



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

ABELAR BAPTISTA PEREIRA FILHO

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR: A ADOÇÃO DE REGRA DE
JULGAMENTO E O RISCO DE INEFETIVIDADE DOS
PROCESSOS CONTRA INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS**

ABELAR BAPTISTA PEREIRA FILHO

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR: A ADOÇÃO DE REGRA DE
JULGAMENTO E O RISCO DE INEFETIVIDADE DOS
PROCESSOS CONTRA INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre, em Direito Negocial, Área de Concentração de Processo Civil, pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti.

Londrina - PR
2010

**Catálogo na publicação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da
Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina.**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

P436i Pereira Filho, Abelar Baptista

A inversão do ônus da prova do código de defesa do consumidor: a adoção de regra de julgamento e o risco de inefetividade dos processos contra instituições financeiras. / Abelar Baptista Pereira Filho – Londrina, 2010. 247 f.

Orientador: Luiz Fernando Bellinetti

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicado, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2010.

1. Processo civil - Brasil – Teses. 2. Ônus da prova – Teses. 3. Consumidor – Teses. 4. Efetividade – Teses. 5. Tutela jurisdicional - Teses. I. Pereira Filho, Abelar Baptista. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicado. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 343.04

ABELAR BAPTISTA PEREIRA FILHO

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR: A ADOÇÃO DE REGRA DE JULGAMENTO E O
RISCO DE INEFETIVIDADE DOS PROCESSOS CONTRA
INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre, em Direito Negocial, Área de Concentração de Processo Civil, da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

BANCA EXAMINADORA

Luiz Fernando Bellinetti
UEL – Londrina - Pr

Vicente de Paula Marques Filho
UEL – Londrina - Pr

José Francisco Siqueira Neto
Universidade Mackenzie

RESULTADO _____

Londrina, ____ de _____ de 2010.

A meus pais, Abelar e Dirce, com todo amor,
por tudo o que foram, são e serão.

Àqueles a quem esse simples trabalho possa,
de algum modo, auxiliar.

AGRADECIMENTOS

Preliminarmente, a DEUS, Verdadeira Razão e Chama Eterna por sua infinita constância, justiça e bondade, que outorgou a mim, mera centelha, a ciência e oportunidade necessárias, uma vez que, *Vocatus atque non vocatus, DEUS aderit*¹;

A meus pais e irmãos, de sangue e, de alma, verdadeiros tesouros a mim concedidos nessa inesquecível existência, pois, “onde está o teu tesouro, aí estará também o teu coração”²;

A todos os excelentes professores com quem pude aqui, conviver e, em especial ao meu orientador, Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti, pelo exemplo de postura acadêmica, pela fé em mim depositada, pelas valiosas dicas, preocupação com a conclusão deste trabalho, pela sapiência, paciência e respeito demonstrado a todos nós, alunos, ao exigir de nossos posicionamentos, apenas pesquisa e fundamentação bastantes, necessárias à academia;

A Francisco Carlos Navarro, secretário do Mestrado; humano que, por vezes assumiu a condição de anjo da guarda de todos os alunos; um *guerreiro menino*, na dimensão da grandeza com que concebido o ícone, na poesia da canção;

A todos os meus amigos, colegas de mestrado e, sobretudo, aos meus companheiros de trabalho, mormente os que comigo atuam e dividem responsabilidades, humanos sem preço, pelo apoio e tolerância, pois sem esses amigos-irmãos, essa conquista seria impossível;

A todos aqueles a quem estimo e a quem amo, dos quais tive o convívio às vezes furtado, como *mea culpa* e para que saibam que, quem mais perdeu, fui eu;

Aos profissionais de saúde em quem confio e a quem consulto, que, competentes, humanos e amigos, me mantêm de pé, com qualidade de vida, mesmo em momentos turbulentos, em que as responsabilidades e desafios se acumulam, tidos como próprios da “vida moderna”;

¹ “Evocado ou não, Deus está presente” – In DESIDERIUS, Erasmus. **Colletanea adagiorum**, 1500/1508 – Frase atribuída ao Oráculo de Delphos, amplamente difundida em virtude de ter sido grafada por Carl Gustav Jung, psiquiatra suíço e fundador da psicologia analítica, em sua última residência. *Apud*; http://www.ijusp.org.br/artigos/ak_rubens.html – acesso em 23/04/2008, 1h16min.

² BÍBLIA. Português. **A Bíblia Sagrada: antigo e novo testamento**, evangelho segundo mateus, cap.6, v.21. Disponível em: <http://www.bibliaonline.com.br/ra/mt/6> - acesso em 03/03/2010, 10h21min.

A meu anjo, e;

Enfim, à vida, porque, segundo a pureza da resposta das crianças, é bonita e é bonita.³

³ NASCIMENTO JUNIOR, Luiz Gonzaga do. **Canção o que é, o que é. caminhos do coração**, faixa 1, 1982. Disponível em: <http://www.gonzaquinha.com.br/disc12.html> - acesso em 03/03/2010, 10h25min.

“É possível, portanto, caracterizar o Estado de Direito como espaço de entrecruzamento horizontal de dois meios de comunicação simbolicamente generalizados: o poder e o direito.”

MARCELO NEVES, Jurista Brasileiro. ⁴

“Como era de esperar, sou um grande defensor da empresa privada. Acredito que essa é a forma mais eficiente e prolífica de organização econômica. A história provou que o capitalismo é bem superior ao comunismo, que apenas retardou o crescimento econômico e reprimiu a liberdade. As empresas privadas e o capitalismo, no entanto, funcionam melhor quando vêm acompanhados de instituições democráticas, baseadas em leis que de fato funcionem e sejam respeitadas.”

DAVID ROCKEFELLER, banqueiro e filantropo americano. ⁵

⁴ NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 91.

⁵ ROCKEFELLER, David. **Revista Veja**, Ed n. 1984 – Ano 39 – n. 47, 29.nov.2006. São Paulo: Abril Editora, p.14.

PEREIRA FILHO, Abelar Baptista. **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**: a adoção de regra de julgamento e o risco de inefetividade dos processos contra instituições financeiras. 247 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2010.

RESUMO

O presente trabalho realiza estudo acerca da distribuição do ônus de prova no processo civil brasileiro clássico, contrapondo-se à previsão excepcional, no microsistema legal definido pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, quanto à inversão do ônus da prova no caso concreto e por decisão judicial aos consumidores, quando preenchidos os requisitos definidos em lei. Especificamente, no que toca aos processos em que se discutam relações jurídicas entre consumidores e instituições financeiras, identifica a necessidade de provas técnicas delimitadoras e/ou quantificadoras, na maioria dos casos, necessárias à decisão líquida a ser prolatada nos referidos procedimentos, como forma de maior efetividade e celeridade no seu cumprimento, evitando-se a morosidade processual, o risco de inefetividade das decisões e, conseqüentemente, levando à prestação da tutela jurisdicional mais rápida e adequada. Para tanto, traz na introdução noções e concepções clássicas e modernas de direito, de processo e da forma de atuação jurisdicional socialmente esperada, hodiernamente. Em capítulos específicos, estuda a prova, distribuição de seu ônus às partes, os precedentes das possibilidades de inversão do *onus probandi* na doutrina estrangeira e pátria e a positivação de tal regra na lei consumerista, bem como a interpretação que lhe dá a doutrina e jurisprudência nacionais, majoritariamente como regra de julgamento-juízo, em detrimento da adoção da inversão como regra de atividade-procedimento. Por fim, examina as proposições de inovações legislativas em discussão, quanto ao Novo Código de Processo Civil Brasileiro e aos modelos de Código de Processo Coletivo apresentados à Ibero - América e ao Brasil, concluindo ser possível, tempestiva e oportuna a discussão sobre o tema, com possível inovação interpretativa pela doutrina e, até mesmo legislativa, no sentido de se considerar possibilidades de efetiva inversão procedimental do ônus de prova em casos tais, exclusivamente quanto às provas técnicas, com conseqüente inversão de ônus econômico destas, mantendo-se em relação às demais modalidades de prova a regra de juízo, em franco sistema híbrido, para que se alcancem os reais objetivos da tutela jurisdicional concebida pela mais atualizada doutrina, consoante os anseios da sociedade.

Palavras-chave: Processo civil. Ônus da prova. Consumidor. Efetividade. Tutela jurisdicional.

PEREIRA FILHO, Abelar Baptista. **The inversion of the burden of proof in the Consumer Defense Code:** the adoption of the judgment rule and the risk of the ineffectiveness of the lawsuits against financial institutions. 247 pages. Masters Degree Dissertation. State University of Londrina (UEL), Londrina, 2010.

ABSTRACT

The present paper accomplishes a study about the burden of proof distribution in classical Brazilian civil procedure, as opposed to the exceptional prediction in the legal micro-system defined by the Brazilian Consumer Defense Code about the inversion of the burden of proof in concrete case and by judging decision to the consumers, when the formalities required by law are all fulfilled. Specifically about the lawsuits in which juridical relations between consumer and financial institution, it identifies the need of quantifying and/or bounding technical proof, in most of the cases, that are needed to the liquid rendering judgment in the mentioned procedures as a way to amplify the effectiveness and celerity in its accomplishment, avoiding the procedure slowdown, the ineffectiveness risk of the decisions and consequently leading to a faster and more adequate jurisdictional ward provide. For this, in its introduction it brings classical and modern notions and conceptions of justice, procedure and jurisdictional operation socially expected nowadays. In specific chapters it studies the proof, the burden distribution to the parts, the precedents of the inversion of the burden of proof possibilities in the national and foreigner doctrine and the affirmation of this rule in the consumer law, as well as the definition that the national doctrine and jurisprudence give to it, mostly as judgment rule in derogation of the adoption of the inversion as an activity-procedure rule. Finally, it examines the law innovation propositions in discuss, about the Brazilian New Civil Procedure Code and about the Collective Procedure Code ideals presented to the Ibero-American and Brazil, concluding to be possible, prompt and appropriate the discussion about the theme, with possible interpretative innovation by the doctrine and even though legislative, in the direction of considering effective procedural inversion of the burden of proof possibilities in such cases, exclusively about the technique proof with consequent economical burden inversion, keeping its relation to the other proof modalities in the judgment rule, in frank hybrid system, in order to reach the real goals of the jurisdictional ward conceived by the most updated doctrine, consonant the yearning of the society.

KEYWORDS: Civil Procedure. Burden of Proof. Consumer. Effectivity. Jurisdictional ward.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

| | | |
|-----------|---|----|
| Desenho 1 | Dialética - fato, valor e norma, de Miguel Reale..... | 33 |
|-----------|---|----|

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|----------|--|
| AC | Antes de Cristo |
| ADIN | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| ALCA | Área de Livre Comércio das Américas |
| AR | Aviso de Recebimento |
| Art. | Artigo |
| BACEN | Banco Central do Brasil |
| CC | Código Civil |
| CDC | Código Brasileiro de Defesa do Consumidor |
| CF/88 | Constituição Federal de 1988 |
| CN | Congresso Nacional |
| CPC | Código de Processo Civil |
| D.J. | Diário da Justiça |
| D.O.U | Diário Oficial da União |
| EC | Emenda Constitucional |
| IBDP | Instituto Brasileiro de Direito Processual |
| Inc. | Inciso |
| IOCU | International Organization Consumers Union |
| LICC | Lei de Introdução ao Código Civil |
| MERCOSUL | Mercado Comum do Sul |
| MJ | Ministério da Justiça |
| NCC | Novo Código Civil |
| ONU | Organização das Nações Unidas |
| REsp | Recurso Especial |
| RT | Revista dos Tribunais |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TJ/PR | Tribunal de Justiça do Estado do Paraná |
| TJ/SP | Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo |

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| CAPÍTULO I | 15 |
| INTRODUÇÃO | 15 |
| 1.1. NOÇÃO DE DIREITO..... | 15 |
| 1.1.1. O Direito como Ciência..... | 16 |
| 1.1.2. O Direito Positivo..... | 18 |
| 1.1.3. O Direito como Sistema Parcial e Autopoiético..... | 21 |
| 1.1.3.1. <i>Autopoiesis</i> , na biologia..... | 22 |
| 1.1.3.2. <i>Luhmann</i> e o transportar da teoria da autopoiese às ciências sociais..... | 24 |
| 1.1.3.3. <i>Theubner</i> e o direito como sistema autopoiético..... | 27 |
| 1.1.4. Reale e o Direito como Experiência..... | 30 |
| 1.1.4.1. Histórico da teoria tridimensional..... | 30 |
| 1.1.4.2. O tridimensionalismo específico..... | 32 |
| 1.1.4.3. A dialética de complementaridade como elemento de diferenciação..... | 33 |
| 1.1.4.4. Experiência jurídica..... | 34 |
| 1.1.5. O Direito como Ordem Concreta..... | 37 |
| 1.1.5.1. Teorias unitária (constitutiva) e dualista (declaratória) do ordenamento..... | 38 |
| 1.1.6. Hermenêutica Constitucional, Ativismo Judicial e Direito Alternativo: Reflexões..... | 41 |
| 1.2. NOÇÃO DE PROCESSO..... | 57 |
| 1.2.1. Jurisdição e Tutela Jurisdicional – Distinções..... | 57 |
| 1.2.2. Processo, Relação Jurídica de Direito Material e relação Jurídica de Direito Processual..... | 59 |
| 1.2.3. Definição de Processo..... | 60 |
| 1.2.4. Natureza Jurídica do Processo..... | 61 |
| 1.2.5. O <i>Due Process of Law</i> e a Constituição Brasileira..... | 62 |
| 1.2.6. Sincretismo Processual – Reflexões..... | 68 |
| 1.2.6.1. Contexto e Conceito..... | 68 |
| 1.2.6.2. Objetivos do Processo Sincrético..... | 70 |
| 1.2.7. O Processo Civil de Resultados..... | 72 |

| | |
|--|----|
| 1.2.8. A Ética e a Socialidade Necessárias à Realização a Tutela Jurisdicional – Reflexões | 74 |
| 1.2.8.1. Ética – considerações | 77 |
| 1.2.8.2. Moral e moralidade – considerações | 78 |
| 1.2.8.3. A dialética incessante entre ética e moral..... | 82 |
| 1.2.8.3.1. <i>A Contribuição de Kant</i> | 83 |
| 1.2.8.3.2. <i>A Contribuição de Hegel</i> | 84 |
| 1.2.8.4. A influência social, política e ideológica ao agir ético-moral e a crise da lei | 85 |
| 1.2.8.4.1. <i>Socialidade – Conceito e Adoção como Princípio</i> | 89 |
| 1.2.8.4.2. <i>O Bem Comum</i> | 89 |
| 1.2.8.4.3. <i>Previsão na Lei de Introdução ao Código Civil</i> | 89 |
| 1.2.8.4.4. <i>Previsão na Lei 10.406/02 – Novo Código Civil</i> | 90 |
| 1.2.8.5. Ética e socialidade como elementos necessários à atuação jurisdicional do magistrado..... | 91 |
| 1.2.8.5.1. <i>Função Típica do Judiciário – Prestação da Tutela Jurisdicional</i> | 92 |
| 1.2.8.5.2. <i>Seus Escopos</i> | 92 |
| 1.2.8.5.3. <i>Efetiva Aplicação</i> | 93 |

CAPÍTULO II – O PRINCÍPIO DISPOSITIVO, A PROVA NO PROCESSO

| | |
|---|-----|
| CIVIL BRASILEIRO E O CDC | 95 |
| 2.1. O PRINCÍPIO DISPOSITIVO E O PROCESSO..... | 95 |
| 2.1.1. Precedentes | 95 |
| 2.1.2. Princípio Dispositivo | 100 |
| 2.1.3. Mitigações Interpretativas ao Princípio Dispositivo..... | 102 |
| 2.2. PROVA – A NATUREZA DO DEVER, INCUMBÊNCIA, DEFINIDA COMO ÔNUS..... | 110 |
| 2.3. O DEVER DE PROVA NO DIREITO BRASILEIRO | 111 |
| 2.4. PRECEDENTES DE INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO VEDAÇÃO DA PROVA DIABÓLICA..... | 120 |
| 2.4.1. A Inversão Consensual, Judicial e Legal – Definições | 120 |
| 2.4.2. <i>Probatio Diabólica</i> | 121 |
| 2.5. A LEI 8.078/90 E A POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS NELA PREVISTA – CDC | 122 |

| | |
|---|-----|
| 2.5.1. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Aspiração Constitucional | 122 |
| 2.5.2. A Inversão do Ônus da Prova como Direito Básico do Consumidor..... | 125 |
| 2.5.3. Bases Doutrinárias Capazes de Fundamentar o Instituto da Inversão | 125 |
| 2.5.4. As Razões dos Idealizadores do Anteprojeto para a Contemplação do Instituto da Inversão do <i>Onus Probandi</i> , como Direito, no CDC..... | 128 |
| 2.6. OS REQUISITOS PARA O DEFERIMENTO DA INVERSÃO | 131 |
| 2.6.1. Verossimilhança e Vulnerabilidade – suas Diferenças em Relação ao Requisito da Hipossuficiência..... | 136 |
| 2.6.2. Alternatividade ou Cumulação de Requisitos – Dissenso Doutrinário | 138 |
| 2.7. O MOMENTO DE CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS PARA DECRETAÇÃO DA INVERSÃO DO ÔNUS DE PROVA NO PROCESSO E A NECESSIDADE DE ADVERTÊNCIA ÀS PARTES, ANTERIORMENTE À SENTENÇA | 145 |
| 2.8 AS MODALIDADES DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA | 150 |
| 2.8.1. A Inversão do <i>Onus Probandi</i> como Regra de Julgamento e o Art. 333 do CPC..... | 151 |
| 2.8.2. A Aplicabilidade da Inversão se Adotada como Regra de Julgamento – Conseqüências..... | 152 |
| 2.8.3. A Inversão do <i>Onus Probandi</i> como Regra de Procedimento – Conseqüências..... | 155 |
| 2.9. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA – INVERSÃO LEGAL (OPE LEGIS) EM CASO DE VÍCIO OU FATO (DANOSO) DO PRODUTO OU SERVIÇO..... | 159 |

CAPITULO III – A TRANSFERÊNCIA DO DEVER DE PROVA E SUAS CONSEQÜÊNCIAS PARA OS PROCEDIMENTOS DE DISCUSSÃO DE CONTRATOS CONTRA INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

| | |
|---|-----|
| 3.1. A APLICABILIDADE DO CDC ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS | 161 |
| 3.2. A IMPRESCINDÍVEL NECESSIDADE DE PROVA TÉCNICA NOS PROCEDIMENTOS AFETOS A DIREITO BANCÁRIO – FINANCEIRO | 165 |
| 3.3. O AFASTAMENTO DA ODIOSA FIGURA DO JUIZ COMO O <i>PERITUS PERITORUM</i> | 176 |
| 3.4. A ATUAÇÃO PERICIAL E SUA NATUREZA DE MÚNUS | 181 |
| 3.5. A SATISFAÇÃO E ANTECIPAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE PERITO | 184 |
| 3.6. A “CRISE DE INSTÂNCIA” GERADA COM A AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL | 186 |

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO IV – EFETIVIDADE DAS DECISÕES NAS REVISIONAIS DE CONTRATO | 189 |
| 4.1. A SENTENÇA, A LIQUIDEZ NECESSÁRIA AO TÍTULO JUDICIAL E A PROIBIÇÃO DE SENTENÇA ILÍQUIDA NO PROCEDIMENTO SUMÁRIO | 189 |
| 4.2. A LIQUIDAÇÃO PRELIMINAR, SUA MODALIDADE E A INEXORÁVEL EXIGÊNCIA, NOVAMENTE, DE PROVA TÉCNICA | 193 |
| 4.3. O DEVER DE PROVA NA LIQUIDAÇÃO, O CUSTEIO DESTA E O RISCO DE REPETIÇÃO DA ILIQUIDEZ - MOROSIDADE CONSEQÜENTE AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA | 203 |
| | |
| CAPÍTULO V – PROPOSTAS DE RESOLUÇÃO | 208 |
| 5.1. A VISÃO ICONOCLASTA DO SISTEMA | 208 |
| 5.1.1. A Solução Relativa ao Ônus da Prova, no Anteprojeto de Código de Processos Coletivos para a Ibero-América e no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos | 218 |
| 5.1.2. Os Objetivos Perseguidos, Quanto à Prova, pela Comissão Elaboradora do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro..... | 223 |
| 5.2. A EVENTUAL ADOÇÃO DE MODALIDADE DE INVERSÃO HÍBRIDA DO <i>ONUS PROBANDI</i> , EM SE TRATANDO DE PROVA TÉCNICA, AO CDC E, EVENTUALMENTE, AO NOVO CPC | 226 |
| | |
| CONCLUSÃO | 233 |
| | |
| REFERÊNCIAS | 238 |

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

É impossível dissociar as influências que o poder – em suas mais variadas concepções – e o direito – que surge e se idealiza como ciência e se concretiza como ordem sistêmica, concreta, coercitiva – exercem sobre a sociedade e os sistemas e subsistemas que a formam, de modo a efetivamente dar norte, disciplinar ou mesmo regular as tendências, comportamentos, programas governamentais, atuação do mercado e, conseqüentemente, as relações entre tais poderes e integrantes da sociedade.

Nessa esteira, de há muito clama a sociedade pela solidificação, no plano concreto, de um panorama legal que regule, de acordo com os fins sociais a que a lei se dirige e também com segurança jurídica e efetividade, as relações jurídicas existentes entre seus integrantes e determinadas parcelas formadoras de sistemas representativos de poder e também seus entes, sobretudo ante os inúmeros interesses perseguidos por estes, a exemplo de relações de consumo, mercado, sistema financeiro e político, dentre outros.

Assim, é estritamente necessário ao presente trabalho que se apresentem noções, ainda que introdutórias, não exaurientes, de direito e de processo, com enfoque também das noções necessárias à justificação da ótica especificamente utilizada quanto ao sistema probatório previsto na lei consumerista nacional e suas possibilidades de maior efetividade de decisões tomadas em processos judiciais em que essa relação – sociedade e parcelas de poder, a exemplo do sistema financeiro – sejam evidentes, independente do resultado casuístico de tais procedimentos.

1.1. NOÇÃO DE DIREITO

Conceituar a expressão Direito é trabalho exaustivo e não permite, notadamente do ponto de vista jurídico-filosófico, chegar à conclusão única ou amplamente satisfatória, adverte-se.

Não se pode, em qualquer hipótese, abandonar a noção de sistema de língua ordinária, com conteúdo ontológico e deontológico, verdadeiro conjunto de

normas e princípios com nítida finalidade, antes aplicada, seja por definições singelas de dicionários, sejam eles da língua ou jurídicos, ou pela doutrina.

De acordo com enciclopédias eletrônicas, em princípio simplistas, Direito “é uma ciência social aplicada, que estuda o conjunto das normas coercitivas, que regulamentam as relações sociais”⁶, conceito coerente, em preliminar definição.

Nos dicionários jurídicos, as definições plurívocas são externadas e dignas de advertência, como se vê:

“s.m. – o que é reto; justo; o que é conforme à lei; faculdade legal de praticar um ato conjunto de leis ou preceitos que regulam as relações sociais (...)”⁷;

“O direito só pode ser definido à luz de cada uma das acepções do vocábulo. O conceito de direito é amplo, e quanto maior for a extensão de um conceito menor será sua compreensão. A palavra direito, então, é plurívoco-analógica. Tem uma pluralidade de conceitos análogos, não unívocos”⁸.

1.1.1. O Direito como Ciência

Em análise mais ampla, todavia, o Direito, palavra polissêmica que exige preliminar identificação semântica, sobretudo para os fins aqui propostos, é entendido como ciência humana que, por sua vez, evolui juntamente com a sociedade e, cujos comportamentos são regulados por meio do Direito Positivo, objeto de estudo da Ciência do Direito, se adotada em termos simples, mas não simplistas, a perspectiva dogmática desta, que se traduz em ciência do direito *stricto sensu*.

Assim, assumidos tais postulados, tem-se que a Ciência do Direito, *lato sensu* considerada, possui óticas das mais variadas em seu estudo, da dogmática à crítica, da filosofia à ciência, não possuindo o presente trabalho o objetivo sequer de explicitá-las todas, senão de adotar, como ponto de partida, a visão teórica do direito, dotada de conteúdo epistemológico, para que seu estudo e conceituação, com registro das transformações que a referida ciência sofre juntamente com a sociedade, sejam possíveis.

⁶ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito>

⁷ FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marques. **Dicionário brasileiro Globo**. 56 ed. São Paulo: Globo, 2003.

⁸ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico acquaviva**. 2 ed. São Paulo: Rideel, 2008. p. 296.

Destarte, dos estudos da língua portuguesa depreende-se que, *epistemologia*, do grego, *epistéme*, significa ciência, teoria do conhecimento, com objetivos científicos, metodológicos, segundo Aurélio ⁹.

Isso se confirma diante da análise de seu conteúdo e objeto, pois, o jurista Machado Neto afirma que a Teoria Geral do Direito - em que inserida a noção mais festejada pela doutrina clássica brasileira afeta ao tema, qual seja, a teoria tridimensional preconizada por Miguel Reale - é disciplina epistemológica, quando afirma que “outra coisa não é, portanto, a teoria geral do direito senão epistemologia jurídica ou teoria fundamental (porque filosófica) do direito” ¹⁰.

De acordo ainda com a aproximação necessária entre teoria, com conteúdo ontognoseológico, e filosofia, que do estudo dos postulados solidificados e com a visão voltada para o futuro traça possibilidades, cabe considerar que a teoria necessita de investigação filosófica e empírica. Exige análise daquilo que se descreve e prescreve nas normas, nas decisões. Requer visão dual, funcional, sistêmica, com predominante papel empírico à teoria geral, de acordo com postulados da doutrina inclusive ¹¹.

Nesses termos, ao identificarmos o Direito, enquanto sistema, norma posta, conjunto de regras e, enfim, enquanto ciência, com seus elementos integrados, sejam eles os indicados pelas mais diversas teorias a respeito, a exemplo dos elementos que nos empresta Reale - fato, valor e norma – e ainda sua complementação dinâmica na criação, validação, aplicação e revogação ou derrogação das leis, descortinando ainda outras proposições, a exemplo do vasto e fantástico universo da *autopoiese* para instigar o leitor, ou traduzir o direito como experiência e, ainda, como ordem concreta enquanto direito positivo, justificar-se-á a amplitude de tal ciência, paralela às possibilidades de evolução da sociedade humana.

⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário eletrônico aurélio séc. xxi** – cd rom – Ed.Nova Fronteira, 1999.

¹⁰ MACHADO NETO, Antônio Luis. **Teoria da ciência jurídica**, São Paulo: Saraiva, 1975, p.75

¹¹ Vide, nesse sentido, irretocável lição de Zaccaria, In: ZACCARIA, Giuseppe. **Razón jurídica e interpretación**. Madrid: Ed.Civitas, 2004. p. 26.

1.1.2. O Direito Positivo

Preliminarmente, de rigor verificar que, à faceta do Direito em sua acepção posta neste item, consolidada, reguladora de condutas e devidamente sistematizada, se dá o nome de Direito Positivo.

Verifica-se, em relação ao direito positivo, integração indissociável entre este e o poder estatal, seu criador. Aliás, vislumbra-se, desde a idade antiga, a partir do momento em que o embrião de Estado, hoje denominado moderno, é formado, que o Direito passa a ser exercido como poder instrumental do Estado, já com características de substitutividade inclusive.

Assim, conforme se observa das lições de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, a evolução do estado foi paulatina e, como tal, a do direito positivo, substitutivo da autotutela, procedimentalizado ¹²:

Mais tarde e à medida que o Estado foi-se afirmando e conseguiu impor-se aos particulares mediante a invasão de sua antes indiscriminada esfera de liberdade, nasceu, também gradativamente, a sua tendência a absorver o poder de ditar soluções para os conflitos. A história nos mostra que, no direito romano arcaico [...], já o Estado participava, na medida da autoridade então conseguida perante os indivíduos, dessas atividades destinadas a indicar qual o preceito a preponderar no caso concreto de um conflito de interesses. Os cidadãos em conflito compareciam perante o pretor, comprometendo-se a aceitar o que viesse a ser decidido; [...]...

Nesses termos, assume-se a noção segundo a qual, Direito Positivo é sistema ordenado de regras coercitivas postas.

Pode-se, pois, vislumbrar o Direito Positivo como sistema, não de linguagem lógica, mas ordinária, e em franca interação com a atividade humana adaptando-a e adaptando-se, sobretudo sob uma perspectiva concreta, vivida e, porque não dizer, autopoietica.

Cintra, Grinover e Dinamarco ¹³, problematizando o direito em sua fase evolutiva, trazem a noção de sistema normativo, conjunto de normas destinado à resolução de conflitos da sociedade na medida em que o Estado se desenvolvia:

¹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2004. p. 22.

¹³ Ibidem, p 22.

Além disso, para facilitar a sujeição das partes às decisões de terceiro, a autoridade pública começa a preestabelecer, em forma abstrata, regras destinadas a servir de critério objetivo e vinculativo para tais decisões, afastando assim temores de julgamentos arbitrários e subjetivos. Surge então, o legislador (A Lei das XII tábuas, do ano 450 AC, é um marco histórico fundamental dessa época).

A problemática de ordem pública, direito, ordenamento, como sistema, notadamente diante da natureza pretensamente deontológica das normas se adotado o prisma do positivismo e, a natureza ontológica, antropológica do ser humano, em franco contraste, aliás, não é nova e desde os tempos de Rosseau, aflige o pensamento jurídico, filosófico, com fincas ao estabelecimento de sistemas eficazes. Nesse passo, vê-se que sua obra “Do Contrato Social” tem como início:

Quero indagar se pode existir, na ordem civil, alguma regra de administração legítima e segura, tomando os homens como são e as leis como podem ser. Esforçar-me-ei sempre, nessa procura, para unir o que o direito permite ao que o interesse prescreve, a fim de que não fique separada a justiça da utilidade ¹⁴.

Destarte, sem que haja a pretensão de conceituação técnica e única, de rigor considerar que Direito Positivo é um conjunto de normas regularmente editadas e, ainda, de princípios, positivados ou não, a que se atribui a característica de sistema, que se destinam a reger não só as relações jurídicas entre estado, indivíduos, bens e entre estes, mas também os meios legalmente definidos pelos quais tais direitos serão postos em discussão perante o Estado, que exercerá Jurisdição na tentativa de resolução do conflito segundo seus fins.

