolvam relação de consumo - art. 6º VIII da Lei nº 8.078/1990 - não decorre *ope legis*, mas de decisão judicial - *ope iudicis* - caso a caso, observada, a critério do juiz, a presença, ou não, dos requisitos expressos no texto legal”.

²⁹ Agravo de Instrumento 1146064, na relatoria do Min. Raul Araújo Filho. 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 02/06/2010. “*In casu*, opera a inversão *ope legis* [...]”, tratando de relação de consumo em contrato de financiamento.

³⁰ Artigo 5º, XXXVII: “Não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

fundamento nas regras vigentes ao tempo do fato, com objetivo de assegurar um julgamento imparcial e independente.

As garantias referenciadas por Mendes (2008, p. 570) encontram-se insculpidas nos incisos I, II e III do artigo 95 da Constituição Federal. Iniciando pela vitaliciedade, que se relaciona à vinculação do titular ao cargo para o qual foi nomeado. A função judicante exige garantia especial de permanência e definitividade no cargo, portanto trata-se de prerrogativa da instituição judiciária, para que uma vez vitalício o juiz somente poderá ser afastado do cargo por vontade própria ou apenas perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado, aposentadoria compulsória ou disponibilidade.

Outra garantia constitucional é da inamovibilidade, que consiste na permanência do magistrado no cargo para qual foi nomeado, não sendo possível ao Tribunal que está vinculado, e menos ainda o governo, designar-lhe outro lugar onde deva exercer suas funções como uma punição pelo seu exercício da judicatura em razão de contrariar interesses em processo judicial. A remoção somente poderá ser resultante de interesse público em decisão por voto de maioria absoluta dos membros do tribunal respectivo ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada a ampla defesa (artigo 93, VIII da Constituição Federal). Outra possibilidade de remoção, será a permuta de magistrado de igual entrância, devendo ser observadas no que couberem as alíneas “a”³¹, “b”³², “c”³³ e “e”³⁴ do artigo 93 da Constituição Federal;

E ainda, a irredutibilidade dos vencimentos, significando que os subsídios dos magistrados não podem ser diminuídos nem mesmo em virtude de medida geral. Medida protetiva para evitar eventuais manobras de pressão por meio de prejuízos a remuneração da magistratura. O artigo 95, III da Constituição Federal ressalva a incidência do disposto nos artigos 37, X³⁵ e XI³⁶; artigo 39, § 4º³⁷; artigo 150, II³⁸; artigo 153, III³⁹ e artigo 153, §2º, I⁴⁰.

³¹ Artigo 93, VIII, *a*: “é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento”.

³² Artigo 93, VIII, *b*: “a promoção por merecimento pressupõem dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem decide o lugar vago”

³³ Artigo 93, VIII, *c*: “aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento”

³⁴ Artigo 93, VIII, *e*: “não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão”.

³⁵ Artigos 37, X: “a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do artigo 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”.

³⁶ Artigo 37, XI: “a remuneração e o subsídio dos ocupantes dos cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autarquia e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os

Complementa SILVA (2005, p. 515) a respeito das garantias constitucionais da magistratura que se apresentam na forma de vedações, com objetivo de proteger o magistrado e conseqüentemente do próprio Judiciário: impedimento de exercer outro cargo ou função, ainda que em disponibilidade, salvo uma de magistério; impossibilidade de receber custas ou participação em processo; vedação para dedicar-se a atividade político partidária; impedimento de receber auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, salvo exceções previstas na lei; vedação em exercer advocacia no juízo ou tribunal que se afastou, no prazo de 03 (três) anos contados do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

As prerrogativas indicadas são instrumentais, conforme Bueno (2012, p. 213), são meios que garantem o alcance de determinada finalidade. No caso, afirma que tem por objetivo assegurar a magistratura a necessária e inafastável imparcialidade. Observa-se que SILVA (2005, p. 515) sustenta afirmativa no mesmo sentido.

A imparcialidade do magistrado remete a questão do impedimento e suspeição, exatamente pela razão dos institutos envolverem-se com seu contraponto, a parcialidade do magistrado no processo judicial. Nesta questão será efetuada uma breve incursão acerca destes institutos, com o fito de caracterizar suas diferenças e as respectivas consequências processuais. As regras estão previstas no Código de Processo Civil, em relação a hipótese de impedimento no artigo 134⁴¹, enquanto que a suspeição está prevista no artigo

governos, pensões e outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exercer o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

³⁷ Artigo 39, § 4º: “O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido em qualquer caso, o disposto no artigo 37, X e XI”.

³⁸ Artigo 150, II: “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

³⁹ Artigo 153, III: “de renda e proventos de qualquer natureza”

⁴⁰ Artigo 153, §2º, I: “será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei”.

⁴¹ Artigo 134: “É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: (I) de que for parte; (II) e quem interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; (III) que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; (IV) quando nele estiver postulado, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta, ou na linha colateral até o segundo grau; (V) quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na

135⁴². Necessário observar na lição de Nery Jr (2006, p. 345) que o impedimento possui presunção *iuris et de iure*, devendo o magistrado manifesta-lo *ex officio*, vedado proferir qualquer decisão no processo.

A suspeição, por sua vez, é suscetível de preclusão, pois os motivos indicadores na regra processual são de ordem subjetiva, portanto nem sempre de fácil constatação como indica Gonçalves (2012, p. 166). É a parte física do juiz o objeto passivo da exceção de suspeição e não o juízo. Desta forma, complementa Amendoeira (2012, p. 216), em razão de a suspeição conectar-se com situação pessoal do juiz, revelando-se menor proximidade com os interesses em jogo no processo, com incidência de menor risco de envolvimento em relação ao resultado da demanda.

Conforme indica Martins (2007, p. 52) que a suspeição não representa obstáculo para a entrega da tutela jurisdicional, caso não arguida na forma e prazo legais. Para Neves (2013, p. 370), na eventualidade de se verificar a incidência de alguma das hipóteses previstas no artigo 135 do Código de Processo Civil, ser indispensável efetiva demonstração que a causa tenha gerado a parcialidade no caso concreto.

Entretanto afirma Bueno (2012, p. 176), que o magistrado deverá declarar-se impedido ou suspeito, indistintamente em ambos os casos de ofício, isto é, independentemente de qualquer provocação. Afirma que esta é a melhor interpretação do artigo 137⁴³ do Código de Processo Civil.

Deveremos efetuar neste momento a distinção entre os institutos da imparcialidade e neutralidade. Para Martins (2007, p.51), “A imparcialidade judicial não pode ser confundida com a falsa ideia de neutralidade do juiz, até porque não se admite um juiz neutro, que é sinônimo de omissio”. O referido doutrinador indica que a neutralidade é a posição de indiferença ante uma situação em que se verifiquem posições em antagonismo, exigindo-se intervenção para sua pacificação.

Entre as justificativas de Martins (2007, p. 81) quanto à impossibilidade da neutralidade judicial, fundamenta-se a partir do pensamento da justiça distributiva de

colateral, até o terceiro grau; (VI) quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa”.

⁴² Artigo 135: “Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: (I) amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; (II) alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; (III) herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; (IV) receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; (V) interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes”.

⁴³ Artigo 137: “Aplicam-se os motivos de impedimento e suspeição aos juízes de todos os tribunais. O juiz que violar o dever de abstenção, ou não se declarar suspeito, poderá ser recusado por qualquer das partes”.

Aristóteles exposto em sua obra *Ética a Nicômaco* (1991, p. 31), segundo o qual o juiz já estaria efetuando um juízo de valor ao distinguir aqueles que podem ser considerados no mesmo patamar de igualdade:

A Justiça aristotélica é distributiva, está relacionada com a lógica e tendo mediação proporcional. Faz-se Justiça tratando igualmente as coisas iguais e, desigualmente, as coisas desiguais, na medida em que se desiguam. Daí, até por motivos lógicos, a impossibilidade da neutralidade, pois ao se preocupar fazer distinção entre a igualdade e desigualdade já se está fazendo um tipo de juízo de valor.

Por sua vez, a imparcialidade é mecanismo pelo qual o legislador dispõe com o fito de assegurar um julgamento justo, isento de influências e interferências externas não desejáveis, possibilitando igualdade de oportunidades e impossibilitando posições personalíssimas em relação às partes (MARTINS, 2007, p. 81).

Para Marques (2003, p. 327) é imprescindível que não reste dúvida que motivos pessoais do magistrado não venham influir o ânimo de sua prestação jurisdicional, possibilitando deduzir em sua afirmação que as causas não estariam limitadas nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil, mas de qualquer situação em que se verifique incompatibilidade lógica entre a função de julgar e o papel desempenhado pelo magistrado no processo.

Por sua vez, Portanova (2003, p. 41) indica a respeito da dificuldade de a doutrina apontar os parâmetros que possibilitem delimitar a situação, uma vez que é indubitoso que o magistrado coloca-se entre as partes e acima delas, o fator mais objetivamente concretizado que se faça de obstáculo à isenção judicial, tornando-o subjetivamente incapaz de decidir.

A dificuldade na concretização de elementos conceituais deve-se, por certo, à grande extensão de fatores, inclusive inconscientes, que afastam as condições psicológicas de julgar com isenção. Desses fatores não está a salvo o juiz honesto, probo e honrado, o qual deve ser o primeiro a suspeitar, não de sua integridade moral, mas de seu estado d' alma.

Em outras palavras, o magistrado está exposto as influências de preconceitos, tendências políticas, sociais, espírito de casta ou de corporação, estados psíquicos que o condicionam sem que perceba conscientemente. Todavia faz-se necessário que tais fatores não possam comprometer seu compromisso da correta aplicação da lei.

Sustenta Bedaque (2011, p. 124) que a imparcialidade e a neutralidade são institutos que não se confundem. Eventualmente poderá ocorrer a possibilidade de o magistrado incorrer em uma posição de neutralidade, no entanto apresente uma conduta parcial, neste sentido o doutrinador afirma: “Basta que essa neutralidade, essa omissão quanto ao exercício de poderes processuais beneficie a parte que pretenda obter, desse comportamento, vantagens indevidas”.

O juiz ativo é o contrário de um juiz neutro; um e outro, entretanto podem ser parciais, pois basta ao magistrado assumir uma postura como omissa e desta situação verificar-se o benefício de uma das partes. O ideal da neutralidade no processo judicial na afirmativa de Portanova (2003, p. 63) é um mito, pois a própria ideia de justiça é ideológica, traduzindo interesses dos grupos detentores do poder e utilizada na manutenção desta relação.

O Direito inevitavelmente encontra-se comprometido com a vontade política que emerge em determinado momento histórico, inserido em uma dada formação social, manipulada por certa classe que instrumentaliza os atos normativos e políticos necessários para manutenção de um padrão de dominação. Platão (1949, p. 23) bem traduz de forma simplificada: “Justo outra coisa não é senão o interesse do mais forte”.

No Estado Constitucional Contemporâneo não se deve admitir a postura de um juiz inerte, neutro, que seja mero aplicador da lei, mas exige-se a postura de compromisso com a construção da democracia, preocupado com as mudanças sociais no âmbito de sua influência e em promover os direitos fundamentais emanados da Constituição Federal, em especial com fundamento no artigo 1º, III⁴⁴, como um dos pilares de todo o ordenamento constitucional.

Espera-se do magistrado, mais do que apenas conteúdo jurídico que o habilita a exercer a judicatura, mas uma aplicação ética de seu exercício. Seu preparo intelectual deverá ser suficiente, impedindo a aplicação inadequada da norma legal sobre fatos, ainda que as partes venham sustentar sua aplicabilidade. Igualmente mostra-se inadmissível ao magistrado silenciar-se a respeito da norma adequada a ser aplicada no caso concreto, ainda que as partes tenham se omitido em relação a sua referência.

Nesta questão não haveria qualquer violação a imparcialidade por parte do magistrado ao determinar “de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente

⁴⁴ Artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissociável dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (III) a dignidade da pessoa humana”.

protelatórias” (Artigo 130 do Código de Processo Civil), para a formação de sua própria convicção.

Compete ao magistrado proceder à colheita de provas (artigo 446, II do Código de Processo Civil). Autor e reclamado serão interrogados pelo juiz, conforme artigo 344⁴⁵ do Código de Processo Civil. O juiz formula questionamento diretamente às testemunhas (artigos 413⁴⁶ e 416⁴⁷) ou ao perito judicial em audiência (artigos 421, §2^o⁴⁸ e 435⁴⁹), efetuando os interessados suas perguntas por meio de “mediação” do magistrado, que decidirá a respeito da utilidade e pertinência do questionamento, sendo-lhe possível indeferir aquelas prova que considerar irrelevantes.

Segundo Oliveira (2012, p. 67), a determinação judicial para que se realize determinada produção probatória, não equivale ao juiz atuar como advogado da parte, mas deve ser considerada como uma decisão para que sejam apresentados elementos a iluminar as alegações formuladas no processo, permitindo assim, a prolação da decisão com justiça.

Como esclarece Bedaque (2011, p. 117), o magistrado ao determinar a produção probatória não possui condições de previamente antever o resultado, não favorecendo a nenhuma das partes, apenas haveria a ocorrência de uma apuração mais completa dos fatos, permitindo a correta aplicação do direito material.

Admite-se que a prova judicial incida sobre fatos a serem comprovados, sejam eles constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito, não importando conhecer previamente a quem compete efetuar a prova, mas o que deve ser provado. Sustenta desta forma, no caso hipotético do magistrado por razão qualquer, detenha conhecimento antecipado do conteúdo da prova a ser juntada nos autos, com a possibilidade de esclarecer determinado fato que permaneça obscuro e deixe de fazê-lo, e por consequência de tal atitude venha beneficiar a parte que não possua razão. Necessário questionar se o juiz não estaria agindo com parcialidade neste caso.

Argumenta Bedaque (2011, p. 117) que para o magistrado não importa quem seja declarado vencedor no decorrer do processo judicial, se autor ou reclamado. A

⁴⁵ Artigo 344: “A parte será interrogada na forma prescrita para a inquirição de testemunhas”.

⁴⁶ Artigo 413: “O juiz inquirirá as testemunhas separada e sucessivamente; primeiro as do autor e depois as do réu, providenciando de modo que uma não ouça o depoimento das outras”.

⁴⁷ Artigo 416: “O juiz interrogará as testemunhas sobre os fatos articulados, cabendo, primeiro a parte, que a arrolou, e depois à parte contrária, formular perguntas tendentes a esclarecer ou complementar o depoimento”.

⁴⁸ Artigo 421, § 2º: “Quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houveram informalmente examinado ou avaliado”.

⁴⁹ Artigo 435: “A parte que desejar esclarecimento do perito e do assistente técnico, requererá ao juiz que mande intimá-lo a comparecer em audiência formulando desde logo as perguntas, sob forma de quesito”.

assertiva decorre da imparcialidade que deve orientar seu comportamento. Importa que a vitória seja atribuída a parte que efetivamente possua razão em sua pretensão, ou seja, aquele cuja a situação fática esteja garantida pela norma de direito material. Eventualmente, com a correta atuação do magistrado na reconstituição dos fatos venha a beneficiar a quem tenha razão, tanto melhor, pois as vantagens do processo devem ser concedidas a quem tenha razão precisamente para proporcionar a justiça. Tal fato nada mais é que consequência da adequada atuação imparcial.

Para o exercício da função jurisdicional exige-se um homem virtuoso, na definição de Grau (2011, p.288). Sustenta Grau (2011, p.288) que segundo a tradição clássica, remontando desde a filosofia grega, o homem virtuoso é aquele que “respeita as instituições e cumpre as leis”. Este homem virtuoso deverá compreender as questões que lhe são submetidas para que seja possível decidir.

Este decidir deverá ser efetuado por meio da prudência, ou seja, com virtude de agir de forma justa e ponderada, daquilo que é bom e conveniente para si, não se limitando ao aspecto de sua vida privada, mas que possa repercutir traduzindo-se em vida boa em geral no âmbito de sua comunidade.

A prudência não pode ser considerada nem uma ciência e nem uma arte. Afirma-se que o objeto da ciência é demonstrável, enquanto que a norma “não é objeto de demonstração, mas de justificação”. Acerca da prudência não ser uma arte, afirma: “aplicar-se a uma arte é considerar o modo de produzir alguma coisa que tanto pode ser como não ser, cujo princípio de existência está no artista e não na coisa produzida” (GRAU, 2006, p. 104)

Assim a prudência é uma disposição acompanhada de razão, capaz de influir na esfera do que é bom ou mau para qualquer pessoa. Em outras palavras, a prudência é a razão intuitiva, que não efetua distinção do exato, mas do correto.

Analisa-se o princípio da motivação no próximo ponto. Somente por meio da apresentação da fundamentação da decisão judicial é possível a parte que tenha sido contrariada com a sentença encontrar subsídios para embasar pedido de reconsideração ou mesmo de recurso em instância superior. Deverá o magistrado fundamentar no caso concreto a incidência do requisito da hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança dos fatos alegados, que possibilitam a inversão do ônus da prova. Mediante apresentação da fundamentação estará o magistrado cumprindo à determinação inserida no artigo 93, IX da Constituição Federal.

2.2 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

Mediante a apresentação da motivação em cada decisão judicial será possível, em especial na eventual determinação da dinamização do ônus da prova, a parte contrária aferir a adequação do provimento jurisdicional.

O dispositivo constitucional expresso no artigo 93, IX determina que todas as decisões judiciais devam ser motivadas sob a pena de nulidade. O Código de Processo Civil em seu artigo 458, II determina como requisito da sentença os fundamentos de fato e direito em que o magistrado baseou-se para proferir sua determinação (NERY JR, 2002, p. 183).

Desta forma, ocorrendo decisão judicial possibilitando a dinamização do ônus probatório deverá o magistrado apresentar fundamentadamente suas razões que lhe permitiram o convencimento do rumo processual assumido, esclarecendo desta forma aos litigantes o desenvolvimento lógico do que foi determinado.

No escólio de Alvim (2010, p. 1082), a motivação faz-se necessária em razão do fato de que o juiz não decide arbitrariamente, ou seja, a decisão não pode ser decorrente de sua mera vontade. Desta forma a motivação deve ser considerada o pressuposto do controle jurisdicional. A parte que se insurge deverá comprometer seus fundamentos, para obter a modificação da sentença. Ainda que ataque somente a conclusão, necessariamente os fundamentos deverão ser examinados (princípio da dialeticidade).