Observo ainda que, sem embargo ao reconhecido mérito positivismo pretensamente lógico de Kelsen, insta verificar que o Direito, como sistema, não pôde, em determinado momento, sobretudo na criação de seus micro-sistemas, se abstraírem do conceito de justo, sociedade, evolução, do povo cujas ações visaram regular, e nesse ínterim, o Direito tem relação com poder não só finalístico, mas instrumental também, como forma de promover a evolução da sociedade, ao menos reflexamente, não se podendo simplesmente ser abstraída a importância de seus caracteres evolucionista e pedagógico, dentre outros.

¹⁴ ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social. ensaio sobre a origem das línguas**. São Paulo: Nova Cultural. 2000. v. 1. p. 51.

Nesse sentido, a crítica respeitosa e substancial de Siches ¹⁵:

Será conveniente advertir, al comienzo de esta crítica, que Kelsen ha reducido toda la consideración del Estado a una consideración jurídica, alegando que los problemas sociológicos que solían incluirse en la Teoría del Estado [...] son temas metajurídicos. Como asimismo califica de metajurídicas todas las cuestiones de valoración política. [...]. Ahora bien, frente a esta reducción de lo estatal a los meros temas jurídicos – que Kelsen propugna – hay que formular la siguiente objeción: El derecho positivo, es decir, cada derecho positivo, es un producto histórico concreto: nos encontramos con un orden jurídico positivo que es de una determinada manera, que tiene un cierto contenido, contenido que es el efecto de una serie de factores y procesos sociales con sentido y propósito políticos.

Destarte, a relação hoje existente entre Direito Positivo, sociedade e Poder, como forma de demonstrar a importância da sistematização deste em relação a seus fins, coadunando-se com o real, sociedade, com a organização política ocidental, é a estreita ligação de seu exercício na qualidade de monopólio do Estado, com substitutividade, bilateralidade e coercibilidade, por meio de Poder Judiciário especificamente constituído para sua garantia e com finalidades à promoção da evolução do país, respeito aos cidadãos e promoção do bem estar social e da dignidade humana, objetivos primordiais de nossa república, em franca interação com a sociedade que regula, fins de eficácia ¹⁶.

Tal visão encontra justificativa, como veremos, diante da hodierna insuficiência da contribuição kelseniana, que no passado nos ofereceu norte seguro, justamente pela evolução da sociedade e do direito como teoria e ciência, uma vez que Hans Kelsen, ao mitigar a contribuição do elemento *valor* ao direito, notadamente na interpretação da norma “posta”, positivada, afirmava que a eleição de valores ocorria somente na edição da lei e a análise se dava na contraposição da conduta humana à norma: a conduta correspondente à norma teria valor positivo e se contrária, negativo, tendo como ponto de partida a própria norma ¹⁷.

¹⁵ SICHES, Luis Recasens. **Tratado general de filosofía del derecho**. 5 ed. México: Editorial Porrúa. 1975. p. 345-346.

¹⁶ Vide: Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05.10.1988, Preâmbulo e arts. 1º; 2º; 4º, VII; 5º LIII a LVII; 92 a 135.

¹⁷ Cf KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002, p. 19 seq.

1.1.3 O direito como Sistema Parcial e Autopoiético

Fins de conceituação da *autopoiese*, que das lições de Marcelo Neves se colhe a origem, derivada das expressões gregas *autós* (por si próprio) e *poiesis* (criação, produção)¹⁸, de rigor considerar preliminarmente, a idéia de sistemas, organismos, estruturas dissipativas, de acordo com as lições de Prigogine¹⁹.

Por organismos vivos, dotados de sistemas, entendem-se aqueles que se limitam de per si, sem necessidade e possibilidade de referências e interferências diretas do meio externo, a exemplo dos animais. Por estruturas dissipativas entendem-se aquelas que, instáveis, expandem-se até ocuparem os limites exteriores que lhes são possíveis, a exemplo de gases, quando colocados em recipientes.

São os organismos vivos, *autopoiéticos*, diferente das estruturas dissipativas, por serem aqueles dotados de sistemas²⁰, conforme veremos abaixo.

¹⁸ NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 60.

¹⁹ ESTRUTURAS DISSIPATIVAS - As idéias de Ilya Prigogine (3) (Nobel de Química-1.977), permitem estabelecer novos paralelos com o comportamento humano, a partir de suas experiências em Termodinâmica. Este autor conceitua as Estruturas Dissipativas como sistemas vivos não lineares, afastados do equilíbrio, nos quais a instabilidade (Caos) leva a novas formas de comportamento e conseqüentemente novas ordens e estruturas, diferentes das anteriores. Prigogine atuou sobre líquidos ou gases provocando turbulências, criando uma instabilidade (através de variações de pressão, temperatura etc.). Percebeu que após cessar essa ação, as estruturas moleculares das novas ordens geradas eram diferentes das anteriores e às vezes mais complexas. "A instabilidade, a desordem e a imprevisibilidade são fatores preponderantes nessas novas formações, às vezes mais complexas na sua organização". Eis porque podemos entender o caos, a turbulência, não como um fim, algo negativo, mas sim como princípio de novas ordens, às vezes até enriquecedoras, complexas, e até abrindo novas possibilidades, em novas circunstâncias. Um aspecto significativo no estudo de Caos, Fractais, Autopoiese e Estruturas Dissipativas é o de que eles são encontrados no mundo físico e biológico, de onde se extraem seus conceitos básicos. Entretanto, são encontrados esses mesmos conceitos nas esferas social e humana, o que de certa maneira, "transcende a discussão acerca de semelhanças e diferenças entre ciência física e humana". Reafirma-se assim, como diz Prigogine, uma "Nova Aliança", um novo elo, agora indissolúvel. "Não se pode mais separar o ser humano da natureza que ele descreve". (grifos nossos). Disponível em: <http://www.facilita.com.br/facartigo3.htm> - Acesso em 06/11/2007, 19h.

²⁰ "A teoria autopoiética tem como idéia básica um sistema organizado auto-suficiente. Este sistema produz e recicla seus próprios componentes diferenciando-se do meio exterior. O termo Autopoiese foi criado pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela. A teoria Autopoiética tem sido aplicada em Imunologia, na interação homem computador, sociologia, economia, filosofia e administração pública" – In: <http://www.unicamp.br/fea/ortega/temas530/leon.htm> - acesso em 12/04/2010, 19h14min.

1.1.3.1 *Autopoiesis*, na biologia

Deve-se o conceito de “*autopoiesis*”, na biologia, aplicável a todos os organismos vivos, explicitando a vida biologicamente considerada, ao trabalho de dois cientistas chilenos, Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela, conforme cita Neves²¹, bem como indica a obra de Zymler, abaixo:

O que define um organismo vivo individual é a autonomia e constância de uma determinada organização das relações entre os organismos constitutivos desse mesmo sistema, organização esta que é auto-referencial no sentido de que a ordem interna é gerada a partir da interação dos seus próprios elementos e auto reprodutiva no sentido que tais elementos são produzidos a partir dessa mesma rede de interação circular e recursiva²².

Assim, os organismos vivos buscam sua criação e recriação, sob uma matéria, estrutura, que lhe dá corporificação, mediante processo ininterrupto vital, direcionado por um padrão de percepção, cognição, organização, também chamado de código, com fincas à estabilidade, enquanto vivos permanecem.

Com a referida tese, amplamente discutida e com obras que os objetivos do presente trabalho impedem sequer sejam aqui, discutidas, seus autores ganharam espaço na cena científica hodierna a partir da publicação unificada de seus escritos em 1980²³.

Em complemento às lições da doutrina nacional, sobre a autopoiese, hoje em foco, trazida da biologia e, como veremos, adaptada às ciências sociais, cujo centro é o homem e a sociedade, bem explicita o professor e magistrado paranaense Artur César de Souza, os objetivos e diferenças da autopoiese, quando afirma:

A perspectiva epistemológica de Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela não se restringe à afirmação de que o conhecimento exige essa interação entre o sujeito e o mundo, rompendo-se com uma visão meramente representacionista; ela também sugere que os seres humanos são seres vivos autônomos, isto é, “autoprodutores – capazes de produzir seus próprios componentes ao interagir com o meio – vivem no conhecimento e conhecem no viver”.

²¹ NEVES, Marcelo. 2006, *cit*, nota n.9, p.60.

²² ZYMLER, Benjamin. **Política & direito, uma visão autopoietica**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 26.

²³ *Ibidem*.

Os seres vivos caracterizam-se por – literalmente – produzirem de modo contínuo a si próprios, o que se denomina de organização autopoietica.

A característica mais peculiar de um sistema autopoietico é que ele se levanta por seus próprios cordões, e se constitui como diferente do meio por sua própria dinâmica, de modo que ambas as coisas são inseparáveis.²⁴

Ainda, a referida teoria, de acordo com o mestre Willis Santiago Guerra Filho, só foi possível de ser adaptada às outras ciências, a partir da adoção de elementos externos, ao menos captados pelos sistemas que, embora próprios e fechados ao ingresso de elementos externos, não lhes são insensíveis às manifestações exteriores que lhes são chegadas, havendo, mesmo diferenças entre a autopoiese da biologia, posteriormente transmutada às ciências sociais.

Aduz o supracitado mestre:

Para a autopoiese dos sistemas sociais é fundamental a presença de um mecanismo de auto-observação, próprio de sistemas cognitivos, que traz para dentro do sistema a diferença sistema/ambiente e, assim, garante que os elementos reproduzidos são os de um determinado sistema, dentro do sistema global de “sociedade”, e não de outro. A observação em sistemas sociais, portanto, é interna e necessária para a sua autopoiese.²⁵

E prossegue o indicado jurista, de acordo com os postulados de Teubner, como veremos abaixo, para justificação do Direito, com possibilidades de conceituação e análise sob o prisma da autopoiese, notadamente após a indicação da diferenciação de sistema e ambiente²⁶:

O direito, então, desenvolve-se reagindo apenas aos seus próprios impulsos, embora estimulado por irritações provindas do ambiente social. Mesmo as mais poderosas pressões só serão levadas em conta e elaboradas juridicamente a partir da forma como aparecem nas “telas” internas, onde se projetam as construções jurídicas da realidade [...]. Nesse sentido, as grandes evoluções sociais

²⁴ SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 190.

²⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.185.

²⁶ Nesse sentido, afirma Neves que, “tudo que ocorre pertence simultaneamente a um sistema (ou a vários sistemas) e ao ambiente de outros sistemas. Tal diferença como “forma-de-dois-lados” (...) é introduzida no sistema, servindo-lhe de estrutura orientadora no tratamento de seu desnível de complexidade em relação ao ambiente. Mas é sobretudo na sociedade moderna, no interior da qual se diferenciam e autonomizam operacionalmente sistemas funcionais, que a forma-diferença “sistema/ambiente” ganha relevância” NEVES, Marcelo. 2006, *cit*, p. 59-60.

'modulam' a evolução do direito que, não obstante, segue uma lógica própria de desenvolvimento ²⁷.

1.1.3.1.1 *Luhmann e o Transportar da Teoria da Autopoiese às Ciências Sociais*

Niklas Luhmann, jusfilósofo alemão, ao tomar conhecimento e estudar a teoria de Maturana e Varela, explica a transposição do modelo autopoietico para os sistemas psíquicos e sociais, permitindo sua operacionalização, não sem criticar, ao menos de modo tácito, de acordo com as observações de Zymler e Neves²⁸, a opção de Maturana, quando estende ao nível social a concepção autopoietica de sistemas biológicos.

Com efeito, Niklas Luhmann explicita, em sua obra "introdução à teoria dos sistemas" os sistemas parciais e sociais autopoieticos e adverte, efetivamente, aos leitores das lições originais de Maturana e Valera, sobre as diferenças e adaptações a ele necessárias. Com a palavra:

Quando, para explicar o conceito de *autopoiesis*, toma-se como ponto de partida o encerramento da operação, entende-se, então, por *autopoiesis*, que o sistema se produz a si mesmo, além de suas estruturas: há computadores que podem criar seus próprios programas, mas não criar a si mesmos. [...]

Um sistema autopoietico produz as operações necessárias para produzir mais operações, servindo-se da rede de suas próprias operações. No inglês tão particular de Maturana faz-se menção a componentes (*components*); entretanto, este conceito não ajuda a obter clareza sobre se os componentes são operações ou estruturas. Os biólogos não conferem importância a essa diferença, já que a biologia (diferentemente do que ocorre na comunicação) refere-se a acontecimentos com duração temporal, embora mínima; em contrapartida, os elementos da comunicação, enquanto acontecem, esfumam-se. O biólogo pensa, então, em estados químicos, ou em mudanças de estados produzidas no químico; buscando, conseqüentemente, aprender o conceito de elemento a partir da categoria de substância, embora com um tempo mínimo. [...]

O termo estrutura designa outro nível da ordem da realidade, distinto do termo operação. Por sua vez, o conceito de operação deve ser entendido como complementar em relação ao termo estrutura, que se obtém mediante o conceito de *autopoiesis*. [...]

²⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. 2001, *cit*, p. 187.

²⁸ "A recepção do conceito de autopoiese nas ciências sociais foi proposta por Luhmann, tendo tido ampla ressonância. A concepção Luhmanniana da autopoiese afasta-se do modelo biológico de Maturana, na medida em que nela se distinguem os sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais) dos sistemas não constituintes de sentido (orgânicos e neurofisiológicos)". NEVES, Marcelo. 2006, *cit*, p. 61.

Mas, na realidade, essa diferença entre estrutura e operação é somente uma advertência para aqueles que lêem Maturana, uma vez que nela não reside, propriamente, a diferença definitiva entre o conceito de *autopoiesis* na sociologia e na biologia.²⁹

A despeito da dificuldade de adaptação, Zymler, estudioso da doutrina do indicado mestre, com acerto, afirma que Niklas Luhmann, ao redimensionar a teoria em questão

[...] parte da noção de sentido para formular sua teoria dos sistemas autopoieticos. O Sentido é o meio que permite a criação seletiva de todas as formas sociais e psíquicas. Toda manifestação de sentido encobre uma distinção específica: a realidade e a possibilidade ou atualidade e potencialidade. O sentido é uma conquista evolutiva própria dos sistemas sociais e psíquicos, porque permite dar forma à “auto-referência” e à construção da complexidade destes sistemas com base na distinção sistema/ambiente. O sentido é a forma que ordena o experimentar, determinando a referência a possibilidades posteriores. É portanto uma apresentação simultânea do real e do possível.³⁰

Afirma, também nesse sentido, Guerra Filho, ao festejar a extensão do conceito autopoietico à teoria sociológica, com base nos postulados de Luhmann³¹. Isso porque a teoria da autopoiese ganhou relevância e atenção, ainda originalmente ligada à biologia, quando desenvolvida por Maturana e Valera, porque resolvia de modo relativamente exauriente, o mistério da vida e sua recriação. Precisamente sobre tal fato, leciona Luhmann:

Mais relevante, contudo, é o outro aspecto da discussão: simultaneamente, sobvaloriza-se e subvaloriza-se a teoria dos Sistemas autopoieticos, devido ao impacto do termo (autopoiesis) [...] A *autopoiesis* constitui, portanto, um princípio teórico, que, muito particularmente, responde à pergunta do que é a vida, o que é a consciência, o que é o social.³² Trata-se de uma refundação da teoria, cujo desenvolvimento dos conceitos complementares requer muita elaboração. O conceito de *autopoiesis* não oferece ganho de informação e se mantém em um plano geral, abstrato. Necessita de apoios decisivos, como o do conceito de acoplamento estrutural. Maturana busca explicar a variação da estrutura de um sistema

²⁹ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Trad: Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 120-121.

³⁰ ZYMLER, Benjamin. 2002. *cit*, p. 27.

³¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago, 2001, *cit*, p. 181.

³² Aparentemente, a teoria de Maturana e Valera, seja à biologia, primitivamente, seja transportada a outras ciências, descortina o que é a vida, de paradoxo, a paradigma, sendo talvez seu maior feito para a sociedade.

(*structural drift*) mediante os diferentes tipos de acoplamentos estruturais através dos quais os sistemas se acoplam ao meio.³³

Ademais, o próprio Luhmann já o afirmara, quando examinou, além da noção de sentido, a noção de “consciência”, durante o processar das irritações, ruídos, ao sistema, gerando suas modificações:

A consciência provê irritação à comunicação. Os acoplamentos estruturais não produzem operações, mas somente irritações (surpresas, decepções, perturbações) no sistema. Devido ao contexto de operação do sistema, tais irritações podem servir para que o próprio sistema reproduza as operações seguintes[...] O único fato de irritação da comunicação é a consciência. E, exatamente devido a esse efeito de incluir e eliminar do acoplamento estrutural, a comunicação pode aumentar sua capacidade de irritabilidade graças apenas a procedimentos de consciência.³⁴

E em coerente síntese, o festejado mestre define a possibilidade de aplicação do conceito de sistema parcial, social e autopoietico, à sociologia, sagrando suas lições, sobretudo em cada escola que, comprometida, tenha a índole de incentivo à boa pesquisa, efetivamente aplicável à sociedade moderna. Assim sintetiza Luhmann:

Graças aos estímulos dessas abordagens³⁵, a *Teoria dos Sistemas* foi se constituindo em um sistema de auto-observação, recursivo, circular, autopoietico, dotado de uma dinâmica intelectual própria e fascinante, capaz de equiparar-se às abordagens problemáticas que hoje se enunciam sob a noção de pós-modernismo.³⁶

Assim, todo sistema (ou subsistema) integrante do ambiente da sociedade, possui elementos que lhe permitem interagir com os demais sistemas, sem que se lhes percam a natureza, finalidades, códigos de atuação e estrutura, uma vez que, em termos operacionais são fechados, mas cognitivamente são abertos e sensíveis

³³ LUHMANN, Niklas. 2009, *cit.*, p. 124-125.

³⁴ *Ibidem.*, p. 279.

³⁵ A exemplo das lições preliminares admitidas por Luhmann, na referida obra, da lavra de Talcott Parsons que descreveu o sistema social e sua ação, após desenvolver preceitos teóricos, em um “esquema de quatro funções conhecido como AGIL: *Adaptation* (adaptação), *Goal Attainment* (obtenção de fins), *Integration* (integração), e *Latent Pattern Maintenance* (manutenção das estruturas latentes). De modo obstinado, Parsons enfatizou que somente no âmbito dessas quatro combinações elementares era possível a ação (o sistema da ação), e que todas as possíveis combinações que poderiam derivar-se não eram mais do que uma articulação desenvolvida no contexto dessas quatro funções. [...] O esquema AGIL é o programa teórico que leva por excelência o lema da fórmula: *Action is system*. *Ibidem.*, p. 46-47.

³⁶ *Ibidem.*, p. 79.

às modificações do ambiente, o que permite a continuidade de sua estabilidade e busca de seus objetivos. Ainda, para Trindade, “essas interações podem ser determinadas como operações do sistema”³⁷.

Nesse sentido, Campilongo afirma ser possível ao direito, como sistema jurídico, a busca dos seus objetivos esperados pelo ambiente em que inserido, quando diz as normas, cria proteção quanto à frustração de expectativas protegendo quem espera um comportamento conforme as normas³⁸.

Isso é possível ainda porque, de acordo com os estudos dos postulados de Luhmann pela doutrina, sobretudo pátria, o “Estado” na visão do referido autor não obedece ao conceito clássico, outorgado pela ciência política, notadamente porque a estrutura que se visualiza na obra do referido mestre é a global, desprendida de aspectos territoriais, sendo o Estado, instituição jurídico-política.

Tal visão, em franca noção de interação entre os sistemas jurídico e político, legitimam o pensamento de Marcelo Neves, ao dizer, em reforço à tese luhmanniana, que:

[...] é possível, portanto, caracterizar o Estado de Direito como espaço de entrecruzamento horizontal de dois meios de comunicação simbolicamente generalizados: o poder e o direito³⁹.

Tal pensamento, digno de nota, foi bem sintetizado por Trindade, quando versa sobre a possibilidade “*cruzamento de horizontes*” das comunicações do poder com o direito⁴⁰ (destacamos).

1.1.3.2. Günther Teubner e o Direito como Sistema Autopoiético

Com toda certeza, o aprofundamento dos estudos de Luhmann, por seu discípulo Günther Teubner⁴¹, se fez fundamental para a adoção da perspectiva

³⁷ TRINDADE, André. **Para entender luhmann e o direito como sistema autopoiético**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2008. p.88

³⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 97.

³⁹ NEVES, Marcelo. 2006, *cit*, p. 91.

⁴⁰ TRINDADE, André. 2008, *cit*, p. 103.

⁴¹ Jurista; estudioso das teorias de Niklas Luhmann e discípulo deste, afirmação última que se colhe da obra de Guerra Filho (2001, *cit*, p. 185 - último parágrafo) e mesmo da empolgante visita que o Prof. Dr. Germano Schwartz, no prefácio da obra de André Trindade (2008, *cit*), relata ter feito a Günther Teubner em seu gabinete na Universidade de Frankfurt, quando, após formular uma questão a respeito do posicionamento supostamente neopositivista e conservador de Luhmann e

autopoietica ao direito, notadamente quando o teórico alemão diz, segundo Guerra Filho, que:

[...] para estudar a sociedade como sistema comunicativo autopoietico, há de se lançar mão de um conceito de “autopoiese” em que esta não seria um processo cego como para Maturana, mas sim uma combinação de autoprodução e auto-observação⁴².

Ou, em outras palavras, para a atribuição de sentido é de rigor o exercício de raciocínio e observação, mais que cognição ou percepção, afeta à biologia.

Guerra Filho, ao sintetizar as lições de Teubner, afirma ser possível ao Direito a adoção de concepção autopoietica paralelamente à evolução social, todavia adverte:

A mencionada autonomia do sistema jurídico não há de ser entendido no sentido de um isolamento deste em face dos demais sistemas sociais, o da moral, religião, economia, política, ciência, etc., funcionalmente diferenciados em sociedades complexas como as que se têm na atualidade. Essa autonomia significa, na verdade, que o sistema jurídico funciona com um código próprio, sem necessidade de recorrer a critérios fornecidos por algum daqueles outros sistemas, aos quais, no entanto, o sistema jurídico **se acopla**⁴³, através de procedimentos desenvolvidos em seu seio,

sua obra, ao Dr. Teubner, recebeu a seguinte resposta do referido jurista, com impregnado “humor britânico”: “Então, o que é novo?”

⁴² GUERRA FILHO, Willis Santiago. 2001, *cit*, p. 185-186.

⁴³ A expressão “acopla”, utilizada pelo autor, surge da lição colhida da obra de Luhmann e De Giorgi, que justifica o subsistema social denominado “Direito”, como autopoietico, pois, é operativamente fechado, uma vez que trabalha com seu código próprio e em princípio binário (lícito ou ilícito) impedindo invasões externas que o destrua, sem deixar de captar, todavia, ruídos no ambiente dos sistemas, que lhe produzem irritação que o permitem a atividade criadora e recriadora-modificativa das normas, sendo, pois, cognitivamente aberto, utilizando-se para tanto e, sobretudo, do que denominam os autores citados “acoplamento estrutural”: “la respuesta para una pregunta difícil es un concepto difícil. Volviendo al pensamiento de Humberto Maturana, hablaremos de “Acoplamiento estructural”. Este concepto presupone que todo sistema autopoietico opere como sistema determinado por la estructura, es decir, como un sistema que puede determinar las propias operaciones sólo a través de las propias estructuras. El acoplamiento estructural, entonces, excluye el que datos existentes en el entorno puedan especificar, conforme a las propias estructuras, lo que sucede en el sistema. Maturana diría que el acoplamiento estructural se encuentra de modo ortogonal con respecto a la autodeterminación del sistema. No determina lo que sucede en el sistema, pero debe estar presupuesto, ya que de otra manera la autopoiesis se detendría y el sistema dejaría de existir. En este sentido, todos los sistemas están adaptados a su entorno (o no existirían), pero hacia el interior del radio de acción que así se les confiere, tienen todas las posibilidades de comportarse de un modo no adaptado, y para ver muy claramente el resultado de estas posibilidades, basta considerar los problemas ecológicos de la sociedad moderna. En este sentido toda la comunicación está esctructuralmente acoplada a la conciencia. Sin conciencia la comunicación es imposible. Pero la conciencia no es ni el sujeto de la comunicación, ni en cualquier otro sentido, el sustrato de la comunicación. Para esto debemos abandonar también la metáfora clásica según la cual la comunicación es un especie de transferencia de contenidos semánticos de un sistema psíquico, que ya los posee, a otro sistema. No es el

procedimentos de reprodução jurídica, de natureza legislativa, administrativa, contratual e, principalmente, judicial”⁴⁴.

Artur César de Souza explica a necessária noção de acoplamento estrutural, para efetiva aplicação da teoria da autopoiese à atuação humana, com o fito de evoluir e que integra, forma, a ação dos sistemas sociais e, conseqüentemente, aplicação da noção de autopoiese ao direito, quando afirma que:

O ser humano, nas suas relações com o meio necessita de recursos externos para a produção e desenvolvimento da vida humana. Portanto, o ser humano realiza-se e se interage com o meio, o qual também é dotado de uma dinâmica estrutural própria. Assim, entre a estrutura do meio e a unidade há uma compatibilidade ou comensurabilidade, razão pela qual meio e unidade desencadearão mutuamente mudanças de estado. A esse processo continuado dá-se o nome de *acoplamento estrutural*. “O acoplamento estrutural é sempre mútuo; organismo e meio sofrem transformações. A teoria dos sistemas abertos formulada por Von Bertalanffy (1957) em termos organizacionais, descreve uma armação, organizacional muito útil para delinear a organização do ser vivo, “(...) que necessita intercambios energeticos informacionales materiales con el medio ambiente para nacer, desarrollarse y, por tanto, sobrevivir”.⁴⁵

Ademais, é das lições de Luhmann, propriamente, que se colhem claras e objetivas explicações sobre o que se denomina acoplamento estrutural, como este funciona e quais modificações produz no sistema que, captando ruídos, irritações externas, se modifica, sem se destruir, a ao afirmar que:

No plano dos acoplamentos estruturais, há possibilidades armazenadas (ruídos) no meio, que podem ser transformadas pelo sistema; portanto, mediante o *acoplamento estrutural*, o sistema desenvolve, por um lado, um campo de *indiferença* e, por outro, faz com que haja uma canalização de causalidade que produz efeitos que são aproveitados pelo sistema. Nunca se deve perder de vista que o *acoplamento estrutural*, é compatível com a autopoiesis, e que, por conseguinte, há possibilidades de influir no sistema desde que não se atente contra a *autopoiesis*. [...]

*hombre quien puede comunicarse; sólo la comunicación puede comunicar. (...) Solamente una conciencia puede pensar (pero no puede pensar con pensamientos propios dentro de otra conciencia) y solamente la sociedad puede comunicar. Y en los dos casos se trata de operaciones propias de un sistema operacionalmente cerrado, determinado pela estructura” (LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoría de la sociedad**. Trad. Miguel Romero Pérez, 2 ed. México: Triana Editores e Universidad Iberoamericana, 1998, p. 52-53 – Apud, ZYMLER, Benjamin. 2002, *cit*, p. 31.)*

⁴⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. 2001, *cit*, p. 197-198.

⁴⁵ SOUZA, Artur César de. 2008, *cit.*, p. 190.

O sistema pode reagir a irritações e estímulos (perturbações na linguagem de Maturana), não quando tudo pode influir no sistema, mas somente quando existem padrões altamente seletivos. Ou seja, o sistema reage apenas quando pode processar a informação e transformá-la em estrutura. As irritações surgem de uma confrontação interna (não especificada, num primeiro momento) entre eventos do sistema e possibilidades próprias, que consistem, antes de tudo, em estruturas estabilizadas, expectativas. Portanto, não existe nenhuma irritação no meio do sistema, assim, como não existe *transfer* de irritação do meio ao sistema. Trata-se sempre de uma construção própria do sistema; é sempre uma autoirritação (naturalmente posterior a influxos provenientes do meio).⁴⁶

1.1.4 *Reale* e o Direito como Experiência

Impossível falar-se em direito como experiência, sem que se façam breves inserções quanto à teoria que lhe deu tal possibilidade de conotação na doutrina nacional, qual seja, a *teoria tridimensional do direito*, deixando indelével em nossa doutrina a contribuição do mestre Miguel Reale, seu idealizador.

1.1.4.1 Histórico da teoria tridimensional

A teoria “Tridimensional do Direito”, desenvolvida pelo jusfilósofo Miguel Reale, professor catedrático da Universidade de São Paulo, conforme declarações do próprio autor, representam um trabalho que se desenvolveu por quase toda sua vida acadêmica.

Afirma o autor que a teoria tridimensional, como idéia abstrata surgiu ainda nos bancos da graduação, quando inspirado pelas idéias de Vanni, Del Vecchio, Ravà, após se questionar, por duas vezes, a respeito: da problemática da divisão pedagógica do direito e a não resolução de problemas estruturais deste; e da necessidade de discriminação metodológica para alcance da realidade jurídica⁴⁷.

Em 1940, Reale contrapõe-se pela primeira vez a quem considera um paradigma, um meridiano, Hans Kelson, ao afirmar em sua obra “Teoria Do Direito e Do Estado”, em que aduz ter visualizado uma pálida idéia do tridimensionalismo, que “O Direito é uma integração normativa de fatos, segundo valores” frase esta que

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. 2009, *cit.*, p. 131-132.

⁴⁷ Histórico retratado em aula ministrada na UERJ, em 25/05/1992, constante do Suplemento nº 1, da Teoria Tridimensional, publicada a partir de 1993.

posteriormente, Josef Kunz, um dos maiores discípulos de *Kelsen*, chamou de “Fórmula Realeana”.

Somente em 1953 a “dialeiticidade” dos três elementos, fato, valor e norma, surgem como idéia escrita, quando da primeira edição de “*Filosofia do Direito*”. Miguel Reale escreve, enfim a “Teoria Tridimensional do Direito” em 1968, junto à obra “O Direito como Experiência”.

A principal inovação dos anos de estudo da teoria tridimensional, quando da publicação da obra de 1968, é a novidade acrescida pelo autor ao conceito de *dialética de complementaridade*, conceito este, antes formulado e paulatina e brilhantemente desenvolvido por Reale, que na referida obra recebe como inovação a proposta de análise, sob a ótica da dialética de complementaridade e com indissociável dinamismo, do conceito consagrado por Husserl, denominado “*Lebenswelt*”, que passa, ao menos implicitamente, a integrar-lhe.