Aponta-se a prática forense da sentença apresentar motivação indicando expressamente a análise apenas as provas da hipótese vencedora. Afirma-se que, tal prática viola o princípio da motivação, pois não pode o magistrado demonstrar que eventuais provas apresentadas pela parte derrotada não lhe convenceram. Sustenta-se que, a função da motivação não é de justificar uma escolha, mas de demonstrar por que determinada escolha foi efetuada (MARINONI, 2006, p. 472)

Indica ainda Marinoni (2006, p. 472) quanto a necessidade do magistrado apresentar suas justificativas pelo qual efetua a valoração de uma prova em relação à outra, pois se traduz no corolário do direito a prova. O direito de provar não se limita a possibilidade de produzir prova, mas também o direito de ter essa prova valorada, não sendo relevante qual venha a ser a direção da decisão judicial, pois na opinião de Bedaque (2011, p.118) ao magistrado não importa quem venha a vencer a disputa judicial, mas corretamente efetuar a prestação jurisdicional.

Sobretudo, a razão para que o magistrado apresente suas motivações de sua decisão justifica-se para que as partes venham aferir a correção da decisão. Será por meio da fundamentação, caso o provimento jurisdicional seja passível de análise por órgão superior, este poderá efetuar o cotejo quanto a correção da decisão do órgão jurisdicional inferior. A fundamentação expõe a decisão, permitindo mensurar se houve erro em julgando, tais como os vícios de julgamento, errônea interpretação da lei, inadequada avaliação dos fatos; ou erro em procedendo, isto é, vício de forma, como a não observância aos ditames legais sobre seus requisitos.

Para Neves (2013, p. 71) a fundamentação além da sua função de demonstração de que a decisão é correta do ponto de vista jurídico, permitindo verificar que o magistrado tenha agido com imparcialidade e lisura, a apresentação da motivação tem, em sua opinião, o papel de legitimar politicamente os atos do magistrado, uma vez que sua publicidade permite o controle da decisão judicial por toda a coletividade.

Verifica-se a possibilidade do prejudicado insurgir-se nos autos caso tenha ocorrido extrapolação judicial na determinação de diligência, ou mesmo, no caso em análise, de uma distribuição diferida da produção probatória, ou ainda de eventual equívoco na análise probatória.

Através da manutenção do diálogo entre as partes de forma efetiva, será assegurada uma decisão que não surpreenda os envolvidos no momento da prolação da sentença, favorecendo no entendimento de Mitidiero (2009, p. 137) o cotejo dos argumentos, atenuando o risco de opiniões pré-concebidas e favorecendo uma decisão mais aberta e ponderada, em razão de sua exposição a diferentes pontos de vista.

Em um contraditório que permita o efetivo envolvimento dos litigantes na demonstração de seus argumentos, uma fundamentação que enfrenta individualmente cada argumento constitui-se em garantia aos envolvidos, assegurando um parâmetro, pelo qual será possível aferir se efetivamente seus argumentos foram ouvidos no decorrer do processo.

Por meio da fundamentação será possível cotejar o percurso percorrido pelo raciocínio do magistrado, verificando-se a coerência lógica quanto sua construção do argumento, isto é, quanto a valoração da credibilidade da prova produzida, a possibilidade de estabelecer conexão entre o fato e a respectiva prova e a congruência com os fatos suscitados por ambas as partes com o direito posto.

Para que o princípio seja observado é necessária à demonstração que todas as hipóteses suscitadas tenham sido previamente analisadas, ainda que o magistrado não

venha discorrer amplamente em sua fundamentação cada ponto suscitado, mas indicando que as hipóteses foram confrontadas antecipadamente a decisão.

Mesmo em relação às provas consideradas supérfluas, ainda que não apresentem capacidade de influir sobre o convencimento judicial, não poderá o magistrado omitir-se sobre sua valoração na análise de Mitidiero (2009, p. 137). Sustenta o referido doutrinador ser impossível para a parte discernir se a sentença omitiu-se sobre determinada prova por considerá-la supérflua ou se houve omissão por esquecimento, ou até mesmo se o magistrado utilizou-se de artifícios para encobrir determinado fato para justificar a hipótese vencedora.

Caso o magistrado venha omitir-se sobre determinado ponto indicado pelas partes, poderá o prejudicado suscitar o recurso de embargos de declaração, nos termos do artigo 535, II do Código de Processo Civil. Já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça em Embargos de Divergência no Recurso Especial 95.441/SP, sob relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, publicado no Diário da Justiça 17.05.1999, que a parte possui o direito de “obter comentário sobre todos os pontos levantados”.

No próximo ponto será analisado o princípio da colaboração processual. Este princípio subordina todos os envolvidos no processo, sejam as partes litigantes assim como o juiz que efetua a instrução processual. Permite-se a incidência do método dialético promovendo assim o amplo diálogo com todos os envolvidos no processo judicial. Efetiva-se por meio do diálogo o melhor desenvolvimento processual objetivando atender a determinação constitucional da celeridade na prestação jurisdicional, nos termos do LXXVIII⁵⁰ do artigo 5º da Constituição Federal.

2.3 PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO PROCESSUAL

Em consonância ao ensinamento de Oliveira (2012, p. 78), o processo é a arena adequada para o discurso oferecido pelos interessados na demanda judicial na forma de diálogo, da pragmática e da comunicação, em que a efetividade do processo está intimamente relacionada com o nível de cooperação da qual as partes se comprometem.

Afirma Mitidiero (2009, p.101) não como princípio, mas como modelo de processo colaborativo, a ser considerado como uma superação histórica dos modelos acusatórios ou adversarial e inquisitivo. De forma grosseira, o modelo adversarial é uma

⁵⁰ Artigo 5º, LXXVIII: “A todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

disputa de conflito entre dois adversários organizado perante um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal atribuição é de decidir. Por outro lado, o modelo inquisitorial revela-se na forma de uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o principal protagonista do processo. Ou seja, no primeiro modelo o centro da atividade processual é desenvolvido pelas partes, enquanto que no segundo modelo observa-se o protagonismo do órgão jurisdicional.

Atribui-se desta forma que no modelo inquisitivo puro o magistrado é a figura central do processo, atribuindo-lhe a instauração e condução processual sem a necessidade de qualquer provocação das partes. A liberdade na atuação do juiz é ampla e irrestrita. Enquanto que no sistema dispositivo puro o magistrado limita-se a uma participação condicionada à vontade das partes, que definem não somente a existência e extensão do processo, atribuindo ao interessado a propositura e definição dos elementos objetivos e subjetivos, bem como o desenvolvimento processual dependerão de provocação para seu prosseguimento (NEVES, 2013, p. 70).

Em face da necessidade do redimensionamento do princípio do contraditório, para inclusão do órgão jurisdicional como sujeito do diálogo processual, em face da evolução da concepção do devido processo legal e da boa fé processual, consequência do garantismo constitucional processual do indivíduo, com o objetivo de proteger o cidadão dos abusos do Estado, surge o modelo cooperativo.

Concorre no estado das coisas, conforme afirma Oliveira (2012, p. 79), a complexidade das relações no contexto da sociedade atual exigindo o amplo diálogo entre os legitimados no processo, com o objetivo de se estabelecer um caráter de igualdade entre as partes. Com olhos postos nesta realidade de constante mudança, o legislador passou a estabelecer cláusulas abertas, contendo conceitos jurídicos indeterminados, ante a impossibilidade da regra legal preencher todas as lacunas da vida social. O Código Civil possui diversos exemplos, tais como os artigos 317⁵¹, 413⁵², 421⁵³, 422⁵⁴, 478⁵⁵ e 944⁵⁶.

⁵¹ Artigo 317: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível o valor real da prestação”.

⁵² Artigo 413: “O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”.

⁵³ Artigo 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

⁵⁴ Artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

⁵⁵ Artigo 478: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que decretar retroagirão a data da citação”.

⁵⁶ Artigo 944: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Observa-se que, os artigos indicados possuem em comum uma disposição que permite maior amplitude de intervenção pelo magistrado. Confrontando-se com dispositivos de tal natureza, caberá ao julgador a “responsabilidade de adequar o modelo aberto à realidade de cada caso, sempre buscando interferir na realidade dinâmica dos fatos e atos jurídicos, bem como na verificação da prova judicial” (HENRIQUES FILHO, 2008, p. 220).

Neste sentido, Capelletti (2008, p. 8), reforça esta linha de raciocínio e argumenta que a natureza da legislação social de *welfare state*, ou seja, a doutrina do bem estar social, a qual preconiza norma legal redigidas em termos gerais, vagos de desenvolvimento e transformações, pretendendo modelar progressivamente o futuro, tais diretrizes exigem do aplicador no momento em que é exigida sua concretização, um desempenho de criatividade para sua efetivação, pois invariavelmente o judiciário será compelido a tomar posição se houver omissão estatal na implementação de tais diretivas.

Outro fenômeno indicado por Capelletti (2008, p. 13) consiste naquilo que denomina de “proliferação das Declarações dos Direitos do Homem”, fenômeno que se acentuou no pós Segunda Guerra Mundial. São princípios que fixam a prevalência da condição humana e que normalmente não se materializam na forma de regras, exigindo das cortes judiciais sua manifestação por um significado concreto dos termos e valores imprecisos dos direitos fundamentais.

Essa orientação teórica culmina, na opinião de Oliveira (2012, p. 79), com a renovação dos estudos da lógica jurídica, nos meados do século XX, com ênfase no sentido problemático do direito, iniciando um resgate da retórica e dialética do processo.

Considera-se que a lei por si só é fruto cultural das escolhas efetuadas pela sociedade. Por mais técnica e detalhada que seja o texto legislativo, sempre haverá espaço para variações e interpretações de seus signos, tendo em vista que a ambiguidade é inexorável na linguagem humana.

Verifica-se um abandono de uma visão exclusivamente formal na aplicação do direito, adotando-se uma postura lógica argumentativa, na qual o problema encontra-se no centro das preocupações hermenêuticas, com o emprego de princípios e juízos de equidade.

Somente através da efetiva participação e colaboração dos interessados no processo judicial em conjunto com o magistrado será possível efetivar a concretização destes termos imprecisos e vagos. A colaboração deve-se verificar no plano fático e jurídico. Implica, conforme indicado por Oliveira (2012, p. 79), em uma divisão de trabalhos entre o órgão judicial e as partes na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa.

Por melhor preparo e competência que se verifique na pessoa do magistrado, este não estará inteiramente habilitado a conduzir o processo complexo do ponto de vista prático sem a colaboração do advogado, em razão da falta de tempo e interesse dos representantes das partes para classificar o material acostado nos autos.

A condução do processo não é mais determinada pela vontade das partes, como característica do processo liberal dispositivo, por outro lado não há que se afirmar em uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Almeja-se a condução cooperativa do processo, sem destaque de quaisquer dos sujeitos processuais.

Para Mitidiero (2009, p. 124), a colaboração no processo não implica necessariamente na colaboração direta dos litigantes entre si. Estas possuem em regra interesses antagônicos em relação ao destino do litígio. A colaboração que se indica em conformidade com o Estado Constitucional é a colaboração do juiz com as partes, a partir de regras a serem observadas na condução do processo, tais como o dever de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio aos litigantes.

O dever de esclarecimento reflete-se na possibilidade do magistrado solicitar esclarecimento junto às partes quanto às dúvidas que surgirem a respeito das alegações, pedidos ou posições em juízo, evitando que sejam proferidas decisões com base em percepções equivocadas. Como exemplo, indicamos a determinação pelo magistrado pela emenda da inicial por defeito de narrativa (artigo 295, parágrafo único II do Código de Processo Civil).

Sob este ponto de vista, não deve o magistrado indeferir a petição inicial de plano, caso se defronte com obscuridade do pedido ou da causa de pedir. Necessário determinar a manifestação de esclarecimentos do autor da petição, para somente então caso ainda ocorra a manutenção da irregularidade deverá indeferir a exordial.

O diálogo deverá prevalecer no processo, inclusive em questões pelas quais permitem ao magistrado sua apreciação de ofício, oferecendo oportunidade de manifestação em relação aos interessados.

Sobre a prevenção, é dever do juiz alertar as partes em relação ao perigo de sua pretensão sofrer frustração em razão do uso deficiente da postulação, oportunizando para que sejam supridas. Esta garantia manifesta-se quanto ao direito do demandante em emendar

a petição inicial, caso o magistrado considerar a falta de algum requisito, conforme o artigo 284⁵⁷ do Código de Processo Civil.

Somente no caso em que permaneça inerte em relação a diligência determinada, a petição inicial será indeferida em conformidade com a redação do artigo 295, VI⁵⁸ do Código de Processo Civil.

Quanto ao dever de auxílio, refere-se a responsabilidade de auxiliar as partes na superação de eventual dificuldade impeditiva ao exercício dos direitos ou faculdades ou cumprimento de ônus ou dever processual. Como exemplo, indicamos o artigo 652, § 3º do Código de Processo Civil, pelo qual se verifica o dever de o órgão jurisdicional determinar ao executado para que indique bens à penhora.

Sob este aspecto, a atividade probatória deverá ser exercida pelo magistrado, não com o fito de substituir os interessados, mas em cooperação com estes, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo, com a única finalidade de melhor formar sua própria convicção. Esclarece Mitidiero (2009, p. 124) que o processo não atua no interesse de alguma das partes, mas por meio do interesse de ambas. O interesse processual se apresenta como um meio, um estímulo para que o Estado, representado pelo órgão jurisdicional, intervenha e conceda razão aquele que efetivamente a detenha, satisfazendo assim o interesse público na atuação da lei para a justa composição da lide.

Em seguida será analisado o princípio da adaptação do procedimento. Confere-se ao magistrado na condição de diretor do processo, poderes para acomodar o procedimento as peculiaridades do caso concreto, com o objetivo de melhor tutelar o direito material. A determinação legal inscrita no VIII, do artigo 6º da Lei 8.078/90 ao permitir a inversão do ônus probatório nas relações de consumo é exemplo de previsão legal possibilitando adequação judicial do procedimento, observados os requisitos da verossimilhança ou hipossuficiência do consumidor, determinando o encargo da demonstração probatória sobre a parte que originalmente não lhe atribuía o ônus da prova.

⁵⁷ Artigo 284: “Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias”.

⁵⁸ Art. 295: “A petição inicial será indeferida: (VI) quando não atendidas as prescrições dos arts. 39, parágrafo único, primeira parte, e 284”.

2.4 PRINCÍPIO DA ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO

Conforme sustenta Didier (2009, p. 41), é admissível afirmar que o princípio em questão decorre do princípio da inafastabilidade, expressamente contido no artigo 5º, XXXV⁵⁹ da Constituição Federal. O princípio da inafastabilidade garante o acesso a ordem jurídica justa, assim por decorrência, o Estado deverá assegurar um procedimento, cognição, natureza de provimento e meios executórios igualmente adequados possibilitando o desenvolvimento de um processo justo.

Desta forma, o direito a adaptação do procedimento decorre do direito fundamental a um processo devido, considerando como pressuposto do processo devido o processo adequado. Sustenta Bueno (2012, p. 167) que o princípio da efetividade processual, o qual determina que seus resultados devem ser efetivos, concretos e sensíveis no plano exterior ao processo, também concorre com o princípio da adaptabilidade na medida em que, verificando-se a necessidade de adaptação do procedimento para sua efetividade, desde que não incidindo em vício, deve-se perseguir a concretização prática do direito material.

No mesmo sentido, afirma Oliveira (1997, p. 116) que o princípio da adequação ou adaptabilidade consiste em revestir o direito processual de maior efetividade possível na realização do direito material. A mesma posição verifica-se em Bedaque (2011, p. 62). Didier (2009, p. 40), faz distinção, sustentando que o princípio da adequação aplicar-se-ia ao legislador em um momento pré-processual, como informador da elaboração legislativa. O princípio da adaptabilidade incidiria no processo, permitindo ao magistrado adaptar o procedimento de modo a aperfeiçoá-lo as peculiaridades do caso concreto.

Na análise de Oliveira (1997, p. 116), deve-se considerar a adaptação sob os aspectos objetivos, subjetivos e teleológicos, simultaneamente com a finalidade de possibilitar a obtenção do máximo de eficiência. Há que considerar, na opinião deste doutrinador, que este visa precipuamente informar a atuação do legislador infraconstitucional na organização do formalismo processual.

Indica do ponto de vista subjetivo incidentes que possibilitam variar as normas processuais relacionadas, tais como a legitimação das partes, conforme tratar-se de capaz ou incapaz, de pessoa natural ou jurídica, de natureza privada ou pública, ou mesmo de sujeito sem personalidade. A presença da figura do representante, assistente, da existência da figura de litisconsórcio, intervenção de terceiros ou do Ministério Público. Mudança nas

⁵⁹ Artigo 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

regras de competência *ratione persone*, da Fazenda Pública, do menor abandonado, do militar. A competência funcional que poderá alterar o juízo singular ou colegiado. Normas a respeito da suspeição, impedimento e incompatibilidade, que afetam a pessoa do juiz ou dos auxiliares do juízo.

Do ponto de vista objetivo, a natureza material do bem jurídico objeto do processo influi no seu regramento. A natureza da disponibilidade repercute nos direitos e deveres processuais, nos efeitos da aquiescência, na preclusão e coisa julgada, nos vícios do ato processual. A indisponibilidade de valores influi no regramento procedimental, como no processo trabalhista, individual e coletivo, nas ações de acidente de trabalho, nos de família, nos de direito público, ação popular, o processo eleitoral e a arguição de inconstitucionalidade.

Quanto a questão teleológica indica a necessidade de interferência tanto na adaptação do procedimento às diversas funções da jurisdição quanto aos ritos internos a cada um dos processos, como exemplo na medida cautelar e na antecipação de tutela.

Reforços de tais ideias encontraram em Bedaque (2011-A, p. 62), indicando a necessidade de utilização da técnica adequada para que o processo possa alcançar um resultado satisfatório.

[...] se o direito processual não se flexibilizar em função do direito material, teremos um instrumento absolutamente ineficaz. É preciso tomar consciência de que a instrumentalidade não se compatibiliza com a neutralidade ou indiferença quanto as necessidades verificadas no plano material.

Aponta para a possibilidade de uma “relativização” do procedimento para que seja possível a obtenção de uma tutela jurisdicional rápida e eficiente. Neste ponto, afirma Oliveira (2012, p.75) a possibilidade do magistrado, mediante o efetivo contraditório, adequar o procedimento em determinadas situações com a finalidade de obter a máxima potencialidade para a justa solução do caso concreto. Em especial, deve-se considerar viável a determinação por uma dinamização o ônus probatório, adequando o procedimento caso este seja imprescindível no caso concreto.

Por determinação constitucional não são admissíveis em processo judicial as provas eivadas de vício, portanto por consequência lógica não se admite a incidência da dinamização do ônus probatório sobre prova ilícita, conforme será analisado no próximo ponto.

2.5 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA

O princípio tem por fundamento a vedação inserida no artigo 5º, LVI da Constituição Federal⁶⁰. Segundo Marinoni (2006, p. 390) a proibição não se limita no plano do direito material, mas para maior efetividade, deve-se interpretar impedindo a eficácia de tais provas no processo.