Com efeito, o conceito de “Mundo da Vida Comum”, ou “*lebenswelt*”,⁴⁸ atribuído originalmente a Husserl, traça o universo de senso comum, quando da vida em comunidade, quando da comunicação humana e das relações desta com o meio. A dialética de complementaridade, com a visão que lhe dá a obra de Reale antes indicada, outorga dialeticidade ao pensamento de Husserl, com valoração sucessiva, pinçada e modificável, dos fatos históricos, na formação, validação, aplicação e derrogação da norma, ou seja, “Experiência Jurídica”.

O divórcio entre a “Ciência do Direito”, ou “Jurisprudência” segundo Reale, e a “Filosofia do Direito”, estudada de modo abstrato, sobretudo nos séculos XIX e XX, contribuíram e muito para as ilações do mestre. Assim, a exemplo de doutrinadores europeus insatisfeitos com o estudo formal e etéreo do direito, tais como François Geny, afirma a necessidade de implementação da axiologia e exame dos fatos na formação e aplicação da norma.

⁴⁸ “[...] Cada um dos contextos é um “mundo da vida” (ou “*Lebenswelt*”), que emprega um saber comum (senso comum) e é uma comunidade de saber. Assim, a definição do conceito “*Lebenswelt*”, elaborado na fenomenologia e empregado na teoria social de Habermas (*) compreende a reserva das evidências ou convicções não abaladas que os participantes na comunicação utilizam no processo cooperativo de interpretação, ou seja, é o *universo do senso comum*, aceito na atividade social cotidiana e problematizável. Em relação a essa concepção de Habermas sobre o “*Lebenswelt*” (“*mundo da vida*” ou *senso comum*), Boaventura aponta duas distinções [...]. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989 - Disponível em: <http://www.uff.br/mestcii/rosane2.htm> - Acesso em 19/09/2007, 19h34min.

Reale festeja as lições de Gény, expostas por este em *science et technique en droit privé positif*, transcrevendo-as em sua obra, a exemplo da célebre conclusão do autor francês, de que:

[...] é, pois, na essência e na vida mesma do direito positivo que, antes de mais nada, nos cabe penetrar, recolocando-o no meio do mundo social, do qual ele é um elemento integrante para estudá-lo em função das forças intelectuais e morais da humanidade que, somente elas, lhe podem dar real valor.⁴⁹

Assim, registra-se que a teoria tridimensional surgiu do debruçar do autor sobre as obras, nortes e postulados que buscava a concreção das perspectivas jurídicas, em todos os seus ramos, o que se afigura claro quando Reale diz que a ciência do direito “deve ser estável mas não estática, deve ser certa sem cristalizar em fórmulas rígidas, ilusoriamente definitivas”⁵⁰.

Reale afirma em seu estudo, que diversas teorias identificavam os três elementos de sua teoria – *fato, valor e norma* - todavia, de modo estéril, sem complementação ou dinâmica entre estes.

1.1.4.2 O tridimensionalismo específico

O tridimensionalismo específico, concreto, ou seja, a conceituação da Teoria do Direito com três elementos indissociáveis e integrados, definidos como *fato, valor e norma*, surgem simultaneamente na Alemanha e no Brasil, respectivamente com Wilhelm Sauer e Miguel Reale, fruto da perplexidade decorrente do reconhecimento, pela doutrina mundial, dos três elementos referidos, aplicação de divisão metodológica para fins de estudo, todavia injustificadamente considerados com validade isolada, sem dinâmica e complementação, polaridade, integração, efetivas.

Reale dá sua interpretação particular e eminentemente dinâmica e brilhante ao fechamento do tridimensionalismo, com a visão justificada de que é a *dialética* que realiza a perfeita integração destes elementos, vale dizer, *fatos* sociais, *valores* objetivados como dignos de proteção e *normas* editadas, aplicadas ou derogadas, a

⁴⁹ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. In, Teoria tridimensional do direito; teoria da justiça; fontes e modelos do direito. Estudos Gerais Série Universitária. Lisboa: Ed. Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003. p. 27.

⁵⁰ REALE, Miguel. 2003, *cit*, p. 34.

dependem da complementação do ciclo integrativo, como conseqüente concretude e unicidade do direito e de seus três elementos, formadores da experiência jurídica.

1.1.4.3 A Dialética de complementaridade como elemento de diferenciação

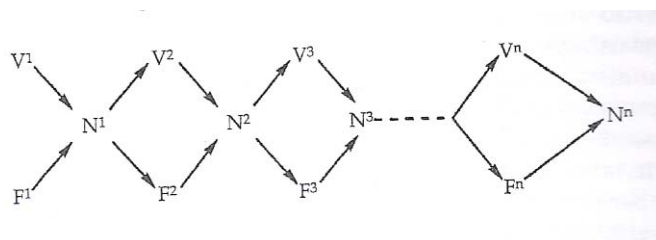
A unidade do direito, segundo Reale é unidade essencialmente dialética⁵¹ e histórica e não apenas uma distinta junção de fatores da conduta humana. A conduta é determinada, pois, pelos três elementos: fato, valor e norma.

Assim, a experiência jurídica, resultado da análise dos elementos na formação, positividade e aplicação do direito sobre os fatos sociais valorados, se complementam e dinamizam, com a chamada complementaridade *Realeana*.

Isso porque a norma jurídica não pode ser interpretada com abstração, afastamento dos fatos e valores que condicionam seu advento, nem dos fatos e valores supervenientes, examinados ao tempo de sua aplicação, diante do caráter *in fieri* do direito e da sociedade, evolutivos, com exame concreto do valor e objeto protegido. Afirma o jurista que, por isso mesmo o direito deve ser visto como “vida humana objetivada” com “conduta em interferência intersubjetiva” ou como experiência “histórico cultural”.

A razão para tanto é que os elementos da tridimensão do direito se inter-relacionam de acordo com a evolução da sociedade, definição e modificação de valores e necessidade de interpretação das normas. Assim, imperioso adequar a norma, ou positivar a norma ideal, adequando-a axiologicamente ao novo fato social.

Eis o papel da complementação dinâmica dos elementos, ou dialeticidade envolvida na tensão criada entre fatos, valores e norma, conforme quadro representativo do autor, abaixo identificado⁵²:



⁵¹ “s.f. – arte de argumentar ou discutir; arte de raciocinar; lógica; o diálogo, como método de investigação científica. (Do lat. *dialectica*). In: FERNANDES, Francisco, *et al.* 2003, *cit.*

⁵² REALE, Miguel. 2003, *cit.*, p. 101.

Assim, a norma positivada sofre alterações semânticas diante de supervenientes mudanças no plano dos fatos e valores, exigindo-se nova interpretação, relativização e até mesmo sua revogação; De igual forma, dessas tensões surge necessidade de novas normas – *ou interpretações destas, em nossa visão* - resultado da tomada de posição perante fatos sociais, tendo-se em vista a realização de determinados valores.

1.1.4.4 Experiência jurídica

Não se pode descurar, a partir dos postulados estudados, que a ciência humana aqui estudada, o Direito, do ponto de vista teórico, é fruto da mente humana, surge como sistema e é parte essencial da experiência histórica do homem enquanto ser social. Assim, toda estrutura social pelo homem formada é ordenação axiológica, valorativa, de fatos e atos, sob a ótica da finalidade.

Surgem, pois, em franca evolução e com fincas à proteção de valores mutáveis, as várias espécies de sociedades e o direito que, cronologicamente, lhes protegeu.

Soma-se a isso a necessidade de implementação da sociedade, fortalecimento do Estado, suas instituições e ampliação de seus programas e atuação.

Destarte, em se adotando a concepção da *Teoria Tridimensional do Direito*, preconizada por Miguel Reale, mas com ênfase concreta, verifica-se que sua contraposição, o tridimensionalismo abstrato, por ser limitado ao exame do direito posto, não exaure a necessidade de condicionamento exigida pela teoria de Reale, seja o condicionamento do jurista, filósofo ou sociólogo, do exame dinâmico e valorado dos fatos diuturnamente sobrepostos à norma já positivada ou idealizada e pendente, para proteção dos valores contemporaneamente escolhidos na sociedade que o direito visa a regular, de acordo com o histórico e experiência evolutiva, ou seja, dos institutos que compõem a *experiência do direito*, para que tudo possua significado e implementação, evolução.

Isso porque ao Direito, palavra equívoca que, como dito, assume muitos significados, notadamente quanto à amplitude e cientificismo destes, sem prejuízo de sua conceituação aqui como “ciência, teoria”, e que não tem a presunção de ser

exauriente, afigura-se importante destacar sua finalidade primordial para que se possa extrair sua característica fundamental, na visão de Ihering⁵³ ao dizer que:

O fim do Direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta; Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça – e isso perdurará enquanto o mundo for mundo –, ele não poderá prescindir da luta. “A vida do direito é a luta: a luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos”.

Assim, a regulação pacífica da vida em sociedade, com a evolução de seus conceitos, modos, valores, exige a adaptação e evolução do direito, criação e recriação deste, acrescido de historicidade, experiência, luta, para obtenção de seus escopos, como bem assentou a obra de Reale.

Ainda, a experiência jurídica, do ponto de vista filosófico, decorre da idéia de que o homem é e deve ser. O homem já possui valores atávicos e adquiridos pela experiência, e tais valores incidirão na norma por ocasião da tensão entre ela e o fato, em quaisquer de seus momentos.

Para Reale, a norma se desgastará com o tempo, e a experiência jurídica, ótica pelo mestre dada ao direito, é que estudará e regulará esse processo de vitalidade e de envelhecimento, substituição das regras jurídicas, pois, conforme dito, “o direito é uma integração normativa de fatos, segundo valores”⁵⁴.

A experiência jurídica identifica, pois, suas diferentes concepções, perspectivas, fáticas e de complementação, para manutenção do direito dinâmico e adequado à sociedade.

Assim, embora o ordenamento seja uno, com fontes abstratas a exemplo da norma, se permite a integração por meio de suas fontes concretas, notadamente diante da evolução da sociedade a que visa regular, *experiência jurídica* que é, para que seja adequada a norma ao momento em que aplicada.

O traço marcante, pois, das diferenças apontadas entre o tridimensionalismo de Reale e as demais concepções deste, é a noção de que, em sua visão, a relação entre os elementos fato, valor e norma são específicos, dinâmica, e se recria, adapta, equilibra, seja do ponto de vista da sociologia, filosofia ou jurisprudência (ciência jurídica), com perfeita integração dos elementos, fins de gerar o que denomina *experiência jurídica*.

⁵³ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Ed Martin Claret. 2001. p. 27.

⁵⁴ REALE, Miguel. 2003, *cit*, p. 101-102.

Se o direito é pela sociedade criada e a ela voltada, com predominância da proteção qualitativa de seu criador (a sociedade e por óbvio seus integrantes) o que se espera é que se traga a evolução por ela, sociedade, almejada e ao direito por consequência, pena de descrédito, sendo a evolução fruto da necessária ação do tempo e dos homens à adequação da sociedade às suas recentes e, com a devida vênia, supersônicas evoluções, notadamente tecnológicas e comportamentais, com reflexos em todas as áreas, cujas razões já foram descritas por juristas do jaez de Nicolas López Calera, a exemplo da injustiça pelo direito gerada, antagonicamente aos resultados esperados e influências negativas de sistemas opressores injustos, tal como o sistema econômico, quando diz:

Los sistemas jurídicos globalmente considerados y sobre todo sus leyes más importantes no afectan a las estructuras básicas de un sistema económico, que es intrínsecamente injusto. Es decir, ese desencantamiento significa, en parte, el desvelamiento de lo que, en terminología marxista, podría llamarse el carácter “ideológico” del derecho.⁵⁵

Nestes termos, a análise crítica do Direito, como experiência, buscará a necessária estabilização deste, com estudo de sua criação, aplicabilidade e consequências, interações e valoração dos interesses pelo direito discutidos, regulados, protegidos, notadamente em relação aos interesses que a sociedade *in fieri*, visa a manter e proteger, sem que sucumba para tanto e, de acordo com os postulados de Guerra Filho⁵⁶, deve haver, de rigor, em relação à teoria tridimensional do direito, atribuída a Miguel Reale, valorização e efetiva observação da investigação história e comparatista, uso da semiótica, semântica, suas fontes concretas e da lógica, para adaptação, evolução e recriação do direito, como experiência, à sociedade que também evolui, com finalidade de afastar o subjetivismo e abstração etéreos, que podem levar o direito a resultados funestos, de acordo com nossa interpretação.

Por fim, como afirma Reale em suas “Memórias”, diante da necessidade de estudo, experiência, evolução, criação, teste, adaptação, recriação da ciência, e

⁵⁵ CALERA, Nicolas M. López. **Derecho y teoría del derecho en el contexto de la sociedad contemporánea**. Apud, OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de, *et al.* **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 1997, p. 42-43.

⁵⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago, 2001, *cit*, p. 97 seq.

como tal, do direito e porque não da sociedade, transcreve-se célebre frase de sua autoria: “Na árvore do saber, os conceitos equivalem a frutos maduros⁵⁷.”

1.1.5 O Direito como Ordem Concreta

A concepção de direito como ordem concreta, factível, podendo encontrar base, em reforço as suas coerentes fundamentações, mesmo nos postulados acima, surge como efetiva contribuição ao direito, com as lições do doutrinador paranaense e procurador de justiça Luiz Fernando Bellinetti, para quem direito é, efetivamente, ordenamento.

Isso porque, conforme perspectiva ontognosiológica de Bellinetti⁵⁸, exposta em artigo denominado “Direito e Processo”, para quem direito é ordenamento e este é “forma de organizar harmonicamente determinado conjunto de elementos”, de rigor considerar indissociável de ordenamento, pois, a idéia de sistema.

Assim, para Bellinetti⁵⁹, ao menos concisamente, Direito é “ordem concreta que objetiva regular a conduta humana de forma externa, bilateral e coercitiva”.

Ordem, pois é ordenamento, sistematizado, discutido, justificado, positivado e imposto, em forma sistema, com linguagem própria.

Ademais, segundo o mesmo autor, “o estado somente surge como uma forma sofisticada de agrupar a sociedade e fornecer o atributo de coercitividade ao Direito, este sim, o natural regulador dessa sociedade”⁶⁰.

Concreta porque estabelecida em normas e destinada a regular algo factível, existente, a exemplo da sociedade; conduta de indivíduos, bens e direitos, bem como relações entre estes, sejam em parcelas determináveis ou indetermináveis; entre estes e o Estado; entre Estados, dentre outras hipóteses faticamente consideradas.

Externa, pois é exercida pelo estado de modo substitutivo, por meio da função jurisdicional, no interesse dos envolvidos.

⁵⁷ REALE, Miguel. **A balança e a espada**. In, Memórias. São Paulo: Saraiva, 1987, v.2, p. 291.

⁵⁸ BELLINETTI, Luiz Fernando. **Direito e processo**. In, Processo e constituição. estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

⁵⁹ BELLINETTI, Luiz Fernando. **Sentença civil. perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1994. p. 21.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 27.

Bilateral, até mesmo pela necessária imparcialidade e existência de conflito entre pessoas físicas e jurídicas diversas, característica primordial da lide e; *Coercitiva*, pelo poder de imposição.

Assim, o Direito não é só *Ciência humana, social e aplicada*, sendo de rigor considerar, na visão do doutrinador paranaense, que efetivamente estuda e define por meio sistêmico a *ordem concreta* – e nela se concretiza, permitimo-nos dizer – com o claro objetivo de regular a conduta humana e social *de forma externa, bilateral e coercitiva*, idéia à qual nos filiamos por sua incontestada fundamentação e aplicabilidade, seja no campo teórico e prático (destacamos).

Questão igualmente tormentosa, de franco dissenso doutrinário, é a definição das teorias aplicáveis ao ordenamento – Unitária e Dualista – mas que é, com a mesma coerência, definida pelo ilustre doutrinador, ao determinar as consequências da aplicação da lei na solução de casos concretos e assim, definir o papel da decisão jurisdicional com base no ordenamento prolatado – se função declaratória do direito aplicável ao caso concreto, ou se efetivamente criadora do direito. Vejamos.

1.1.5.1 Teorias unitária (constitutiva) e dualista (declaratória) do ordenamento

O Ordenamento jurídico, quando instado a ser aplicado concretamente, nas resoluções dos conflitos, encontra dificuldades interpretativas, em duas teorias há tempos formuladas, quanto à natureza de suas decisões. Tais teorias colidentes são as teorias declaratória e constitutiva do ordenamento.

Consistem as duas diferentes teorias, na possibilidade de criação ou mera declaração de direitos pelo ordenamento e por seus operadores, diferenciando ou não o direito e o Estado, além de suas fontes.

De acordo com a *Teoria Unitária, ou Constitutiva do Direito*, o Direito e seus vertentes materiais e processuais, sobretudo no momento de aplicação, encontram-se integrados ao Estado, como fonte heterogênea e tem por função não só descrevê-lo genericamente nas normas, mas integrá-lo, completá-lo, constituí-lo de modo concreto quando da aplicação deste ao caso em decisão, seja pela interpretação da lei, pelo preenchimento de suas lacunas ou pelo âmbito de eficácia das sentenças.

As principais repercussões se traduzem na função criadora do direito pelo juiz e na disseminação das fontes.

De acordo com Eduardo Jean Couture, citado por Bellinetti quando da definição das teorias, embora o doutrinador paranaense filie-se à corrente diversa, observa-se que:

Em resumo, a sentença não se limita a declarar o direito. Não o inventa nem o extrai de outras fontes que não sejam a Constituição, a lei e, em geral, o sistema de normas pré-estabelecidas. Mas o direito que dela emana é, pelo menos, diferente do direito da lei e do regulamento. Diferente quanto a sua extensão, porquanto obriga a um número muito menor de sujeitos em contraposição àqueles a quem obriga a lei. [...]... E diferente quanto ao seu conteúdo porque, na sentença, às valorações do constituinte e do legislador se agregam as valorações do juiz, distintas daquelas, por serem específicas, concretas e limitadas às considerações de fato do caso que tem que decidir ⁶¹.

Tal teoria tem como defensores baluartes da doutrina a exemplo de Kelsen, Reale e Frederico Marques.

Nesse sentido, outra grande contribuição se colhe nas lições de Luís Recaséns Siches, quando do exame da posição de Kelsen a respeito do tema:

Kelsen ha puesto en evidencia que las normas individuales de la sentencia judicial y de la resolución administrativa son tan “derecho” como las normas generales, porque, al igual que éstas, aquéllas forman parte del orden jurídico total; y ha puesto además en evidencia que las normas individuales de la sentencia judicial y de la resolución administrativa no constituyen una mera deducción lógica de la normal general, sino que aportan algo no contenido en ésta, a saber: las calificaciones y determinaciones individuales que no están ni pueden estar especificadas en la norma general ⁶².

De modo diverso, a *Teoria Dualista (Declaratória) do Direito*, aduz que Jurisdição, o processo e conseqüentemente a sentença, esta última fruto da atividade jurisdicional exercida pelos juizes no caso concreto e, portanto, fora do ordenamento, possuem mera função declaratória do direito posto, nunca criando direitos, que decorrem da pré-existência de previsão destes, em verdadeiro silogismo (tese, antítese e síntese). Decorre mesmo do dever de “aplicação da lei ao caso concreto”, segundo Bellinetti.

⁶¹ Ibidem, p. 63.

⁶² SICHES, Luis Recasens. 1975. *cit*, p. 313-314.

Imprescindível o estudo dessas duas teorias para o Direito e Processo, não só como forma de entendimento do Direito, órgão do qual emana e suas fontes, mas também dos limites de sua aplicação, sobretudo quanto ao seu ato final, a sentença.

Assim, há quem veja o Processo como fonte de declaração, criação, integração e interpretação do direito, regulado por lei e em trâmite perante órgãos oficiais do próprio Estado, conforme teoria Unitária (constitutiva) e, de modo diverso, quem entenda que a função declaratória do direito posto por meio de lei é a função jurisdicional, fora do ordenamento e atribuído ao judiciário, conforme teoria Dualista (declaratória) do direito, visto que declara o direito já vigente e ao caso aplicável, sem papel criador, a exemplo do supracitado doutrinador paranaense, que com coerência e exauriente fundamentação justifica tal posicionamento, em muito contribuindo para o entendimento do direito e do processo, notadamente sob perspectivas críticas.

Observa-se somente, não como censura ou ressalvas, o fato de que, em termos práticos e, em franca visão do direito sob a ótica da experiência, notadamente quanto à proximidade da realidade jurídica e legislativa brasileiras, a despeito da correta, deontológica e ideal função declaratória do direito tal como posto no ordenamento, ou seja, adoção da teoria Dualista ou declaratória, por vezes seria factível corrigir distorções fáticas e sistêmicas em nossa realidade, justificando-se, pela busca de efetiva justiça a casos concretos, a adoção da teoria Unitária (constitutiva), notadamente para controle material de legalidade e constitucionalidade de leis, por vezes (e rogamos raras) ditadas com atecnicismo, base em movimentos sociais sazonais ou fins particulares, oligárquicos, pressões de toda ordem e, por isso, distorcendo as finalidades da lei, em que pese à sujeição da interpretação pessoal e com a carga moral do magistrado, nas decisões.

Assim, a despeito de entendermos o direito como *ordem concreta*, na forma como elucida Bellinetti, adotamos, diversamente do entendimento do referido autor, como coerente ao sistema pátrio tal como se evidencia hodiernamente, a *teoria unitária do ordenamento jurídico*, com função criadora e integrativa, do direito, quando da efetivação concreta da tutela jurisdicional, pelo poder judiciário.

1.1.6 Hermenêutica Constitucional, Ativismo Judicial e Direito Alternativo: Reflexões

Pensar a sociedade, contextualizar-se e, interpretar a lei para aplicá-la, são tarefas que não só cabem, de ordinário, às funções do aplicador do direito, de seu intérprete, de seus mestres, mas são, em nossa visão, verdadeiro dever de todos que, no ramo do direito, atuam.

Assim o é porque, como vimos, o modelo positivista, útil à organização embrionária e mesmo à evolução do sistema jurídico positivo, ordem concreta, encontra-se superado, necessitando de complementação, melhora, crescimento, abertura de possibilidades e ferramentas acessórias que lhe permitam continuar a excelsa missão de distribuição de justiça.

Assim é que Sérgio Alves Gomes, magistrado, ilustre jurista e, incansável pensador do direito, descreve a superação do modelo dogmático.

Pretende-se superar o modelo de ensino jurídico resultante e reproduzido da visão positivista que expulsou da “ciência jurídica” as investigações axiológicas, hermenêuticas e críticas ao adotar um modelo de ensino concentrado na dogmática jurídica. Esta continua a ter seu valor reconhecido, mas tem também suas limitações e, por isso, não pode se isolar das tantas outras necessárias perspectivas de estudo do direito.

A concentração excessiva no aspecto dogmático – com menosprezo aos demais enfoques – influiu negativamente nas possibilidades interpretativas do direito, por impedir ao intérprete o acesso a dados fundamentais para o desenvolvimento da compreensão do fenômeno jurídico, no que concerne a seus fundamentos e fins. A ausência da percepção destes impossibilita a construção em um sentido para o direito que seja originário de sua conexão com o ser humano.⁶³

Como argumento de reforço ao pensamento acima, têm-se lições valiosas nas mais variadas searas, da sociologia à economia e, em relação à sociologia, que cumpre papel importante na formação, educação do futuro intérprete, aplicador do direito, ou seja, na forma de ensino da ciência jurídica, já contextualizada para posterior aplicação regular do direito posto, ordem concreta que é, interessante é a lição de Paulo Freire, para quem a visão crítica não representa perigo, mas noção de si mesmo e ânsia por afirmar-se. Nesse sentido, as lições do renomado educador, ao dizer:

⁶³ GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica constitucional. Um contributo à construção do estado democrático de direito.** Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 145.

Certa vez, em um desses cursos, de que fazia parte um homem que fora, durante longo tempo, operário, se estabeleceu uma dessas discussões em que se afirmava a “periculosidade da consciência crítica”. No meio da discussão, disse este homem: “talvez seja eu, entre os senhores o único de origem operária. Não posso dizer que haja entendido todas as palavras que forma ditas aqui, mas uma coisa posso afirmar: cheguei a esse curso ingênuo e, ao descobrir-me ingênuo, comecei a tornar-me crítico. Essa descoberta, contudo, nem me faz fanático, nem me dá a sensação de desmoroamento” [...] **Na verdade, porém, não é a conscientização que pode levar o povo a “fanatismos destrutivos”. Pelo contrário, a conscientização, que lhe possibilita inserir-se no processo histórico, como sujeito, evita os fanatismos e o inscreve na busca de sua afirmação.** “Se a tomada de consciência abre o caminho à expressão das insatisfações sociais, se deve a que estas são componentes reais de uma situação de opressão”.(grifamos) ⁶⁴

Mais: Porque pensa a pedagogia, a sociedade, o contexto latino-americano, a interseção entre culturas, poderes, países e, a possibilidade de dominação por parcelas do poder, que se abre ante a omissão de uma sociedade em buscar seu espaço, sua verdade, seu “aretê”, cuja origem ainda que parcial, sempre encontra raízes em um sistema de saber, Paulo Freire, mais uma vez, faz crítica ao que denomina sistema bancário de distribuição do saber, de ensino, ao indicar sua superação e possível uso como instrumento de dominação.

Seu trabalho (da concepção bancária de saber) será, também, o de imitar o mundo. O de ordenar o que já se faz espontaneamente. O de “encher” os educandos de conteúdos. É o de fazer depósitos de “comunicados” – falso saber – que ele considera como verdadeiro saber.^{65 66} [...]

Esta é uma concepção que, implicando uma prática, somente pode interessar aos opressores, que estarão tão mais em paz, quanto mais adequados estejam os homens do mundo. E tão mais preocupados, quanto mais questionando o mundo, estejam os homens.⁶⁷

Assumidas, aqui, as premissas de necessidade de superação da visão dogmática do direito e, da necessidade de consciência do lugar e posturas ocupadas pela ciência jurídica, hodiernamente, sobretudo em nossa nação, que leva, em

⁶⁴ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 45 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 24.

⁶⁵ FREIRE, Paulo. 2007. *cit.*, p. 72.

⁶⁶ Em nota, esclarece o filósofo e educador, origens e nomenclaturas possíveis ao sistema que, fundamentadamente critica, quando diz: *A concepção do saber, da concepção “bancária” é, no fundo, o que Sartre (El hombre y las Cosas) chamaria de concepção “digestiva” ou “alimentícia” do saber. Este é como se fosse o “alimento” que o educador vai introduzindo nos educandos, numa espécie de tratamento de engorda...* Ibidem., nota n. 4.

⁶⁷ Ibidem., p. 73.

nossa visão e após justificada com postulados doutrinários, à modificação premente de ótica utilizada em sistemas de distribuição educacional, do saber, *cumpro registrar o que sejam, em princípio, os objetivos da hermenêutica constitucional* (grifamos).

Nesse passo, os estudos de Sérgio Alves Gomes, de longa data, revelam, em suas obras, desde a preocupação com a fragilidade das instituições democráticas em países latino-americanos no período “pós-ditadura”⁶⁸, à visão dos compromissos, valores e objetivos do hermenêuta constitucional, sendo, pois, realmente sua grande contribuição à formação da democracia com justiça, conforme leciona:

Na interpretação de um texto jurídico-normativo – v. g., Constituição, pacto internacional de direitos, lei infraconstitucional... – entram em cena *o intérprete, o texto e o contexto*.⁶⁹ [...]

Para que a hermenêutica constitucional possa participar da concretização do Estado Democrático de Direito urge o *ampliar de horizontes da consciência do intérprete*. Precisa este compreender o significado de seu *compromisso com os valores democráticos*, a partir do instante em que os assume, de alguma forma, perante a sociedade. E tal compreensão pressupõe a percepção de que *não há neutralidade* possível quando se atua com valores. Consequentemente, não há espaço para a *indiferença* diante das questões que envolvem o Direito e a Justiça.⁷⁰

Aliás, a preocupação de pesquisa sobre o tema, construção da hermenêutica sob prisma da constituição, na obra de Gomes, não é nova, como dito.

Isso porque, em obra anterior, Sérgio Gomes já moldava a referida aspiração e, em coerentes fundamentações, cita interessante lição de José Cichocki Neto, professor e desembargador paranaense, que advertia a necessidade de “conexão” entre a letra fria da lei, as aspirações constitucionais para busca de objetivos na Carta Maior previstos e a possibilidade de interpretação e adequação da decisão, pelo magistrado, aos anseios da sociedade e da ordem posta, vale dizer, da vontade constituinte, quando aduz:

⁶⁸ Quando afirma, em sua obra: “Nos países em que até recentemente imperava o regime autoritário – como é o caso do Brasil e de vários países da América Latina – a democracia continua frágil e a enfrentar muitos desafios para alcançar níveis mais elevados.” GOMES, Sérgio Alves. 2008, *cit.*, p. 363-364.

⁶⁹ GOMES, Sérgio Alves. 2008, *cit.*, p. 302.

⁷⁰ *Ibidem.*, p. 306-307.

Pode ocorrer, contudo, que a desconexão da lei seja de tal nível que não se possa acolhê-la. Nesse caso, o parâmetro que deve guiar o juiz na interpretação serão os princípios insculpidos na Constituição, na qual se condensam os valores humanos, reputados pela nação como dignos de proteção e inferidos da consciência dos cidadãos, tais como, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da promoção de todos, sem preconceitos de raça, religião ou cor... É na Constituição que se insere o conteúdo mínimo dos valores e critérios de justiça, legitimados pela aceitação da sociedade, através da vontade constituinte.⁷¹

Explicitados os objetivos da hermenêutica constitucional, assume importância a contextualização e visão dos postulados do **ativismo judicial**, mas não sem antes descrever distorções sistêmicas que justifiquem sua aplicação (grifos nossos).

Sabe-se que a institucionalização de uma ordem, seja de aspiração genuína e construída paulatinamente ou mesmo sucedendo, por impacto, ruptura, a ordem anterior, traz o germe do possível desvirtuamento de seus fins, de sua utilização como meio de dominação, que, antes que se torne o mote de desconstrução, retirada da referida ordem, gera dissabores e danos aos que a ela devem obediência.

A veracidade desta afirmação, antes de estar fundamentada em lições teóricas da cátedra, antes, foram sentidas por todos que a viveram, seja um camponês, ou um sociólogo, e se impregnam na vivência humana.

Nesse contexto, de extrema importância uma leitura da visão do sociólogo alemão Niklas Luhmann, que viveu, na condição de adolescente, o pós-guerra e o desmanche do Reich, no século XX.