Afirma-se que o artigo em comento não viola o direito à prova, ou seja, o direito inerente conferido a parte interessada na produção de prova. Haveria tão somente uma limitação na busca da verdade, que deixa de ser possível através de provas obtidas de forma ilícita. Desta forma, a busca da verdade deverá ceder em confronto com a exigência superior de proteção dos direitos materiais que podem ser violados (MARINONI, 2006, p. 390).

Por sua vez, Nery Jr (2002, p.163) pontua que a prova ilícita poderá ser no sentido material ou formal. A prova ilícita material ocorre quando esta for obtida por meio de um ato contrário ao direito, como exemplo, a confissão efetuada mediante o constrangimento físico ou moral, isto é, diz respeito ao momento formativo da prova. A ilicitude formal decorre da forma ilegítima pela qual se produz, muito embora seja lícita no momento de sua origem, verificando-se em regra por violação a direito processual.

Em relação a esta questão, Marinoni (2006, p. 389) afirma que a prova produzida por ilicitude material não poderá ser sanada. Todavia, a ilicitude formal, desde que não tenha ocorrido uma violação processual fundamental, poderá eventualmente ser considerada pelo magistrado mediante a conjugação de outras provas lícitas, mediante prévia fundamentação.

Complementando acerca da questão da ilicitude formal, indicamos a transcrição da lição de BUENO: “[...] não há, no direito brasileiro, **tipicidade** dos meios de prova. O que há, bem diferentemente, são provas que violam, ou não, o ordenamento jurídico. O que há é a obtenção lícita ou ilícita de provas”. (BUENO, 2013, p. 485)⁶¹.

Afere-se desta afirmativa a inexistência de tipificação de ilicitude em relação aos meios de prova. Desta forma, ainda que a prova em si mesmo apresente-se lícita, isto é, em conformidade com o ordenamento jurídico, não pode ser obtida de forma ilícita, contrário a este mesmo ordenamento.

No presente estudo considera-se mais adequado acolher a interpretação mais alargada do princípio em comento, não apenas em seu sentido material, mas em especial no

⁶⁰ Artigo 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

⁶¹ Grifo do autor.

sentido formal. Assim indica-se a lição de Didier (2012, p.29) argumentando semelhantemente:

[...] O conceito de prova ilícita é amplo, alcançando aquela prova que contraria o ordenamento jurídico, visto pelo prisma dilatado da Constituição, que abrange tanto a ordem constitucional e a infraconstitucional quanto os bons costumes, a moral e os princípios gerais de direito [...] São também exemplos de provas ilícitas aquelas colhidas sem observância da participação em contraditório [...] ou qualquer outra prova que se mostre em desconformidade com o ordenamento jurídico, pouco importando a natureza jurídica da norma violada.

Pela teoria dos frutos da árvore envenenada de origem na Suprema Corte estadunidenses, a produção probatória derivada da prova ilícita também deverão ser reputadas igualmente como ilícitas. Mendes (2008, p. 641) indica a utilização da teoria no Supremo Tribunal Federal, em especial no processo penal, conforme se observa nas seguintes decisões enfrentadas no naquele tribunal: Habeas Corpus 74.116 – 9/SP, sob a relatoria do Ministro Maurício Correa; Habeas Corpus 69.912/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence; Habeas Corpus 72.588 – 1/PB, Relator Ministro Maurício Correa.

Uma prova ilícita poderá propiciar a produção de outra prova, que por sua vez deverá ser reputada como contaminada. Nada impede, todavia que o fato que se pretendeu demonstrar seja objeto de uma prova sem qualquer vinculação com aquela, portanto independente e autônoma.

Para Marinoni (2006, p. 398) o critério para assegurar que a segunda prova esteja contaminada, seguindo a proposta de doutrina espanhola, é a verificação quanto ao nexo de antijuridicidade entre a prova ilícita e a prova derivada. Analisando não apenas a existência de algum elemento fático capaz de romper o nexo de causalidade, mas sobretudo verificar se a admissão da prova derivada contribuirá para a defesa de direitos que se objetiva proteger.

Indica ainda o doutrinador, que nem todos os frutos da árvore envenenada deverão ser reputados como imprestáveis, pois, aqueles pelos quais inevitavelmente serão descobertos por outros meios, não deverão ser considerados nulos ou ineficazes. Portanto, a violação no plano do direito material em relação à prova persiste, embora a prova derivada possa neste caso ser utilizada.

Afirma Mendes (2008, p. 642) sustenta a possibilidade de utilização da prova ilícita *pro reo*, especialmente no processo penal, isto é, que a limitação constitucional deve ser aplicada, em regra, apenas ao Estado. “Quando a prova obtida ilicitamente for

indispensável para o exercício do direito fundamental à ampla defesa pelo acusado, de forma a provar sua inocência, não há porque se negar a sua produção no processo”. Observa-se posição idêntica assumida no escólio de Grinover (2001, p. 127).

Necessário observar Távora (2012, p. 384), o qual efetua interpretação o dispositivo constitucional no sentido da impossibilidade de sua admissão, por omissão da norma legal. Ou seja, a omissão da norma quanto à possibilidade de sua utilização em benefício do reclamado inviabilizaria seu reconhecimento no processo judicial.

A decisão que determina a dinamização do ônus probatório deverá observar a garantia constitucional da igualdade insculpido no artigo 5º, caput da Constituição Federal, seja em seu aspecto material como processual.

2.6 PRINCÍPIO DA IGUALDADE PROCESSUAL

Em primeiro plano será brevemente analisada a questão da igualdade, para então analisar a incidência do princípio em relação ao processo e seus desdobramentos. O princípio encontra-se no caput do artigo 5º da Constituição Federal. Para Novellino (2008, p. 292) que o princípio tem por fim “a vedação de distinções, discriminações e privilégios arbitrários, preconceituosos, odiosos ou injustificáveis”.

Decorrente expressa do texto observa-se a exigência de generalização de todas as pessoas submetidas às mesmas normas e tribunais, resultando a vedação de privilégios e arbitrariedades, impedindo tipo ou classe de pessoa dispensada do cumprimento da ordem legal.

Efetua Silva (2002, p. 210) crítica em relação ao pensamento liberal burguês, indicando que a igualdade é instituto que não suscita interesse principalmente entre aqueles que ocupam posição de predominância na sociedade. Não obstante, trata-se de um dos institutos de fundamento de um ambiente democrático, verifica-se que, a determinação de reconhecimento da igualdade contraria interesses e empresta ao princípio da liberdade um sentido material que lhe é contrário a determinados privilégios.

Observa Bonavides (1996, p. 113), que a tese prevalente entre os filósofos gregos clássicos fundava-se na desigualdade natural dos homens. As intempéries da vida, a guerra, a doença repartem os homens em fracos e fortes, ignorantes e sábios, governados e governantes. O fundamento de tal pensamento encontra raiz na presunção orgulhosa de que o grego era superior ao bárbaro, o senhor ao escravo, o nobre ao plebeu.

Somente na Idade Moderna haverá o início de uma mudança de paradigma, em especial com a influência do Renascimento. Verifica-se a defesa da igualdade natural como decorrência filosófica jusnaturalista, entretanto legítima a desigualdade institucional que se afigura necessária para o pensador como instrumento para conservação da paz e segurança.

O passo seguinte no desenvolvimento da ideia verificou-se com o advento da Revolução Francesa, surgindo o argumento de igualdade perante a lei. Uma vez que estabelecida a igualdade jurídica entre os cidadãos, estes incorrerão naturalmente em suscitar os mesmos interesses, circunstância que eliminariam as desigualdades de fato, possibilitando a unanimidade. Eliminar-se-ia desta forma o conflito potencial entre o poder e a liberdade, harmonizados pela vontade geral do povo.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 26 de agosto de 1789, assimila a igualdade natural e a igualdade civil. Entretanto a utopia de uma igualdade absoluta, por meio da igualdade jurídica ficou patente com o aprofundamento das desigualdades materiais proporcionada pela Revolução Industrial.

Surge neste contexto o pensamento de igualdade mediante a eliminação das desigualdades materiais, econômicas e sociais, por influência das revoluções de cunho socialistas. Segundo Bonavides (1996, p. 118) somente por meio da igualdade material será possível verificar-se a verdadeira igualdade jurídica, eliminando as desigualdades decorrentes da sociedade estratificada por classes.

Enquanto os meios de produção não sejam transferidos de uma apropriação individual para a social, não há possibilidade de se eliminar a sociedade de classes (BONAVIDES, 1996, p. 118). Quando, todavia, a transferência dos meios de produção for efetivada, não mais haverá necessidade do Estado, órgão que possibilita a manutenção e perpetuação das diferenças de classes.

Propõe Bonavides (1996, p. 119) a interpretação de forma harmônica com o conjunto constitucional, induzindo a uma aproximação entre, a distinção que a doutrina efetua e entre, igualdade formal e material. A igualdade dita formal refere-se ao tratamento perante a lei, conferido a todos os seres de uma mesma categoria essencial.

Surge o Estado liberal, no qual a igualdade é considerada um direito fundamental na categoria dos direitos naturais, portanto elemento integrante da ideia de justiça. A igualdade e a liberdade constituem os limites restritivos do ordenamento estatal em uma sociedade inspirada no contrato, que valoriza preponderantemente os fins individuais.

Verifica-se crise do princípio da igualdade na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, no momento em que o positivismo lógico formal limita-se a norma, enquanto o positivismo sociológico, mais crítico e atento as alterações sociais e políticas, procurava harmonizar a norma com a realidade social, verificando-se uma alteração interpretativa de modo substancial.

No Estado Liberal em que prevalecia o positivismo jurídico, expresso no culto e suficiência da lei, verificava-se a coincidência da legalidade com a legitimidade. Não se concebia a possibilidade do arbítrio ingressar materialmente na lei ou produzir um conteúdo discriminatório injusto. O princípio da igualdade vinculava e submetia a administração e a justiça na aplicação da lei, mas não o legislador.

Passa-se a partir de então a vincular também o legislador, vedando-lhe elaborar leis em que o essencialmente igual recebesse tratamento desigual, e vice versa. Estabelece-se por meio da hermenêutica a proporcionalidade na aplicação social do Direito, o reconhecimento de que na esfera jurídica a igualdade estará vinculada a desigualdade para efetivar a igualdade justa.

Conforme lição de Bandeira de Mello (2004, pp.11) a ofensa à igualdade não está na escolha, ainda que efetivada por meio da norma legal, de certos fatores que, a priori, estariam impedidos de ensejar tratamento diferenciado, não havendo tal impedimento nem mesmo para aqueles expressamente previstos no texto constitucional como insusceptíveis de gerar discriminação, neste sentido:

Como as leis nada mais fazem senão discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras – sendo esta mesma sua característica funcional – é preciso indagar quais as discriminações juridicamente toleráveis.

Surge desta forma o problema fundamental (BONAVIDES, 1996, p. 130) em identificar o critério diferenciador da igualdade relativa, em conformidade com o direito distributivo de cunho aristotélico, dos pressupostos fáticos que permitiriam estabelecer o tratamento jurídico distinto. Todavia verifica-se que os critérios são mutáveis contidos em um quadro histórico dinâmico, conforme os padrões de valores preponderantes na comunidade ou na consciência coletiva, os quais servem de apoio para valorar cada situação concreta.

As possibilidades são infinitas, devendo ser imposto uma barreira para impedir o arbítrio. Caso se verifique a ausência de uma base de evidência objetiva, lógica, derivada da natureza das coisas, para legitimar a distinção normativa, possivelmente haverá a configuração do arbítrio.

Indica Grau (2005, p. 181) que a resposta está em manifestação do Tribunal Constitucional alemão:

A máxima da igualdade é violada quando para a diferenciação legal ou para o tratamento legal igual não seja possível encontrar uma razão adequada, que surja da natureza da coisa ou que, de alguma forma, seja compreensível, isto é, quando a disposição tenha de ser qualificada de arbitrária.

O princípio da igualdade impede assim a concepção de desigualdades desvestida de justificação em fundamentos reais, plausíveis e racionais; devendo ser demonstrada a correlação lógica entre o fator respectivo tratamento diferenciador prestigiando os valores constitucionais. O princípio não somente inaugura as Declarações de Direito, senão rege e fundamenta toda a ordem jurídica para a tutela e proteção das liberdades individuais, limitando a intervenção do Estado.

Analisada, ainda que de forma breve a questão da igualdade, faz-se necessário verificar seus desdobramentos no processo. A questão da igualdade processual, ou isonomia como prefere Câmara (2008, p. 40) adquire relevância na medida em que este se relaciona com a imparcialidade, conforme sustenta Dinamarco (2009, p. 214). O juiz equilibrado exercerá a jurisdição igualmente de forma equilibrada, enquanto que aquele afetado pela parcialidade é propenso ao favorecimento de uma das partes. Desta forma, a determinação judicial que possibilite a dinamização estará em última instância aplicando a igualdade processual no caso concreto.

Neste aspecto deve-se considerar correta a lição de Neves (2013, p. 72), cujo princípio da igualdade processual não se esgota com a simples observação formal em tratar todos de forma igualitária, pois “esta forma de ver o fenômeno está fundada na incorreta premissa de que todos sejam iguais”. Assim, o magistrado verificando a ocorrência uma desigualdade justificável no curso do processo, tal fato deverá ser sanado oferecendo um tratamento desigual para o retorno do equilíbrio.

Observa Marinoni (2006, p.254) a questão do princípio da igualdade no processo civil esta intimamente relacionada ao contraditório, devendo-se verificar se as partes apresentam adequada possibilidade de agir e de reagir de modo a influir sobre a formação de convicção do órgão jurisdicional. Ressalva, todavia que o contraditório não implica em uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos as partes de um mesmo processo e tampouco uma simetria perfeita de direitos e de obrigações, pois o que se deve considerar é se as eventuais diferenças sejam justificáveis de forma lógica, iluminado pelo critério de

reciprocidade, e de forma a evitar, seja como for, a incidência de desequilíbrio geral em desfavor de uma das partes.

A igualdade processual está expressamente prevista no artigo 125, I⁶² do Código de Processo Civil. Na análise de Câmara (2008, p. 41), a igualdade somente será observada desde que seja garantida aos sujeitos do processo a igualdade de armas, na expressão *par conditio*, em condições equilibradas, na qual ambas possuem em tese as chances iguais de sucesso. A partir deste pressuposto, a parte que efetivamente é titular de uma posição jurídica de vantagem, invariavelmente será assegurada o sucesso na demanda.

Reforçando a ideia acima apresentada, transcreve-se a lição de Cambi (2001, p. 132), neste sentido:

No contexto de um processo justo, a efetividade do contraditório inclui a necessidade de garantir a paridade de armas, isto é, de assegurar o equilíbrio entre as partes, para que ambas tenham equivalentes possibilidades de influenciar na marcha e no resultado do processo, além de estarem sujeitas às mesmas limitações. A existência de um diálogo efetivo depende do tratamento isonômico das partes, a quem devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de fazer valer as suas próprias razões. A preocupação em garantir a igualdade de oportunidades ou a efetiva paridade de armas, para obter uma decisão favorável, é, enfim, uma exigência democrática a ser satisfeita por meio do processo.

Entre as diferenças comumente observadas, considera-se aquelas relacionadas aos desnivelamentos econômicos e sociais. Discorrendo a respeito das “ondas” de acesso à justiça, sugere Cappelletti (1988, p. 16) em particular as questões relacionado às custas judiciais como obstáculo ao acesso a justiça. Invariavelmente a parte litigante, independentemente da condição de pessoa natural ou organizações, que detenha reservas de recursos financeiros apresenta vantagens no momento de propor ou defender demandas judiciais. Em primeiro lugar, tem a possibilidade de efetuar gastos maiores em contraste ao seu adversário, na eventualidade desta não possuir a mesma capacidade financeira. Portanto, em tese a parte com mais recursos financeiros estará capacitada de melhores condições para apresentar seus argumentos de forma mais eficaz. Tal fato comumente se observa nas relações de consumo, pois em regra o fornecedor de produtos e serviços detém posição de superioridade quando em contraste com a condição do consumidor.

Ainda em relação à questão das custas judiciais como obstáculo ao acesso a justiça, observa-se recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça permitindo que as

⁶² Artigo 125: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (I) assegurar as partes igualdade de tratamento”.

organizações privadas possam beneficiar-se da gratuidade em relação às custas judiciais do processo. O Superior Tribunal de Justiça publicou a Súmula 481: “Pessoa jurídica pode ter acesso a justiça gratuita”. Até então se observava divergência jurisprudencial quanto a esta possibilidade, considerando que a redação do artigo 4^o⁶³ da Lei 1.060/50 permite a uma interpretação pela qual apenas pessoas naturais seriam passíveis do benefício, ao impor como requisito a necessidade de alegação de prejuízo próprio ou de sua família.

Em segundo lugar, a reserva financeira possibilita suportar as delongas do litígio. Os efeitos do tempo acrescido com a inflação econômica impõem um aumento de custo, pressionando a parte mais fraca economicamente a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles que efetivamente possuem direito ou a abandonar a causa.

Desta forma, verifica-se acórdão de relatoria do Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 43.467 – MG, publicada na RT 729/155, assim:

EMENTA: Tem o julgador iniciativa probatória, como, por exemplo, quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direto indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes.

Indica Gonçalves (2011, p.64) exemplos em que a lei admite um aparente privilégio sem que ocorra violação ao princípio da igualdade, tais como: os prazos dilatados em relação ao Ministério Público e à Fazenda Pública para contestar e recorrer nos termos do artigo 188 Código de Processo Civil; os prazos em dobro concedidos aos que gozam do benefício da justiça gratuita, e são patrocinados por entidades públicas, organizadas e mantidas pelo Estado; o foro de residência da mulher que lhe garante o direito de foro nas ações de anulação de casamento, separação e divórcio conforme artigo 100, I do Código de Processo Civil; o reexame necessário e execução de título judicial contra a Fazenda Pública.

Em relação ao que foi afirmado acerca daqueles que usufruem do benefício da justiça gratuita possuem prazo diferenciado, deve-se observar jurisprudência assente no Superior Tribunal de Justiça que tal benesse não se aplica ao assistido por advogado particular, ainda que dativo. Neste sentido observa-se decisão proferida sob a relatoria do

⁶³ Art. 4º: “A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”.

Ministro Antonio Carlos Ferreira, em Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 147.624 – SP, proveniente da 4ª Turma, publicada em 16 de outubro de 2012:

EMENTA - PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCESSAO DE PRAZO EM DOBRO PARA RECORRER. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DECISAO MANTIDA.