Eis as reflexões do renomado autor, sobre sistemas opressores, sua sucessão, insustentabilidade e rigorismo de ações na busca de manutenção, sustentação, até mesmo das ordens que emergem, proferidas em resposta a questões de entrevistadores que colhiam informações para elaborar sua biografia:

⁷¹ CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 122, 126-127. Apud: GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 63, nota n.9.

- 1) *O que surpreende em todo o seu pensamento é a ausência de tomada de posição sob a qual o senhor constrói sua teoria. No marxismo, ao contrário, existe a tradição teórica de que são exatamente as experiências políticas que motivam o trabalho científico. Prof. Luhmann, esclareça-nos por que o senhor se interessa em pensar, principalmente, a diferença:*

Pense na situação de 1945, tal como a viveu um jovem de 17 anos: antes, tudo parecia estar em ordem, e depois também; tudo era diferente, e simultaneamente o mesmo. Antes, havia problemas como o regime; depois, não aconteceu tudo como se esperava. Por isso, para mim foi importante o estudo do direito, para conformar meu tipo de pensamento.

- 2) *O que o senhor quer dizer com antes e depois de 1945 tudo ser diferente, e simultaneamente o mesmo?*

Antes do fim da guerra, via-se com esperança que desde que se suprimisse o aparato coercitivo dos nacional-socialistas, tudo retornaria por si só à ordem. Contudo, o que imediatamente vivi como prisioneiro dos americanos foi que me arrancaram um relógio do braço e me agrediram. Não havia acontecido, assim, o que eu imaginara. Com isso, já se podia rapidamente compreender que a comparação entre os regimes políticos não podia ser feita segundo o esquema bom/mau, mas sim, que cada figura dos modelos políticos teria de ser vista a partir da limitação de sua realidade. Não quero dizer com isso que considero equivalentes a época nazista e o período posterior, mas simplesmente que depois de 1945 fiquei decepcionado. Contudo, isto é realmente importante? Em todo caso, minha experiência com o regime nazista não foi uma vivência surgida da moral, mas muito mais a constatação da arbitrariedade, do poder, e das táticas evasivas do pequeno ser humano. Nesse sentido, você pode ver que não tenho nenhuma necessidade de desenvolver meu pensamento a partir de uma unidade, a não ser que eu soubesse exatamente que diferença é necessária para formular tal unidade.⁷²

Salta aos olhos, pois, da leitura acima, a possibilidade de distorções de sistemas, porque aplicados, implantados e administrados pelo homem, que tem em sua essência a falibilidade humana, bem como a necessidade de instituição de mecanismos de controle das referidas distorções, em maior ou menor grau, sobretudo, do direito aplicado.

Aliás, não é outra a visão de Artur César de Souza, citando Eberhard Schmidt, que toma como exemplo inclusive o mesmo período antes contextualizado por Luhmann e o controle lá aplicado pela simples atitude de politização da atuação judicial, evitando-se efeitos funestos à sociedade, quando diz:

⁷² LUHMANN, Niklas. 2009, *cit.*, p. 26.

Se não fosse essa tendência de politização das decisões proferidas pelo poder judiciário, a Alemanha pós-nacional-socialismo não teria se libertado do falso otimismo do positivismo legal que preconizava a “(...) sujeição do juiz à lei (...)” e, por conseguinte, a “(...) sujeição do juiz à vontade do Führer (...)”, e por meio de uma forçada ficção que essa vontade seria a suma expressão do direito.

É pelo reconhecimento do “ativismo judicial” que se pode perceber que o direito não se confunde com a “lei”, que a “lei” e o direito não são coisas idênticas, e que entre ambos pode existir um abismo.⁷³

Verificada a historicidade das possíveis distorções sistêmicas, com as quais deve se preocupar o direito, ordem concreta que é, cumprir, agora, indicar fatos, fundamentos doutrinários bastantes e, enfim, reconhecer, que tais distorções também ocorrem em nosso continente, em nossa nação, em nossos sistemas institucionalizados, como pressuposto da discussão sobre a forma com que a hermenêutica de índole constitucional, o ativismo judicial ou releitura do princípio da imparcialidade e, mesmo uma interpretação alternativa do direito, podem, em justa e parcimoniosa medida, contribuir para a realização da justiça, do bem comum, da democracia, enfim, do direito, sem quebra de seus postulados.

Sérgio Alves Gomes traça coerente raciocínio ao descrever as relações entre poder, sobretudo em suas acepções econômica e política, e o direito, com enfoque na globalização e teorias a ela simpáticas.

O estudo do fenômeno jurídico em suas relações com a economia é fundamental nos dias atuais, sobretudo levando-se em conta o fenômeno da globalização, em cujo âmbito o mercado, ao se orientar pela ideologia neoliberal, traz uma série de desafios para o direito. Enquanto ao mercado interessa apenas o valor “lucro” oriundo das relações econômicas, ao direito comprometido com a democracia cabe a salvaguarda de todos os valores relevantes ao indivíduo e à sociedade na qual vive este, a fim de que as relações humanas – inclusive as econômicas – sejam disciplinadas com base em princípios de civilidade e mútuo respeito. O contrário disso configura a completa instauração da barbárie e da escravização mediante o abuso do poder econômico. E isso, infelizmente, é o que tem predominado tanto nas relações entre capital e trabalho como naquelas do comércio internacional, no qual muitas são as dificuldades de participação impostas aos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.⁷⁴ Por isso, um imenso esforço vem sendo

⁷³ SOUZA, Artur César de. 2008, *cit.*, p. 169.

⁷⁴ V.g., o Brasil, frente às lutas para obtenção de assento permanente em conselhos específicos de organismos internacionais, ou quando participa do G-8, G-20, BRICs, e outros grupos nos quais adquire, a duras penas – inclusive e sobretudo dos nacionais, quem seja, o povo – mais influência.

empreendido em favor da defesa da dignidade humana no âmbito da globalização econômica.⁷⁵

As afirmações de Sérgio Gomes são, aqui, recebidas com veracidade incontestada, pois, conforme se vê das ilações da doutrina de vanguarda, já nascida contraditória e contestada, que prega interpretação alternativa aos direitos (como se verá) – a despeito de seu conteúdo incisivo, extremo – a lei, o direito, o governo, a sociedade, parecem satisfazer-se com um pálido reflexo de equilíbrio e justiça, em suas relações.

Assim é que, explicando a ideologia dominante que se enraíza na formulação, discussão e aprovação de um texto legal, pelos “pares”, representantes do povo e, distorções na aplicação literal desta às relações sociais, Amilton Bueno de Carvalho, jurista e desembargador rio-grandense, com triste, mas insofismável acerto, ainda que com alguns superlativos de argumentação, leciona:

“d) o pobre que não trabalha é contraventor, pois não coloca no mercado de trabalho a sua força para ser explorada (art. 59 da LCP). E o rico?

e) note-se que o judiciário é dado entrar no caminho do criminoso apenas em parte: a investigação é do Executivo; após, o Judiciário define; e a recuperação (do criminoso) cabe novamente ao Executivo. Dois momentos vitais: procura e recuperação não lhe pertencem. O Executivo investiga quem quer e recupera da maneira que lhe parece melhor (tenha-se em mente que os pobres é que estão nos presídios).

E no direito do trabalho como são as coisas? Antes de mais nada que fique claro: não existe direito do trabalho. O raciocínio é simples: para existir direito do trabalho deve haver antes direito ao trabalho, o que inexistente. Mais, é direito do trabalhador receber mísero salário mínimo? Evidente que não. É direito (= vantagem) do patrão pagar tão pouco.⁷⁶ Mas o que me causa espanto no Judiciário Trabalhista é a prescrição quinquenal.⁷⁷ Todos sabemos que existem patrões que não pagam horas-extras aos empregados durante anos. Sabemos que o empregado que as exige é despedido, só reclamando, pois, quando ocorre a despedida. Mas, se trabalhou durante dez anos e durante todo o tempo fez horas extras, só pode reclamar os últimos

⁷⁵ GOMES, Sérgio Alves. 2008, *cit.*, p. 191-193.

⁷⁶ Para aqueles que consideram essa afirmativa por demais surreal, superlativa, apelativa, lembramos as acaloradas discussões geradas na mídia, em Estados da Federação, em 2007 e 2009, que definiram o piso do salário mínimo estadual um pouco acima do mínimo federal – a exemplo do Paraná – e, também, o fato de haver êxodo de boa parcela de mão de obra qualificada de muitos de nossos cidadãos, para realizarem trabalhos manuais, sem exigência de qualificação técnica, em países da Europa, nos Estados Unidos e, ainda, no Japão, que recebe nossos *dekasseguis*, tudo, por melhores salários, apenas.

⁷⁷ Curiosamente, também prevista, a partir de 1990, no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/90, a despeito de as relações humanas se dinamizarem, dia a dia.

cinco. É a prescrição quinquenal. O juiz sabe que acontece isso. Tudo fica provado. Tem ciência da exploração. Mas nada pode fazer. É uma teratologia jurídica. E o fundamento é a segurança, a paz social. Mas que segurança e paz social estão assentadas no roubo, na exploração? Alguém consegue justificar? E se fica a explicar a natureza jurídica da prescrição...⁷⁸ [...]

Tenho, pois, que a lei merece ser vista com desconfiança. Deve ser constantemente criticada sob pena de sermos, Juízes, Promotores e Advogados, agentes inconscientes da opressão. Inocentes úteis de um sistema desumano. Não quero dizer que não se possa optar por tal sistema, mas que, se assim se fizer, o seja conscientemente. As faculdades de Direito, ao perderem o senso crítico, buscam fazer crer que a lei é inquestionável, que se deve conhecê-la mais e mais, porém não a criticar.⁷⁹

Pois bem: aberta que está, pelas lições acima expostas, a possibilidade de inclusão e divisão da responsabilidade pela mudança do prisma aplicável ao direito, também ao sistema de ensino jurídico, vale mais uma vez invocar as lições e Paulo Freire:

Só o poder que nasça da debilidade dos oprimidos será suficientemente forte para libertar a ambos (opressores e oprimidos). Por isso é que o poder dos opressores, quando se pretende amenizar ante a debilidade dos oprimidos, não apenas quase sempre se expressa em falsa generosidade, como jamais a ultrapassa. Os opressores, falsamente generosos, têm necessidade, para que a sua “generosidade” continue tendo oportunidade de realizar-se, pela permanência da injustiça. A “ordem” social injusta é a fonte geradora, permanente, desta “generosidade” que se nutre da morte, do desalento e da miséria.

Daí o desespero dessa generosidade diante de qualquer ameaça, embora tênue, à sua fonte. Não pode jamais entender essa “generosidade” que a verdadeira generosidade está em lutar para que desapareçam as razões que alimentam o falso amor. A falsa caridade, da qual decorre a mão estendida do “demitido da vida”, medroso e inseguro, esmagado e vencido.⁸⁰

Pode-se, agora, entender que os grandes objetivos da superação da dogmática e do positivismo, visando à correção, minoração, equalização, quando menos, das distorções aplicadas pelas interações direito, sociedade e poder, às relações nesse contexto geradas, são o acesso à justiça com efetividade sociedade e mesmo o atingir, paulatino, do bem comum com funcionamento interativo,

⁷⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 28.

⁷⁹ Ibidem., p. 29.

⁸⁰ FREIRE, Paulo. 2007, *cit.*, p. 33.

equânime e produtivo, dos sistemas sociais. Aliás, lúcidas as lições de Artur de Souza, citando Cappelletti e Bryant:

O que se pretende, na verdade, não é estabelecer uma justiça dos pobres em contraposição à justiça dos mais abastados economicamente, mas, sim, formatar um Poder Judiciário acessível a todos com igualdade de condições e estrutura. Deseja-se romper com as perspectivas, ainda recentes, das indiferenças em relação à realidade do sistema judiciário. “Fatores como diferenças entre os litigantes em potencial no acesso prático ao sistema, ou a disponibilidade de recursos para enfrentar o litígio, não eram (e não são) sequer percebidos como problemas”. Mas o reconhecimento dessas desigualdades não se restringe apenas à base econômica. Pretende-se expandi-la a outros aspectos em que haja vitimização decorrente das amarras de um sistema injusto e desigual.⁸¹

A referida advertência, admoestação, em verdade, levante, acima indicada, é fortalecida pelas lições de Sérgio Gomes, que traça paralelo entre tais aspirações, ditas hodiernas, mas que já se verificavam na Grécia antiga, com Platão:

No Brasil, é mais do que nunca urgente desenvolver e renovar a consciência jurídica e política com base nos princípios éticos inerentes à ordem democrática. O descaso para com a formação do homem ético traz como grave conseqüência a corrupção, capaz de promover a corrosão das instituições pela presença maléfica de comportamentos descomprometidos com o pudor e a justiça. A presença de ambos no comportamento humano, conforme já ensinado pela Mitologia Grega, “*deve constituir-se em princípio ordenador das cidades e laço de aproximação entre os homens*”.⁸²

E, com propriedade, conclui:

Em síntese: trata-se de utilizar a prudência (phrónesis) na hierarquia dos valores. Colocar o valor econômico em seu devido lugar, compatibilizando-o com os demais valores fundamentais à vida e à convivência humanas, tendo por referência normativa maior a dignidade de toda pessoa, é o grande desafio posto ao Direito no século XXI.⁸³

Sobre o desafio e sua dificuldade, em síntese, adverte Paulo Freire que ainda que tais consciências, críticas e mudanças – ações transformadoras – devam

⁸¹ SOUZA, Artur César de. 2008, *cit.*, p. 208.

⁸² GOMES, Sérgio Alves. 2008, *cit.*, p. 165 e nota n. 304.

⁸³ *Ibidem.*, p. 196.

ser reconhecidas e discutidas, a maior contribuição para o atingir de tal objetivo, caberá justamente aos oprimidos:

Daí, a necessidade que se impõe de superar a situação opressora. Isto implica o reconhecimento crítico, a “razão” desta situação, para que, através de uma ação transformadora que incida sobre ela, se instaure uma outra, que possibilite aquela busca do ser mais.

No momento, porém, em que se comece autêntica luta para criar a situação que nascerá da superação da velha, já se está lutando pelo *ser mais*. E, se a situação opressora gera uma totalidade desumanizada e desumanizante, que atinge os que oprimem e os oprimidos, não vai caber, como já afirmamos, aos primeiros, que se encontram desumanizados pelo só motivo de oprimir, mas aos segundos, gerar de seu *ser menos* a busca do *ser mais* de todos.^{84 85}

E aqui, pergunta-se: Com quais aliados, ferramentas, enfim, sob qual égide? E a resposta que nos surge, intuitiva, das lições até aqui apresentadas, é: com o auxílio de um estado democrático de direito forte, sedimentado, com a noção de integração autopoietica e evolutiva dos sistemas sociais, utilizando-se da experiência do direito construído com bases democráticas e sob ordem concreta, buscando os fins da Carta Maior, de acesso garantido e com processo justo, efetivo, com tutelas adequadas (como as noções seguintes o idealizam) e consequente proteção profícua à atuação eficaz de todos os seguimentos e instituições sociais, tais como a Justiça, economia e seus sistemas, a título de exemplo.

E, em casos de distorções visíveis, em seus mais variados graus, com possibilidades manifestas de lançarem os operadores do direito, mão de mecanismos de correção, ajustamento, equalização.

Cumpra agora, argüir: O que é, como se operacionaliza o ativismo judicial?

Como já advertimos, não há ativismo judicial sem que o interprete do direito se contextualize, situando-se no corpo social em que atua, em tempo, espaço, situações peculiares, nuances e deficiências, na busca de sentido a sua atuação consoante os valores humanos. Vale, aqui, repisar lição de Sérgio Gomes:

⁸⁴ FREIRE, Paulo. 2007, *cit.*, p. 37.

⁸⁵ Em um franco sistema de “ganha-ganha”, ainda que um pouco menos, mas em medidas justas, a todos e, ousa-se dizer, a longo prazo, com os mesmos patamares de ganhos a opressores, pois, como se diz na linguagem de mercado, ganhar-se-á “no volume”, “no giro”.

Todavia, para que normas de conduta possam ganhar sentido, no âmbito da convivência humana, estas precisam estar em consonância com a realidade cultural – no sentido amplo desse termo – presente na sociedade à qual tais normas se destinam. A eficácia destas depende de seu ajuste às necessidades humanas fundamentais. São estas que justificam sejam as normas jurídicas reconhecidas e acatadas como direito vigente, a ser respeitado por todos, sob pena de sanção.⁸⁶

Se é verdade – como acreditamos – que, para a obtenção de sentido na atuação do intérprete do direito⁸⁷ é necessário que este se contextualize, se insira no meio e seus postulados, aspirações, deficiências e distorções, de igual forma é verdade insofismável, pois, que a imparcialidade cega, indiferente, sem qualquer assunção de posição ideológica, não será própria do intérprete contextualizado, sob pena de se desconsiderar sua essência humana. Aqui reside, pois, a gema do ativismo judicial, repaginação da ótica do princípio da imparcialidade ou assunção da parcialidade positiva do juiz, a depender das nomenclaturas que se lhes prestem.

Adotam-se, aqui, como lições fundamentadoras, as lançadas por Artur César de Souza, em sua obra “A parcialidade Positiva do Juiz”:

Sustentar-se a imparcialidade do juiz como até então se vem sustentando, diante desse quadro de construção epistemológica, é ir de encontro à *deriva natural* do próprio ser humano.

O juiz, muito embora inserido na sua autopoiese como forma de sua própria autoconservação como ser humano, sofre invariavelmente influência do meio – mudanças estruturais, inclusive dos próprios acontecimentos desencadeados pelo processo e pelas partes.

Daí decorre que o juiz não é (im)parcial, pois é resultado histórico de um acoplamento estrutural que o molda e o conduz, de forma não acidental, à prolação de uma decisão no processo.⁸⁸

Pode-se, agora, verificar o perfil do juiz mais adequado à atuação politizada, com comedido mas eficaz ativismo em sede judicial, que se revelará desde a condução do processo, direção de seus destinos (possibilitar o julgamento regular), com os instrumentos que o ativismo, a interpretação novel ao princípio da imparcialidade, reclamam.

⁸⁶ GOMES, Sérgio Alves. 2008, *cit.*, p. 159.

⁸⁷ E aqui, transporta-se a condição de intérprete para a ótica específica da atuação jurisdicional, do integrante do Poder Judiciário, vale dizer: magistrado.

⁸⁸ SOUZA, Artur César de. 2008. *cit.*, p. 190.

Nesse sentido, é justamente da doutrina já informada, qual seja, a da hermenêutica constitucional, que se colhe com propriedade o perfil mais adequado ao magistrado, juiz, para o ativismo judicial.

Sérgio Alves Gomes, após identificar a distinção das três figuras históricas de juiz atuante nos estados medievais e contemporâneos (ditador, espectador e diretor) na doutrina de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, afirmada por Sentis Melendo, em síntese, indica o perfil do juiz diretor do processo como o mais adequado ao juiz do Estado Democrático de Direito, dotado de ativismo – com o qual concordamos – ao afirmar que:

Para tanto, a hermenêutica Jurídica constitucional **reforça a figura do juiz diretor do processo** e não do *juiz ditador* – típico do absolutismo – e nem do *juiz espectador* – o do Estado liberal –. Sabe-se que o absolutismo, ao concentrar o poder nas mãos do rei, mutilou a independência do juiz. O liberalismo produziu o juiz passivo, autômato, espectador. O Estado Democrático, de cunho social, contrário ao neoliberalismo, quer engendrar o juiz dinâmico e participativo. É neste sentido que o orienta a *hermenêutica Constitucional*; (destaques nossos)⁸⁹.

E é justamente a figura deste juiz que Sérgio Alves Gomes, em sua mais recente obra, delinea, traça, descreve e inspira a quem almeja sê-lo, com as qualidades e ferramentas eu a ele serão necessárias á obtenção e seu intento, quando escreve que:

O estado democrático de direito, enquanto paradigma superador de outros tipos de Estado que o antecederam, requer não apenas uma nova hermenêutica constitucional, mas também, um “novo juiz” cujo modo de interpretar e aplicar o direito supere a figura do juiz que poderia servir no Estado absolutista ou no estado liberal, mas não, no estado democrático de direito. Este, em razão de sua constituição principiológica, necessita de uma hermenêutica constitucional capaz de trabalhar não apenas com regras, mas também com princípios. Trata-se, portanto, de uma nova hermenêutica, conforme já delineada no item 5.1 acima. E essa nova hermenêutica pressupõe a presença de um “novo juiz”. Um juiz que mantenha os olhos abertos aos novos tempos, tempos estes que, se, por um lado, apontam para muitos riscos, por outro, são também de renovação e de esperança. Este “novo juiz” caracteriza-se não em razão da idade mas da mentalidade, isto é, do pensamento que orienta suas ações. Trata-se do *juiz-intérprete* preocupado com a concretização dos valores constitucionais, por meio da efetividade dos direitos humanos e fundamentais. Por isso, preocupa-se ele com a formação da

⁸⁹ GOMES, Sérgio Alves. 2002, cit., p. 62.

consciência constitucional, capaz de *compreender* que, para a concretização do Estado Democrático de Direito, é indispensável – como condição *sine qua non* – seja reconhecido por todos os valores da constituição como lei fundamental disciplinadora da convivência democrática. Esta mesma consciência deve entender também que, por meio da constituição, a sociedade quer não apenas instituir e estruturar o Estado, mas também, refundar e organizar a si mesma, como uma nova sociedade: a sociedade democrática ou *sociedade aberta* (para lembrar Karl Popper e Peter Häberle).

Diante disso, o intérprete-juiz há de estar em sintonia com tais premissas. Está ele jurídica, ética e politicamente comprometido com a sociedade democrática, com o paradigma de Estado e o modelo jurídico por esta engendrados a fim de ordenar, segundo princípios constitucionais que a todos vinculam, o *convívio social*.⁹⁰

Destarte, para que haja ativismo judicial, tem-se a necessidade de juiz contextualizado, de atuação consciente com as diferenças do meio, imbuído do dever de interpretar, segundo os fins da constituição, as regras e princípios que aplica, ou mesmo afasta, *v.g.*, mediante controle difuso de constitucionalidade *incidenter tantum* e, ainda, dirigindo o processo, seu fim (a decisão) e, conseqüentemente, as ações em campo probatório.

Nesse passo, assume importância a abordagem do ativismo judicial, visto que o trabalho versa sobre a prova civil em um micro-sistema consumerista, a contraposição entre as regras gerais de distribuição do dever de prova na lei geral e no referido micro-sistema, e a equalização destas dissensões para busca de decisão justa e efetiva, como se verá.

Por ora, nos basta verificar que o juiz, destinatário da prova, que é adquirida pelo processo e no interesse deste, independente de quem a tenha produzido, se tornando comum – comunhão da prova – dirige também a suficiência dos meios de prova no caso em concreto, para regular instrução e em justa medida, nem deficiente, nem insuficiente para a decisão que, só excepcionalmente se toma por sistema de presunções, como adiante se verá.

Assim, afirmamos, balizados em coerente doutrina, ser possível ao juiz, sobretudo ao magistrado descrito no perfil acima idealizado, de modo parcimonioso interferir, em campo probatório, buscando provas suficientes para o deslinde imparcial da questão, na justa medida em que haja omissão ou insuficiência probatória, por parte, sobretudo, de circunstâncias, controlando e equilibrando o já

⁹⁰ GOMES, Sérgio Alves. 2008, *cit.*, p. 363-364.

conhecido sistema de “paridade em armas”, entre as partes litigantes. Nesse sentido, Artur de Souza, citando Vittorio Denti e Cabiale:

Ao se utilizar dos meios probatórios, nenhuma das partes da relação jurídica processual penal ou civil pode ter absoluta certeza quanto ao resultado previamente esperado, muito menos o órgão jurisdicional possui essa certeza, “(...) por lo que ni siquiera la decisión de acordar la práctica de prueba sobre um hecho implica una predeterminación del resultado”.

O juiz, ao exercer o ativismo judicial com o fim de resguardar a paridade de armas, “(...) busca tan sólo determinar la verdad o no del hecho para poder dictar La sentencia más justa, em cuanto se acomode lo mejor posible a la realidad. Esta es la diferencia fundamental entre la práctica de la prueba por parte del órgano jurisdicional y la de la parte”.

Não se pode negar, evidentemente, que sempre haverá um componente ideológico na escolha de uma posição a favor ou contra a participação do juiz na atividade probatória. Porém, mais importante que esse componente ideológico é estabelecer a justa medida dessa participação.⁹¹

De igual forma, reproduzimos as lições de Dinamarco, quando aduz:

Não há mais clima para tanto predomínio do *princípio dispositivo*, que exclui comportamentos inquisitivos do juiz no processo e na sua instrução. Aquela idéia radical é espelho das premissas privatistas do processo civil, que hoje é reconhecidamente informado pela natureza de instituto de direito público (supra, n. 8) [...]...

Além disso, as *desigualdades econômicas e culturais* são capazes, quando incontroladas, de conduzir o processo à produção de resultados distorcidos em razão de insuficiências probatórias resultantes de desídias daquele que não se defendeu melhor porque não pôde; e, por expressa determinação legal, o juiz tem o dever de promover o equilíbrio das partes no processo, assegurando aos litigantes a *paridade em armas* que o princípio isonômico exige (CPC, art. 125, I – supra, nn. 82 e 511). [...]...

A experiência mostra que a *imparcialidade* não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. Os males de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar no sentido de fechar a todos os juizes, de modo absoluto, as portas para um sadio *ativismo*⁹².

Nesse passo, verifica-se, ainda, que o instrumento hoje clássico, para que o juiz se utilize de ativismo em postulados sobre prova no caso concreto, na seara

⁹¹ SOUZA, Artur César de. 2008, *cit.*, p. 107.

⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 3, p 52-54. *passim*.

processual civil, está expresso no art. 130 do diploma processual, sendo, assim, possível, desde a utilização de institutos tais como inversão *ope legis* e *ope iudicis* do ônus da prova e aplicação de responsabilização objetiva com base no risco da atividade, todas de ordem mais complexas (como se verá) e previstas no micro-sistema consumerista, como também, de institutos mais simples, como a produção de prova em caráter *ex officio*.

Sobre a possibilidade manifesta de utilização pelo magistrado, de modo supletivo, das disposições do art. 130 do CPC, complementando a má atuação das partes em campo probatório, mas buscando somente a instrução suficiente, assim leciona Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas:

Quando a atividade instrutória for insatisfatória, não deve o julgador recorrer imediatamente às regras sobre o ônus da prova. Se verificar a possibilidade de esclarecer algum fato, mediante a realização de determinada prova, o juiz não deve se omitir.⁹³

Por fim, bem sintetiza Artur de Souza, sobre os objetivos do ativismo judicial, da releitura do princípio da imparcialidade, ou parcialidade positiva, na expressão do autor:

Essa postulação humanitária de uma nova leitura do princípio da imparcialidade reclama o efetivo reconhecimento das diferenças existentes entre as pessoas, para que se possa vislumbrar uma decisão final *équo e justa*.⁹⁴

Urge por fim, ainda, refletir, ainda que brevemente, sobre o que a doutrina nacional denomina ***Direito Alternativo***. (destacamos)

Sob a nomenclatura de direito alternativo, mas pugnando por ser somente uma interpretação alternativa do direito, entende-se o movimento surgido no fim do século XX, na doutrina jurídica brasileira, que pregava, como prega, a construção do ordenamento, uno e concreto que é, com finalidades de efetivo acesso à justiça para a população e norteando-se suas ações pela principiologia constitucional.

Teve seu seio sobretudo no Estado do Rio Grande do Sul, sendo sua voz, sobretudo, formada por respeitáveis juristas e profissionais daquele Estado da

⁹³ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da personalidade jurídica – Análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 255.

⁹⁴ SOUZA, Artur César de. 2008, *cit.*, p.236.

Nação, além de outros pelo país radicados, a exemplo do professor carioca Afrânio Silva Jardim e, ainda, representantes da latino-américa.

Seus fundamentos, igualmente justificadores da hermenêutica constitucional, do ativismo judicial e da reconstrução do estado democrático de direito com primazia na constituição ⁹⁵, tem por fim maior o acesso á ordem jurídica justa e reconhecem o caráter uno do ordenamento e a possível função criadora deste, na atuação concreta.

Amilton Bueno de Carvalho, expoente de tal doutrina, em francas e breves linhas, define o Direito Alternativo, sua definição, as críticas que sofre e, ainda, o que acredita ser seu real papel:

No país, nunca se discutiu tanto sobre Direito Alternativo como nos últimos tempos. Letrados, e não tanto, vieram a público manifestando opiniões: uns (poucos, é bem verdade) com declarações de amor, outros (a maioria) com repulsa muitas vezes agressiva (via de regra emergente de positivistas de direita ou de esquerda).[...]

A fúria pareceu emergir porque a alternatividade critica o saber consagrado e por consequência os “donos” de tal saber. Isso gerou desconforto. E a forma de tentar desacreditar foi o ataque vulgar.

Mas de todo o debate constatam-se algumas significações: a) dá-se ao Direito Alternativo maior importância do que ele realmente tem: para uns, destruirá o saber jurídico e as instituições; para outros, representa o Cristo Salvador. Nem um, nem outro, **a alternatividade é apenas uma corrente a mais no campo de atuação do jurídico**; b) causou mal-estar para muitos porque possibilitou, em nível público, a demonstração de que os juristas, digam ou não, tomam posição de classe. Como lembra Edmundo Lima de Arruda Jr., “o rei está nu”. E isso é perigoso, pois o que veio à tona é verdade dolorosa: ao atuar, todos estamos comprometidos com determinada utopia, ao contrário do que se pretendia fazer supor, ou seja, que o jurista esta acima dos conflitos dos ditos humanos; [...] ⁹⁶

E sintetiza, descrevendo o que se orienta como real e primordial função do direito alternativo, qual seja, a criação permanente do “jurídico”, o que parece se coadunar com a concepção unitária do ordenamento jurídico, quando afirma:

⁹⁵ A exemplo também do movimento do “pós-positivismo” e do movimento análogo, ou até mesmo diferença terminológica, denominado “neo-constitucionalismo”, cujos fins são muito parecidos e que, aqui não se discutem, por exorbitarem em muito as finalidades do presente trabalho.

⁹⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de. 2003, *cit*, p. 124-126.

Os insatisfeitos e inquietos estavam na busca de um espaço que possibilitasse a criação. Espera-se que a alternatividade seja este espaço a apontar para a discussão séria, democrática e permanente do jurídico. A palavra de ordem parece ser uma: *criar* com todos os riscos que a criação encerra!⁹⁷

Inspiradora e digna citação, em conclusão, a lição de Lyra Filho, citada por Amilton Carvalho, ao demonstrar que o direito se renova, buscando soluções para as amarras, desmontes, mistificações e problemas a ele gerados, o que parece se coadunar com o perfil autopoiético dos sistemas sociais (a exemplo do direito) antes delineado, traduzindo ordem renovada, assim como a sociedade que não se cansa de evoluir – talvez até mesmo porque esta seja umas das leis físicas imutáveis da criação –, quando diz:

“Mas o direito se vinga, cresce, pressiona, conquista alargamentos notáveis, brilha nos estandartes dos espoliados e oprimidos, ecoa na voz dos advogados progressistas, transborda nas sentenças dos magistrados mais inquietos, incorpora-se e procura uma sistematização no pensamento dos professores rebeldes, sacode a poeira dos tratados conservadores, rompe as bitolas dogmáticas e retempera o animo dos que, cedo demais, queiram dar a causa jurídica por indefensável e perdida”.⁹⁸

1.2 NOÇÃO DE PROCESSO

Preliminarmente às noções sobre processo, de rigor considerar que há necessidade de distinguir jurisdição de tutela jurisdicional, como forma de melhor posicionar-se a respeito do tema.

1.2.1 Jurisdição e Tutela Jurisdicional – Distinções

Conforme se colhe das lições de Bellinetti, Enrico Tullio Liebman afirmara que:

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ LYRA FILHO, **Por que estudar direito hoje?** Apud: CARVALHO, Amilton Bueno de. 2003, *cit.*, p. 123.

[...] muitas são as definições que têm sido dadas à jurisdição, mas lembremos apenas duas delas, as mais importantes, que constituíram o tecido dialético do debate científico na Itália por muitas décadas. A primeira delas define a jurisdição como “a atuação da vontade concreta da lei mediante substituição da atividade alheia pela de órgãos públicos, seja afirmando a existência da vontade da lei, seja tornando-a efetiva na prática (Chiovenda) [...]... Já a segunda prefere ver na jurisdição a justa composição das lides (Carnelutti)⁹⁹.

O conceito de Jurisdição evoluiu com o conceito de sociedade, uma vez que o exercício de atividade substitutiva às partes na resolução de conflitos é inerente à formação de sociedade, nos termos do brocardo *Ubi societas ibi ius*.

Segundo Dinamarco, que diferencia com maestria tais institutos, jurisdição é instituto fundamental da tutela jurisdicional, ao lado da ação, defesa e processo, mas com esta não se confunde.

Insta verificar que, com o tecnicismo adotado e a despeito da pretensa confusão de institutos quanto à plenitude, jurisdição está contida como instituto fundamental da tutela jurisdicional, com conceito e espécies próprios.

Ademais, a palavra jurisdição deriva de *Iuris* (Direito) *dictio* (dizer). Pode-se definir, pois, como o Poder-dever (múnus) do Estado de aplicar o direito ao caso concreto submetido pelas partes, por meio da atividade exercida por seus órgãos investidos.

De modo diverso, o supracitado mestre define tutela jurisdicional, elemento da jurisdição, como “a proteção que por meio do processo e pelo exercício da jurisdição, o Estado dá ao sujeito que tiver razão no litígio”¹⁰⁰.

De rigor considerar, pois, que a tutela jurisdicional é a tutela do indivíduo, o direito que ele possui de invocar o judiciário, batendo em suas portas e apresentando pedidos, para que por meio de seus instrumentos analise-se a tutela jurídica, dos bens, da vida, quando ameaçada ou violada.

Assim, vê-se na tutela jurisdicional, na lição do mestre, seu caráter processual e forma, com repúdio ao formalismo, utilizando-se do processo como instrumento, verdadeiro núcleo estrutural da tutela jurisdicional, que tem como institutos fundamentais a jurisdição, ação, defesa e processo.

⁹⁹ BELLINETTI, Luiz Fernando. 1994, *cit*, p. 70.

¹⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1, p.40.

Por fim, confirmando a tese de conteúdo e natureza estritamente processuais, verifica-se que o objeto da jurisdição é a realização do processo, com participação de no mínimo – e em regra - 3 sujeitos em relação angular, quais sejam, autor, réu e juiz.

1.2.2 Processo, Relação Jurídica de Direito Material e Relação Jurídica de Direito Processual

Observa-se ainda que a relação jurídica de direito material que é discutida e serve de razão principal para instauração do processo e a conseqüente relação processual entre as partes, neste, não se confundem, conforme se expõe.

Isso porque, sob a ótica finalística, teleológica, hodierna, o processo não é um fim em si mesmo, é instrumento, e em âmbito processual civil, jurisdicional, é trilha pelo qual a *tutela jurisdicional*, com seus demais institutos fundamentais (jurisdição, ação e defesa) se desenvolve, outorgando direito de ação a quem precise, de defesa a quem queira, para possibilitar por meio do processo o exercício da jurisdição (*Iuris dictio*, dizer o direito), no caso aplicado.

De verificar, pois, que a relação jurídica de direito material que é pano de fundo para que se instaure o processo, jamais se confunde com a relação de cunho processual, de regra de caráter público, que os vincula no processo, pois são diferentes quanto às partes, ao seu pedido e às suas regras, uma vez que diz respeito à atuação das partes e do juiz equidistante, mas de necessária intervenção, no processo.

Cintra, Grinover e Dinmarco, declaram expressamente, sobre a distinção da relação material que é pano de fundo para o processo e a relação processual que nele se desenvolve sobre o procedimento, o seguinte:

O que distingue fundamentalmente direito material e direito processual é que este cuida das relações dos sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo, da forma de se proceder aos atos deste – sem ainda dizer quanto ao bem da vida que é objeto do interesse primário das pessoas (o que entra na órbita do direito substancial).¹⁰¹

Em reforço à interpretação acima, diz Bellinetti¹⁰², categoricamente, que:

¹⁰¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *et al.* 2004, *cit.*, p. 40.

¹⁰² BELLINETTI, Luiz Fernando. 2006, *cit.*, p.18.

Além disso, sendo a função do processo construir, modificar e aplicar o ordenamento jurídico, terá sempre como elemento propulsor uma relação jurídica, que poderá ter as mais variadas conformações.

1.2.3 Definição de Processo

Luiz Rodrigues Wambier define o Direito Processual, presumivelmente mais amplo que o conceito de processo, como “o conjunto de normas jurídicas voltadas à regulamentação da atividade característica da jurisdição”.¹⁰³

Colhe-se da obra de Bellinetti, preliminar definição, segundo a qual processo é:

[...] instrumento através do qual o ordenamento jurídico é construído, modificado e aplicado. É toda atividade que cria, modifica e aplica o ordenamento jurídico, seja criando ou modificando normas abstratas ou concretas, seja materializando estas normas no mundo fático.¹⁰⁴

Wambier, ao definir, pois, processo, alega que:

[...] é conceito de cunho finalístico, teleológico, que se consubstancia numa relação jurídica de direito público, traduzida num método de que se servem as partes para buscar a solução do direito para os conflitos de interesses (especificamente, como se verá, para aquela parcela do conflito levada a juízo, ou seja, para a lide).¹⁰⁵

De antemão, nota-se, seja no conceito de “Direito Processual”, seja no de “processo”, seu nítido caráter instrumental.

Destarte e, assumida a característica de instrumento, Dinamarco afirma, com ótica finalística, em arremate por nós utilizado para definição:

Como método de trabalho, processo é o resultado da soma de todas as disposições constitucionais e legais que delimitam e descrevem os atos que cada um dos sujeitos processuais realiza no exercício de seus poderes fundamentais, ou seja: a jurisdição pelo juiz, a ação pelo demandante e a defesa pelo réu. O conceito de processo

¹⁰³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 5 ed, São Paulo: RT Editora, 2002, v. 1, p.53.

¹⁰⁴ BELLINETTI, Luiz Fernando. 2006, *cit*, p.18.

¹⁰⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues, *et al.* 2002, *cit*, p. 146.

abrange o de procedimento e o de relação jurídica processual (infra, n. 387-390).¹⁰⁶

1.2.4 Natureza Jurídica do Processo

A natureza jurídica do processo pode se dizer controvertida, no que tange às teorias adotadas para tanto, mas jamais quanto a sua existência.

Pode-se, pois, afirmar que processo tem natureza jurídica, transcendendo ao direito processual, mas jamais ao ordenamento, uma vez que é, por definição, ainda que de modo simplista, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco, “instrumento através do qual a jurisdição opera”.¹⁰⁷

As teorias a respeito do instituto denominado processo, dividem-se de modo geral, de acordo com seu caráter privatista, oriundo da vetusta *litiscontestatio* romana, ou de seu caráter publicista, hodierno, uma vez que é visto como meio para exercício da primazia estatal da jurisdição.

Cintra, Grinover e Dinamarco, em arremate, afirmam que há algumas teorias principais a respeito da natureza jurídica do processo, a exemplo das seguintes: do contrato; quase-contrato; relação jurídica processual; situação jurídica; procedimento formado pelo contraditório.

Deixam os doutrinadores acima em sua obra, de explicar, propositalmente, algumas teorias menos importantes, a exemplo do processo como instituição; como entidade jurídica complexa e mesmo a doutrina ontológica do processo, de autoria de João Mendes Junior, importante ícone da escola paulista no início do século XX¹⁰⁸.

A teoria do *contrato* só se justifica historicamente, diante da hodierna inevitabilidade da jurisdição, inteiramente estatal. A teoria do *quase-contrato*, desde seu início apresenta problemas de concepção diante da impossível, mas evidente, omissão da lei como sua fonte e, da necessária vinculação voluntária das partes, ainda que mitigada.

A teoria do processo como *situação jurídica*, de Goldschmit, ainda que não adotada, muito contribui para conceituação, entendimento e desenvolvimento de institutos processuais e, cai por terra uma vez que denominava situação, em

¹⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 1, *cit.*, p. 299.

¹⁰⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *et al.* 2004, *cit.*, p. 277.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 279.

verdade, um conjunto sucessivo de situações jurídicas plurais, identificadas com a idéia de relação jurídica e punha em perspectiva somente as possibilidades de existência do direito material, não conseguindo disseminar a idéia de possibilidade de existência do processo, este, sempre presente.

A teoria do processo como *procedimento formado pelo contraditório*, não se justifica, não resolve, notadamente pela não-inclusão do conceito de relação jurídica ao procedimento, conjunto de atos nos quais ela se desenvolve, sendo inverossímil para Büllow, construtor da melhor das teorias a respeito da natureza jurídica do processo.

Oscar Von Büllow, a quem a doutrina aponta a responsabilidade de lançamento do embrião do direito processual como ciência autônoma, é o criador da melhor teoria a respeito da natureza jurídica do processo, que surge como *relação jurídica processual* criada entre as partes, com o fito de resolver a celeuma das obrigações, ônus e possibilidades que se abrem às partes envolvidas na discussão diante do juiz, sobre relação material a que se objetiva regular.

Insta verificar, somente como argumento de reforço, pois, que o processo não é a própria relação, processual, pois é ente complexo e a abrange, segundo a doutrina ¹⁰⁹.

1.2.5. O *Due Process of Law* e a Constituição Brasileira

Impossível falar-se em devido processo legal, ou *due process of Law*, instituto que deu origem a tal previsão na Constituição Federal de 1988 (CF/88), sem discorrer sucintamente sobre os principais princípios ao processo atinentes, mesmo porque, dele decorrem.

Define-se princípio geral do direito processual civil, sem prejuízo de conteúdo formal diverso, como aquele que, positivado ou não e servindo como vetor, regra de interpretação, sirva, por sua generalidade e abstração, como postulado, base para a construção da doutrina a ele relativa, qual seja, a do processo civil em específico.

Dinamarco, nesse sentido, afirma que:

¹⁰⁹ Ibidem, p. 278-285 - seq.

A Constituição impõe expressamente alguns princípios que devem prevalecer em relação a processos de toda espécie (civil, penal, trabalhista; jurisdicional ou não), a saber: ...[...]... A constituição formula princípios, oferece garantias e impõe exigências em relação ao sistema processual com um único objetivo final, que se pode qualificar como garantia-síntese e é o acesso à justiça. Com esse conjunto de disposições, ela quer afeiçoar o processo a si mesmo, e modo que ele reflita, em menor, o que em escala maior está à base do próprio Estado de Direito. Ela quer um processo pluralista, universal, participativo... [...] ... E assim é o modelo político da democracia.¹¹⁰

Assim, em âmbito constitucional, a despeito da variação terminológica e da multidivisão, a depender dos doutrinadores adotados, encontram-se os seguintes e principais princípios, de acordo com as lições Cássio Scarpinella Bueno¹¹¹, brevemente complementada por lições de outros doutrinadores, a seguir indicados:

Princípio do acesso à justiça ¹¹²: (Art. 5º, incs. XXXIV, a) e XXXV da CF/88) Decorrente da inafastabilidade da jurisdição, meio de outorga da tutela jurisdicional, porque seu instituto, garante o acesso ao poder judiciário, em um primeiro momento e, preenchidas as condições da ação, garante-se o exame dos pedidos, do mérito da demanda.

Devido Processo Legal: (Art. 5º, LIV, da CF/88) Decorre da lição do *due process of Law*, princípio do qual a doutrina indica serem extraídos os demais, como se verá, garantindo processo e sentença regulares e justos.

Contraditório: (Art. 5º, LV, primeira parte, da CF/88) Decorrente do estado de direito, como forma de indicar necessária, eficiente e anterior informação sobre a contenda em que envolvida a parte, possibilitando ulterior resposta, contestação, defesa, caso queira.

¹¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 1, *cit*, p.197-198.

¹¹¹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 98-150, *passim*.

¹¹² Sobre a representação da Justiça, interessantíssima a lição de José Pereira Graça, citada por Artur de Souza: “A figura da mulher representando a justiça é, segundo a mitologia grega, a deusa Témis. Témis, filha de Urano (o Céu) e de Gaia (a Terra), era a poderosa deusa da Justiça. Por ser dotada de grande ciência tinha honras de conselheira de Zeus, o deus supremo, de quem era esposa. Criadora das leis e dos ritos e também dos oráculos, era a guardiã de juramentos, dispensatária dos destinos. Teve muitas filhas famosas: as Horas, guardas dos partos dos Céus; as Parcas, fiandeiras da vida dos homens; a virgem Astreia, introdutora da felicidade na humanidade, enquanto reinou; as ninfas do rio Eridan, a quem o invencível Hércules perguntou o caminho para o jardim que produzia pomos de ouro, guardado por terrível dragão com cem cabeças (o Jardim das Hespérides). As leis e os oráculos que Témis produzia eram obrigatoriamente acatadas por deuses e homens. A espada que exhibe representa a força dos seus ditames. A balança significa o senso, o equilíbrio, a ponderação, a justeza das suas decisões. A venda nos olhos, quando existe, traduz o propósito de objectividade, o desejo de nivelar o tratamento de todos os justicados, quem quer que sejam. Por outro lado, a ausência de venda (como é o caso) aponta para a necessidade de ter os olhos bem abertos para que nenhum pormenor, relevante para a formação da decisão, lhe escape.” GRAÇA, José Pereira. **Témis, A deusa da justiça**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 139-140. Apud: SOUZA, Artur César de. 2008, *cit.*, p. 254-255, nota 78.

Ampla defesa: (Art. 5º, LV, segunda parte, da CF/88) Utilização de todos os meios legais de defesa, do ponto de vista fático e jurídico, incluindo-se de acordo com a doutrina clássica os postulados da defesa técnica por meio de advogado, do direito de presença física da parte e do direito de audiência.

Juiz Natural, inserindo-se o princípio da **imparcialidade:** (Art. 5º, incs. XXXVII e LIII, da CF/88) Veda-se o Tribunal de Exceção, criado *post factum* para punição de fatos ocorridos, a exemplo do histórico Tribunal de Militar de Nuremberg, exigindo-se a prévia existência de cargo de juiz em lei, com competência material, territorial e funcional para julgamento das lides vindouras, abstraindo-se o conceito de agente, e sim de cargo, sem vinculação à pessoa física ocupante deste.

Adequada Cognição, conforme lições de Kazuo Watanabe: (Art. 5º, incs. XXXVII e LIII, da CF/88), decorrente do Juiz natural, exige a preparação e aperfeiçoamento do juiz para fins de correta cognição da causa, do ponto de vista do direito processual, material e também do contexto técnico, social, político, de forma a julgar com conhecimentos adequados a demanda ¹¹³.

Tal garantia se efetiva, nas lições do renomado doutrinador, porque há patente necessidade de que, em sede de adequada cognição, haja o necessário e efetivo entendimento, pelo juiz da causa, a respeito não só do prisma processual em que esta se desenvolveu e técnico-jurídico que a envolva, mas de seus aspectos metajurídicos (político, social, específicos quanto à natureza - econômica, médica, societária, industrial), como pressuposto de regular entendimento e para fins de julgamento.

Nesta esteira, Kazuo Watanabe aduz que

A justiça precisa ser rente à realidade social. Essa aderência à vida somente se consegue com o aguçamento da sensibilidade humanística e social dos juízes, o que necessariamente requer preparação e atualização. Para a *cognição adequada* a cada caso, pressuposto de um julgamento justo, a sensibilidade mencionada é um elemento impostergável. Não seria, certamente, um exagero afirmar-se que o *direito à cognição adequada* faz mesmo parte do conceito menos abstrato do princípio do *juiz natural*. Quando no sistema anglo-saxão, nos primórdios do constitucionalismo, se insistiu no direito ao julgamento “pelos seus pares”, pelos “homens honestos da vizinhança”, já se intuía o direito à cognição e julgamento pelos juízes que, inseridos na mesma realidade social,

¹¹³ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 74-75.

tivessem a sensibilidade necessária para avaliar em toda a dimensão a conduta do acusado ¹¹⁴.

Aliás, decorrente mesmo da conclusão do processo, a *cognição exauriente e adequada* deverá fluir como encerramento do devido processo legal (*due process of Law*), após observados seus postulados, que Nelson Nery Junior afirma ser “o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies” ¹¹⁵.

Destarte, das lições de Watanabe extrai-se que, como garantia de *proteção efetiva à garantia do juiz natural* (prevista no Art. 5º, LIII, CF/88), seu pressuposto, *decorre o direito à cognição adequada*, consequência lógica, identificada como dever de atualização, preparação, efetivo conhecimento técnico, jurídico, metajurídico, efetivamente amplo do magistrado, a respeito da sociedade em que atue para dê adequada solução ao litígio.

Indica ainda Watanabe, que tal garantia vem protegida constitucionalmente, em reforço, com a redação do Art. 93, II, c, da CF/88 disciplinada pela EC/45 que determina “aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento” ¹¹⁶.

Duplo Grau de Jurisdição, inserindo-se a colegialidade nos Tribunais: (Art. 5º, LXXV, da CF/88) O princípio do Duplo Grau de Jurisdição, que é relativo segundo alguns autores, diante de sua não previsão expressa, decorre da previsão de Tribunais na organização judiciária em quaisquer das esferas (*tribunais de apelação*), como órgãos revisores das decisões judiciais, com verdadeiro conteúdo político e social, como justificativa.

Deflui deste a colegialidade, que é a necessidade de decisão conjunta, por todos ou alguns dos membros do tribunal, divididos nas suas Seções, turmas, câmaras, evitando-se tanto quanto possível, nova decisão monocrática, garantindo-se verdadeira revisão.

Reserva de Plenário para declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo: (Art. 97, da CF/88) Decorre do dever de reunião do Pleno, ou de órgãos especiais de Tribunais, onde existam, para exercício do controle abstrato de

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. Apud, GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p.36.

¹¹⁶ WATANABE, Kazuo. 2005, *cit*, p. 74-75.

inconstitucionalidade, ou seja, para declaração de inconstitucionalidade formal ou substancial de lei ou ato normativo do poder público para o qual o referido tribunal é competente.

Isonomia: (Art. 5º, I, e 37, *caput*, da CF/88) Exige que o juiz trate de forma igualitária os litigantes, do ponto de vista formal e substancial, sem que se esqueça das irrefragáveis lições de Ruy Barbosa sobre equidade.

Publicidade: (Art. 5º, LX, e 93, IX e X, da CF/88) Exige publicidade de todos os atos processuais, exceto quando a intimidade ou interesse social exigirem o sigilo e, mesmo assim, com acesso às partes e advogados, sob compromisso implícito.

Motivação: (Art. 93, incs. IX e X, da CF/88) Expressa a necessidade de toda decisão judicial ser explicada, fundamentada, justificada, assegurando transparência e servindo de pressuposto para o contraditório e ampla defesa.

Vedação das Provas ilícitas ou obtidas por meios ilícitos: (Art. 5º, LVI, da CF/88) Veda a produção de prova em momento diverso do permitido, ou por meio ilegítimo (ilegítimas), bem como toda prova colhida em franca ofensa a direitos e garantias fundamentais, substanciais do cidadão (ilícita). Vigoram sobre estas, duas teorias, a da Proporcionalidade, que se embasa nas convivências das liberdades públicas e conflito dos direitos, e a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of poisonous tree*).

Assistência Jurídica integral e gratuita: (Art. 5º, LXXIV, da CF/88) Como corolário do Acesso ao judiciário e erigindo à categoria de direito individual o previsto na Lei 1.060/50, garante-se assistência por advogado e isenção de custas e emolumentos, sob responsabilização, àqueles que comprovem insuficiência de recursos.

Economia e Eficiência processuais: A duração Razoável do Processo: (Art. 5º, LXXVIII; Art. 37, da CF/88) Busca, com a melhor relação custo-tempo-benefício, a outorga de regular tutela jurisdicional, evitando-se a procrastinação de feitos, seja pelas partes mas sobretudo pelo Judiciário.

Efetividade do Processo: (Art. 5º, XXXV, da CF/88) Exige que os efeitos do processo efetivamente sejam externados, para a relação jurídica material controvertida, impedindo a ocorrência da lesão (ameaça), impedindo sua consolidação (lesão efetiva), ou na pior das hipóteses, permitindo-se a odiosa mas necessária, diante da falibilidade humana, conversão efetiva em perdas e danos,

com satisfação, bem traduzida na expressão de Dinamarco, abaixo explicitada, qual seja, o processo civil de resultados.

Proporcionalidade: Princípio que prega que não há direitos constitucionais absolutos, que ninguém pode invocar a proteção de um direito constitucional para fins ilícitos e que, de acordo com a equivalência e convivência das liberdades públicas, tudo deve ser examinado do prisma do razoável, sobretudo *pro reo*. Disso decorre também, de modo reflexo, a instrumentalidade das formas, o prejuízo (*ne pas de nullité sans grief*).

Em exame da legislação infraconstitucional e de acordo com as lições de Cintra, Grinover e Dinamarco, encontram-se ainda os seguintes princípios gerais: **Da Igualdade** (art. 125, I, do Código de Processo Civil (CPC)); **Da ação ou da demanda** (art. 2º, 128 e 262 do CPC); **Disponibilidade ou Indisponibilidade;** **Dispositivo** (sobretudo no art. 333 do CPC); **Oralidade;** **Impulso Oficial;** **Persuasão Racional do Juiz** (arts. 131, 165, 436, 458, II, do CPC); **Lealdade processual** (art. 14 do CPC) ¹¹⁷.

Em interessante síntese quanto ao devido processo legal e sua proteção constitucional, evidentes, Marcus Vinícius Rios Gonçalves, em exame aos postulados de Nelson Nery Junior, novamente ensina:

Enfim, a Constituição Federal no Art. 5º, LIV, estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Bastaria que fosse acolhido o *due process of Law* para que estivessem asseguradas aos litigantes todas as garantias e o direito a um processo e a uma sentença justa. “É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”. ¹¹⁸

Por fim, outorgando a devida importância ao instituto do devido processo legal, sua proteção positivada ou não, genérica ou específica, mas programática do processo justo, moderno e regular, têm-se as lições de Dinamarco, quando diz:

A expressa garantia do *due process of Law*, contida no inc. LIV do art. 5º da Constituição Federal, tem o significado sistemático de fechar o círculo das garantias e exigências constitucionais relativas ao processo, numa fórmula sintética destinada a afirmar a indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma. Esse enunciado explícito vale ainda como *norma de encerramento*

¹¹⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *et al.* 2004, *cit.*, p. 57-77 - seq.

¹¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Apud, GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. 2004, *cit.*, p. 35-36.

portadora de outras exigências não tipificadas em fórmulas mas igualmente associadas à idéia democrática que deve prevalecer na ordem processual (Art. 5º, § 2º) ¹¹⁹.

1.2.6. Sincretismo Processual – Reflexões

1.2.6.1 Contexto e conceito

Preliminarmente, insta salientar que, somente após a EC 45, com a inclusão do inciso LXXVIII ao Art. 5º da CF/88, é que, explícita e inequivocamente, instituiu-se a efetividade e rapidez do processo, instrumento que permite o direito de acesso ao judiciário, como dever dos órgãos a ele afetos, como direito individual e como objetivo maior a ser seguido.

A preocupação hodierna é, pois, com a outorga de efetividade ao referido instrumento e, não, com o formalismo etéreo que, levado às últimas consequências, pode causar distorções que venham a tornar letra morta o novel mandamento constitucional.

O direito brasileiro, via doutrina, jurisprudência e lei, vem buscando, de acordo com tendência mundial, modelos processuais ágeis e efetivos para o fim de composição dos litígios e, nesse passo, cumpre registrar os períodos que as reformas processuais civis ocorreram ao Código *Buzaid*, quais sejam, 1993 e 1994; 2001 e 2002 e recentemente, 2005, 2006 e reformas pontuais de 2007 a 2009, períodos denominados por alguns de “ondas reformistas”, anunciando-se de modo explícito, hodiernamente, comissão para elaboração de um Novo Código de Processo Civil, com líderes do jaez de Luiz Fux, doutrinador carioca e Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tudo com fincas a outorgar celeridade e efetividade aos procedimentos jurisdicionais.

Assim, as presentes reformas são as que efetiva e paulatinamente vêm delineando o perfil processual do sincretismo impresso ao processo civil brasileiro, que pode ser definido, nos termos da doutrina, como o modelo processual que quebra a dicotomia clássica da dupla via necessária ao reconhecimento de direitos e satisfação destes no plano material, notadamente com a possibilidade de formulação de inúmeros pleitos em procedimento que os englobe de modo regular e permita regular exercício de garantais atinentes ao *due process of law* e, ainda, outorga de

¹¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 1, *cit.*, p. 244-245.

eficácia executiva e/ou mandamental a decisões de processos de conhecimento que, por conseguinte, podem ser satisfeitas em fase seguinte do mesmo procedimento.

Nesse sentido, colhe-se da doutrina lições como as de Marcelo Lima Guerra, quando diz que “a lei 10.444/02, veio a generalizar a adoção do modelo do processo sincrético ou processo com predominante função executiva para a tutela executiva das obrigações de entregar coisa, fazer e não fazer, que já não tivessem consagradas em títulos executivos extrajudiciais”¹²⁰.

Ações sincréticas, ou processos sincréticos podem ainda ser definidos como “demandas que possuem em seu bojo íntinseca e concomitantemente cognição e execução, ou seja, não apresentando a dicotomia entre conhecimento e executividade”, conforme se colhe da doutrina de Joel Dias Figueira Junior¹²¹.

De modo diverso, *sincretismo jurídico*, de acordo com Dinamarco¹²² é, em verdade, a *visão plana do ordenamento jurídico*, a não diferenciação dos planos de ação (direito material) e processo (seu instrumento), de acordo com teorias clássicas.

Interessante lição se colhe do texto de Janaína Soares Noletto Castelo Branco¹²³ quando afirma em interessante raciocínio, quanto à evolução do processo e sua diferenciação do plano material, que:

[...] na verdade, sendo o Judiciário um dos três poderes do Estado, e sendo aquele o Estado das liberdades, o processo judicial nada mais era que um conjunto de procedimentos tendentes ao exercício do direito de ação. Este – o direito de ação – era tido como o próprio direito material descumprido, possuindo, portanto, caráter civilista, privatista. Aliás, à época, pouco se desenvolvera o direito público, enquanto o direito processual inexistia como ramo autônomo da ciência jurídica. Tratava-se de uma “visão plana do ordenamento jurídico”, posto que somente o plano do direito material possuía significação. Somente na segunda metade do século XIX, e com mais intensidade no século passado, com os novos delineamentos das funções institucionais do Estado, as concepções de jurisdição e processo passam a serem revistas. Recentemente, a doutrina voltou-se para a preocupação com os fins da jurisdição. Esse novo olhar

¹²⁰ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 32-33.

¹²¹ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Ações sincréticas e embargos de retenção por benfeitorias no atual sistema e no 13º anteprojeto de reforma do código de processo civil – enfoque das demandas possessórias**. In: Revista de processo. n. 98, abr/jun. 2000. São Paulo: RT, p. 11.

¹²² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2003. p. 18

¹²³ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. **Reforma do poder judiciário e pacificação social**. In: Revista diálogo jurídico. Ano V, n. 5, set. 2006. Fortaleza: Faculdade Farias Brito, p. 122-123.

sobre a atividade jurisdicional é fruto da constatação de que o processo foi criado pelo homem na busca de realizar determinados objetivos, e nessa perspectiva deve ser visto, não se justificando formalismos contraproducentes, que retardam a entrega da prestação jurisdicional, quando não a tornam inefetiva”.

Conceitualmente, é viável a utilização do referido conceito, qual seja, *sincretismo processual*, e não jurídico, sobretudo, quando perfeitamente identificada quebra da visão e utilização dicotômica do sistema, com aproximação das fases e união e procedimentos buscando efetividade a tutelas em parte diferenciadas, como forma de garantia à tutela jurisdicional efetiva, garantida pelo Art. 5º, XXXV, da CF/88.

1.2.6.2. Objetivos do Processo Sincrético

Não se desconhece que a busca pela efetividade dos procedimentos, neutralizando a realidade brasileira dos procedimentos técnicos e etéreos em relação aos direitos que discutem, além de, muitas vezes morosos, notadamente pelas dificuldades de um país em desenvolvimento, sobretudo do ponto de vista educacional, é o grande objetivo da instituição do sincretismo em nosso sistema processual.

Em interessante trabalho apresentado na Universidade Federal Do Paraná, no ano de 2006, sobre sincretismo processual, Maria Andréa de Machado e Bustamante Vieira, afirma que:

[...] para tanto, urge que o processo seja visto em uma relação de interdependência com o direito material, de modo que os procedimentos não sejam neutros às tutelas previstas no direito substancial, mas antes devam responder àqueles e à realidade social.