1. O benefício de prazo em dobro é destinado aos defensores públicos e a membros do serviço estatal de assistência judiciária, não abrangendo a figura do defensor dativo. Precedentes do STJ.
2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Portanto ainda que a parte seja beneficiária da justiça gratuita nos termos da Lei 1.060/50, representada por advogado que não integre o serviço de assistência judiciária, não obstante detenha a condição de dativo, não lhe é estendida o benefício do prazo dobrado, fato que particularmente deve-se considerar como correta a posição consagrada na jurisprudência, considerando que a medida tem por fito modular a igualdade processual em razão do volume de trabalho, ante as dificuldades inerentes a sua organização. Deve-se considerar que o dativo tem a possibilidade de recusar o trabalho caso encontre-se assoberbado com o volume de processos sob sua responsabilidade, enquanto que o órgão estatal não possui tal discricionariedade.

Assim manifestou-se o Ministro Moreira Alves no Habeas Corpus 70.514, em relação a esta questão (LENZA, 2012, p. 308):

[...] a única justificativa que encontro para esse tratamento desigual em favor da Defensoria Pública em face do Ministério Público é a de caráter temporário: a circunstância de as Defensorias Públicas ainda não estarem, por sua recente implantação, devidamente aparelhadas como se acha o Ministério Público. Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional Alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que tornem inconstitucionais. Assim, a lei em causa será inconstitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar.

Quanto a questão dos prazos dilatados em relação a Fazenda Pública, observa-se doutrina a sustentar que tal privilégio é violador ao princípio da igualdade processual, e portanto inconstitucional. Sustentando tal posição encontra-se Faria (1973, p.

243), afirmando configurar tratamento “oriundo de fases não democráticas da vida política do país, fases em que os detentores do poder julgavam necessário o fortalecimento e o predomínio do Estado em relação aos indivíduos”.

Todavia não é esta a posição prevalecente na doutrina, que considera constitucional a diferença empregada na norma legal. Entre os que assim sustentam, verifica-se a posição de Câmara (20008, p. 42), justificando a diferença em razão de o órgão estatal tem por obrigação o cumprimento de uma série de burocracias e formalidades com o fim de possibilitar sua manifestação no processo, além de desempenhar a representação de relevante interesse social no resguardo do interesse público.

A desigualdade de posições, em especial quando enfrentadas no âmbito do Direito do Consumidor, verifica-se em regra uma desproporção entre o fornecedor de produtos e serviços e o consumidor. Não obstante a Lei 8.078/90 em seu artigo 2º admita expressamente a pessoa jurídica como consumidor, permitindo largo dissenso jurisprudencial e doutrinário em relação as condições para sua admissibilidade. Entre as possibilidades da doutrina verifica-se a teoria finalista, pelo qual é considerado consumidor o destinatário fático e econômico do bem e serviço, não adquirindo o produto com destinação de uso profissional. Posição amplamente aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido verifica-se Conflito de Competência 92.519/SP, na relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, publicada em 16.02.2009:

Conflito de competência. Sociedade empresária. Consumidor. Destinatário final econômico. Não ocorrência. Foro de eleição. Validade. Relação de consumo e hipossuficiência. Não caracterização.

1. A jurisprudência desta corte sedimenta-se no sentido da adoção da teoria finalista ou subjetiva para fins de caracterização da pessoa jurídica como consumidora em eventual relação de consumo, devendo, portanto, ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido (Recurso Especial 541.867/BA).

2. Para que o consumidor seja considerado destinatário econômico final, o produto ou serviço adquirido ou utilizado não pode guardar qualquer conexão, direta ou indireta, com a atividade econômica por ela desenvolvida; o produto ou serviço deve ser utilizado para o atendimento de uma necessidade própria, pessoal do consumidor.

3. No caso em tela, não se verifica tal circunstância, porquanto o serviço de crédito tomado pela pessoa jurídica junto à instituição financeira decerto foi utilizado para o fomento da atividade empresarial, no desenvolvimento da atividade lucrativa, de forma que sua circulação econômica não se encerra nas mãos da pessoa jurídica, sociedade empresária, motivo pelo qual não resta caracterizada, *in casu*, relação de consumo entre as partes.

4. *Omissis*.

Ainda no Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria para acórdão do Ministro Barros Monteiro, em Recurso Especial 541.867/BA, publicada em 16 de maio de 2005:

Competência. Relação de consumo. Utilização de equipamento e de serviços de crédito prestado por empresa administradora de cartão de crédito. Destinação final inexistente. A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com escopo de implantar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Recurso Especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca.

Verifica-se por outro lado a posição da teoria Maximalista, que procura ampliar o conceito de consumidor, construção teórica a ser atribuída a Marques (2010, p.85).

Segundo sua lição:

O Código de Defesa do Consumidor seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes de mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do artigo 2º deve ser interpretada o mais extensivamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do Código de Defesa do Consumidor possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações de consumo

Neste caso, em regra geral, o consumidor apresenta-se em posição de desvantagem em relação ao fornecedor, considerando que este apresenta-se com maiores possibilidades econômicas e maior facilidade no acesso as informações inerentes aos produtos e serviços comercializados. Justamente para superar tais diferenças e permitir o equilíbrio nas relações de consumo, permite a Lei 8.078/90 a inversão em favor do consumidor, nos termos do artigo 6º, VIII.

3 A DETERMINAÇÃO E A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Conforme definição oferecida por Silva (2004, p. 981), a palavra ônus tem por origem do latim *onus*, “entende-se todo encargo, dever, ou obrigação que pesa sobre uma coisa ou uma pessoa, em virtude do que está obrigada a respeitá-la ou a cumpri-la”, neste sentido deve-se interpretar o dispositivo expresso no artigo 333 caput do Código de Processo Civil.

De forma simplificada é possível sustentar que o ônus da prova, “analisa-se [...] quem é responsável pela produção de determinada prova”, conforme Neves (2013, p. 420). Por sua vez, indica Bueno (2013, p. 243) que o ônus é a atribuição determinada pela própria norma legal a quem é encarregado de produzir a prova em juízo.

As provas são fatos ou coisas representativos de circunstâncias resultantes da atividade humana, tais como documentos, testemunhos, laudos periciais e outros. Tais elementos comunicam ao julgador informações a influir de forma adequada em sua decisão com relação à existência ou não do fato probando. O objeto a ser comprovado é aquele pertinente e relevante à causa posta em litígio, individualizados no tempo e no espaço. Logo, descabida a pretensão de prova acerca de fatos indeterminados, indefinidos, inúteis e aqueles física ou juridicamente impossíveis de demonstração.

Deve-se considerar pertinente a prova que recair sobre um fato controvertido que mantêm alguma relação com o mérito da causa (*res in iudicium deducta*), isto é, aqueles que possuam condições de influir na causa (*frustra probatur quod probatum non releva*). Em relação aos fatos controvertidos, o Código de Processo Civil determina que fatos não impugnados especificadamente no oferecimento da resposta, nos exatos termos do artigo 302⁶⁴ permitem ao magistrado de presunção por verdadeiros.

Por sua vez, considera-se relevante, quando incidir sobre um fato controvertido e pertinente, corresponder a um fato abstratamente previsto na norma aplicável ao caso concreto, que deve ser verificado com a finalidade de que seja possível a aplicação das consequências jurídicas genéricas e abstratamente previstas na norma, conforme a lição de Cambi (2001, p. 138).

Observa Didier (2012, p. 41) que o fato deve ser determinável, ou seja, passível de se verificar as características que possam distinguir de outros que possam se

⁶⁴ Artigo 302: “Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:”.

assemelhar, no tempo e no espaço. Afirma o doutrinador que fatos indetermináveis ou indefinidos não são suscetíveis de prova.

O disposto no artigo 334 do Código de Processo Civil, pelo qual se dispensa a produção probatória acerca de fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela contraparte, admitidos como incontrovertidos e aqueles cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade.

A expressão “fatos notórios” deve-se interpretar *cum granu salis*, tendo em conta trata-se de expressão de conotação relativa. É possível verificar, por exemplo, que determinados fatos são notórios para os cristãos e não para outros grupos religiosos; que determinados fatos são notórios em determinada localidade e não em outros, em razão de influências culturais, étnicas ou sociais.

Desta forma, sustenta Didier (2012, p. 42) que os fatos notórios não precisam ser necessariamente conhecidos, devendo-se considerar suficiente que por meio da ciência comum tais fatos possam vir a ser. Neste ponto, necessário transcrever o exemplo oferecido pelo referido doutrinador: “[...] o juiz pode ignorar que a colheita de café é feita em tal época, e nem por isso o fato deixa de ser notório”.

Poder-se-ia argumentar que as regras legais a respeito do ônus da prova devem ser consideradas como uma barreira a impedir a iniciativa probatória pelo juiz, em especial em controvérsia em que estejam sendo discutidos direitos de natureza disponível. O argumento se fundamentaria no efeito do descumprimento do encargo probatório que conduziria inevitavelmente ao fracasso da causa para a parte que não efetuasse sua estrita observação.

A regra da distribuição do ônus da prova atualmente é caracterizada por rigidez, atribuindo-se ao autor a demonstração de fatos constitutivos de seu direito e do reclamado, por sua vez, a demonstração de fatos modificativos, extintivos ou impeditivos.

Para Alvim (2010, p. 956) a classificação do ônus como perfeito e imperfeito. Considera-se perfeito quando se verificar ocorrência de uma consequência jurídica danosa advinda do descumprimento de uma atividade processual. Por exemplo, quando a parte sucumbente deixa de recorrer e há consolidação dos efeitos da coisa julgada. O ônus será considerado imperfeito quando o dano for provável, embora não necessário. É o que ocorre quando a parte não consegue provar, e ao final, aquela prova que deixou de ser produzida é feita pelo seu adversário, aproveitando-se deste fato.

Não obstante a ideia etimológica estar ligada a uma obrigação, como uma espécie de “dever” em sentido amplo, “como expressão máxima da ausência de liberdade, a

sujeição, mitigada progressivamente pela obrigação, pelo ônus e pela faculdade” (MARINONI, 2009, p. 163), o ônus probatório do ponto de vista processual não implica em uma obrigação, tampouco em um direito a parte contrária em exigir a prova do adversário, mas uma assunção de risco na improcedência de seu pedido, conforme lição de Theodoro Junior (2009, p. 420).

No mesmo sentido Cambi (2006, p. 314) sintetiza com propriedade acerca do ônus probatório, “Provar não é um dever jurídico, mas uma condição para alcançar a vitória; em sentido técnico, fala-se, então, em ônus da prova”. Ou seja, os sujeitos parciais do processo devem efetuar a demonstração dos fatos deduzidos em juízo, para que possam lograr êxito na demanda.

Efetuando a distinção entre ônus e obrigação, afirma Pacífico (2001, p. 25) que o ônus e a obrigação aproximam-se em razão do vínculo da vontade, incidindo uma pressão psicológica no sentido de cumprimento da norma, não obstante as consequências do seu descumprimento sejam diversas.

O ônus permanece na esfera da liberdade, enquanto que a obrigação por seu turno deve ser excluída. Ou seja, o ônus é uma faculdade ao qual o sujeito poderá escolher em agir conforme ou desconforme com o previsto na norma, enquanto que a obrigação deverá ser cumprida.

Uma segunda diferenciação a ser apontada incide quanto à titularidade do interesse protegido. Enquanto o cumprimento do ônus interessa ao próprio sujeito onerado, diferentemente da obrigação, cuja satisfação interessa precipuamente a parte contrária.

Salienta ainda que o cumprimento de um ônus implica na realização de um ato necessário, cujo cumprimento visa alcançar determinado escopo, equivalente ao interesse próprio. Por sua vez, a obrigação é um ato devido, decorrente do direito objetivo para a proteção de um direito alheio.

Por fim, o ônus e a obrigação se distinguem em razão desta última possuir um valor quantificável e poder intrinsecamente, desta forma é passível de ser convertido em pecúnia, o mesmo não se sucede em relação ao ônus.

Cambi (2006, p. 315) indica que o ônus probatório possui uma especificidade em relação à categoria ônus em sentido geral, pois o simples cumprimento não assegura a consequência favorável. Ou seja, não basta a produção probatória para que a pretensão seja acolhida, mas faz-se necessário que o conjunto apresente força persuasiva suficiente para convencer o magistrado de que as alegações são verdadeiras e que possui razão, merecendo desta forma a tutela jurisdicional favorável.

O conceito intuitivo do ônus da prova pode conduzir a uma ideia equivocada de que o sistema processual impõe o ônus probatório sobre a parte que alega determinado fato. Segundo Pacífico (2001, p.129) a norma legal não especifica critérios para a exata qualificação de certo fato em determinada categoria. Neste aspecto, a exata caracterização a qualificar como constitutivos do direito do autor e aqueles a serem classificados como extintivos, modificativos ou impeditivos. Grosso modo, é possível sustentar que a determinação dessa qualidade da afirmação acerca do fato se dá com fundamento na apreciação da norma a incidir no caso concreto. Desta forma, será constitutivo o fato que integra o substrato fático da norma gerador do efeito pretendido pelo autor; por sua vez, será extintivo ou impeditivo, capaz de eliminar o efeito jurídico perseguido pelo reclamado.

Seguindo a mesma linha de crítica em razão à rigidez do artigo em comento, Cremasco (2009, p15) sustenta que a atual redação da norma revela-se falha, inviabilizando a reconstrução dos fatos objeto do litígio, e conseqüentemente o correto e justo desate das controvérsias postas pelas partes com vias de convencimento do órgão jurisdicional, em razão de não considerar as particularidades e especificidades do caso concreto.

Fundamenta a assertiva, tendo em vista à generalidade inerente a construção legislativa da regra de distribuição, ou seja, o legislador no momento em que concebe a regra não tem condições de antever cada caso concreto, desta forma a regra deve ser ampla o suficiente para abrigar as situações de normalidade. Assim a situação imposta pela norma não possibilita o sopesamento das condições sociais, econômicas e culturais relativo às partes envolvidas no litígio, considerando o conteúdo da controvérsia e o tipo da demanda, elementos essenciais para o enfrentamento do caso concreto na opinião da referida doutrinadora.

Os limites rígidos impostos pela norma podem determinar grave obstáculo para alcançar uma decisão justa, como no caso de uma sentença cuja determinação esteja em detrimento do interesse da parte que não logrou o êxito no cumprimento do encargo probatório, sem que seja considerada a impossibilidade prática do litigante prejudicado produzir a produção probatória reclamada nos autos.

Deve-se observar, por outro lado, ainda que a regra em sua aplicação clássica seja caracterizada pela rigidez, verifica-se a possibilidade dos litigantes efetuarem a

modificação da distribuição do ônus por meio de convenção, respeitados os limites indicados pelo parágrafo único e seus incisos do artigo 333 do Código de Processo Civil⁶⁵.

A partir da vedação indicada na norma, conclui-se que nas demais situações a convenção é admitida desde que satisfeitos os requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral, ou seja: agente capaz, objeto lícito e forma admitida em lei.

Desta forma, deverá o sujeito apresentar capacidade de ser parte e de estar em juízo. Para a validade da convenção, todas as partes eventualmente atingidas pela distribuição distinta do ônus da prova deverão apresentar anuência neste acordo.

Quanto à forma da modificação, a norma é silente não impondo uma forma pré-determinada. Assim deve-se considerar admissível a convenção dentro ou fora do processo, permitindo-se constar em contrato, como cláusula específica ou objeto de pacto específico. Poderá versar sobre várias afirmações de fato ou apenas sobre alguns pontos do processo.

Ainda que determinados atos jurídicos sejam revestidos de formalidade específica, tais como aqueles das disposições dos artigos 108⁶⁶, 1.369⁶⁷, 1.653⁶⁸, 1.793⁶⁹ e 2.015⁷⁰ do Código Civil, a convenção que se estabelece incide sobre a prova de afirmação dos fatos (CAMBI, 2006, p. 315), desta forma a formalidade do requisito de validade de tais negócios jurídicos não se estende sobre o negócio jurídico processual.

Deve-se ressaltar eventual colisão da disposição de convenção em relação ao contrato de adesão, tratando ou não de relação de consumo, em razão da disposição do artigo 424⁷¹. Há possibilidade de eventual cláusula modificativa do ônus conflite com o comando em questão, não sendo admissível a transação.

⁶⁵ Artigo 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.

⁶⁶ Artigo 108: “Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

⁶⁷ Artigo 1.369: “O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis”.

⁶⁸ Artigo 1.653: “É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento”.

⁶⁹ Artigo 1.793: “O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública”.

⁷⁰ Artigo 2.015: “Se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz”.

⁷¹ Artigo 424: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

3.1 ÔNUS DA PROVA EM SENTIDO SUBJETIVO E OBJETIVO

Cambi (2006, p. 317) apresenta uma estrutura do ônus da prova sob duas perspectivas, uma objetiva e outra subjetiva.

(i) subjetiva, porque contempla a situação de cada uma das partes, perante os fatos, que estão na base de suas pretensões ou exceções, e sobre os quais geralmente se requer a realização de provas; (ii) objetiva, porque também constitui uma regra de julgamento, permitindo que o juiz decida, quando lhe falte prova.

Portanto o referido autor entende o ônus da prova como regra de conduta, a ser observado pelas partes, uma vez que a regra em questão determina de forma indireta os fatos que deverão ser demonstrados pelos litigantes, aumentando sua possibilidade de sucesso na demanda, parcialmente ou integralmente; e uma regra de julgamento, aplicado pelo magistrado sempre que não exista qualquer prova ou se a mesma se mostre insuficiente, impedindo a declaração de *non liquet*, ou seja, estando obrigado a decidir, independentemente da prova produzida, tomando por base as regras que definem o caráter subjetivo do ônus da prova.

Sustenta Cremasco (2009, p.34) que seguindo a lição de Pontes de Miranda:

O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos de relação jurídico processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto as 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 de 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 a quem vão as consequências de se não haver provado.

Cambi (2006, p.317) rebate o argumento apresentado acima, afirmando que “não existe um ônus da prova em sentido objetivo, sem relação subjetiva, ou seja, sem uma pessoa encarregada da prova”.

Indica Cremasco (2009, p.33) ao menos três justificativas para o enfraquecimento do critério subjetivo do ônus da prova: o princípio da aquisição da prova pelo processo; os poderes instrutórios do juiz; e os critérios de valoração da prova para formação do convencimento.

Pelo princípio da aquisição, a prova apresentada em juízo poderá efetivar o convencimento do magistrado, independentemente da parte que o apresentou. Ou seja, ainda que as provas tenham sido apresentadas por uma das partes, estas poderão favorecer a parte contrária, pois passam a pertencer ao juízo e não a parte.

Por meio dos poderes instrutórios, poderá o magistrado determinar as provas que, segundo seu juízo, deverão ser produzidas para melhor elucidação dos fatos, com fulcro no artigo 130 do Código de Processo Civil. Bedaque (2011, p.163) informa três critérios que limitam os poderes instrutórios, a saber: a rigorosa observância do contraditório; a obrigatoriedade da motivação; e limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas.

Conforme observado anteriormente, o contraditório não se limita a mero procedimento processual, mas efetiva manifestação pela parte, proporcionando oportunidade para que sejam apresentados os argumentos os quais sustentam sua hipótese. Devendo, por conseguinte apresentar-se a decisão, que em regra será interlocutória, pois estamos discorrendo a respeito dos poderes de instrução, devidamente motivada indicando os fundamentos de tal maneira que seja possível aferir a análise dos razões indicadas pelas partes.

Todavia a observação do contraditório não é suficiente para assegurar a legitimidade e licitude do ato jurisdicional, devendo o princípio dispositivo ser estabelecido como parâmetro de garantia, ou seja, caso se verifique a hipótese de flexibilizar o ônus probatório, deverá a parte interessada necessariamente efetuar a manifestação nos autos para seu requerimento, não sendo suficiente a mera alegação, mas mediante a demonstração quanto a dificuldade que lhe é imposta, seja de qualquer natureza, requerendo ao magistrado para que a parte adversa seja impelida a efetuar a produção probatória.

Quanto aos critérios de valoração, Marinoni (2010, p. 271) preleciona no seguinte sentido:

O juiz ao valorar a credibilidade das provas, as provas na forma individual – sejam diretas ou indiretas –, ao estabelecer a ligação entre o indício e o fato probando e ao avaliar o conjunto de argumentos das partes – provas e presunções etc. –, certamente submete o seu raciocínio a sistemas e critérios racionais [...]

Por determinação constitucional o magistrado deve fundamentar sua decisão judicial, artigo 93, IX da Constituição Federal. Os artigos 126 e 127 do Código de Processo Civil vinculam às decisões judiciais a lei. As razões de tais determinações são para que as

partes sujeitos ao processo possam analisar, permitam ser impugnadas e revistas, se for o caso, por órgão hierarquicamente superior.

Amendoeira (2006, p. 83) afirma que as garantias da motivação e legalidade permitem:

- (i) evitar o arbítrio; (ii) verificar se a decisão vem eivada de subjetivismo (pontos de vista pessoais do juiz); (iii) controlar o raciocínio do magistrado; (iv) a impugnação; (v) um aumento em sua previsibilidade; e (vi) um aumento em sua repercussão.

Restaria analisar o ônus probatório em sua estrutura objetiva, como regra de julgamento. O artigo 126 do Código de Processo Civil veda a possibilidade de *non liquet*, devendo o magistrado necessariamente se pronunciar, ainda que ao final do procedimento não tenha se convencido. Neste caso, a regra processual permite que seja proferida sentença contrária à parte que não cumpriu o ônus probatório.

Deve-se esclarecer que o ônus probatório como regra de julgamento não colide com a questão da dinamização do ônus probatório. A possibilidade de uma distribuição diferida deverá necessariamente ocorrer até a fixação do ponto controvertido (Artigo 331, § 2º do Código de Processo Civil), devendo-se considerar indevido sua determinação no momento do julgamento, tal como o instituto da inversão do ônus da prova como no sistema consumerista (Artigo 6º, VIII da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor). Neste sentido, o ônus probatório no sentido objetivo complementa o instituto da dinamização do ônus probatório, pois em último caso, mesmo na tentativa do magistrado na perseguição da verdade real, não ocorrendo seu convencimento deverá inevitavelmente decretar o naufrágio da pretensão.

Portanto, não é admissível ao magistrado acolher meras alegações que não estejam devidamente comprovadas, devendo ser reputados como inexistentes. Deverá excepcionalmente, utilizando sua experiência e outros meios lógicos, considerar a verossimilhança de certos fatos sustentados no processo para eventualmente determinar uma distribuição diferenciada do ônus probatório, desde que ocorra impedimento justificável a parte sobre a qual incide o interesse na produção probatória e por sua vez tal obstáculo não se verifique igualmente em relação à parte contrária.

A prova apresentada deverá ser suficiente em si mesma, sendo inconveniente a denominação de prova incompleta ou semiplena. Cambi (2006, p. 328) assim indica:

[...] a prova ou é apta à formação do convencimento respectivo ao provimento judicial exigido ou não deve ser considerada prova, pois a insuficiência probatória deve ser resolvida em uma declaração de inexistência de provas. Aliás, pouco ou nada, para fins probatórios significa a mesma coisa, já que a dúvida deve ser interpretada em desfavor daquele que era incumbido, pela lei, do ônus da prova em sentido subjetivo.

Ao final, o ônus da prova como regra de julgamento possibilita a racionalização da dúvida, permitindo ao magistrado o proferimento da sentença, além de fixar um modelo legal preexistente evitando o arbítrio judicial. Ou seja, mesmo ocorrendo a distribuição de forma dinamizada, não se verificando o convencimento judicial quanto as alegações, deverá aplicar o ônus probatório como regra de julgamento.

Uma vez cumprido o ônus probatório, as provas apresentadas passam a pertencer aos autos, adquirindo independência em relação a parte que tenha realizado a produção probatória. A medida tem por objetivo precípua impedir a livre disposição dos elementos probatórios pelas partes após sua disposição nos autos, com o fito de permitir o adequado convencimento do magistrado diretor do processo. Assim determina o princípio da aquisição da prova a ser analisado a seguir.

3.2 PRINCÍPIO DA AQUISIÇÃO DA PROVA

Determina o princípio em questão que a prova produzida passa a ser do processo, pouco importando se o responsável pelo requerimento ou determinação de sua produção tenha sido do autor, reclamado, ou mesmo do juiz de ofício. Significa que não se admite uma identidade subjetiva, pouco importando quem tenha sido o responsável por sua produção.

O juiz é o destinatário final das provas, ou seja, estas se destinam a produzir efeitos racionais na cognição do magistrado a fim de desenvolver um juízo positivo ou negativo em relação a existência dos fatos aos quais a sentença aplicará o correspondente direito.

Neste ponto transcrevemos a lição de Portanova (1999, p. 217), senão vejamos:

Sendo o fim da prova levar a certeza à mente do juiz, para que possa falar conforme a justiça [...], há um interesse indubitável e manifesto em razão da função que desempenha no processo. É o princípio do interesse público na função da prova. É evidente, cada parte persegue, com suas próprias forças, um benefício próprio e imediato. Contudo, há de se considerar, ainda, o interesse público imediato que está acima dos benefícios específicos das partes. Em consequência, a prova nunca pertence a uma ou outra parte, mas ao juízo. Por igual, o benefício que se retira do elemento probatório não se vincula somente ao interesse da parte que produziu tal prova. É o princípio da comunhão ou comunidade da prova, também chamado da aquisição.

Assim, a ideia central encontra-se na comunhão da eficácia probatória, ou seja, uma prova produzida no processo gera efeitos, favoráveis ou desfavoráveis indistintamente para todos os sujeitos processuais, não sendo possível ao magistrado valorar determinada prova de forma distinta em relação aos diferentes sujeitos processuais em razão de ter sido responsável por sua produção e o outro não (CAMBI, 2006, p. 320).

Sustenta Câmara (2008, p. 380) que o princípio da aquisição da prova esvazia o ônus da prova no sentido subjetivo, “uma vez levadas ao processo, nada importando, pois, quem as produziu. O juiz só deverá considerar as regras sobre a distribuição do ônus da prova, portanto, no momento em que julgar o mérito”.

O princípio em questão justifica-se em face da necessidade de homogeneidade da prova no tocante ao convencimento do magistrado em relação aos fatos. Considerando a prova como instrumento para conduzir o juiz ao convencimento, seria absolutamente irracional a hipótese em que para uma das partes a prova fosse considerada suficiente enquanto que para a outra o mesmo fato é considerado inverídico.

Ampara ainda o princípio da aquisição um mecanismo impedindo ao litigante que tenha solicitado sua produção, posteriormente verificando que esta lhe seja prejudicial, venha opor obstáculos ao magistrado que a utilize em seu detrimento. Em outras palavras, não raras vezes aquele que requer a produção probatória não tem conhecimento prévio quanto seu resultado, que poderá ao final revelar-se contrária a seus interesses. Caso as provas pertencessem privativamente às partes, haveria hipoteticamente na ausência do princípio, a possibilidade daquele que efetua a produção probatória, ao se sentir prejudicado, determinar o seu desentranhamento dos autos.

Desta forma, considera-se que as provas produzidas pertencem ao processo, possibilitando que a parte contrária venha a se beneficiar de prova apresentada por seu adversário processual. Neste sentido, indicamos a lição de Theodoro Junior (2009, p. 114):

[...] É que, pelo princípio da livre pesquisa da verdade material, as provas são do juízo, não importando a quem tenha cabido a iniciativa de produzi-las. Prevalece, modernamente, o princípio da comunhão da prova.

A compreensão do princípio adquire relevância na opinião de Cambi (2006, p. 320), na medida em que permite o mecanismo processual do ônus da prova menos rígido, possibilitando em caso de dúvida sobre a qualificação jurídica do fato, a parte assumir a responsabilidade de produzir a prova correspondente. Desta forma observa-se uma ampliação de probabilidade de o interessado influir no convencimento do magistrado, prestigiando o direito constitucional a prova.

O debate entorno da prova tem por objetivo a demonstração da verdade dos fatos para o convencimento do magistrado. No ponto a seguir será apresentada uma breve discussão acerca da verdade.

3.3 A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO

A investigação acerca da verdade dos fatos discutidos no processo está intimamente relacionada com a produção probatória a ser efetuada por aqueles que demandam judicialmente com objetivo de convencimento do magistrado. Nota-se ainda, na opinião de Marinoni (2009, p. 27) a verdade é fator de legitimação do processo.

Observa-se que a investigação dos fatos no processo de conhecimento ocupa parte substancial do procedimento e das regras que disciplinam o tema, pois a correta aplicação do direito tem por pressuposto o adequado conhecimento dos fatos.

A busca da certeza do direito é um ideal do racionalismo iluminista, aquele mesmo racionalismo que influenciou decisivamente na Revolução Francesa. Predominava naquele momento histórico, uma desconfiança com relação à magistratura em razão dos compromissos desta classe com o Antigo Regime, mais exatamente com seu representante, o rei. Tal fato conduziu ao movimento das grandes codificações, com a pretensão de abranger todos os aspectos da vida em sociedade por meio da lei.

Sustentava-se desta forma que impedindo a lacuna normativa, não haveria possibilidade de o juiz prolatar uma decisão que não estivesse estritamente em conformidade com a manifestação popular, considerando que a lei emana do povo por meio de seus representantes legitimamente indicados. Tal fato estaria limitando ao juiz um papel de “boca da Lei”, ou seja, o executor das diretrizes do Legislativo.

Daí o esforço racionalista em obter um direito determinável e previsível, impedindo o arbítrio judicial. A função jurisdicional deve-se limitar a aplicação do texto legal. O “juízo de subsunção” representa esta ideia: tomar os fatos do mundo físico e a ele dar a regra abstrata e hipotética, na qual se busca uma adequação mecânica da vontade da lei.

Neste aspecto observa-se Chiovenda (1992, p. 18):

[...] toda norma encerrada na lei representa uma vontade geral, abstrata, hipotética, condicionada à verificação de determinados fatos que, em regra, podem multiplicar-se indefinidamente. Toda vez que se verifica o fato ou grupo de fatos previstos pela norma, forma-se uma vontade concreta da lei, ao tempo em que da vontade geral e abstrata nasce uma vontade particular que tende a atuar no caso determinado.

Verifica-se então a imprescindibilidade da descoberta da verdade em relação aos fatos narrados por cada parte, para que o magistrado possa prestar o serviço jurisdicional de forma justa. Neste ponto narra Calamandrei (1997, p. 121):

[...] a querela entre os advogados e a verdade é tão antiga quanto a que existe entre o diabo e a água benta. E, entre as facécias costumeiras que circulam sobre a mentira profissional dos advogados, ouve-se fazer seriamente esta espécie de raciocínio: Em todo processo há dois advogados, um que diz branco e outro que diz preto. Verdadeiros, os dois não podem ser, já que sustentam teses contrárias; logo, um deles sustenta a mentira. Isso autorizaria considerar que cinquenta por cento dos advogados são uns mentirosos; mas, como o mesmo advogado que tem razão numa causa não tem em outra, isso quer dizer que não há um só que não esteja disposto a sustentar no momento oportuno causas infundadas, ou seja, ora um ora outro, todos são mentirosos. Esse raciocínio ignora que a verdade tem três dimensões e que ela poderá mostrar-se diferente a quem a observar de diferentes ângulos visuais. No processo, os dois advogados, embora sustentando teses opostas, podem estar, e quase sempre estão, de boa-fé, pois cada um representa a verdade com a vê, colocando-se no lugar de seu cliente.

Entretanto, em essência seja no processo, seja em outros campos científicos, jamais se poderá afirmar, com segurança absoluta, que o produto encontrado efetivamente corresponde à verdade. A verdade é um conceito absoluto, e por certo inatingível pelo ser humano, tendo em vista que esta se encontra no todo e não em parte, conforme afirmativa de Neves (2013, p. 411). Poderíamos traduzir a afirmativa do doutrinador nos seguintes termos: tomemos por hipótese que “A” é “A” por que não é “B”, isto quer dizer que para conhecermos a respeito de “A”, impõem-se conhecer não apenas tudo acerca de “A” mas torna-se imprescindível conhecer também tudo aquilo que for “não A”. Desta forma, aferimos

que a verdade em relação à determinada coisa não aparece até que possamos conhecer todas as demais coisas.

Assim percebeu Reale (1983, p. 17), em seu estudo a respeito do tema, deduzindo assim o conceito de quase-verdade, em substituição ao da verdade, considerando que esta seria imprestável e inatingível:

[...] se a verdade, numa síntese talvez insuficiente, não é senão a expressão rigorosa do real, ou, por outras palavras, algo que logicamente redutível a uma correlação precisa entre o ‘pensamento e realidade’, tornando este segundo termo em seu mais amplo significado, e não apenas como ‘realidade fatural’, forçoso é reconhecer que a adequação entre o mundo dos conceitos e o da realidade, mesmo nos domínios das ciências consideradas exatas, deixam-nos claros ou vazios que o homem não pode deixar de pensar. No fundo é esta a distinção kantiana essencial entre ‘conhecer segundo conceitos’ e ‘pensar segundo ideias’, isto é, acrescento eu com certa elasticidade, ‘pensar segundo conjecturas’. De mais a mais, discutem até hoje os filósofos e cientistas no que tange à definição de verdade, e os conceitos que se digladiam não são mais que conjecturas, o que demonstra que a conjectura habita no âmago da verdade, por mais que nossa vaidade de homo sapiens pretenda sustentar o contrário.

Afirma Didier (2012, p.69) com acerto:

A verdade real é algo inatingível; não deixa de ter um caráter místico. É utopia imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento, até porque a verdade sobre algo que ocorreu outrora é ideia antiética. Não é possível saber a verdade sobre o que ocorreu [...]. O algo pretérito está no campo ôntico, do ser. A verdade, por seu turno, está no campo axiológico, da valoração [...].

Neste ponto, ilustrativa a lição de Marinoni (2010, p. 33), o qual afirma na hipótese de uma pessoa que tenha ouvido determinada versão a respeito de um fato por meio de doze mil testemunhas presenciais, terá doze mil probabilidades, iguais a uma forte probabilidade, que não equivale à certeza absoluta.

Foucault (2002, p. 17) ao relacionar a verdade e o conhecimento, sustenta que a princípio não há uma relação necessária entre o conhecimento e as coisas a conhecer, em outras palavras, o que se sabe a respeito acerca de alguma coisa não é próprio de sua essência. O conhecimento não está relacionado a essência do homem, pois é algo inventado: “[...] o conhecimento não é instintivo, é contra-instintivo, assim como ele não é natural é contra-natural” (2002, p.17). Assim, temos “[...] uma natureza humana, um mundo, e algo

entre dois que se chama o conhecimento, não havendo entre eles nenhuma afinidade, semelhança ou mesmo elos de natureza”.

Tudo o que foi concebido pelo intelecto humano tem como objetivo último alguma relação de poder. A dominação de uns sobre os outros. Estas invenções incluem o conhecimento, a religião, os ideais, etc. Aquilo que revelar mais nitidamente as relações de poder é o que tende a estar mais próximo da verdade. Por consequência, o conhecimento produzido no campo do direito não é algo supra-social ou natural.

Segundo a concepção de Foucault (2002, p. 57) o direito é a institucionalização da guerra, pois “[...] entrar no domínio do direito significa matar o assassino, mas mata-lo segundo certas regras, certas formas”, por meio de procedimentos, argumentos e normas, ocorrendo o embate de duas verdades, pelo qual um terceiro, alheio à controvérsia servirá como mediador, proferindo o veredicto de qual verdade prevaleceu.

Deve-se observar que não se trata de averiguar qual a verdade é efetivamente verdadeira, mas de determinar qual a verdade que efetivamente irá prevalecer (FOUCAULT, 2002, p. 13):

A hipótese que gostaria de propor é que, no fundo, há duas histórias da verdade. A primeira é uma espécie de história interna da verdade, a história de uma verdade que se corrige a partir de seus próprios princípios de regulação: é a história da verdade tal como se faz na ou a partir da história das ciências. Por outro lado, parece-me que existem, na sociedade, ou pelo menos, em nossas sociedades, vários outros lugares onde a verdade se forma, onde um certo número de regras de jogo são definidas – regras de jogo a partir das quais vemos nascer certas formas de subjetividade, certos domínios de objeto, certos tipos de saber – e por conseguinte podemos, a partir daí, fazer uma história externa, exterior, da verdade.

Observa-se que para Foucault a verdade engendraria em seu interior relações de poder e dominação, consequência de um contexto determinado não sendo desta forma possível de reconhecimento universal.

Por sua vez, Habermas (2007, p. 62) sustenta que a verdade deverá ser construída pelo consenso no sentido normativo, segundo regras de justificação, regras pragmáticas, constitutivas do diálogo ou da comunicação argumentativa. A obra em questão é fruto de uma série de comentários proferidos no Centro Pompidou, em 31 de janeiro de 2001, a respeito de outra obra de sua autoria: “Verdade e Justificação”.

Sustenta Habermas que, sendo a linguagem e a realidade fatos indissociáveis, a verdade de uma afirmação somente será justificada por meio de outras

afirmações consideradas, por sua vez, como verdadeiras, o que aponta para a ideia de verdade como coerência.