Luiz Guilherme Marinoni afirma ainda, com inegável propriedade que:

[...] se o direito material é dependente, em nível de efetividade, do direito processual, é evidente que uma sociedade plural e democrática não pode conviver com o mito da uniformidade procedimental e com um processo civil que contemple apenas algumas posições sociais”¹²⁴.

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 92.

Assim, constitui seu objetivo maior, a conscientização de sua necessidade para concreta busca e alcance da efetividade dos instrumentos de composição dos conflitos, com rapidez, efetividade e justiça às decisões, em franca relação de interdependência entre institutos já diferentes e existentes de modo autônomo: Ação e Processo.

Isso porque é da doutrina, que pensa e contata o legislativo, buscando a positivação de suas justificadas e repensadas ilações, que surgem as referidas mudanças, tais como vistas desde a reforma de 1994 até recentemente, nos anos de 2005 e 2006 quanto ao cumprimento de sentença e execução de título extrajudicial.

José Roberto dos Santos Bedaque, em coerente visão, prega ser o diploma processual civil

[...] distante das necessidades da sociedade moderna, voltada precipuamente para uma categoria de interesses, cujas características e peculiaridades foram praticamente ignoradas pelas regras instrumentais.

E afirma o ilustre doutrinador, conseqüentemente, diante da necessidade de adequação da lei adjetiva e do processo, por ser instrumento destinado à solução e conflitos, que:

[...] o reconhecimento da necessidade de os institutos processuais serem concebidos a partir do direito material resulta de inafastável coordenação entre tais ramos da ciência jurídica, e assim, preserve-se a autonomia do processo com a aceitação de se tratar de realidades que se referem a patamares dogmáticos diferentes¹²⁵.

Assim, nada mais correto que buscar, pelo sincretismo, a efetividade das decisões e conseqüentemente, dos escopos da jurisdição, como forma de garantir as finalidades para as quais foi instituído o Estado de Direito, a Administração Pública e a tripartição de funções pelos poderes admitidos.

¹²⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 13-14.

1.2.7 O Processo Civil De Resultados

Antes de dissecar tal conceito, ou ótica, de rigor considerar que todos os princípios constitucionais acima propostos e, como dito, derivados do devido processo legal, surgem de princípios ainda maiores, informadores do processo, em franco cunho finalístico.

Vale dizer que, com o exame dos postulados de Cintra, Grinover e Dinamarco, e sob a ótica do que se denomina *processo civil de resultados*, segundo Dinamarco, tudo se resume às finalidades do *processo*, por óbvio, como instrumento (destacamos).

Como meio de solução de conflitos e examinado-se o ordenamento a partir da tridimensão fato, valor e norma, com tais elementos devidamente integrados, de rigor considerar que há finalidades basilares, legais, éticas, sociais, lógicas, econômicas, deônticas, para que o processo se realize a contento.

Assim, alguns princípios são, na expressão de Cretella Junior, *onivalentes*, aplicáveis a todo o ordenamento, atemporais e genéricos, a exemplo dos princípios informativos do processo civil, que constituem as finalidades primordiais, meios e recursos que devem ser buscados, continuamente, por tal modalidade de processo.

Aduzem os supracitados mestres Cintra, Grinover e Dinamarco que, definem-se como princípios informativos do processo, os seguintes:

A doutrina distingue os *princípios gerais* do direito processual daquelas normas ideais que representam uma aspiração de melhoria do aparelhamento processual; por esse ângulo, quatro regras foram apontadas, sob o nome de “princípios informativos” do processo: a) o *princípio lógico* (seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade e de evitar o erro); b) o *princípio jurídico* (igualdade no processo e justiça na decisão); c) o *princípio político* (o máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade); d) o *princípio econômico* (processo acessível a todos, com vista ao seu custo e à sua duração).¹²⁶

Nesses termos, são princípios informativos, ou formativos do processo, em seu sentido finalístico, o *lógico*, o *jurídico*, o *político* e o *econômico*, e devem ser efetivamente perseguidos.

¹²⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *et al.* 2004, *cit.*, p.51.

Isso porque a tutela jurisdicional, doravante definida por baluartes a exemplo de Dinamarco e Watanabe, como tutela do indivíduo que se cristaliza com o pedido, direito de bater às portas do judiciário para resolução da relação que se controverte – e tendo como objeto a tutela jurídica, seu fim - esta deve ser efetivamente outorgado pelo judiciário, tanto no aspecto formal como nos aspectos material e social.

Ademais, sobre a tutela constitucional do processo, assevera Dinamarco:

O direito processual constitucional exterioriza-se mediante (a) a *tutela constitucional do processo*, que é o conjunto de princípios e garantias vindos da Constituição (garantias de tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório, do juiz natural, da exigência de motivação dos atos judiciais etc.) ...[...]; e (b) a chamada *jurisdição constitucional das liberdades*, composta pelo arsenal de meios predispostos pela Constituição para maior efetividade do processo e dos direitos individuais e grupais, como o mandado de segurança individual e o coletivo, a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade, a exigência de juizados especiais etc.¹²⁷.

Assim, entende-se, após perquirição doutrinária, que, aplicando-se à disciplina do processo, os princípios informadores maiores de tal instituto, há de se buscar a obtenção da adequada tutela jurisdicional, qual seja, aquela que se dá em forma (quanto ao processo), substância (direito em litígio), tempo (interregno da marcha) e modo (definido em lei), regulares, devidos.

A despeito de seu aspecto programático, principiológico, ideal, não obtido com o atual aparelhamento do judiciário ao menos quanto ao tempo, fato notório por estatísticas, de rigor considerar que na decisão, entrega da tutela jurisdicional, haja a consolidação da observação dos princípios, sobretudo informadores, inerentes ao processo, seus institutos e direitos fundamentais.

Embasado em tais premissas, Cândido Rangel Dinamarco, co-autor da obra acima, posteriormente, em sua obra de vida, como afirma em prefácio, e que denomina *instituições*, contribui de modo insofismável, principiológicamente ao entendimento claro, objetivo, puro, da finalidade do processo, como meio de resolução de conflitos, qual seja, seu **resultado** (grifamos).

Aduz o renomado mestre, ao descrever o que denomina **processo civil de resultados**, que:

¹²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 1, *cit*, p. 53.

Diferente é o posicionamento moderno, agora girando em torno da idéia do *processo civil de resultados*. Consiste esse postulado na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. *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* (Chiovenda), sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social. O processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida – e a exagerada valorização da ação não é capaz de explicar essa vocação institucional do sistema processual, nem de conduzir à efetividade das vantagens que dele se esperam. Daí a moderna preferência pelas considerações em torno da *tutela jurisdicional*, que é representativa das projeções metaprocessuais das atividades que, no processo, se realizam e, portanto, indica em que medida o processo será útil a quem tiver razão (grifos originais) ¹²⁸.

Assim, sem embargo a dissensos diversos, em nossa visão, eis a mais coerente síntese finalística da tutela jurisdicional e seus institutos, sobretudo o processo, como fechamento do raciocínio, pesquisas e noção hodierna deste, proposta com base nos postulados já transcritos, no presente trabalho.

1.2.8 A ética e a Socialidade Necessárias à Realização a Tutela Jurisdicional – Reflexões

Não basta, ao administrador público de quaisquer das esferas da administração e, especificamente aos fins que toca o presente trabalho, ao aplicador do direito - notadamente assumidos os postulados acima a respeito do direito, do processo, dos resultados esperados, da tutela a se efetivar - que aplique fria e sistematicamente, as disposições legais, jurisprudenciais e doutrinárias, na solução em tese, de casos concretamente ocorrentes e influentes na sociedade humana, quaisquer que sejam os interesses postos em discussão.

Isso porque age efetivamente em exercício de função, tão bem explicada por Celso Spitzcovsky ¹²⁹, citando o mestre Bandeira de Mello:

¹²⁸ Ibidem, p. 108.

¹²⁹ SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo**. São Paulo: Ed. Paloma. 2001. p. 13-14.

Nesse sentido, a primeira idéia importante a ser registrada é aquela segundo a qual toda atividade desenvolvida pelo Poder Público tem por objetivo representar os interesses de terceiros, vale dizer, os da coletividade.

É esta, aliás, a noção de função administrativa tão bem captada pelo administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, como se verifica do excerto a seguir colacionado:

Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade.

(...)

Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais.

Há a discricção a uma finalidade previamente estabelecida e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar o interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada. (Curso de Direito Administrativo, 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 56-57).

Destarte, de rigor considerar que, na atuação funcional, em prol e no interesse de outrem, busque o profissional do direito o agir reto e social, com o objetivo justamente de implementar a sociedade com os fins propostos pela carta maior, o que evidencia a importância de tais reflexos ao presente trabalho.

Quanto aos fins perseguidos pela Constituição e a necessidade de ação até o limite do possível para alcançá-los, sobretudo pelos poderes constituídos, arguta é a lição do jurista Sérgio Alves Gomes, lançando mão inclusive dos postulados do mestre alemão Konrad Hesse e de Ronald Dworkin:

“embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – , não só a vontade de poder (“Wille zur Macht”), mas também a vontade de Constituição (“Wille zuer Verfassung”).”¹³⁰

É necessário frisar que, no Estado de Direito Democrático, instituído no Brasil pela Constituição Federal de 1988, alarga-se o papel do Poder Judiciário em relação ao que estava restrito durante os anos

¹³⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 19. Apud: GOMES, Sérgio Alves. 2002, *cit.*, p.26, nota n. 16.

da “ditadura institucionalizada” (1964-1985). Este é chamado a garantir o Estado Constitucional e Democrático. Tal *múnus* tem por base a *aplicação* da Constituição e das leis infraconstitucionais a situações concretas, vivenciadas no cotidiano das *peças* físicas e jurídicas. Para aplicá-las, repita-se, mister se faz *interpretá-las*. E tal *interpretação* para chegar ao sentido mais adequado e correto no contexto *de uma sociedade democrática em construção* pressupõe no intérprete a compreensão a respeito dos valores e objetivos fundamentais, conectados aos ideais democráticos. Dentre estes, situam-se exigências básicas ao convívio pacífico justo e solidário das pessoas, entre as quais se destaca o *respeito a seus direitos fundamentais*, o que só pode ocorrer em ambiente democrático, sob a égide dos princípios e regras constitucionais.

Na democracia, no entanto, não basta que os direitos fundamentais estejam enunciados no texto constitucional, embora tal fato seja sinal de grandes conquistas democráticas. É necessário que *sejam levados a sério*, lembrando a expressão de Ronald Dworkin. Isso é, que sejam *efetivados*, concretizados, no âmbito das relações sociais. E quem deve levá-los a sério? *Todos*, é a resposta óbvia, quando se pensa na intersubjetividade das relações jurídicas. No entanto, cabe maior responsabilidade pela *efetividade* da Constituição e, conseqüentemente dos direitos fundamentais e da Democracia àqueles que detêm maior parcela de poder, amparados no próprio texto constitucional.¹³¹

Assim é que, desde os primórdios da formação da sociedade, o espanto causado ao homem quando, da sua interação com a natureza, percebe que ela age por si mesma - hoje, com menor grau de independência e maior subserviência, em razão da ferocidade e ingerência humanas, sobre ela - o faz pensar, buscar o conhecimento, sua posição no universo, sua função, seu destino, enfim, sua razão.

A filosofia, pois - com papel preponderante nos estudos do ser humano sob as perspectivas micro e macro, em níveis sociais e pessoais, estudos estes repletos de historicidade, metáforas, raciocínio, conflitos entre razão e emoção, religiosidade e humanidade, particularidades, observação do ordinário, etc. - tem sua evolução, tecnicismo e espanto crescentes, confundido com a evolução que experimenta a sociedade humana, tendo sido ela, a filosofia, seu elemento propulsor, por meio da disseminação do conhecimento, da pesquisa, da consciência em difusão e da educação, do grego, *Paidéia*.

Com estudos apaixonantes sobre a ética e a socialidade, estudos estes que causam tão grandes ou ainda maiores espanto ao ser humano, do que aquele que fez surgir à filosofia, em sua gênese, quanto à consciência da autodeterminação da natureza, contribui a filosofia para atuação dos denominados agentes políticos,

¹³¹ Ibidem. p.58-59.

investidos nas funções primárias do Estado, na busca do bem comum, do justo, da segurança das relações jurídicas, sobretudo com substratos para que o agente enfrente a difícil missão, humano que é, de encarar, em sua atuação, os desafios e as mudanças de paradigma diuturnas da dita modernidade.

1.2.8.1 Ética – considerações

Preliminarmente, é de rigor verificar que ética e moral não se confundem, embora relacionadas. Conforme leciona Adolfo Sánchez Vásquez, “A ética não cria a moral ¹³²”.

A origem da palavra vem do grego, *éthos*, cuja tradução é inexoravelmente equívoca ¹³³, mas advém da tradução de idéias e conceitos como *costume*, ou ainda, propriedades, qualificativos, do caráter humano, segundo a doutrina de George Edward Moore ¹³⁴:

Ética é uma palavra de origem grega, com duas origens possíveis. A primeira é a palavra grega *éthos*, com e curto, que pode ser traduzida por costume, a segunda também se escreve *éthos*, porém com e longo, que significa propriedade do caráter. A primeira é a que serviu de base para a tradução latina “moral”, enquanto que a segunda é a que, de alguma forma, orienta a utilização atual que damos a palavra Ética. Ética é a investigação geral sobre aquilo que é bom.

Assim, pode-se dizer que a ética é recheada de historicidade, colhida junto à sociedade humana, considerado o aspecto tempo e sendo, pois, o conteúdo que impede sua solidificação, mantém seu desenvolvimento, sua reconstrução, analisando os princípios e condutas adotados moralmente na sociedade, seu objeto de estudo, sobretudo quanto à origem e o objetivo dos juízos morais realizados.

¹³² SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. **Ética**. 12 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1969, p. 12.

¹³³ “Podemos dizer que ética é a ciência do **ethos**, atendendo à derivação etimológica do termo ética e à evolução que o levou a substantivar-se nas línguas modernas para designar um tipo específico de saber formalmente definido e integrado no corpo epistemológico e didático, seja das Ciências Humanas ou da Filosofia. Mesmo com uma linguagem bastante simples será difícil formular e justificar uma definição real da Ética em sua versão propriamente filosófica, até porque, historicamente, foi na filosofia que, originariamente, se constituiu a ciência do **ethos**, portanto, ainda é a única forma adequada que nos permite pensar os fundamentos racionais dessa ciência”. (destacamos) In: ARRUDA, Alex Souto. **A definição de ética e os seus conceitos estruturais**. Disponível em: http://www.webartigos.com/articles/5620/1/a-definicao-de-etica-e-os-seus-conceitos-estruturais/pagina_1.html - acesso em 10/08/2008,19h.

¹³⁴ MOORE, George Edward. **Princípios éticos**. São Paulo: Abril Cultural, 1975. p. 4, *passim*.

Ética é, pois, na visão de Sánchez Vásquez, “a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade. Ou seja, é ciência de uma forma específica de comportamento humano ¹³⁵”.

Busca, pois, indicar a forma geral de atuação humana, sob prisma moral, no ambiente de estudo que é seu objeto e identificando os princípios adotados, partindo não só da observação e comprovação dos fatos, mas, dentro do conceito de transcendente atribuído a Kant, investigando as razões íntimas pelas quais tais comportamentos são admitidos, adotados, repetidos, ampliados subjetivamente e as quais conseqüências levam.

A ética, por fim, na visão de Vásquez, “não é a moral e, portanto, não pode ser reduzida a um conjunto de normas e prescrições; sua missão é explicar a moral efetiva e, neste sentido, pode influir na própria moral ¹³⁶”.

1.2.8.2 Moral e moralidade – considerações

Quanto ao conceito de moral, igualmente, tem-se que, em sua origem, cuja etimologia remonta ao latim, a tradução e admissão pela linguagem são eminentemente equívocas, permitindo mais de uma interpretação, significado.

Como reforço à referida tese, vislumbra-se que, diferente do que pensa George Edward Moore, antes citado, Sánchez Vásquez emprega o conceito de costume, não à ética, que reputa verdadeira ciência, mas à moral, quando diz que, “certamente, moral vem do latim *mos* ou *mores*, "costume" ou "costumes", no sentido de conjunto de normas ou regras adquiridas por hábito ¹³⁷”.

Não se pode perder de vista, contudo, que a moral, ainda de definição pendente no presente trabalho, tem duas acepções, prismas, recortes, sendo o subjetivo e o objetivo, que podem ser objeto de delimitação desta, quais sejam, os já indicados por Kant, quando do embrião por ele dado à cisão da razão, salvo melhor juízo, perfeitamente delineada por Hegel, cindida a razão nela mesma, quanto aos fins, extrato primário da razão moderna, em seus aspectos objetivo e subjetivo, ser e conhecer.

¹³⁵ SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. 1969, *cit.*, p. 12.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 14.

¹³⁷ *Ibidem*.

Assim é que o mestre Antonio Gomes Penna, em interessantes lições proferidas à escola da magistratura paulista, define:

No caso de moral e consideradas as duas dimensões que nela podem se distinguir – a subjetiva e a objetiva – o que se pretende indicar é, no primeiro caso, o conjunto de idéias, julgamentos, sentimentos, etc., que nos permite experimentar a presença de exigências e interdições vividas como deveres. De fato, sempre nos damos conta de que muitas de nossas ações devem ser consumadas e outras devem ser interdidas, as primeiras julgadas boas e as últimas definidas como más.

No segundo caso, quando tratamos da dimensão objetiva, o que nos interessa são as sanções que nos atingem quando consumamos atos que a sociedade reprova, ou seja, que ferem os costumes (mores) dominantes nos grupos. Essas sanções mostram-se classificáveis em dois tipos: 1) as sanções difusas e 2) as sanções organizadas. As primeiras se exprimem por reprovações pouco definidas e expressivas da consciência coletiva. As sanções organizadas constituem aquelas que decorrem de um conjunto de regras codificadas que compõem o direito. Vale assinalar que, tanto a consciência moral, como a chamada forma objetiva de manifestação da ética, supõem a liberdade humana ¹³⁸.

Quanto à expressão moralidade, definida mesmo com princípio jurídico onivalente em inúmeras cartas políticas de estados democráticos de direito, a exemplo da Constituição Brasileira promulgada em 1988 ¹³⁹, de rigor observar que tem conteúdo, ainda que equívoco, tendente a ser objetivamente considerado, quando da aplicação da lei.

Traz-se à colação a lição do mestre francês Maurice Hauriou - que colhe, de sua terra natal, as lições primárias de administração pública moderna, concebidas por Montesquieu e que teve inúmeras teorias relevantes desenvolvidas na França – citadas por Hely Lopes Meirelles, em seu Curso, que traduz a seguinte máxima:

A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e as finalidades de sua ação: o bem comum. ¹⁴⁰

¹³⁸ PENNA, Antonio Gomes. **A ética e os tempos atuais**. In: NALINI, José Renato (Coord). Uma nova ética para o juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 21.

¹³⁹ Conforme art. 37, *caput*, ao definir os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como norteadores das ações de todos os integrantes da administração pública, a qualquer título.

¹⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1999. Passim.

Assim é que Hauriou, por fim, define moralidade administrativa, conforme se colhe das lições de Moreira Neto, esta, uma das definições mais conhecidas, em âmbito jurídico, da moralidade, especificamente a administrativa, qual seja, “um conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”¹⁴¹.

Nesses termos, ainda que com conteúdo epistemológico diverso do conceito de moral, ao menos para a filosofia, uma vez que eminentemente prático, concreto, casuístico, procedimental, o conceito de moralidade, ao menos para o direito positivo, traduz deveres mínimos a todo aquele que age em nome do Estado e, em extensão, àquele que venha a agir com o objetivo de auxiliar na sobrevivência e desenvolvimento do Estado, ainda que na condição de particular.

Ainda nessa esteira, sintetiza o constitucionalista Zulmar Fachin, as decorrências indicativas e práticas da conceituação de moralidade, voltada à administração, aos seus integrantes, quando diz que “o administrador público tem o dever de ser honesto, íntegro, probo, honrado, reto, exemplar. Deve tratar com zelo a res publica”¹⁴².

Para o fim de sua identificação, quando da aplicação do direito positivo em casos concretos, registra-se que o ordenamento brasileiro deixa ao arbítrio judicial a identificação do ato argüido como imoral e a efetiva ocorrência ou não de imoralidade, confiando árdua tarefa ao julgador, uma vez que há, sim base legal e constitucional (art. 37, *caput*, da CF/88) para exame autônomo da imoralidade que, ofendendo a princípio positivado, surge como forma de ilegalidade autônoma e punível (*ex vi*, Lei 8.429-92).

Isso se vê da sistematização do direito positivo brasileiro, conforme se colhe mesmo, da Constituição Federal, tanto no art. 5º, inciso LXXIII, ao tratar de inciso específico sobre a ação popular para anulação de ato lesivo à moralidade administrativa, quanto no *caput* e § 5º do art. 37, quando define moralidade como princípio e ao dizer que atos de improbidade serão tipificados em lei e punidos.

Tal regulamentação se deu por meio de lei, qual seja, a Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/92 que, em seu art.11, define como ato de improbidade aquele que importe violação de princípios constitucionais e legais à administração

¹⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.58.

¹⁴² FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 391.

aplicáveis, sem descrever os atos aos quais se refere, tarefa, esta, do aplicador do direito, ao valorar-lhes.

Essa tarefa tem sido regularmente cumprida pelo judiciário, a exemplo de julgados dos mais variados juízes e tribunais pátrios, ordinários e superiores, como o Superior Tribunal de Justiça ¹⁴³.

¹⁴³ Ex vi, a título de exemplo do seguinte julgado: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE FRASES DE CAMPANHA ELEITORAL NO EXERCÍCIO DO MANDATO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO ART. 267, IV, DO CPC, REPELIDA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO. PRESCINDIBILIDADE. INFRINGÊNCIA DO ART. 12 DA LEI 8.429/92 NÃO CONFIGURADA. SANÇÕES ADEQUADAMENTE APLICADAS. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU. 1. Cuidam os autos de ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de José Cláudio Grando, à época Prefeito Municipal de Dracena/SP, objetivando, em síntese, a sua condenação nas sanções previstas na Lei nº 8.429/92 por suposta utilização irregular das frases "Dracena Todos por Todos Rumo ao Ano 2000" e "Dracena Rumo ao Ano 2000" em fachadas de órgãos públicos municipais, veículos e placas de inauguração, uniformes dos alunos das escolas e creches públicas, jornais da região, carnês de pagamento de tributos e publicações especiais. Sobreveio sentença julgando parcialmente procedente o pedido para suspender os direitos políticos do réu pelo período de três anos, proibi-lo de contratar, receber benefício, incentivos fiscais ou creditícios, diretos ou indiretos, junto ao poder público, ainda que por intermédio de pessoa jurídica, pelo mesmo prazo, bem como para condená-lo a pagar o equivalente a dez vezes sua atual remuneração, a título de multa civil e a ressarcir ao Município os gastos comprovadamente efetuados com recursos públicos na inserção da expressão e símbolo de sua campanha eleitoral em bens e atos da administração, a serem liquidados no momento oportuno, bem como a arcar com as custas e eventuais despesas processuais, extinguindo o processo nos termos do art. 269, inciso I, do CPC. O réu interpôs apelação [...]. O Tribunal, por maioria, rejeitou as preliminares e negou provimento ao recurso. [...]. 2. A ação civil pública protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. O seu objetivo não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa a par de ver observados os princípios gerais da administração. Essa ação constitui, portanto, meio adequado para resguardar o patrimônio público, buscando o ressarcimento do dano provocado ao erário, tendo o Ministério Público legitimidade para propô-la. Precedentes. Ofensa ao art. 267, IV, do CPC, que se repele. 3. A violação de princípio é o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública porque é uma completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo. A inobservância dos princípios acarreta responsabilidade, pois o art. 11 da Lei 8.429/92 censura "condutas que não implicam necessariamente locupletamento de caráter financeiro ou material" (Wallace Paiva Martins Júnior, "Probidade Administrativa", Ed. Saraiva, 2ª ed., 2002). 4. O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos, sendo eficiente para com a própria administração. O cumprimento dos princípios administrativos, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada cidadão. Não satisfaz mais às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a gestão da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária. **5. A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa ao patamar constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos dos agentes públicos violadores desse preceito maior.** **6. A tutela específica do art. 11 da Lei 8.429/92 é dirigida às bases axiológicas e éticas da Administração, realçando o aspecto da proteção de valores imateriais integrantes de seu acervo com a censura do dano moral. Para a caracterização dessa espécie de improbidade dispensa-se o prejuízo material na medida em que censurado é o prejuízo moral. A corroborar esse entendimento, o teor do inciso III do art. 12 da lei em comento, que dispõe sobre as penas aplicáveis, sendo muito claro ao consignar, "na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver..." (sem grifo no original). O objetivo maior é a proteção dos valores éticos e morais da estrutura administrativa brasileira, independentemente da ocorrência de efetiva lesão ao erário no seu aspecto material.** 7. A infringência do art. 12 da Lei 8.429/92 não se perfaz. As sanções aplicadas não foram desproporcionais, estando adequadas a um critério de razoabilidade e condizentes com os patamares estipulados para o tipo de ato acoimado de ímprobo. 8. Recurso especial conhecido, porém, desprovido. (REsp 695.718/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16.08.2005, DJ 12.09.2005 p. 234 – SEM GRIFOS NO ORIGINAL)

Justifica-se, pois, com os objetivos do presente tópico, o exame da moralidade tal como proposta nos parágrafos acima.

1.2.8.3 A dialética incessante entre ética e moral

Por óbvio que, assumidos os postulados acima, a *ética*, que tem a moral como seu objeto de estudo - visto que é ciência que estuda as origens, determinações, modos e conseqüências da moral tal como adotada nos comportamentos humanos, individual e coletivamente – com ela se relaciona incessantemente e, atribuído, ainda que com interpretação equívoca, o conteúdo de moral ao consuetudinário, vale dizer, costumes, essa inter-relação está em franca e incessante dialética.

Nesse sentido, Sánchez Vásquez leciona que:

Na definição antes enunciada, ética e moral se relacionam, pois, como uma ciência específica e seu objeto. Ambas as palavras mantêm assim uma relação que não tinham propriamente em suas origens etimológicas. Certamente, moral vem do latim *mos* ou *mores*, "costume" ou "costumes", no sentido de conjunto de normas ou regras adquiridas por hábito. A moral se refere, assim, ao comportamento adquirido ou modo de ser conquistado pelo homem. *Ética* vem do grego *ethos*, que significa analogamente "modo de ser" ou "caráter" enquanto forma de vida também adquirida ou conquistada pelo homem. Assim, portanto, originariamente, *ethos* e *mos*, "caráter" e "costume", assentam-se num modo de comportamento que não corresponde a uma disposição natural, mas que é adquirido ou conquistado por hábito. É precisamente esse caráter não natural da maneira de ser do homem que, na Antiguidade, lhe confere sua dimensão moral.

Vemos, pois, que o significado etimológico de *moral* e de *ética* não nos fornecem o significado atual dos dois termos, mas nos situam no terreno especificamente humano no qual se torna possível e se funda o comportamento moral: o humano como o adquirido ou conquistado pelo homem sobre o que há nele de pura natureza. O comportamento moral pertence somente ao homem na medida em que, sobre a sua própria natureza, cria esta segunda natureza, da qual faz parte a sua atividade moral ¹⁴⁴.

Com isso, em reforço a tal interpretação, tem-se que, a cada ciência, e assim, à ética, ciência que é, a preocupação com as inovações e modificações de seu objeto, estudo minucioso e responsável deste, com conhecimento de fatos e

¹⁴⁴ SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. 1969, *cit*, p. 14.

conseqüências relevantes, levam inexoravelmente à modificação de seus prismas, axiomas, proposições e mesmo elementos, seja nas ciências lógicas ou humanas, a exemplo da evolução pela qual a ética, de Aristóteles a Habermas ¹⁴⁵, experimenta.

1.2.8.3.1. A Contribuição de Kant

Immanuel Kant, conforme a doutrina de Gomes Penna ¹⁴⁶, que corrobora o entendimento dos filósofos contemporâneos, na história da filosofia moral, é o filósofo que mais contribuiu, desde Aristóteles, ao tema, com suas obras, em especial, a *Crítica da Razão Prática* e a *Fundamentação Metafísica dos Costumes*. Seu traço distintivo é a procedimentalização, formalismo, quando da obtenção e prática da regra moral, por meio de atos, por seus agentes. Cria conceito de transcendente, ao considerar o sujeito em si mesmo, “no que ele tem de humano enquanto conhece e age e não o sujeito no que ele tem de empírico, individual, histórico e de contingente” ¹⁴⁷.

Assim, entende que pode, na expressão de Penna, encontrar a moralidade e representá-la pela “boa Vontade”.

Kant afasta a utilidade do ato, sanções externas e conhecidas, sentimentos íntimos ou outros quaisquer outros elementos externos, variáveis, para a aferição de moralidade no ato praticado. Deixa aos auspícios da razão, material, o conteúdo da boa vontade, ação pelo dever, em si gerado, mas prega que a lei moral tem o seguinte pressuposto: “Age sempre de acordo com uma máxima tal que possas querer, ao mesmo tempo, que ela se converta em uma lei universal” ¹⁴⁸. Aceitando-a sem qualquer condição ou ressalva, há o que denomina *imperativo categórico*, que admite ainda, outras formulações (destacamos).

¹⁴⁵ Considerando-se a obra *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, marco indelével dos estudos da virtude e moral, na filosofia ocidental, bem como os novos paradigmas de sociedade, ação comunicativa e ética, pelas obras contemporâneas de Jürgen Habermas, apresentados hodiernamente.

¹⁴⁶ PENNA, Antonio Gomes. In: NALINI, José Renato (Coord). 1994, *cit*, p. 24-26 – *passim*.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 25.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p.26.

Contribui ainda porque, ao indicá-la como diferencial do ser humano¹⁴⁹ e, diferenciar a razão, sob os aspectos práticos e teóricos, ontológicos e deontológicos, para os fins de agir e conhecer, mas sem cindi-la para quaisquer outros fins que não as discussões filosóficas da ação e conhecimento com base exclusivamente na razão¹⁵⁰, implantam na filosofia o embrião, a seguir melhor delineado por um dos seus mais estudiosos e brilhantes críticos, Georg W. F. Hegel, da razão cindida nela própria, característica insofismável da modernidade.