Além disso, aduz que a verdade precisa transcender qualquer contexto de justificação, de modo que, considerando-se verdadeira certa proposição, deve assim ser tida para qualquer público, e não apenas para o qual foi originalmente pensada, satisfeita as condições de uma discussão livre, permitindo iguais oportunidades para seus interlocutores. Afirma Habermas (2007, p. 10):

[...] o discurso prático pode, assim, ser compreendido como uma nova forma específica da aplicação do imperativo categórico. Se aqueles que participam de um tal discurso não podem chegar a um acordo que atenda aos interesses de todos, ao menos que façam o exercício de ‘adotar os pontos de vista uns dos outros’, exercício que leva ao que Piaget chama de uma progressiva ‘descentralização’ da compreensão egocêntrica e etnocêntrica que cada um tem de si mesmo e do mundo. [...] Os participantes, no momento mesmo em que encetam uma tal prática argumentativa, têm de cooperar uns com os outros; e mais ainda, têm de estar dispostos a deixar-se afetar e motivar em suas decisões afirmativas e negativas, por essas razões e somente por elas.

Seguindo a lição de Marinoni (2010, p. 33), a reconstrução de um fato ocorrido no passado, invariavelmente será influenciada por aspectos subjetivos daqueles que assistiram, ou ainda, daquele que deverá receber e valorar a evidência concreta no processo judicial. O sujeito que recebe a informação, tornado irrelevante se o seu conhecimento deu-se por meio da presença pessoal ou se este ocorreu por outro meio, inevitavelmente o conteúdo será alterado, em razão de seu absorvimento efetivar-se mediante seus filtros pessoais, adicionando desta forma uma particularidade pessoal que modifica a realidade.

Afirma Grau (2011, p.288) que compreender algo é uma experiência ínsita do próprio ser e “por isso mesmo resultará sempre inútil, em qualquer ‘ciência compreensiva’, qualquer tentativa de separação entre a racionalidade e personalidade da compreensão”, não sendo possível separar o objeto que se conhece do sujeito. Portanto, inevitavelmente a decisão estará imbuída das idiossincrasias daquele que decide.

A doutrina processual efetua uma distinção acerca da verdade. Em relação ao processo penal estar-se-ia lidando com a verdade substancial, enquanto que no processo civil bastaria a verdade formal, aquela refletida no processo e juridicamente apta a sustentar a decisão judicial, entretanto não necessariamente se revela em conformidade com a realidade fática. Em síntese verifica-se uma verdade que se revela não exigente com os fatos.

A premissa a fixar tais distinções, fundamenta-se na argumentação de que no âmbito civil estariam envolvidos bens jurídicos de menor relevância, satisfazendo-se com

um menor grau de certeza, enquanto que no processo penal o fato de implicar diretamente na liberdade individual, justificaria a busca da verdade verdadeira.

Ou seja, a justificativa encontra-se invariavelmente em relação aos valores protegidos em um ou outro tipo de processo, considerando-se mais valioso aqueles tratados na esfera criminal do que em relação aos tratados na esfera cível, em razão de substancialmente o processo penal influir diretamente na liberdade pessoal do reclamado. Quanto à relevância da liberdade como direito fundamental, não se pretende suscitar qualquer questionamento acerca de sua importância. Todavia, se faz necessário observar que entre os direitos fundamentais não se revela uma hierarquia inerente entre si, muito menos se pode sustentar a existência de direitos fundamentais absolutos.

Deve-se considerar como superada a distinção acerca da verdade formal e verdade substancial, seguindo a lição de Neves (2013, p. 412). A verdade formal seria uma verdade processual, para o qual no processo civil seria suficiente, enquanto que no processo penal dever-se-ia perseguir a efetiva verdade, ou seja, a verdade real.

Entretanto deve-se considerar que a verdade é uma (NEVES, 2013, p. 412), seja no campo civil, seja no campo penal. Ainda que o significado das expressões “verdade formal” e “verdade material” estejam referindo-se a satisfação decorrente do esgotamento dos meios de busca da verdade, não deve ser admissível a manutenção dos termos.

Não há substancialmente qualquer diferença entre os objetos tutelados pelo direito penal a ensejar a distinção de tratamento. O argumento que o direito penal tutela a liberdade não deve ser considerado como suficiente para sua manutenção, uma vez que o direito civil também tutela direitos fundamentais do ser humano, tais como os direitos da personalidade, o pátrio poder e tantos outros com caráter indisponível.

O argumento de que não raras vezes a pena suportada pelo reclamado poderá apresentar-se de cunho eminentemente patrimonial, como a condenação limitada ao pagamento de multa. Outras vezes, a possibilidade de imposição de restrição de direitos, como frequentar determinado lugar, a prestação de serviços comunitários ou mesmo encontrar-se com determinadas pessoas. Ou seja, o valor liberdade não estaria sendo ameaçado em nenhum destes casos.

Considera-se também o fato do legislador efetuar a previsão em relação a crimes de menor potencial ofensivo, com enquadramento na Lei 9.099/95, de método de

solução consensual de litígio, em consonância com o artigo 76, § 4^o⁷² da mencionada lei, aplicando-se a transação penal. Em relação a este instituto, sustenta Cambi (2001, p. 73) que neste caso ocorreu uma mitigação em relação ao conceito da verdade material, podendo-se considerar tal fato, em sua opinião, uma tendência do próprio direito penal.

Em síntese a verdade formal deve ser considerada como um arremedo da verdade, pela qual se valoriza determinados requisitos da formalidade processual, relevando-se o conteúdo material da prova. Neste aspecto, verifica-se maior interesse na aparência que se representa em detrimento ao produto final demonstrado. A existência de uma verdade formal implica no reconhecimento que a decisão judicial não está fundamentada na verdade, mas em uma não verdade, permitindo supor a existência de uma verdade perfeita (MARINONI, 2010, p. 32).

A construção da certeza utilizando-se a verossimilhança, ou seja, é uma ideia que se atinge a partir daquilo que normalmente acontece. É essa ilação lógica do usual que permite ao sujeito reconhecer como verossímil algo que, segundo critérios adotados pelo homem médio, prestar-se-iam para adquirir a certeza quanto a certo fato. Evidentemente a verossimilhança estará submetida a critérios nitidamente subjetivos e variáveis, de acordo com o sujeito cognoscente (MARINONI, 2010, p. 37).

Entretanto, a utilização da verossimilhança como solução, argumenta Neves (2013, p. 412) deve ser considerado como o caminho incorreto. Rebatendo a posição de Marinoni (2010, p. 37), sustenta:

O que se deve buscar é a melhor verdade possível dentro do processo, levando-se em conta as limitações existentes e com a consciência de que a busca da verdade não é um fim em si mesmo, apenas funcionando como um dos fatores para a efetiva realização da justiça, por meio de uma prestação jurisdicional de boa qualidade. Ainda que se respeitem os limites impostos à busca da verdade, justificáveis à luz de valores e garantias previstos na Constituição Federal, o que se procurará no processo é a obtenção da verdade possível. Por verdade possível entende-se a verdade alcançável no processo, que coloque o juiz mais próximo possível do que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos, o que se dará pela ampla produção de provas, com respeito às limitações legais.

⁷² Artigo 76, § 4º: “Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos”.

Justamente a busca da verdade possível é a pretensão sustentada no presente estudo, utilizando-se da possibilidade de dinamização do ônus da prova como instrumento de acesso à justiça, pelo qual a parte que oferece melhores condições em efetuar a produção probatória deverá ser encarregada pelo magistrado.

3.4 A DINAMIZAÇÃO DO ONUS PROBATORIO

A dinamização do ônus probatório é a possibilidade da imposição do ônus probatório à parte que apresente melhores condições no processo judicial em efetuar a produção probatória, mediante o exame efetuado pelo magistrado em cada caso concreto.

Em consequência da insuficiência teórica com fundamento na doutrina clássica da distribuição do ônus da prova, apresentou-se estudos de autoria de Jorge Peyrano, divulgado na “*Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático*”, em Buenos Aires no ano de 1992 (CREMASCO, 2009, p. 71), a teoria conhecida como distribuição dinâmica do ônus da prova. A ideia consiste na determinação judicial com vias de permitir a facilitação na produção da prova, a ser suportado pela parte que apresentar melhores condições em sua produção. Desta forma a distribuição do ônus probatório estará intimamente relacionada com o caso concreto, a ser analisado individualmente pelo magistrado e não submetendo-se a uma vinculação de regra pré-fixada.

Anota-se jurisprudência em 1957 na Corte Suprema da Argentina aplicando o mecanismo, ainda que sem referência nominativa da teoria, conforme observa Cremasco (2009, p. 71) em seu estudo acerca do instituto.

A técnica em questão não subverte ou elimina a tradicional repartição do ônus, mas deve ser considerada como um incremento a regra existente, no sentido de aprimoramento ao sistema clássico, em consonância a Cremasco (2009, p.73). Compreende-se que em um sistema harmônico, pelo qual se admitiria a distribuição dinâmica de forma complementar.

Verifica-se a adesão a teoria no Projeto do Código de Processo Civil, em seu artigo 262, ao incluir a possibilidade para o magistrado “considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato”, realizar uma a distribuição diversa, conforme previsto no artigo 261 do Projeto em comento.

É possível afirmar a partir da intenção da reforma, que o legislador estará superando a distribuição estática, afastando a figura do juiz inerte, aquele que permanece como mero observador do processo, distante e impassível em relação ao conflito suscitado

pelos litigantes por meio do processo, estimulando uma posição mais dinâmica no processo e ampliando os poderes instrutórios do magistrado.

Ou seja, ainda que os fatos a serem provados se façam incidir sobre a constituição do direito relativo ao autor, haverá possibilidade de determinação para que o reclamado venha efetuar a produção probatória destes fatos constitutivos, caso o magistrado observe que este apresente melhores condições para assim efetuar a produção probatória. Indica Cambi (2001, p. 86) que o mecanismo tem por fito homenagear o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, em razão de perseguir a garantia do direito aquela parte que efetivamente o titule.

Em relação à matéria, considerando a codificação vigente, é no sentido de que “a inversão do ônus da prova ou a redução das exigências de prova têm a ver com as necessidades do direito material e não com uma única situação específica ou com a lei determinada”. Neste ponto, considera-se acertada a posição de Marinoni (2010, p. 187), sustentando a possibilidade da ampliação na utilização do mecanismo, indicando a incidência da inversão do ônus probatório em situações que não sejam caracterizadas como de consumo:

A ideia de que somente as relações de consumo reclamam a inversão do ônus da prova não tem sustentação. [...] Porém, isto não quer dizer que não existam outras situações de direito substancial que exijam a inversão do ônus da prova ou mesmo requeiram uma atenuação do rigor na aplicação da regra do ônus da prova, contentando – se com a verossimilhança.

Na opinião deste jurista, não há necessidade de previsão legal para a possibilidade de dinamização do ônus probatório, “pois decorre do bom senso ou do interesse na aplicação da norma de direito material, que requer a presença de certos pressupostos de fato”, que a ideia de dinamização da produção probatória está ínsita nos poderes instrutórios do juiz.

Possível depreender a partir do estudo oferecido por Medina (2011, p. 250) que este acolhe posicionamento semelhante, ou seja, que o artigo 6º, VIII da Lei 8.078/90 “consagra, textualmente” a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Neste ponto, há que se concordar com a afirmativa de Marinoni (2010, p. 187) no sentido de que os poderes do juiz não devem ser limitados, mas sim controlados, por meio de uma rígida justificativa racional das decisões. Neste sentido, pretende justificar o autor que os poderes instrutórios contidos no artigo 130 do Código de Processo Civil devem ser considerados suficientes para a determinação da inversão do ônus da prova.

Afirma o autor que a lei não poderá efetivar um controle rígido da conduta judicial através de norma para prestar a oportuna tutela jurisdicional em todas as situações concretas. Inevitavelmente haverá um “engessamento” indevido, tolhendo a liberdade do juiz na adequada condução processual.

Como analisado anteriormente no presente trabalho, observa-se posições propondo uma interpretação limitada e restrita do dispositivo do artigo 130 do Código de Processo Civil, condicionando a atividade probatória do juiz às regras de distribuição do ônus probatório, sob embasamento de que “suprir a inércia probatória do litigante por atividade oficial de buscar elementos de cognição não requeridos nem produzidos a seu tempo por quem tinha o respectivo encargo probatório” (CREMASCO, 2009, p. 83).

Além dos poderes instrutórios do juiz, outra questão relevante a ser considerada em relação à dinamização probatória diz respeito ao princípio de cooperação. Considerando que o processo é um mecanismo adequado para a composição do litígio e para a realização da paz social, as partes assumem o papel de agentes colaboradores da descoberta da verdade e alcance do resultado justo.

Deverá o magistrado conduzir o debate processual, estabelecendo um diálogo entre as partes e cuidando do seu equilíbrio, esclarecendo junto aos interessados as dúvidas que eventualmente sejam levantadas quanto suas afirmativas, solicitações e posições, consultar necessariamente quanto os pontos a serem decididos, assegurando desta forma o contraditório, prevenindo e apontando suas deficiências e possibilitando seu suprimento, tudo com a finalidade de proporcionar o alcance da decisão final.

Conclui Cremasco (2009, p. 86):

A distribuição dinâmica funda-se no princípio da colaboração, na medida em que ao repartir os encargos processuais tendo por base as condições das partes em produzir a prova respectiva, o magistrado coopera com a instrução, pois toca o encargo a quem pode efetivamente fazê-lo, mesmo que, por vezes, culmine por impor a um litigante que inicialmente não tenha o ônus do seu cumprimento.

Ocorrendo melhores condições de produzir a prova, mesmo sem ter originalmente tal encargo, mediante expresso requerimento pela parte interessada na produção probatória, o litigante igualmente coopera para com o desenvolvimento de um processo justo, fazendo com que a prova venha, de fato aos autos, contribuindo assim, para a efetividade processual, justiça e adequação da solução final que será proferida, que poderá ser

contrária até mesmo aos seus próprios interesses, não obstante condizente com a verdade e, como tal, passível de restabelecer a ordem e conduzir as partes à pacificação social.

Deve preponderar o dever de colaboração das partes em relação ao magistrado na produção probatória, possibilitando o aperfeiçoamento da tutela jurisdicional justa. Na opinião de Donizetti (2009, p. 76) o princípio impõem “deveres de moralidade e probidade” a todas as partes processuais.

A dinamização tem por pressuposto uma dificuldade ou impossibilidade pelo cumprimento da produção probatória, que inicialmente destinado a determinada parte. Tal obstáculo poderá apresentar as mais diversas naturezas, sejam elas sociais, econômicas, culturais, acesso, informação, técnica ou hierárquica. Ou seja, quando a parte incumbida a produzir a prova não apresentar condições de se eximir deste ônus, prejudicando a instrução do processo.

Por outro lado, a dificuldade apresentada pela parte deverá em contra partida encontrar maior facilidade ou melhores condições da parte adversária para sua realização. Deve esse litigante apresentar condições reais de produzir nos autos a prova do fato controvertido. Caso a impossibilidade seja mútua, a distribuição dinâmica não poderá ser efetuada.

Necessário se faz que o objeto da prova seja imprescindível, isto é, seja considerada prova sem a qual inviabilize o julgamento de mérito de forma justa. A prova que seja considerada tão somente útil, de caráter complementar, mas não imprescindível, não deve ensejar em princípio a determinação pela dinamização do ônus probatório.

O instituto da dinamização pode ser particularmente empregado em questões envolvendo erro cirúrgico. Poder-se-ia sustentar que as relações médico-paciente estão abrigadas pelo Código de Defesa do Consumidor, e por consequência a inversão do ônus probatório já estaria previamente normatizada em favor do paciente. Entretanto, deve-se observar que o artigo 14, § 4º da Lei 8.078/90 no qual indica que em caso de fato do produto que o profissional liberal responde apenas mediante culpa.

Ainda que a norma legal tenha instituído uma válvula de escape em favor do profissional liberal, haveria por outro lado à imposição ao consumidor em demonstrar a culpa do profissional no procedimento adotado, demandando conhecimentos específicos da área médica para sua caracterização. Por meio da dinamização, o magistrado poderá determinar ao médico que demonstre que o procedimento adotado na intervenção cirúrgica foi adequadamente utilizado, considerando que o profissional em regra detém a posse dos prontuários, exames clínicos, relatórios laboratoriais e de procedimentos na sala de cirurgia.

Neste sentido decisão sob a relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial 69.309-SC, publicado em 26.08.1996, RSTJ volume 87, p. 287:

RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CLÍNICA. CULPA. PROVA. Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos reclamados [...] inexistência de ofensa à lei e divergência não demonstrada. Recurso Especial não conhecido.

Obviamente o mecanismo da dinamização não deve ser aplicado para compensar a inércia ou inatividade do interessado processual inicialmente onerado, mas tão somente para evitar uma situação equivalente a determinação de apresentação de prova diabólica, ou seja, a impossibilidade de se efetuar a produção probatória adequada. Igualmente não deve ser reputado suficiente pelo magistrado a mera alegação da dificuldade na produção probatória, mas deverá a parte apresentar elementos evidenciando a dificuldade suscitada.

Nas questões versando a proteção ao meio ambiente o instituto da dinamização também encontraria grande utilização para assegurar o princípio da precaução. Neste sentido decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em Agravo de Instrumento 70017784208, 22ª Câmara Cível, sob a relatoria do Desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro:

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. Autoriza – se a inversão do ônus frente à hipótese de responsabilidade objetiva, sendo o fabricante o ônus de comprovar que a atividade desenvolvida não acarreta danos ao meio ambiente. Aplicação do § 1º do artigo 14 da Lei 6.398/81.

Em matéria ambiental, ocorrendo situação de incerteza científica a respeito do dano ambiental que eventualmente possa ser causada pela permissão de determinada atividade econômica, devem ser empregadas medidas de precaução para minimizar os riscos provenientes da atividade, buscando evitar que se transforme em dano ambiental. Neste sentido o interessado na permissão estatal para exercício de atividade poluidora deverá demonstrar que esta não causará degradação significativa no meio ambiente.

Observa-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, publicado no Informativo 518, relativo ao Recurso Especial 1.060.753-SP, sob a relatoria da Ministra Eliana Calmon, julgado em 1º de dezembro de 2009:

DANO. MEIO AMBIENTE. PROVA. INVERSÃO. Constatada a relação interdisciplinar entre as normas de proteção ao consumidor e as de defesa dos direitos coletivos nas ações civis por danos ambientais, o caráter público e coletivo do bem jurídico tutelado (e não a hipossuficiência do autor da demanda em relação ao reclamado) impõe a extensão de algumas regras de proteção dos direitos do consumidor ao autor daquela ação, pois ao final busca-se resguardar (e muitas vezes reparar) patrimônio público de uso coletivo. Dessa forma, a aplicação do princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório: compete a quem se imputa a pecha de ser, supostamente, o promotor do dano ambiental a comprovação de que não o causou ou de que não é potencialmente lesiva a substância lançada no ambiente. Por ser coerente com essa posição, é direito subjetivo do infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não se mostrando suficientes para tornar essa prova prescindível simples informações obtidas em site da Internet. A perícia é sempre necessária quando a prova do fato depender de conhecimento técnico e se recomenda ainda mais na seara ambiental, visto a complexidade do bioma. (grifo nosso)

Há que consignar a manifestação na doutrina, insurgindo-se exatamente quanto à decisão do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de inversão do ônus probatório com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, conforme Laport (2013). Apresenta sua tese com fundamento no fato da inaplicabilidade da inversão do ônus da prova do sistema consumerista na proteção ao meio ambiente.

Laport (2013) indica jurisprudência reforçando o argumento, proveniente do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Segunda Câmara Cível sob a relatoria do Desembargador Brandão Teixeira em Agravo n. 1.0702.04.133275-1/001, publicado em 16.12.2005:

Não é o caso de ser invertido o ônus da prova, pela inaplicabilidade da legislação protetora dos direitos do consumidor. O Ministério Público é auto-suficiente no seu mister, e pela grande carga tributária imposta pelo Estado sobre a sociedade, presume-se também auto-suficiência nos meios destinados a proteger o meio ambiente, entre eles, das despesas processuais necessárias. [...] Sem dúvida alguma, o Ministério Público Estadual, que possui elevado conhecimento técnico acerca da questão ambiental, além de possuir em seus quadros técnicos de elevado gabarito para auxiliá-lo, não pode ser tomado como 'hipossuficiente', para os fins do artigo 6º, inciso VIII, do CODECON.

A jurisprudência admite ainda a determinação da inversão probatória nos casos de: primeiro, por fato culposo da parte contrária, tal como se verifica na decisão em Apelação Cível 70010648103, proveniente da 17ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob a relatoria do Desembargador Alexandre Mussol Moreira: “[...] eventual extravio ou incineração de parte dos documentos autoriza o reconhecimento da

incidência do artigo 359, I Código de Processo Civil”; segundo, por violação dos deveres de cooperação do litigante. A rigor o mecanismo estaria sendo aplicado como uma penalidade ao litigante em razão da falta de lealdade com o processo, impondo um obstáculo de forma voluntária.

O exame quanto à possibilidade da dinamização probatória deverá ser fixada pelo magistrado em cada caso, mediante pedido da parte, devendo ser assegurado o contraditório permitindo à parte contrária sua manifestação quanto viabilidade de sua produção, admitindo sua revisão em duplo grau mediante interposição de Agravo de Instrumento, nos termos do artigo 522 do Código de Processo Civil.

Observe-se posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial 422.778/SP, sob a relatoria original do Ministro Castro Filho, relatoria para acórdão da Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, publicado no Diário da Justiça em 27 de agosto de 2007, que: “a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do artigo 6º do CDC é regra de julgamento”. Particularmente Medina (2011, p. 252) afirma ser mais correta a posição de determina a inversão na fase instrutória, por ser mais “consentânea com os princípios de devido processo legal”.

Quanto a possibilidade da aplicação da inversão em 2º grau de jurisdição, observa-se posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, proveniente da 3ª Turma sob a relatoria do Ministro Sidnei Beneti, em Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo 977795/PR, publicado no Diário da Justiça eletrônico em 13.10.2008:

EMENTA - PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - 2º GRAU DE JURISDIÇÃO - POSSIBILIDADE - CRITÉRIO DE JULGAMENTO. Sendo a inversão do ônus da prova uma regra de julgamento, plenamente possível seja decretada em 2º grau de jurisdição, não implicando esse momento da inversão em cerceamento de defesa para nenhuma das partes, ainda mais ao se atentar para as peculiaridades do caso concreto, em que se faz necessária a inversão do ônus da prova diante da patente hipossuficiência técnica da consumidora que não possui nem mesmo a documentação referente ao contrato de seguro. Agravo regimental improvido.

Questão a ser enfrentada pela jurisprudência e doutrina, restará a ser verificada quando após a fixação da dinamização do ônus probatório, incide-se fato superveniente que dificulte a parte pela produção probatória. Certamente ocorrendo o exemplo indicado haverá de ser caso de revisão da repartição do ônus probatório.

Faz-se necessário que o instituto da dinamização do ônus probatório venha a ser regulamentado definitivamente, considerando a imposição de requisitos legais para seu reconhecimento, como a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor. Verifica-se assim a impossibilidade de extensão do mecanismo de inversão previsto no Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que esse tem por fim precípuo a facilitação da defesa dos direitos do consumidor.

3.5 A INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NO SISTEMA CONSUMERISTA

O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, efetua previsão em seu artigo 6º, VIII do instituto da inversão do ônus probatório em benefício do consumidor, como técnica de facilitação de seus direitos.

Observa-se que o Código de Defesa do Consumidor limita-se a definir como consumidor qualquer pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, conforme o artigo 2º. Determina a Lei 8.078/90 pelo reconhecimento de sua condição de vulnerabilidade, expresso no inciso I do artigo 4º da lei em comento.

A determinação judicial da qualidade de consumidor deve, em regra mediante uma exegese do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, considerar destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Dessa forma, em regra deve ser excluído da proteção do Código de Defesa do Consumidor o consumo intermediário, ou seja, aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo e, portanto, o preço final de um novo bem ou serviço.

Nestes termos, observa-se voto da Ministra Nancy Andrighi, proveniente da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1195642-RJ, em que é recorrente a Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – Embratel, julgado em 13 de novembro de 2012: “Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pelo Código de Defesa do Consumidor, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo”.

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 17⁷³ determina que equiparam-se, a consumidores as vítimas de evento decorrente de fato de produto, para efeito de responsabilidade. Estende ainda a condição de consumidor a todas as pessoas

⁷³ Artigo 17: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

determináveis ou não, que estejam expostas à oferta, a publicidade, as práticas abusivas, a cobrança de dívidas, aos bancos de dados, aos cadastros de consumidores, as cláusulas abusivas e aos contratos de adesão, em consonância ao artigo 29⁷⁴ da Lei 8.078/90.

A condição de consumidor por equiparação, não impede que os mecanismos de proteção do Código de Defesa do Consumidor, em especial a inversão do ônus probatório sejam aplicados. Verifica-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 2003/0059595-9 TO, sob a relatoria do Min. Castro Filho, proveniente da 3ª Turma, publicado no DJ 06.03.2006 p. 372, neste sentido:

EMENTA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ACIDENTE AÉREO. TRANSPORTE DE MALOTES. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARACTERIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO. VÍTIMA DO EVENTO. EQUIPARAÇÃO A CONSUMIDOR. ARTIGO 17 DO CDC.

I - Resta caracterizada relação de consumo se a aeronave que caiu sobre a casa das vítimas realizava serviço de transporte de malotes para um destinatário final, ainda que pessoa jurídica, uma vez que o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor não faz tal distinção, definindo como consumidor, para os fins protetivos da lei, "... toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Abrandamento do rigor técnico do critério finalista.

II - Em decorrência, pela aplicação conjugada com o artigo 17 do mesmo diploma legal, cabível, por equiparação, o enquadramento do autor, atingido em terra, no conceito de consumidor. Logo, em tese, admissível a inversão do ônus da prova em seu favor. Recurso Especial provido

Observa-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afastando a incidência do Código de Defesa do Consumidor na relação de condomínio de edifícios com condôminos (Recurso Especial 441.873 DF, Recurso Especial 650.791 RJ e Recurso Especial 280.193 SP); de locatários em relação a locadores (Recurso Especial 689.266 SC, Recurso Especial 439.797 SP e Agravo Regimental no Agravo 590.802 RS); de provedor de Internet em relação a empresa concessionária de telefonia (Recurso Especial 660.026 RJ); beneficiários do regime de Previdência Social (Recurso Especial 369.822 RS); cotista em relação a clube de investimento (Recurso Especial 290.954 RJ).

Observa-se a possibilidade de existência de relação de consumo ainda que não ocorra uma contraprestação remunerada pelo consumidor. Não obstante o § 2º do artigo 4º da Lei 8.078/90 expressamente exigir a necessidade de remuneração na prestação de

⁷⁴ Artigo 29: "Para fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se ao consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas".

serviço, o artigo 39, nos incisos III⁷⁵ combinado com o VI⁷⁶ exoneram o consumidor do pagamento na ausência de prévia autorização, equiparando a amostra grátis nos termos de seu parágrafo único⁷⁷.

Neste sentido verifica-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 2010/0079120-5 MG, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, proveniente da 3ª Turma, publicado no Diário da Justiça eletrônico 02/08/2012, ponderando a questão da remuneração:

EMENTA - DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET. BLOGS. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.

1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.
2. O fato do serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração" contido no art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.
3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.
4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil.
5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.
6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e

⁷⁵ Artigo 39, III: “enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço”.

⁷⁶ Artigo 39, VI: “executar serviços sem prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes”.

⁷⁷ Artigo 39, parágrafo único: “os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento”.

determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*.

7. O montante arbitrado a título de danos morais somente comporta revisão pelo Superior Tribunal de Justiça nas hipóteses em que for claramente irrisório ou exorbitante. Precedentes.

8. Recurso especial a que se nega provimento.

Verifica-se que a condição do fornecedor possuir caráter beneficente e filantrópico não afasta sua responsabilidade de natureza consumerista, conforme voto do Ministra Nancy Andrighi, proveniente da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 519310 SP, julgado em 20/04/2004, na qual é recorrido a Sociedade de Beneficência e Filantropia São Cristóvão: “O Código de Defesa do Consumidor se aplica à sociedade civil sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração”.

Observa-se que o Código de Defesa do Consumidor define a condição de fornecedor como toda pessoa física ou jurídica, não distinguindo se privada ou pública, nacional ou estrangeira, incluindo os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos e prestação de serviços, nos termos do artigo 3º, caput da Lei 8.078/90.

Em relação a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações de fornecimento com entidades de caráter público, observa-se manifestação no Recurso Especial 793422 RS, na relatoria da Ministra Eliana Calmon, proveniente da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na qual é recorrente a Rio Grande Energia S/A, julgado em 03/09/2006, cujo voto no seguinte teor:

O Código de Defesa do Consumidor somente se aplica aos serviços públicos remunerados por meio de tarifa ou preço público, pois nos serviços remunerados por taxa o usuário não tem liberdade de escolha, travando-se entre ele e o Poder Público uma relação jurídica de natureza administrativo-tributária.

Não obstante a ausência de previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor, impondo requisitos adicionais para caracterizar a condição de fornecedor, verifica-se a necessidade de identificar uma relativa autonomia, ou seja, o poder de decisão no que diz respeito a quê, quando, quanto e como produzir ou prestar serviço. Acrescenta-se

ainda o requisito de habitualidade, ou seja, frequência no fornecimento e conhecimento técnico do produto ou serviço (SILVA, 2008, p. 26).

Em relação a habitualidade, verifica-se voto na lavra do Ministro Waldemar Zveiter, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em Agravo Regimental no Agravo 150829 DF, julgado em 19/03/1998: “O Código de Defesa do Consumidor não se aplica às relações de compra e venda de objeto totalmente diferente daquele que não se reveste da natureza do comércio exercido pelo vendedor”.

De acordo com o artigo 6º, VIII o magistrado é autorizado a aplicar a inversão do ônus da prova, mediante análise da presença alternativa dos requisitos de hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança de suas alegações, atribuindo ao fornecedor a produção probatória de fatos que em tese estariam na incumbência do consumidor. Indicamos manifestação da Ministra Nancy Andrichi, em Recurso Especial 915.599/SP, na 3ª Turma, publicada no Diário da Justiça eletrônico 05.09.2008, na qual fundamenta-se a aplicação da inversão do ônus probatório em razão de hipossuficiência ou verossimilhança, em consonância com o artigo 6º, VIII da Lei 8.078/95:

EMENTA – PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. OCORRÊNCIA DE SAQUES INDEVIDOS DE NUMERÁRIO DEPOSITADO EM CONTA POUPANÇA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ARTIGO 6º, VIII DO CDC. POSSIBILIDADE. HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA RECONHECIDA. O artigo 6º, VIII do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, estabelece que a inversão do ônus da prova será deferida quando a alegação por ele apresentada for verossímil, ou quando constatada sua hipossuficiência [...]

O texto legal utiliza de forma expressa a alternatividade dos requisitos, a saber: verossimilhança de suas alegações ou hipossuficiência do consumidor. Quanto à demonstração de verossimilhança, afirma Nunes (2012, p. 851) tratar-se de argumento com aparência de verdadeiro com forte conteúdo persuasivo. Ou seja, a alegação mostra-se estatisticamente admissível de sua ocorrência. Considerando a plausibilidade das afirmações indicadas pelo consumidor de serem procedentes, ainda que não se verifique a existência de prova inequívoca e definitiva para subsidiar esta conclusão, poderá o magistrado calcado no juízo de probabilidade deferir a procedência do pedido inicial considerando que a aparência do direito está em benefício do consumidor, preponderando a “facilitação de seus direitos” indicada no artigo 6º, VIII da Lei 8.078/90.

Por sua vez, Marinoni (2010, p. 186) efetua crítica afirmando que na hipótese de verossimilhança não se verifica autêntica inversão do ônus probatório, ainda que a técnica legislativa tenha utilizado neste sentido o termo. Afirma o doutrinador que no ponto em questão adotou-se a teoria da verossimilhança preponderante.

A respeito da afirmativa, esclarece o doutrinador, ocorrendo problema relacionado com vício do produto, ainda que não se verifique a certeza acerca do fato sustentado pelo consumidor, permanecendo o magistrado em dúvida em relação à procedência de seu pedido, não há racionalidade que justifique a tutela do direito improvável, em favor do fornecedor por ausência de convicção, em detrimento de um direito probabilisticamente provável indicado pelo consumidor. Ou seja, ocorrerá verossimilhança na alegação do consumidor se esta estiver de acordo com as regras da experiência comum ou científica que possa ser plausível ao homem médio.

A outra hipótese a permitir a determinação da inversão relaciona-se a hipossuficiência do consumidor. Acerca da hipossuficiência, esclarece Lisboa (2006, p. 90) que de forma geral a expressão é utilizada para indicar a parte economicamente mais frágil na relação jurídica, e em razão desta inferioridade em relação outra parte, enseja por parte do legislador uma proteção especial.

O legislador do Código de Defesa do Consumidor efetuou uma opção em considerar o consumidor sempre vulnerável⁷⁸, mas nem sempre hipossuficiente. O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor decorre do princípio da igualdade, partindo-se da ideia que os desiguais devem ser tratados desigualmente, atribuindo ao consumidor a condição mais deficiente na relação jurídica de consumo (LISBOA, 2006, p. 90).

Determinou o legislador ao arbítrio do julgador, mediante “regras ordinárias de experiência” o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor. Deverá ter por parâmetro as máximas da experiência, ou seja, juízos hipotéticos *a priori* em relação ao fato ocorrido, baseadas na normalidade esperada pela média experiência em relação ao estado das coisas.

A hipossuficiência a que se refere o Código de Defesa do Consumidor deverá ser predominantemente de ordem técnica (LISBOA, 2006, p. 102), significando que em determinadas condições o consumidor não possui acesso às mesmas informações que o fornecedor. Este em razão de seu conhecimento da forma da prestação do serviço ou da

⁷⁸ Artigo 4º, I Código de Defesa do Consumidor: “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

elaboração do produto, entendendo melhor o funcionamento e suas complexidades, possuindo acesso ao projeto, da técnica e dos processos inerentes a sua fabricação, estará em melhores condições de efetivar a produção probatória em relação ao consumidor.

Sugere Lisboa (2006, p. 91) a observação dos seguintes critérios:

- i. Ante a omissão do legislador em definir quem é hipossuficiente, o juiz deverá reconhecer o consumidor como tal ou não, valendo-se da analogia, dos costumes e princípios gerais do direito (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 126 do CPC);
- ii. O juiz deverá aplicar a norma contida no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, para o fim social ao qual ela se destina, isto é, observar a sua finalidade social (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Admite Lisboa (2009, p. 91) a possibilidade do reconhecimento da hipossuficiência do consumidor em razão de sua posição socioeconômica, entretanto observa que a luz do artigo 4º da Lei de Introdução, deve-se reconhecer a hipossuficiência por questão jurídica, na qual impede ao consumidor produzir prova que se demonstra indispensável para responsabilizar o fornecedor.

Indica-se que historicamente a hipossuficiência relaciona-se a questão econômica, ou seja, a inferioridade do consumidor em relação a preponderância econômica do fornecedor, permitindo a compensação da desigualdade por meio de um mecanismo processual. Neste sentido a inversão visaria a reequilibrar a relação entre o consumidor e fornecedor (LISBOA, 2006, p. 100).

Todavia, partindo do pressuposto que a hipossuficiência tenha por fundamento a questão exclusivamente econômica, poder-se-ia sustentar em tese que a determinação para que a reclamada efetivasse o pagamento das custas relacionadas à perícia técnica seria medida suficiente para suprir a desigualdade.

Entretanto é evidente que limitar a determinação pelo pagamento das despesas do perito, que normalmente representam o maior percentual do custo considerando as despesas em sua totalidade, não é suficiente para a proteção do direito do consumidor, se não houver efetivamente a inversão em seu favor. Bastaria o fornecedor recusar-se a efetivar o pagamento das despesas para evitar a produção probatória, neste caso mantendo-se o ônus da prova à pretensão do consumidor não poderá subsistir.

Na opinião de Arenhart (2013), não obstante a redação explícita de o artigo mencionar o instituto da “inversão”, afirma o doutrinador não tratar-se do caso. Admitir a inversão, conduz a uma determinação pela qual imputará ao reclamado a prova do fato

constitutivo do direito relativo ao autor, e conseqüentemente ao autor a prova de fatos modificativos, extintivos ou impeditivos da pretensão deduzida por ele mesmo, por consequência lógica da redação atual do artigo 333 do Código de Processo Civil.

O que a lei autoriza é uma distribuição diferenciada do ônus probatório com o objetivo de facilitar a defesa do consumidor em juízo, atribuindo ao fornecedor de produto ou serviço o ônus probatório de fatos que em tese não lhe competiriam. Deve-se considerar este o ponto fundamental nas questões relacionadas ao sistema consumerista, ou seja, a determinação de um mecanismo útil a proteger de forma mais efetiva o direito do consumidor, considerando o fato de normalmente este apresentar maior dificuldade em demonstrar a falha no fornecimento ou prestação de serviço. Sob este argumento, deve-se admitir como mais adequado a utilização da expressão “dinamização” do ônus probatório.

Observam-se posições divergentes quanto ao momento adequado para a determinação da inversão no sistema consumerista. Para Arenhart (2013) a regra deve ser considerada eminentemente de julgamento, ocasião em que o magistrado é solicitado a decidir a controvérsia, seja de natureza provisória ou definitiva, avaliando as provas presentes nos autos e impor o ônus da falta de prova relevante para o processo.