1.2.8.3.2 A Contribuição de Hegel

Hegel, expoente da escola filosófica alemã, foi considerado um dos maiores críticos e, conseqüentemente estudiosos, de Immanuel Kant.

Desenvolve, festejando conceitos de Kant – mas apontando falhas decorrentes da excessiva redoma do estudo do “eu” sem ingerências mínimas externas – a cisão da razão quanto aos fins, expressamente e insere, definitivamente, o papel da sociedade e do Estado na identificação e realização da razão, ampliando seus prismas de conhecimento.

Tal lição, sintética ante a não-pretensão de exaurimento do referido tema, resulta evidente da lição de Paulo Eduardo Arantes, citando Marcuse, nas notas introdutórias da obra que leva o nome de Hegel, em coleção nacional amplamente difundida:

Na interpretação de Marcuse, os idealistas alemães reconheceram as manifestações históricas concretas do problema, o que se evidencia pelo fato de haverem, sem exceção, ligado a razão teórica à razão prática. “Há uma transição necessária, entre a análise da consciência transcendental, em Kant, e sua exigência de comunidade de um Império Mundial; entre o conceito do “Eu puro” de Fichte e sua construção de uma sociedade totalmente unificada e

¹⁴⁹ “Por meio da razão foi agregado um espírito à alma do homem, a fim de que possa levar uma vida adequada não somente ao mecanismo da Natureza e suas leis técnico-práticas, mas também à espontaneidade da Liberdade e suas leis moral-práticas. Este princípio de vida não se baseia em conceitos de sensibilidade, os quais, todos, pressupõem ciência, que dizer, conhecimento teórico, **mas deriva-se, direta e imediatamente, de uma idéia transcendental, isto é, da Liberdade e do Imperativo Categórico moral que nô-la revela originalmente.** (grifos nossos) In: KANT, Immanuel. *Verkuendigung des nahen abschlusses einestraktats zum ewigen frieden in der philosophie*, v. VIII, Academia Prussiana de Letras de Berlim, 1902-1941. p. 417. Apud: O pensamento de immanuel kant – a sabedoria do mundo – Trad. Hans Koranyi. São Paulo: Editora Íris, verbete 259 - p. 73.

¹⁵⁰ “**A razão nunca pode ser satisfeita, por completo, pela experiência**”. (grifos nossos) In: KANT, Immanuel. *Prolegomena zu einer jeden kueftigen metaphysik, die als wissenschaft wird auftreten koennen*, v. IV, Academia Prussiana de Letras de Berlim, 1902-1941. p. 351. Apud: O pensamento de immanuel kant – a sabedoria do mundo – Trad. Hans Koranyi. São Paulo: Editora Íris, verbete 131 - p. 64.

regulada; e, finalmente, entre a idéia de razão, de Hegel, e sua definição do Estado como a união dos interesses comuns e individuais, como realização da razão ¹⁵¹.

1.2.8.4 A influência social, política e ideológica ao agir ético-moral, e a crise da lei

Por óbvio que ainda havia, como há, muito a investigar, quanto à influência social, vale dizer, da sociedade e do Estado, nos mais variados níveis, nos destinos da razão individual e coletiva, para obtenção do agir ético-moral, com interação no mundo da vida – *lebenswelt* - conceito atribuído a Husserl.

Tais estudos tiveram início, após visão do pouco êxito, quanto aos resultados da adoção da filosofia iluminista e idealista, fundamentalmente no pós-guerra, pelos críticos alemães da Escola De Frankfurt, culminando nas idéias da filosofia e sociologia modernas, sobretudo com as obras do mestre alemão Jürgen Habermas, que possuem, como marco inicial do que se firmaria *teoria da ação comunicativa*, a obra “*Técnica e ciência como ideologia*”.

Na referida obra, Habermas deixa claro, ainda nas páginas iniciais que, em resumo, há efetiva influência entre ambos, sociedade, agente e ação ética-moral, ainda pendente de inúmeros acertos, quando diz:

Uma radicalização da minha tese poderia rezar assim: não é o espírito no movimento absoluto da reflexão sobre si mesmo que, entre outras coisas, também se manifesta na linguagem, no trabalho e na relação ética, mas é precisamente a relação dialética de simbolização lingüística, de trabalho e de interação que determina o conceito do espírito. A isto se oporia o lugar sistemático das categorias mencionadas. Elas não aparecem na lógica, mas numa filosofia real. Por outro lado, as relações dialéticas estão nessa altura ainda tão visivelmente presas aos tipos básicos de experiências heterogêneas que as formas lógicas divergem entre si, segundo a conexão material de onde foram tiradas. A exteriorização e a alienação, a apropriação e a reconciliação rejeitam-se mutuamente ¹⁵².

Assim, é manifesta a dialética entre os institutos ética, moral e o conceito de “social”, a seguir examinado.

Antes, porém, insta verificar a patente e anunciada politização dos agentes públicos, manifesta que é a interação incessante ente sociedade, estado, seus

¹⁵¹ HEGEL, Georg. W.F. **Vida e obra**. Coleção os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 9.

¹⁵² HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Lisboa: Edições 70, 1997. p. 12.

preceitos, bem comum, coletividade e a conseqüente atuação dos empossados em funções do Estado, notadamente ante a crescente possibilidade de crítica e interpretação da lei ¹⁵³, até bem pouco verdadeiro e imutável axioma, como bem adverte a doutrina de Artur Souza sobre a paulatina adoção de posições ideológicas no atuar diário de todos os integrantes do que denomina “governo”:

A justiça moderna, portanto, não é “apolítica”, sendo que atualmente, mais do que nunca, deve-se reconhecer que o poder judiciário é “governo”.¹⁵⁴ [...]

Segundo o pensamento de Cesare Beccaria (1735-1793), iluminista que muito contribuiu para a humanização do direito penal: “(...) nem mesmo a autoridade de interpretar as leis penais pode caber aos juizes criminais, pela própria razão de não serem legisladores (...). Em cada delito o juiz deve fazer um silogismo perfeito: a lei geral deve ser a maior; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Quando o juiz for forçado a construir mais de um silogismo, ou queira fazê-lo, abre-se a porta à incerteza”.

Evidentemente que essa tendência nitidamente desqualificadora da capacidade dos juizes, conjugada com o “endeusamento” da lei, não se sustenta diante das particularidades de uma sociedade pluralista e complexa.

A *práxis* há demonstrado que, normalmente, a atividade do juiz não é tão subserviente à lei, assim, como o ato legislativo não se denota tão representativo a vontade geral como apregoam os dogmáticos positivistas, não passando, muitas vezes, de mero simbolismo do poder ideológico.

Na visão de Manuel Hespanha, atualmente há a “crise da lei”, pois a lei não é nem obedecida nem aplicada. Observando desmistificadamente o fenômeno legislativo, percebe-se que a lei serve funções diversas, muitas vezes sem qualquer afinidade com as clássicas funções regulativas. Por diversas vezes, a lei é instrumento para anunciar as intenções do poder. [...] ¹⁵⁵

Nessa esteira, em que descortinam defeitos e tendências na produção de textos legislativos, com possível desvio de suas finalidades típicas e essenciais, mais incisivas, ácidas, mas não menos carecedoras de reflexão, são as lições da doutrina de Amilton Bueno de Carvalho, doutrinador e desembargador rio-grandense já citado, que postula interpretação alternativa do direito. Afirma o indicado autor:

¹⁵³ Vale, aqui, a título de reflexão, a lição de Lacordaire, reproduzida por Orlando Gomes, qual seja, a de que “entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”. GOMES, Orlando. **Contratos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 35.

¹⁵⁴ SOUZA, Artur César de. 2008. *cit.*, p. 165.

¹⁵⁵ *Ibidem.*, p.166-167.

Poder-se-á argumentar que nem todas as leis na sociedade capitalista servem de instrumento de opressão da classe majoritária e que várias são promulgadas no interesse do oprimido. Mas isso não ocorre por espírito de benemerência dos que estão no poder: ou são fruto de luta dos oprimidos; ou servem como válvula de escape à pressão social (concede no periférico para manter no essencial – Roberto Aguiar, *Direito, Poder e Opressão*, p. 35); ou para justificar que não são opressores, visando, assim, a sua manutenção no poder. Aliás, Thomas Hobbes já ensinava que não é a sabedoria mas sim a autoridade que faz a lei (citação de Julio César Tadeu Barbosa, ob. Cit., p. 53). Diria diferente: é a sabedoria que faz a lei, mas sábios a serviço dos que dominam.

Cumpra, pois, destruir o mito de neutralidade da lei. Ela é definitivamente comprometida com aqueles que estão no poder. Pode estar ou a serviço da maioria, se estes conquistarem o poder político, ou a serviço da minoria, se estes o conquistarem.

Alguns exemplos demonstram a quem serve a legislação vigente no país; que compromissos básicos tem. A eles. Todos sabemos que o bem da vida buscado pelo litigante só lhe é concedido, como regra, após o trânsito em julgado de uma sentença; como exceção, em alguns feitos o adiantamento é concedido, como regra, após o trânsito em julgado de uma sentença; como exceção, em alguns feitos, o adiantamento PE concedido quando o recurso é recebido apenas no efeito devolutivo; como exceção, da exceção, é dado adiantamento provisório nas cautelares; como exceção da exceção, da exceção, concede-se em liminares após justificação prévia, com ouvida ou não da parte contrária; e, como exceção da exceção, da exceção, da exceção, o Juiz pode deferir o adiantamento sem a oitiva do pólo passivo e sem justificação (o art. 797 do CPC fala em casos excepcionais). Todavia, a exceção da exceção, da exceção, da exceção, é regra nas ações de busca e apreensão previstas no Decreto-lei nº 911/69. Ali, o juiz obrigatoriamente concede liminares de busca e apreensão sem que se ouça o réu (art. 3º). Tal decreto-lei serve a quem? Às instituições financeiras. Donde veio? Dos Ministros da Marinha, Exército e Aeronáutica. [...] ¹⁵⁶

Sérgio Alves Gomes, em sua obra-contribuição à construção do Estado Democrático de Direito, com prudência mas com igual inflexibilidade no respeito à concretização da Constituição e ao “Justo”, afirma o que entende por ações destinadas à concretização do ideal democrático, constitucional e, ainda, os efeitos funestos da omissão dos integrantes da sociedade, ciente de que há franca e possível dialética entre sociedade, poder, agir ético-moral e fins legais:

No estado democrático de direito, respeitar a constituição não significa apenas deixar de fazer o que ela proíbe, mas também e sobretudo, fazer que ela determina. Isso porque o referido paradigma estatal tem por escopo principal a *transformação* de uma sociedade injusta, egoísta, de raízes escravagistas e

¹⁵⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de. 2003, *cit.*, p. 25-26.

subdesenvolvida, para uma sociedade livre justa e solidária. A constituição Federal de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, documenta um pacto social comprometido com tal transformação. Um pacto que decidiu pelo desenvolvimento nacional, pela erradicação da pobreza e da marginalização, isto é, da exclusão social, bem como pela contínua redução das desigualdades sociais e regionais, a fim de “promover” o bem de todos”. (CF, art. 3º, I a IV). Resta claro que quem – por ação ou omissão¹⁵⁷ – colocar-se contra estes objetivos transformadores inscritos na Carta Magna da República põe-se, conseqüentemente, a favor da manutenção do subdesenvolvimento e do retrocesso democrático.¹⁵⁸

Agora reúne-se, no presente trabalho, de conceituar a socialidade, após devidamente contextualizada com seus elementos de interação, sobretudo.

¹⁵⁷ A omissão, aqui, ganha relevância com discursos vazios e inércia correspondente, muitas vezes vistos entre inúmeros políticos de índole populista, mistificadores e, infelizmente, em alguns aplicadores e pensadores do direito que, após discordarem dos sistemas ideais perseguidos e, sem que busquem solução diversa para implemento de contínua evolução da sociedade em benefícios de seus integrantes, limitam-se a tergiversar, como no conto de nosso cancionista popular, eternizado por Rolando Boldrin quando, inserindo-o como parte da canção “Toada da Revolução”, descreve uma conversa entre Satanás e um caipira, Zé Capiou, quando aquele chorava suas mágoas por ter sido vencido pelo “Governo Eterno”, imperfeito e que não atendia às necessidades do mundo, a seguir reproduzido: *“O capeta entrou aqui como num susto. Mas não varou pelos buracos da janela ou pelos vãos das portas. Ele passou um dia inteiro comigo, um dia e uma noite. E proseando! No começo, para falar a verdade eu fiquei meio assustado. A final de contas, um diabo ali lado a lado comigo, e proseado? Mais depois de horas de conversa eu e ele, eu não o chamava mais de diabo, nem de demônio, nem de capeta, nem de pé redondo, pé preto, nem de belzebu, era só bebú. E ele a me chamar de Zé, ou melhor Zé Capiou. Era Zé pra cá, Zé pra lá, naquela velha intimidade, como se a gente fosse amigo, amigo há muito tempo, amigo de verdade. Seguimos andando assim pela cidade, paramos em frente de um cinema, vimos o filme lá anunciado, resolvemos entrar. Era um filme muito divertido cheio de soldado americano, desses de guerra com tiro, sangue, bomba pra todo lado. Aí acabou o filme, demos uma volta na praça, fomos no boteco, tomamos uma cervejinha, e sempre proseando, e sempre por ali na praça do povo, sempre por ali. Aí sentamos num banco de jardim, já era alta madrugada. Aí só ali, não sei por que, bebú me olhou muito sério e perguntou: - Escuta aqui Zé Capiou, você acredita no bem e no mal? - Ah não sei! - Pois existe. O bem e o mal existe, Zé Capiou. Mas não é como você pensa não. Eu vou te explicar o que é o bem o mal. Você morou lá em São Joaquim, não morou? Uns par de ano!! Eita lugarzinho parado aquele. Pois bem, lá tem um prefeito, não tem? Eu vou fazer uma comparação pra você entender. O prefeito de lá acha que o banco de jardim deve ser colocado na frente da igreja, esse é o bem. Mas o homem que faz oposição ao prefeito acha que não. Ele acha que o banco de jardim deve ficar na frente do coreto, esse é o mal. Aí me confundiu tudo. - O que você quer dizer com esse negócio de banco de jardim, eu não to entendendo nada. Aí ele ficou bravo, aí ele espumou, e gritô. - Eu fiz uma revolução contra Deus, Zé Capiou. Eu fui vencido, fui esmagado, fui derrotado, fui exilado, veja bem. Fui tido como rei da invidía. Mas nunca em momento nenhum, veja bem Zé Capiou, nunca eu fui pedir pra ele a tal de anistia. Deus me venceu pra todo sempre, e é o prefeito eterno. E eu me revoltei, você pensa que não? Você pensa que foi a toa? Você conhece Zé, o meu programa de governo? Aí me atrapalhou porque eu não entendo nada de política. - Ah sei lá bebú, a onde você quer chegar com isso? - Eu tenho um programa de governo, Zé Capiou. Eu poderia lhe contar mas você é tão burro Zé, que eu até vou Le dizer. Deus me esmagou? Ta bom. Deus me pisou? Ta bom. Deus me estraçalhou? Ta bom. Me humilhou? Ta bom. Mas eu te pergunto Zé, a vida que ele organizou não é uma miséria? Você não sofre? Não vive passando necessidade. O mundo não vive em guerra, nação contra nação? Você viu no filme agora! Você tem o exemplo da China também. Deus? Deus fracassou Zé! Deus fracassou Zé Capiou! Aí ficou quieto. Baixou a cabeça espumando, assim meio chorando. Aí eu olhei assustado, olhei do relógio. O sol já tava meio partindo pros caminhos da gente. Eu meio assustado com ele, disse: - O bebú é tarde. Aí ele me olhou e disse: - Qual é o teu caminho em Zé Capiou? Qual o teu caminho caipira picando fumo? Em violeiro? Em Jeca Tatu? Em caipira, Zé Capiou? Qual é o teu caminho Zé cheio de preguiça? - A bebú é tarde, quase 7 horas eu vou pra casa. E você bebú, a onde é que você vai? Ai ele triste, com um olhar triste me olhou no fundo dos olhos e disse: - **Eu? Eu vou à missa! Vou à missa!**” (grifos nossos), In: BOLDRIN, Rolando. Palco Brasil. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2005. 176 p.*

¹⁵⁸ GOMES, Sérgio Alves. 2008, *cit.*, p. 445-446.

1.2.8.4.1 *Socialidade – Conceito e Adoção como Princípio*

A socialidade decorre, ao menos intuitivamente, da constatação insofismável de ser o homem, um ser social e politizado, segundo a máxima de Aristóteles, quando diz que “o homem é naturalmente *um animal político*, destinado a viver em sociedade” (grifamos).¹⁵⁹

Com efeito, a interdependência entre os seres humanos, condição ancestral em nosso agir, até hoje indissociável de nossa natureza, falível, limitada, perecível, centelha quase insignificante do fogo eterno, que nos foi necessária para a formação de vínculos, sobrevivência e evolução, individual e coletivamente, já foi exposta na filosofia, com maestria. Assim é que inúmeros institutos legais pregam a socialidade, interpretação social, aplicação de justiça social, como princípios norteadores das políticas da sociedade em que vigem, não sendo diferente o direito brasileiro, como se verá.

1.2.8.4.2 *O Bem Comum*

O bem comum, assim definido como a satisfação dos interesses da coletividade, segundo as doutrinas de direito público; a segurança nas relações jurídicas e a estabilidade das relações governamentais e sociais, observância dos direitos individuais e coletivos, em âmbito de direito constitucional e privado, pode também ser definido, em sede de doutrina administrativista, como já ressaltou Hely Lopes Meirelles¹⁶⁰, como a busca do interesse público, em suas acepções primárias e secundárias, o primeiro, em relação de fim, sendo os bens da vida diretamente considerados, e o segundo, em franca relação de meio, na busca do melhor aparato instrumental, humano, atos, decisões, em toda a esfera pública, para obtenção do interesse público primário.

1.2.8.4.3 *Previsão na Lei de Introdução ao Código Civil*

A Lei de Introdução ao Código Civil, em verdade, Decreto-Lei n.º 4.657, de 1942, editado quando já vigia há 26 anos o código civil de Bevilacqua, do ano de

¹⁵⁹ ARISTÓTELES. **Política**. Livro I, cap. I. Lisboa: 1970, p. 43 passim.

¹⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. 1999, *cit*, passim.

1916, não introduz, como se vê de suas datas dissonantes, o código civil. Introduz, em verdade, todo o direito internacional privado, ao Brasil aplicado, regulamentando as disposições legais e interpretativas das leis pátrias e as interações jurídicas entre o Brasil e outras nações soberanas.

De acordo com as lições de Maria Helena Diniz ¹⁶¹, e mesmo conforme leitura de seu texto, a lei de introdução ao código civil é norma de sobredireito, ou supradireito, na medida em que dispõe sobre a própria estrutura e funcionamento das normas, coordenando, assim, a aplicação de toda e qualquer lei, e não apenas dos preceitos de ordem civil.

Há previsão expressa em seu art. 5º, de onde se extrai a positivação da socialidade como princípio, com efeito, desde a década de 40 do século XX e não somente com a edição do Novo Código Civil Brasileiro, conforme explicitaremos, uma vez que o referido artigo determina ao juiz, desde os idos da década de 40 do século passado, atender aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum, quando da aplicação da legislação pertinente. Eis a positivação do princípio antes mitigado e agora festejado, sobretudo a partir de 2002.

Assim, conforme a doutrinadora citada, o objetivo é, mais que a aplicação de dispositivo legal, a outorga de justiça à espécie, com preservação da sociedade, redução de suas desigualdades, busca de segurança jurídica e distribuição de justiça, enfim, *socialidade*.

1.2.8.4.4 *Previsão na Lei 10.406/02 – Novo Código Civil*

Miguel Reale, idealizador do anteprojeto do Novo Código Civil, no ano de 1975, apresentado ao Congresso Nacional, defendeu sua criação por longos 27 anos até que, em janeiro de 2002, fosse promulgado o novo Código Civil, pela Lei n.º 10.406/2002. Viu sua obra receber vida, vigência e relativa e paulatina aplicabilidade, porque em fase de transição, vindo a falecer no ano de 2006, mas, imortal que é pelas lições que deixou, sempre estará nas lembranças dos que estudam o direito e a filosofia.

¹⁶¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v.1. passim.

Reale inseriu como princípios fundamentais e formadores, que denominou estruturante da nova lei civil ¹⁶², os princípios da socialidade, eticidade e operabilidade, princípios estes que rompem com a velha máxima e orientação do trinômio tradição, família e propriedade, sem perder de vista as células fundamentais da sociedade moderna, realizando insofismável constitucionalização do direito privado brasileiro.

Como argumento de reforço à referida interpretação, que se colhe como voz comum na doutrina apresenta-se as lições de Judith Martins Costa e Gerson Luis Carlos Branco ¹⁶³, ao indicarem, em seu texto, que o referido princípio tem preponderância, norteador o papel de todos os operadores do direito, fins de atuação ética com base em lei e com fins ao alcance dos objetivos sociais:

Ambas – eticidade e socialidade – constituem perspectivas reversamente conexas, pois as regras dotadas de alto conteúdo social são fundamentalmente éticas, assim como as normas éticas têm afinidade com a socialidade.

E continuam, ao dizerem:

A distinção ora procedida, de cunho meramente metodológico, não faz mais do que assinalar ênfases, ora pendendo para o fundamento axiológico das normas, ora inclinando-se às suas características numa sociedade que tenta ultrapassar o individualismo, não significando, de modo algum, que uma regra ética não se ponha, também, na dimensão da socialidade, e vice-versa.

1.2.8.5 Ética e socialidade como elementos necessários à atuação jurisdicional do magistrado

Assumidas tais premissas e, sendo a atividade precípua do poder judiciário, distribuir justiça, com correta e interpretativa aplicação das leis às lides, transcritas nos casos concretos ao judiciário apresentados, como forma de outorga de efetividade às leis, princípios que permeiam os atos legais, doutrina em todas as searas científicas e à jurisprudência, que constituem a manifestação do Judiciário

¹⁶² "reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais, como uma das mais nobres e corajosas metas de governo". Apud, REALE, Miguel. In: **Exposição de motivos do anteprojeto do código civil de 2002**.

¹⁶³ MARTINS COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 131.

em nossa Nação - histórica, política, filosófica e juridicamente - de rigor que não se furtem os juízes, dentro de suas funções e objetivos, à observação digna e coerente de tais institutos à luz da constituição, como se verá.

É com tal escopo que se estudam as premissas do presente capítulo.

1.2.8.5.1 *Função Típica do Judiciário – Prestação da Tutela Jurisdicional*

Conforme se colhe das lições de Bellinetti, dignas de serem aqui, reprisadas, Liebman afirmara que:

[...] muitas são as definições que têm sido dadas à jurisdição, mas lembremos apenas duas delas, as mais importantes, que constituíram o tecido dialético do debate científico na Itália por muitas décadas. A primeira delas define a jurisdição como “a atuação da vontade concreta da lei mediante substituição da atividade alheia pela de órgãos públicos, seja afirmando a existência da vontade da lei, seja tornando-a efetiva na prática (Chiovenda) [...]... Já a segunda prefere ver na jurisdição a justa composição das lides (Carnelutti)¹⁶⁴.

Assim, sobre as distinções entre tutela jurídica e tutela jurisdicional, vide item 1.2.1, supra.

Invoca-se, somente, as lições de Dinamarco já expostas, que definem tutela Jurisdicional, elemento da jurisdição, como “a proteção que por meio do processo e pelo exercício da jurisdição, o Estado dá ao sujeito que tiver razão no litígio”¹⁶⁵.

De rigor considerar, como dito alhures, que a tutela jurisdicional é a tutela do indivíduo, o direito que ele possui de invocar o judiciário, batendo em suas portas e apresentando pedidos, para que por meio de seus instrumentos analise-se a tutela jurídica, dos bens, da vida.

1.2.8.5.2 *Seus escopos*

Assumida a tríplice identidade da Jurisdição, visto que é entendida como *poder*, porque é monopólio do Estado e reflete a vontade primária do ente político; *função*, porque é atribuição legal aos investidos de jurisdição, sem que possam se

¹⁶⁴ BELLINETTI, Luiz Fernando. 1994. *cit*, p. 70.

¹⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 1, *cit*, p. 40.

furtar à aplicação desta e, ainda; *atividade*, de rigor aplicado às resoluções de conflitos entre os integrantes do Estado, deve-se perguntar quais seus objetivos, finalidades, valem dizer, escopos.

Nessa esteira, Dinamarco¹⁶⁶ nos ensina que os escopos da jurisdição são três, clássicos, e um mais recente e moderno, tal como reconhecido pelo mestre, quais sejam: *escopo jurídico*, traduzido na resolução do conflito, composição da lide; *escopo político*, qual seja, a realização de justiça; *escopo social*, definido como a consequente pacificação social das partes, ainda que imposta pela solidificação da sentença, todos estes ao lado do último e mais recente escopo social, a Educação (grifamos).

Sim, educação, visto que, conforme descreve o ilustre doutrinador:

[...] sempre no plano das relações sociais o exercício continuado e correto da jurisdição constitui elemento de valia, no sentido de educar as pessoas para o respeito a direitos alheios e para exercício dos seus.¹⁶⁷

Destarte, pelo exercício correto e reiterado da jurisdição, impõe-se à população a observação das limitações aos seus direitos e deveres, com consequente educação para a vida em sociedade, fortalecendo as instituições.

1.2.8.5.3 *Efetiva Aplicação*

Em síntese das sobreditas reflexões, ao aplicador da lei, assim como a todo profissional do direito e, ainda, a qualquer outro profissional que, com a referida ciência tenha laços e por vezes, ao concurso desta venha a agir, não se dispensa a utilização de seus conhecimentos, lucidez, razão, ética, valores morais, consciência social e respeito aos envolvidos, seus iguais, em situações diferentes, no auxílio à prestação de efetiva justiça, com base na lei, social e eticamente interpretada, com aplicação da forma necessária à segurança das relações jurídicas e respeitos aos direitos dos envolvidos, sagrados no estado democrático, todavia, sem que utilizem como égide à atuação pusilânime e acovardada do aplicador da lei, de institutos como o formalismo estéril, que nada semeia, fecunda ou produz, ou interpretação

¹⁶⁶ Ibidem, p. 127-129.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 128.

literal e insuficiente da lei, porque produto da atividade humana, falível em todos os níveis.

Assim, deve agir com os valores acima, notadamente porque, no mais das vezes estará no exercício de função, para que contribua para a formação de uma sociedade mais estruturada, um mundo melhor e mais justo, para atingi-lo dos escopos da jurisdição, coincidentes com os da Justiça, de modo geral e mesmo do Estado, sem prejuízos das infundáveis concepções, lindas e fundamentadas, que a filosofia nos possa fornecer, quanto à justiça, de Ulpiano a Rawls; quanto à ética, de Aristóteles, Tomás de Aquino, Agostinho de Hipona, Kant, Hegel, Adorno, a Habermas; de jurisdição, tantas quantas forem às preclaras lições dos baluartes clássicos e modernos, mas sempre com o grande objetivo da obtenção da “*ordem jurídica justa*”, bem sintetizado por Venosa¹⁶⁸, ao falar dos princípios gerais do direito, lição com a qual encerramos estas simples reflexões em tal seara, rogando tenham elas despertado a curiosidade e intenção do leitor, quanto ao tema:

João Franzen de Lima (1977, v. 1:35) propõe o critério já acoimado por Clóvis Bevilacqua, invocando os famosos brocardos de Ulpiano ao expor os *iuris praecepta*, que podem resumir toda uma filosofia, em um plano global do Direito: ***honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere. Viver honestamente, não lesar a ninguém e dar a cada um aquilo que é seu.*** A invocação desses princípios pelo julgador, na lacuna da lei, ou mesmo em sua interpretação, constitui um ideal da mais alta justiça. (destacamos)

¹⁶⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - parte geral**, 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1, p. 50.

CAPÍTULO II

PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, O PRINCÍPIO DISPOSITIVO E O CDC

2.1 O PRINCÍPIO DISPOSITIVO E O PROCESSO

2.1.1 Precedentes

A constituição federal, em seus incisos LIV e LV, inseridos no Art. 5º, ao definir de modo exemplificativo os direitos e garantias individuais, traz o seguinte:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral é assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes ¹⁶⁹;

Assim, tais incisos, como ditos em capítulo anterior, garantem o devido processo legal, ou “*due process of Law*”, princípio maior do qual decorrem os demais, atinentes ao justo e regular processo e, por óbvio, garante neste, o contraditório e a ampla defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes.

Para que se entendam os elementos formadores do contraditório, lança-se, aqui, mão das lições da doutrina.

Nesses termos, Uadi Lammêgo Bulos traz lição de Joaquim Almeida, ao reproduzir a afirmação de que o contraditório é “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”.

Assim, Bulos identifica as duas acepções que constituem o binômio do contraditório, tal como consagrado, ao dizer que “são dois elementos de noção universal de contraditório, quais sejam a necessidade de bilateralidade e a possibilidade de reação”.¹⁷⁰

Noutro giro, entenda-se, aqui, como ampla defesa, a efetiva defesa de direitos lesados ou ameaçados, com requerimentos e alegações em ambos os pólos das demandas ante as peculiaridades de procedimentos, pois, estendendo-se tais

¹⁶⁹ Disponível em: http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf005.htm, acesso em 14/02/2010, 19h12min.

¹⁷⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 249.

prerrogativas não ao autor, mas às partes que formulam alegações e requerimentos no ínterim da relação processual angular.

Aliás, as lições da doutrina a respeito da importância da ampla defesa, tratamento igualitário entre as partes, contraditório, e observância das regras do “*due process of Law*”, não são novidades desta década, estando, aqui, se solidificando dia a dia e se implementaram sobretudo com os primeiros estudos constitucionais a respeito do tema, após 1988 e que se desenvolveram por toda a década passada.

João Batista Lopes, expoente doutrinário em tal seara, assim aduz ao proteger direitos inerentes ao processo, como forma de adequação da tutela jurisdicional:

[...] à luz da efetividade do processo, do instrumentalismo substancial e do processo civil de resultados, a ação deve garantir o direito ao devido processo legal e colimar o acesso à ordem jurídica justa. Para tanto, não basta assegurar o acesso formal e protocolar ao juiz ou ao tribunal: é de rigor garantir direito à tutela jurisdicional qualificada, ao devido processo legal, com respeito ao contraditório e ampla defesa, à igualdade de tratamento das partes, ao juiz natural, à proibição das provas ilícitas.¹⁷¹

Nesses termos ressalta-se a importância da investigação da verdade, pelo julgador, e trazida de tais fatos pelas partes, para aferição, por meio das provas.