No mesmo sentido afirma Amendoeira Junior (2012, p. 405), de forma ainda mais incisiva, afirmando a desnecessidade de que tal comando seja anunciado previamente pelo magistrado, considerando que “o fornecedor sabe que a inversão é possível, devendo trabalhar com tal hipótese”. Ou seja, considerando a previsão expressa na Lei 8.078/90, a fixação da inversão prévia pelo magistrado deve ser considerada como medida desnecessária, devendo o fornecedor de produtos e serviços ter consciência de tal possibilidade, ante sua previsão expressa.

Verifica-se voto da Ministra Nancy Andrichi, em Recurso Especial 422778-SP (DIDIER, 2012, p. 84), sustentando que após o oferecimento e a valoração da prova produzida no momento processual instrutório, o magistrado em face da produção probatória, caso incida em dúvida para decidir a demanda, poderá “determinar a inversão em favor do consumidor, pois não há que se falar em surpresa ao fornecedor, visto que este tem ciência de que, em tese, haverá inversão”, ou seja, em razão da previsão legal, a determinação judicial em favor do consumidor no momento da sentença não deve surpreender o fornecedor.

Divergindo na questão, verifica-se a posição de Almeida (2008, p. 110) sustentando que a inversão deverá ser determinada entre a propositura da demanda e o despacho saneador, sob pena de impor prejuízo para a defesa do reclamado. Lisboa (2006, p. 111) faz coro com a posição indicada, seguido por Nunes (2011, p. 288) que igualmente

sustenta a posição, devendo o magistrado especificar as provas que entender pertinentes e quais serão objeto da inversão. Tal medida se faz necessário em razão, na análise de Lisboa (2006, p. 111), pois ocorrendo a necessidade de perícia técnica deverá o fornecedor arcar com estas despesas.

A facilitação do direito do consumidor não poderá ser concedida em detrimento a possibilidade de defesa do fornecedor, tolhendo em concreto o direito em apresentar suas razões. Nesta questão, por exemplo, o fornecedor não poderá efetuar produção probatória em relação ao “dano” eventualmente alegado pelo consumidor em decorrência do vício do produto ou da prestação de serviço. A existência de dano e seu nexo causal deverão ser demonstrados pelo consumidor. Neste caso o fornecedor seria obrigado em efetuar prova negativa, ou seja, a inexistência do dano sofrido pelo consumidor.

Conforme a lição de Cambi (2006, p. 420):

O juiz ao inverter o ônus da prova, deve fazê-lo sobre fato ou fatos específicos, referindo-se a eles expressamente. Deve evitar a inversão do *onus probandi* para todos os fatos que beneficiariam ao consumidor, de forma ampla e indeterminada, pois acabaria colocando sobre o fornecedor o encargo de provar negativa absoluta/indefinida, o que é imposição diabólica.

A respeito da prova diabólica, indicamos decisão a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministra Nancy Andrighi em Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial 1187970 SC, assim:

EMENTA - AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇA OBRIGATÓRIA. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. FORMALISMO EXCESSIVO. PROVA DIABÓLICA. MEIO DIVERSO DE VERIFICAÇÃO DA TEMPESTIVIDADE. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE.

1 – *Omissis*.

2 – Exigir dos agravados a prova de fato negativo (a inexistência de intimação da decisão recorrida) equivale a prescrever a produção de prova diabólica, de difícil produção. Diante da afirmação de que os agravados somente foram intimados acerca da decisão originalmente recorrida com o recebimento da notificação extrajudicial, caberia aos agravantes a demonstração do contrário.

3 – *Omissis*.

Para Didier (2012, p. 88) a prova diabólico verifica-se no caso concreto na hipótese em que a veracidade da alegação a respeito de determinado fato é extremamente difícil, não ocorrendo qualquer meio de comprovação para sua demonstração.

Necessário se faz notar a observação de Gonçalves (2012, p. 213) discorrendo a respeito da prova negativa, afirma que a impossibilidade incide apenas quanto às negativas absolutas e não as relativas. Ou seja, não é possível determinar que seja efetuada prova que “A” nunca em sua vida esteve em determinado local, mas é possível que “A” efetue a prova que não esteve naquela mesma localidade em determinado dia e horário. A impossibilidade da prova decorrente de fato negativo indefinido não é consequência de seu caráter negativo, mas de seu caráter indefinido.

Indica Didier (2012, p. 89), apresentando os mesmos argumentos acima para sustentar que nem sempre a prova diabólica se refere a um fato negativo, não obstante reconhecer que comumente a jurisprudência refere-se a ambos como sinônimos.

Observe-se que o artigo 51, VI da Lei 8.078/90 veda sob pena de nulidade de cláusula contratual que possibilite de inversão do ônus probatório em detrimento ao consumidor. A medida tem por fito impedir o enfraquecimento da estrutura de proteção ao consumidor por meio de cláusula contratual. É notório que grande parte dos consumidores não efetua leitura detalhada dos contratos a que se obrigam, e há aqueles que sequer possuem condições de compreender adequadamente as consequências advindas do contrato.

Deve-se notar que o artigo 38 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) determina a inversão *ope legis* de forma objetiva em relação a vinculação de informação ou comunicado publicitário efetuado pelo fornecedor. Há que considerar ainda de tratar-se de vício do produto ou prestação de serviço, abrigados nos artigos 18 a 25 da lei em comento, e não de fato do produto, abrigado nos artigos 12 a 17. A incidência de fato do produto conduz a responsabilidade objetiva, nos termos do artigo 12. Neste sentido, indica-se jurisprudência proveniente do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 6ª Câmara Cível, em Apelação Cível 598081123, sob a relatoria do Desembargador Antônio Janyr Dall’Agnol Junior:

Responsabilidade Civil – Acidente de consumo – Responsabilidade pelo fato do produto. É objetiva a responsabilidade do produtor na hipótese de acidente de consumo. Responde, assim, perante o consumidor ou o circunstante, fábrica e refrigerantes em razão de estouro de vasilhames, ocorrido em supermercado. Não é o comerciante terceiro, ao efeito de excluir a responsabilidade do produtor [...] ainda que o fosse, incumbe ao fabricante a demonstração inequívoca de que o defeito inexistia no produto, a caracterizar exclusividade de ação (dita culpa exclusiva) do comerciante”

Deve-se observar jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admitindo a inversão *ope legis* do ônus probatório na incidência de fato do produto, conforme revela-se no voto do Ministro Marco Buzzi, em Agravo Regimental no Recurso Especial 2008/0188311-3 MG, proveniente da 4ª Turma, publicado em 13 de agosto de 2013. Conforme transcrição do voto:

Discussão acerca do ônus da prova. Ausência de impugnação do fundamento central exarado pelo Tribunal de origem, consubstanciado na assertiva de que: compete ao construtor a prova da existência de causa excludente da responsabilidade objetiva decorrente de defeito de construção, à luz do artigo 12, 3º, do Código de Defesa do Consumidor, hipótese de inversão do ônus da prova *ope legis*, a qual se configura desde a propositura da demanda, não traduzindo regra de instrução. Incidência da Súmula 283/STF”.

A medida tem por objetivo assegurar a facilitação da defesa do direito do consumidor, como reiteradamente tem-se afirmado no decorrer desta análise. Consigna-se que este estudo considera como mais adequado, a determinação da inversão do ônus probatório como regra de julgamento, em razão sua integração com os poderes instrutórios do juiz, nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil.

CONCLUSÕES

Adotou-se como ponto de partida do presente estudo a relação da jurisdição e processo, seus objetivos políticos, sociais e jurídicos. Neste contexto verificou-se o papel do magistrado na solução de conflitos apresentado por seus interessados. Desta forma a decisão proferida pelo Estado Juiz deverá observar o devido processo legal e o contraditório, tomando-se por base a imprescindibilidade de se verificarem estes elementos no processo judicial para o reconhecimento de uma prestação jurisdicional legítima. Ao longo do desenvolvimento do devido processo legal, observou-se a dificuldade em delimitar o tema. A doutrina acolhe o entendimento no sentido de que o devido processo legal atua como um supraprincípio, o fundamento que orienta todos os demais princípios a serem observados no desenvolvimento do processo. Seu papel desdobra-se em duas faces, constituindo-se fator limitativo ao poder de legislar, ao mesmo tempo em que assegura o respeito aos direitos nas relações jurídicas, em especial as de natureza privada.

Verificou-se que o processo judicial é instrumento para que o Estado alcance os seus objetivos políticos, sociais e jurídicos. Entretanto a prestação jurisdicional somente poderá ser oferecida de forma adequada mediante oportunidade para que as partes possam apresentar as provas inerentes aos fatos alegados, observados os pressupostos do devido processo legal e o contraditório. O direito a produção probatória deve ser considerado como direito fundamental, incumbindo-se ao magistrado assegurar a garantia de seu exercício.

Investigou-se princípios processuais que sustentam a possibilidade da dinamização do ônus probatório. Dentre estes princípios verifica-se que, somente o juiz natural, constitucionalmente investido pelo Estado estará legitimado a conduzir e decidir no processo e por consequência efetuar a determinação pela dinamização quando necessário. Tal decisão deverá necessariamente ser adequadamente fundamentada, ou seja, deverá apresentar os alicerces legais e lógicos pelos quais o magistrado concede ou denega a medida. Somente mediante a apresentação apropriada da fundamentação será possível as partes e até mesmo eventual órgão superior que eventualmente efetue sua revisão, poderão aferir o acerto ou não da medida.

A dinamização do ônus probatório deve ser considerada no contexto do princípio da colaboração processual, como uma visão ampliada do contraditório. A colaboração processual supera a concepção do contraditório como mera manifestação do interessado na apresentação de suas motivações, devendo-se considerar um dever processual das partes em coordenar suas ações com o magistrado, para melhor andamento do processo.

A colaboração processual não pressupõe necessariamente uma ação colaborativa entre as partes adversárias entre si, tendo em vista que seus interesses normalmente apresentar-se-ão antagônicos entre si. Todavia, deverá as partes agir em colaboração processual com o magistrado, com o propósito de efetuar esforços para o desenvolvimento do processo, principalmente minimizando o esforço para que se encontre uma solução pautada no exercício de uma jurisdição justa. Desta forma permite-se um melhor desenvolvimento do processo, assegurando o cumprimento do LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal.

O princípio da adaptação do procedimento reforça o argumento quanto a possibilidade do magistrado determinar incidência da inversão do ônus probatório. Deve-se considerar que a norma legal, nos termos do artigo 6º, VIII da Lei 8.078/90, determina neste sentido uma adaptação procedimental. Faz incidir o encargo da produção probatória sobre a parte processual que originalmente não estaria incumbida com sua realização, com o objetivo de facilitar a defesa dos direitos do consumidor e perseguir um processo pautado na justiça.

A inversão não poderá ser requerida pelos interessados processuais em face de prova ilícita, seja a ilicitude da forma material seja na processual. Ou seja, ocorrendo o interesse na dinamização do ônus probatório, somente poderá ser objeto a produção probatória de objeto lícito ou que seja instrumentalmente lícita.

O princípio constitucional da igualdade exige o tratamento de forma isonômico, seja no aspecto material ou processual. Em regra o consumidor assume posição de desigualdade em face do fornecedor de produtos e serviços, seja por razões diversas tais como: econômicas, de acesso a informação inerente ao produto. Desta forma, o Código de Defesa do Consumidor expressamente presume uma posição de vulnerabilidade do consumidor. Para superar eventual desigualdade, a lei 8.078/90 em seu artigo 6º, VIII determina a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, com vista para facilitação da defesa de seus direitos.

Investigou-se a respeito da busca da verdade e sua possibilidade no processo civil. Neste ponto, verificou-se a impossibilidade de aferir a verdade absoluta, mas a necessidade do magistrado em perseguir, ainda que limitadamente, a realidade dos fatos para que seja possível uma prestação judicial adequada.

A possibilidade da inversão do ônus probatório é eminentemente uma decisão judicial, ou seja, o magistrado deve observar a incidência dos requisitos de verossimilhança ou da hipossuficiência do consumidor no caso concreto, deferindo ou não a medida, de forma fundamentada qualquer que seja sua decisão. Neste aspecto investigou-se

acerca dos poderes instrutórios do juiz. Observa-se que as idiossincrasias a que o juiz está exposto, exercem inevitavelmente influência sobre a decisão no momento em que o magistrado profere a sentença.

A inversão do ônus da prova no sistema de direitos do consumidor tem por finalidade a facilitação da defesa de seus direitos. Na relação de consumo, em regra mostra-se de difícil demonstração ao consumidor quanto a natureza do vício apresentado pelo produto ou serviço. Isto é, se o vício é decorrente de erro na fabricação, armazenagem efetuada de forma incorreta ou simplesmente em razão de mau uso. Deverá o magistrado, observando os requisitos de verossimilhança e hipossuficiência, determinar ao fornecedor o encargo da demonstração de ausência de vício de qualidade ou quantidade que possam comprometer ou tornar inadequado o consumo a que se destinam, ou que afetem a depreciação de seu valor.

Observou-se que a distribuição do ônus como determinado no atual Código de Processo Civil, eventualmente pode revelar-se inadequado. Conforme observado no projeto de mudança ao atual Código de Processo Civil, a distribuição dinâmica do ônus probatório permitirá a flexibilização de forma complementar, sem invalidar por completo o dispositivo como conhecido atualmente. A alteração efetivada pelo projeto tem por objetivo um procedimento adequado, considerando que procura-se um equilíbrio entre as partes. Deve-se considerar que a distribuição no modelo atual impõe dificuldades ou até mesmo impossibilita a produção probatória em determinados casos.

Como observado o instituto da inversão do ônus probatório permitido pelo Código de Defesa do Consumidor, determina requisitos e pressupostos que dificultam sua extensão em casos que não estejam abrigados pelos dispositivos protetivos da Lei 8.078/90, tais como o pressuposto de vulnerabilidade da condição do consumidor; a determinação dos requisitos de verossimilhança ou hipossuficiência do consumidor para aplicação da inversão do ônus da prova.

Verifica-se desta forma a possibilidade de sustentar a imprescindibilidade de normatização do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova, nos moldes previstos no projeto de alteração do atual Código de Processo Civil. Somente desta forma haverá possibilidade de sua aplicação de forma ampla, nos casos não abrigados pelo Código de Defesa do Consumidor. O instrumento da dinamização do ônus probatório, nos moldes do projeto é instrumento a disposição do magistrado para permitir um reequilíbrio na relação processual, mediante adequado poder instrutório do juiz como diretor do processo. O instituto deverá ser aplicado em razão de uma impossibilidade justificável na apresentação da prova,

permitindo ao final do processo a entrega de uma prestação jurisdicional que se revele antes de tudo justa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. Tradução Virgílio Afonso da Silva.

ALMEIDA, João Batista. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. **Manual de Direito Processual**. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

_____. **Poderes do Juiz e Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Editora Atlas. 2006.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural. 1991. Tradução de José Américo Motta Pessanha.

_____. **Metafísica**. Porto Alegre: Editora Globo. 1969. Tradução de Leonel Vallandro.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores. 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva. 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

_____. **Direito e Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011 A.

_____. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência**. São Paulo: Malheiros Editores. 2006.

_____. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros Editores. 2006 A.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

_____. **A Constituição Aberta**. São Paulo: Malheiros Editores. 1996.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes Editores. 1997. Tradução Eduardo Brandão.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Salvador: Editora JusPodivm. 2008.

CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.

_____. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. et al. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1988. Tradução de Ellen Grace Northfleet.

CAPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2008.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2006.

CHIOVENDA, Guisepe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: BookSeller. 1998. Tradução Paolo Capadino.

COUTURE, Eduardo Juan. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. Belo Horizonte: Editora Lider. 2003.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. Salvador: Editora JusPodivm. 2009.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. Salvador: Editora JusPodivm. 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. São Paulo: Malheiros Editores. 2009.

_____. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores. 2002.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil** – volume 1. São Paulo: Malheiros Editores. 2009.

_____. **Fundamentos do Processo Civil** – volume 1. São Paulo: Malheiros Editores. 2002 A.

FARIA, Anacleto de Oliveira. **Do Princípio da Igualdade Jurídica**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 1973.

FOUCAULT, Michael. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora. 2002. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado.

GOMES, Sergio Alves. **Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1995.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva. 2011.

_____. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros Editores. 2011.

_____. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores. 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva. 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades do Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. **Estudo Sobre o Processo Cautelar**. São Paulo: Malheiros Editores. 1995.

HABERMAS, Jurgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. São Paulo: Martins Fontes Editor. 2007. Tradução Marcelo Brandão Cipolla.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **Direitos Fundamentais e Processo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2003. Tradução de João Paulo Monteiro.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Edições Profissionais. 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. Salvador: Editora JusPodivm. 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.

LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O Juiz e o Princípio Dispositivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.

MARINONI, Luis Guilherme et al. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

_____. **Técnica Processual e Tutela de Direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010 A.

_____. **Manual de Processo de Conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.

MARQUES, Cláudia Lima et al. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

MARQUES, Jose Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Campinas: Editora Millennium. 2003.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva. 2013.

MEDINA, José Miguel et al. **Processo Civil Moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

_____. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

MIRANDA, VICENTE. **Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva. 1993.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2010.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Método. 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método. 2008.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Editora Saraiva. 1997.

_____. et al. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Editora Atlas. 2012.

OVIDIO, A. Baptista da Silva. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano – Canônica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1996.

_____. **Processo e Ideologia O Paradigma Racionalista**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2006.

_____. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001.

PLATÃO, A **República**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1949. Tradução Maria Helena da Rocha Pereira.

_____. **Diálogos**. São Paulo: Editor Victor Civita. 1972. Tradução José Cavalcante de Souza.

PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2003.

_____. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual**. São Paulo: Editora Saraiva. 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2007.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2004.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor Anotado**. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores. 2002.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

SOUZA, Artur César de. **Contraditório e Revelia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

SOUZA, Sebastião de. **O princípio Dispositivo no Código de Processo Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial. 1949.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito de Processo Penal**. Salvador: Editora Jus Podivm. 2012.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. Campinas: BookSeller Editora. 2000.

TEXTOS

ARENHART, Sergio Cruz. **A Verdade e a Prova no Processo Civil**. Repositório da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>> Acesso em 04 fev. de 2013.

CAVALCANTI FILHO, J. T. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Repositório do Supremo Tribunal Federal.. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.>. Acesso em: 05 fev. 2013

JARDIM, Afranio Silva. O princípio dispositivo e a Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Moderno. **Revista Justitia**. Julho/Setembro 1987. p. 99 a 120.

LAPORT, Felipe Moretti. A Ilícitude da Inversão do ônus da Prova em Material Ambiental. **Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em 12 mar. 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O juiz e a prova**. Repró 35/178-184. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Prova – Princípio da Verdade Real – Poderes do Juiz – ônus da Prova e sua eventual inversão – Provas Ilícitas – Prova e Coisa Julgada nas Ações Relativas à Paternidade. **Revista de Direito Privado**. Janeiro/Março. 2004. p. 9/28.