Aureliano Gusmão, citado por Moacyr Amaral Santos, define, para melhor introdução do espinhoso tema, sua importância em relação às alegações e prova dos fatos que consubstanciam os pedidos, quando diz que:

A justiça na sua dupla função de poder reintegrador e tutelar do direito violado, desconhecido, ou ameaçado, e de força repressiva do delito, tendo por objetivo a defesa e manutenção da ordem jurídica, sem a qual nenhuma sociedade humana poderia ter estabilidade, nem viver e progredir, jamais conseguirá atingir esse seu supremo escopo, senão atuando e exercendo-se sobre fatos reais, positivos e plenamente demonstrados, isto é, senão pela exata e fiel aplicação da lei a fatos certos, verdadeiros e perfeitamente averiguados¹⁷².

¹⁷¹ LOPES, João Batista. In, Revista jurídica, v. 5, n. 2. Campinas: 1999. p. 66-70, passim.

¹⁷² SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Max Limonad Editor. 1952. v. 1, p. 16.

Bentham, jurista inglês¹⁷³ também citado por Amaral Santos, em coerente síntese, aduz acertadamente, na visão do autor brasileiro que o cita, que “a arte do processo não é senão a arte de administrar as provas ¹⁷⁴”. Isso porque, segundo Amaral Santos,

O dever do juiz é dizer e investigar a verdade. Para isso, se acha munido de poderes extensos, concedidos pela sociedade, e encontra auxiliares nos próprios litigantes, que estão no dever de fornecer-lhes os meios de investigação. Exatamente porque o dever do juiz é obter todas as provas de parte a parte, da melhor forma possível, compará-las e decidir segundo sua força probante, nunca deixa de ser acertada a proposição de *Bentham* ¹⁷⁵.

João Monteiro, por fim, adota a definição de prova e sua principal função no processo, de acordo com as lições de Mittermaier, útil ao esclarecimento de tais finalidades ao processo, mesmo hodierno, que se consolidou como axioma quanto à prova no processo judicial:

[...] *prova é a soma dos meios produtores da certeza*. [...]... A soma dos meios, isto é, a série ou o conjunto dos fatos probatórios, produtores da certeza, isto é, capazes de afirmar o fato provando, e portanto criadores da evidência ¹⁷⁶.

Nesses termos, forçoso reconhecer que, sob o prisma constitucional, há um evidente direito à prova, à produção desta, aos meios pelos quais se apresenta no processo, à regulamentação e valoração, judiciais, decorrentes e entrementes ao *due process of Law*, segundo Dinamarco, que afirma que o “direito à prova é o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que

¹⁷³ **Jeremy Bentham**, (n. 15 de febrero de 1748 en Houndsditch – muerto en Londres el 6 de junio de 1832). Fue un pensador inglés, padre del utilitarismo. También dedicó su atención al tema de la reforma penitenciaria, elaborando por encargo de Jorge III un modelo de cárcel (el Panopticon) por el que ambos entraron en conflicto. Bentham ideó una cárcel en la cual se vigilara todo desde un punto, sin ser visto. Bastaría una mirada que vigile, y cada uno, sintiéndola pesar sobre sí, terminaría por interiorizarla hasta el punto de vigilarse a sí mismo. Bentham se dio cuenta de que “el panóptico” era una gran invención no sólo útil para una cárcel, sino también para las fábricas. Si bien el modelo de Bentham fue criticado (aunque él lo consideraba una genialidad), de alguna forma todas las cárceles, escuelas y fábricas a partir de aquella época se construyeron con el modelo panóptico de vigilancia. El modelo del Panopticon fue analizado por Michel Foucault en *Vigilar y castigar*. Curiosidad: Por expreso deseo de él, su esqueleto, totalmente vestido y con una cabeza de cera (la auténtica fue momificada), se guarda en una vitrina de cristal en el *University College de Londres*, en cuya fundación había participado. Hasta la fecha, “sigue participando” en las reuniones del consejo académico. Disponible em: http://es.wikipedia.org/wiki/Jeremy_Bentham - acesso 10/02/2010, 19h

¹⁷⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. 1952. v. 1, *cit*, p. 16.

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ MONTEIRO, João. **Processo civil e comercial**. 2 ed. 1912. § 122, nota 2, Apud, SANTOS, Moacyr Amaral. 1952. v. 1, *cit*, p. 21.

possa demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento”.¹⁷⁷

E, reconhecido seu prisma constitucional, direito, garantia e corolário do *due process of Law*, a prova, em suas linhas gerais, é sintetizada por Francesco Carnelutti:

Na linguagem comum, prova se utiliza como comprovação da verdade de uma proposição; somente se fala de prova a propósito de alguma coisa que foi afirmada e cuja exatidão se trata de comprovar; não pertence à prova o procedimento mediante o qual se descobre uma verdade não afirmada, senão, pelo contrário, aquele mediante o qual se demonstra ou se encontra uma verdade afirmada. Acaso o exemplo além a propósito para esclarecer este conteúdo comum do conceito se encontra na antítese entre a operação aritmética e a prova da operação: até que se tenha efetuado a operação não se pensa na prova, e isso tão somente para verificar o novo resultado que aquela leva a afirmar.

Rigorosamente, pois, a prova deve diferenciar-se do procedimento utilizado para a verificação da proposição (afirmada); a distinção surge de maneira clara do exemplo da operação aritmética: a prova (do resultado) de uma operação se faz mediante outra operação, que é a operação de prova. Assim, a provada afirmação acerca da existência de um fato, se faz mediante o conhecimento de um mesmo fato; o conhecimento não é prova, porém dá a prova da afirmação. Nesse sentido, é justo reconhecer que objeto da prova não são os fatos senão as afirmações, as quais não se conhecem porém se comprovam, enquanto que aqueles não se comprovam, senão que se conhecem.¹⁷⁸ Não obstante, já na linguagem comum se produz uma transposição (translação) no significado do vocábulo, em virtude da qual, prova não designa tão somente a comprovação, senão do mesmo modo o procedimento ou a atividade usada para a comprovação; a prova já não é a demonstração da exatidão da operação aritmética obtida mediante outra operação, senão esta mesma operação; prova já não é a comprovação da verdade de uma afirmação mediante o conhecimento do fato afirmado, senão este mesmo conhecimento quando se obtém para a comprovação da afirmação. Opera-se assim, uma alteração entre resultado e procedimento ou atividade, que responde em substância uma função intransitiva do vocábulo. Neste sentido, é justo dizer que o objeto da prova são os fatos e não as afirmações: os fatos se provam, enquanto que se conhecem, para comprovar as afirmações.

Os fatos constitutivos do procedimento probatório podem ser realizados tanto exclusivamente por quem efetua a comprovação, como por outros junto a ele. No primeiro caso, a prova é o resultado de uma atividade única; no segundo é o resultado de várias atividades combinadas. Mediante um ulterior traslado se chama prova, na linguagem usual, não somente à atividade de quem comprova, senão também á de quem dá o modo ou fornece os meios

¹⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 3, *cit.*, p 47.

¹⁷⁸ Em razão de se processar, justamente, argumentação sobre os fatos, segundo nossa visão.

para comprovar. Nesse sentido, por exemplo, o art. 1312 do Código Civil que diz que “quem peça a execução de uma obrigação haverá de prová-la”, ou seja, haverá de fornecer os meios para que o juiz comprove sua existência (cf. todos os textos em que se regulamenta, para casos especiais, o ônus da prova [...]). Neste sentido, se diz que provam a parte e não o juiz (*iudici fit probatio*).¹⁷⁹

Afigura-se, ainda, útil ao presente trabalho, afirmar que, em matéria probatória, as leis regulamentadoras possuem caráter misto, ou seja, de direito material e de direito processual, haja vista que efetivamente interferem na legitimidade, momento, validade e meios de produção de prova em juízo, bem como quanto ao conteúdo probatório de determinados instrumentos, atos, documentos e fatos, de per se considerados, enquanto elemento de prova, sendo normas mistas, pois. A doutrina, desde há muito, assim, nos ensina:

Na sistemática do direito brasileiro, que no tocante se filia ao sistema do direito francês, belga e italiano, os princípios referentes à prova se incluem no direito material e no direito formal. Entram na esfera do direito civil a determinação das provas e a indicação tanto de seu valor jurídico quanto das condições de sua admissibilidade. Ao direito processual cabe estabelecer o modo de constituir a prova e de produzi-la em juízo.¹⁸⁰

Mais uma vez Carnelutti, agora citado por Amaral Santos, nos indica, com acerto, a natureza mista das leis que trazem disposições sobre prova, sendo verdadeiramente materiais e processuais, à luz do instituto que efetivamente regulam.

Exatamente porque estreitíssimas são as relações do direito substantivo e do direito adjetivo, principalmente porque, a um e outro pertence o instituto da prova, sem a qual “o direito não poderia, noventa e nove vezes em cem, atingir seu escopo”, os princípios relativos à prova estão esparramados em toda a legislação, da mais variada natureza. “Assim se explica que o instituto da prova apareça em promiscuidade no direito material e no direito processual, e por isso algumas, se não as mais importantes, normas sobre provas estão incluídas no código civil e no código de comércio, de preferência ao código de processo”¹⁸¹.

¹⁷⁹ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Trad. Lisa Pari Scarpa. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 67-69.

¹⁸⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. ed. 1927. – preliminares, n. 77, Apud, SANTOS, Moacyr Amaral. 1952. v. 1, *cit.*, p. 48.

¹⁸¹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di dir. processuale civile**, v. 1, n. 280, Apud: SANTOS, Moacyr Amaral. 1952, v. 1. *cit.*, p. 49.

E, em síntese, promove a consagrada doutrina clássica, até hoje repetida, regular classificação das provas, para fins de estudo, abaixo citados, a título de exemplo, sem a pretensão de exaurir o tema:

Assim, pois, a classificação adotada é a seguinte:

- 1.º - quanto ao *sujeito*, a prova se divide em *pessoal e real*;
 - 2.º - quanto ao *objeto*, em *diretas*, que também podem ser denominadas *históricas*, e *indiretas*, também chamadas *críticas*;
 - 3.º - quanto à *forma*, em *literais, testemunhais e materiais*, as quais, por sua vez, podem subdividir-se em *preconstituídas e casuais*.
- É a classificação de Malatesta, com aproveitamento de denominações de Carnelutti e de uma das divisões de Bentham e João Monteiro ¹⁸².

A doutrina vai, ainda, além, quando define a amplitude dos meios probatórios como princípio, limitando-os apenas pela legitimidade, tempestividade e licitude da prova a ser produzida em juízo, quando diz que “a legislação brasileira, quer a anterior, quer a vigente, se filia ao segundo sistema, isto é, relaciona os meios de prova, sem que com isso exclua outros que entre os relacionados não se encontrarem ^{183, 184}.

Delineado está, pois, o objetivo da atuação jurisdicional em relação às provas, a natureza de sua regulamentação e o escopo principal do princípio dispositivo, qual seja, a produção, com base em lei, de provas, durante o processo, com limitação preliminar apenas em relação à licitude desta, uma vez que em relação a tais modalidades, a lei adota a possibilidade de “*numerus apertus*” e, cujo princípio balizador demanda, ainda, definição.

2.1.2 Princípio Dispositivo

Para que se permita regular definição do princípio dispositivo, lição insofismável e inicial nos empresta Neves e Castro, quando diz:

¹⁸² Ibidem, p. 71.

¹⁸³ Ibidem, p. 75.

¹⁸⁴ Em nota, cita ainda opinião aparentemente já minoritária à época, mas contrária, a exemplo de Lopes da Costa e, ainda, da jurisprudência, com acórdão do TJ-SP, com o seguinte teor “*As provas produzidas por meios não reconhecidos em direito não têm valor probante na esfera processualística* (RT 152-610)”

Segundo este princípio pode definir as provas no seu sentido lato: - o meio pelo qual a inteligência chega á descoberta da verdade. No seu sentido jurídico, porém, define-as a nossa lei civil – a demonstração da verdade dos factos allegados em juízo.

Esta definição deve parecer inexacta, sendo que nos certames forenses não se trata só de actos, mas também de direitos. É, porém certo que a prova só se refere aos factos e não ao direito ¹⁸⁵.

Deve-se, pois, com tal premissa, chegar à segura definição do que seja o *princípio dispositivo*, ou “do dispositivo”, para o direito pátrio e, para tanto, nos utilizamos das lições do mestre Dinamarco que, de modo eficaz, não só o define mas o distingue do *princípio da ação* ou “da demanda” e ainda adverte intercorrências terminológicas dissonantes, na doutrina, quando afirma que

O *princípio dispositivo* é a matriz das regras e sistemas pelos quais ao juiz não competem iniciativas probatórias. Associa-se ao *princípio da demanda*, que fada o juiz à inércia inicial e só admite a instauração do processo por iniciativa de parte (supra, n. 398-399) e ambos têm fundamento na *disponibilidade dos direitos* e do próprio poder de ação. A similitude vocabular é grande e gera alguma confusão, não sendo a doutrina unânime nem constante nessas distinções terminológicas. Em síntese, (a) o veto à iniciativa do processo pelo juiz é inerente ao princípio da demanda (arts. 2º e 262 CPC); b) a proibição de fazer-se ativo na busca de elementos de convicção, agora já no processo instaurado e pendente, é a expressão do princípio dispositivo.¹⁸⁶

Definido o princípio dispositivo, em síntese, como o limitador da atividade probatória realizada de ofício pelo magistrado condutor do processo, e admitida à verdade de que o magistrado não pode, de regra, produzir prova de ofício, sobretudo pela disponibilidade de direitos das partes, não é menos verdadeira a afirmação de que, ante a natureza da prova, na condução da atividade probatória das partes e, com a necessária imparcialidade, não pode o magistrado mitigar o exame do caráter objetivo e subjetivo à prova atribuído, sobretudo pelos seus fins ao processo, já definido como instrumento.

Assim leciona Amaral Santos:

¹⁸⁵ CASTRO, Francisco Augusto das Neves e; **Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis**. 2 ed. Posta de accôrdo com o Código Civil, as leis em vigor, a doutrina e a praxe por PONTES DE MIRANDA. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor. 1917. p. 14-15.

¹⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004. v. 3, *cit*, p. 52-53.

A convicção sobre os fatos alegados em juízo constitui o que se chama prova, na tela judiciária. A natureza dos fenômenos que reclamam a intervenção e a decisão do estado, pelo seu aparelhamento judiciário, na aplicação do direito, não tolera, nem permite, sob pena de graves lesões à ordem social e ameaçam permanente ao seu equilíbrio, que se considerem provado os fatos alegados senão após cabal convicção da sua existência, obtida por meios que a lei admite ou impõe.

Se na crença da certeza dos fatos alegados em juízo está a sua prova no sentido subjetivo, nos meios admitidos ou impostos pela lei para chegar-se a essa convicção está à prova no sentido objetivo [...].

Indispensáveis ambos à prova, o caráter objetivo e o subjetivo a integram e a formam ¹⁸⁷.

Com efeito, afigura-se o dever de investigação do magistrado quanto à prova dos fatos articulados, verdadeiro garantidor de justiça, ainda que relativa - porque derivada da atuação humana - à decisão, pois limita a cognição e exige correlação entre os fatos colhidos, considerados, e a decisão, tolhendo decisões absolutamente divorciadas dos fatos que examina.

Nesse sentido, as lições de Amaral Santos, pessoais e, ainda, citando preclara afirmação de João Monteiro:

A livre consciência, do homem mais aperfeiçoado, sempre está à mercê de erros e ilusões. Disposições especiais ou particulares do espírito do juiz, bem como influências externas, qual delas mais perigosa, seu temperamento, força dos seus hábitos, inclinações, prevenções, perturbam-lhe a serenidade e, de conseguinte, conduzem-no, mesmo sinceramente, ao erro mais grosseiro.

Porque não lhe é dado julgar segundo a própria consciência, igualmente não deve, nem pode estimar provado o fato, fundado em suposições. “Não pode o juiz *supor* coisa alguma; se o pudesse, deveria logicamente julgar segundo sua própria consciência ou o conhecimento que pessoalmente tivesse do fato controvertido – o que se lhe contesta, pois que ele somente julga *secundum acta et probata, non secundum privatum scientiam*, como dizia VINNIO” ¹⁸⁸.

2.1.3 Mitigações Interpretativas ao Princípio Dispositivo

De há muito que a doutrina, preocupada com o resultado efetivo da tutela jurisdicional ofertada em cada processo, pelos magistrados, se preocupa em interpretar coerentemente o princípio dispositivo nos momentos em que surgem as

¹⁸⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. 1952. v. 1, *cit*, p. 17.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 17-18.

mais variadas discussões e indicação, busca, produção e valoração, do instituto da prova, no processo. Já a doutrina clássica nacional externava tal preocupação, com relevantes apontamentos, os quais abaixo transcrevemos:

Funda-se a doutrina exposta no pressuposto de que a iniciativa das provas cabe exclusivamente às partes litigantes e nisso está um dos seus mais acentuados característicos. Às partes cumpre oferecer e produzir provas das suas afirmações, sendo vedado ao juiz tomar a iniciativa nesse sentido.

“Pressuposto do problema – escreve BETTI – é naturalmente que a averiguação probatória seja governada pelo princípio da iniciativa das partes”.

Segundo esse autor, o princípio da iniciativa das provas deve ser visto em dois momentos distintos: a) o da determinação dos fatos por provar e b) o da averiguação ou produção das provas.

Na determinação dos fatos por provar tem plena aplicação o princípio *da disposição das partes*, ficando o juiz vinculado à afirmação das partes com referência à apresentação dos fatos – salvo, naturalmente, exame das possibilidades naturais e da relevância jurídica dos fatos afirmados. Em outras palavras, a atividade relativa à procura e escolha dos fatos por provar compete à iniciativa exclusiva das partes. Conseqüentemente, deve o juiz, em regra, abster-se de relevar fatos não afirmados pelas partes bem como, em particular, abster-se de admitir a existência de fatos, embora a seu juízo relevante, quando não alegados pelas partes ...[...].

Já não acontece o mesmo no momento da averiguação dos fatos ou da produção, propriamente, das provas. Tratando-se de descobrir a verdade, não é possível que a apreciação do juiz fique adstrita à vontade dos litigantes. “Na avaliação das provas deve o juiz ser livre, porque nesse terreno – da mesma forma que na crítica do direito alegado – as partes não podem reconhecer qualquer autoridade além dele”. Exatamente por isso, o juiz tem poderes de intervir na instrução do processo, usando “ex officio” de alguns meios de prova, se oportunos, e da faculdade de disciplinar as modalidades dos meios de prova ¹⁸⁹.

Imbuída de tal espírito e, sobretudo, de tal pensamento - relativo à possibilidade de intervir o magistrado, com limitações, de modo imparcial e supletivo, frise-se, na busca do entendimento pleno das questões fáticas propostas - não demorou a surgir no cenário da prova, entendimento que ampliava a atuação do magistrado, na busca de provas eficazes às questões fáticas no procedimento propostas pelas partes, como se vê:

¹⁸⁹ Ibidem, p. 107.

Vingava, no processo brasileiro, pois, o sistema fundado no princípio da disposição das partes, isto é, o de se atribuir às partes a iniciativa da escolha e da produção das provas, sem que com isso se deixasse de conceder ao juiz o poder de *ex-officio*, determinar diligências que viessem esclarecer pontos obscuros deixados por aquelas, de forma a melhor formar sua convicção sobre os fatos controvertidos. Assim, a iniciativa judicial era meramente supletiva da iniciativa dos litigantes... [...].

Já no primeiro quartel deste século, se manifestavam no país movimentos favoráveis à adoção da doutrina em que se assentavam as reformas processuais então havidas recentemente na Áustria, na Alemanha e Hungria. Enquanto ESPÍNOLA redigia o Código de Processo do Estado da Bahia, GUSMÃO propagava, da cátedra da Faculdade de Direito de São Paulo, a nova doutrina, aquele e este respirando ensinamentos de autores germanos e italianos, principalmente.

GUSMÃO ensinava: "Sob o regime das novas idéias já triunfantes na processualística contemporânea, confere-se ao juiz a faculdade de subsidiariamente cooperar na disquisição e coligimento das provas, sendo-lhes permitido ordenar ou proceder *ex-officio* a quaisquer diligências que lhe pareçam necessárias a bem da apuração da verdade dos fatos contendidos em juízo; ... [...]; o que a experiência tem demonstrado muitas vezes falhar, o vetusto sistema das provas por iniciativa única e exclusiva das partes".

"O juiz, órgão atuante do direito, não pode ser uma pura máquina, uma figura inerte e sem iniciativa própria, na marcha e andamento dos processos, só agindo por provocação, requerimento, ou insistência das partes"¹⁹⁰.

A mesma doutrina clássica, adverte-se, já indicava que, no tocante ao contato com a prova, no momento seguinte à sua propositura e deferimento, enquanto era produzida no processo, a sistemática era diversa e exigia atuação direta e condutora, do magistrado:

O mesmo não sucede, porém, com referência à produção das provas. Nesta fase probatória, a iniciativa é toda do juiz; as partes o secundam. Em todas as provas a atuação do juiz se manifesta imediatamente, pondo-se ele em contacto direto com as partes, com o perito, com as testemunhas, com as coisas¹⁹¹.

Assim, em relação à produção das provas, diverso sistema é aplicado, qual seja, o princípio da imediatividade, bem sintetizado pelas idéias de Francisco Morato:

¹⁹⁰ Ibidem, p. 109-110.

¹⁹¹ Ibidem, p. 122.

[...] consiste em fazer o juiz assistir à produção das provas donde tirar sua convicção, isto é, entrar nas relações diretas com as testemunhas, perito e objetos do juízo, de modo a colher de tudo uma impressão imediata e pessoal ¹⁹².

Carnelutti, em sua obra, da prova civil, aliás, já indicava a possibilidade de mitigação à rigidez do princípio dispositivo, ao afirmar que, do interrogatório ao controle de pressupostos processuais, podia o juiz controlar as omissões relevantes sobre a verdade ou concordâncias de inverdades sobre fatos pelas partes trazidos:

O sistema descansa, portanto, na previsão de coincidência normal entre o ponto de equilíbrio dos interesses privados contrários e o interesse público na justa realização das normas jurídicas e, por conseguinte, na determinação dos fatos na sentença segundo a verdade. Não obstante, não se exclui que, havendo-se dado conta da eventual divergência entre o interesse privado e o interesse público, quando a ordem jurídica aceita a hipótese de uma determinação na sentença de fatos contrários à verdade, resultante da vontade das partes manifestada no silêncio concorde de fatos verdadeiros ou na afirmação concorde de fatos não verdadeiros, sacrifique voluntariamente o interesse público ao interesse privado prevalescente. Essa exposição do princípio de disposição sobre a tutela do interesse público normalmente realizada mediante a vontade dos particulares com interesse contraditório e sobre a excepcional subordinação do interesse público aos interesses privados convergente das partes, mostra como o princípio em si não é uma característica indefectível, senão uma diretiva de conveniência do processo civil, que pode ceder diante de uma diretiva oposta naquelas matérias e para aqueles casos a respeito dos quais, ou bem o interesse público quanto a realidade dos motivos da sentença se deixe notar com menos intensidade e exija, por outro lado, o sacrifício dos interesses privados contrários, ou bem exista motivo para estimar menor aptidão das partes para tutelar seus interesses opostos e, com isso, menor probabilidade que o jogo destes coincida com a direção do interesse público. Acerca do primeiro de tais motivos, o princípio de disposição se encontra notavelmente superado pelo de oficialidade quanto à determinação dos fatos constitutivos dos chamados pressupostos processuais; a respeito do segundo, a realização do princípio de disposição se acentua sensivelmente quando se passa dos fatos principais aos chamados fatos secundários e em todo caso vem moderada no nosso regulamento jurídico, ainda que somente frente a alguns tipos de processo, como o poder de interrogar as partes (Fragerecht), outorgado ao juiz. ¹⁹³

¹⁹² MORATO, Francisco. **A oralidade**, In: Revista forense, 74/141 e ss, Apud: SANTOS, Moacyr Amaral. 1952. v. 1, *cit*, p. 123.

¹⁹³ CARNELUTTI, Francesco. 2005, *cit.*, p. 37-38.

Concluía a doutrina clássica, em síntese, o seguinte:

Do que vem exposto, pode-se concluir que:

- a) Na indicação das provas, predomina o princípio de disposição das partes, cabendo ao juiz função supletiva;
- b) Na produção das provas, predomina o princípio inquisitório, cabendo às partes procedimento supletivo ¹⁹⁴.

Não foi com outra principiologia, pensamento contemporâneo e ordem de idéias voltadas à solução do processo com pronta atuação do magistrado, que o Código de Processo Civil vigente a partir de 1973, disciplinou o instituto da prova, seus princípios basilares e a possibilidade de intervenção judicial, conforme se vê não só do texto legal, mas da própria exposição de motivos, a seguir, em trechos, transcrita:

O Projeto consagra o princípio dispositivo (art. 266), mas reforça a autoridade do Poder Judiciário, armando-o de poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça (Art. 130, III) ¹⁹⁵.

A doutrina das provas sofreu importantes modificações. O art. 336 declara que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, serão hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se fundam a ação ou a defesa”. Mas não é só. Permite o projeto que o juiz, em falta de normas jurídicas particulares, aplique as regras de experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (art. 339) ¹⁹⁶.

No processo probatório seguido pelo Código vigente, então, por mais de um motivo se faz necessária a proposição das provas logo ao ingressar das partes em juízo, o autor – na inicial, o réu – na exceção ou na contestação, por isso que o juiz, estabelecida a controvérsia, deverá deliberar sobre a admissão das provas oferecidas, como se verá mais adiante. Aliás, o princípio da concentração reclama imediato conhecimento dos meios de prova indicados, para que o juiz, na fase instrutória, que se restringe a uma ou poucas audiências, não tenha que decidir sobre incidentes relativos às preliminares quanto à admissibilidade dos meios de prova e mesmo à possibilidade de prova dos fatos alegados.

A proposição das provas é ato da parte, por excelência. É uma consequência do princípio dispositivo ¹⁹⁷.

¹⁹⁴ MORATO, Francisco. *cit.*, Apud: SANTOS, Moacyr Amaral. 1952. v. 1, *cit.*, p. 123.

¹⁹⁵ BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro** – Lei Federal n.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Exposição de Motivos. 18. – Apud: CAHALI, Yussef Said. Org. Código civil; código de processo civil; código comercial; legislação civil, processual civil e empresarial; constituição federal. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 546.

¹⁹⁶ BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro** – Lei Federal n.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Exposição de Motivos. 20. – Apud: CAHALI, Yussef Said. Org. 2007, *cit.*, p. 547.

¹⁹⁷ Nesse sentido, o autor indica pensamentos de Goldschmidt; Betti e Chiovenda, em nota de n.15.

E assim, bem sintetiza o professor Amaral Santos:

Propõem-nas o autor com a inicial, o réu com a defesa, exceção ou contestação, em regra.

Bastarão indicá-las, sempre que sejam constituídas, provas por fazer, como quando os meios probatórios consistam em testemunhas, perícias, arbitramentos, depoimentos da parte contrária.

Quando, porém, a ação ou contestação se fundarem em provas constituídas – documentos, qualquer que seja a sua modalidade – tais provas deverão ser propostas, ou oferecidas, com aquelas peças, às quais acompanharão ¹⁹⁸, ¹⁹⁹.

Por fim, confirmando a franca corrente interpretativa de adoção mitigada do princípio dispositivo, a bem do julgamento regular do processo, inclusive solidificada na legislação processual vigente, a atual doutrina nacional, com consagrados expoentes, a exemplo de Dinamarco, assim aduz, invocando, inclusive, inovações legislativas das últimas décadas que equiparam partes no procedimento que, em maior ou menor grau, possuem condições diferentes, sobretudo de ordem cultural e econômica, a exemplo do Código de defesa do Consumidor:

¹⁹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. 1952. v. 1, *cit*, p. 229-230.

¹⁹⁹ Nota pessoal: Em franco exercício reflexivo, verifica-se - com base na fundamentação acima e atento às possibilidades de condução da prova no procedimento, pelo juiz - que nada há de ilegal ou antecipatório, quando dos despachos hodiernamente formulados por muitos magistrados, em processos cíveis, antes da designação da audiência preliminar a que alude o Art. 331 do CPC, ou mesmo de eventual "julgamento conforme o estado do processo", determinando aos procuradores que especifiquem as provas que pretendem produzir, indicando sua pertinência e necessidade à luz das teses de inicial, defesa e réplica, despacho este comumente utilizado no procedimento comum ordinário, muitas vezes contestado em petições de advogados, que, ao referido despacho são apresentadas, com alegações de que, sem fixação de pontos controvertidos, não há como fazê-lo. Isso porque tal determinação encontra base legal nos textos conjugados dos arts. 324, 326, 327 e 328 do CPC vigente (em especial, Art. 328 - Cumpridas as providências preliminares, ou não havendo necessidade delas, o juiz proferirá julgamento conforme o estado do processo, observando o que dispõe o capítulo seguinte.), uma vez que é, efetivamente, uma das possíveis providências preliminares aos atos dispostos nos arts. 329 a 331 do CPC, quando inócua a revelia (Art. 324), sobretudo após defesa e réplica (Arts. 326 e 327), esta, presente na quase totalidade dos procedimentos cíveis ordinários e, assim, nada há de ilegal ou de antecipatório, em prejuízo da atuação probatória do advogado e da parte nos autos, mas ao contrário, protegem-se sobremaneira direitos individuais decorrentes do *due process of law*, pois, a *uma*, o Art. 331 exige que o magistrado "delibere" sobre prova em sede de saneador e não que abra novas possibilidades indicativas destas, que Marinoni e Arenhart aduzem dever de realização já na fase de aplicação do Art. 324 do *Códex* (MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. 7 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, v. 2, p. 293) e, a *duas*, o juiz não está a fazer nada mais que permitir, uma vez encerrada a fase postulatória, após réplica – na maioria dos casos – aos advogados e demais órgãos no procedimento atuantes, que se utilizem de simples mas acurada leitura das peças apresentadas e, conseqüentemente, de modo útil, promovam a especificação das provas, as quais, genericamente, de regra, postularam na inicial e defesa - o que seja, provar os fatos por todos os meios em direito admitidos – possibilidade útil após efetivamente delineados os fatos que, nas peças escritas, resultaram controvertidos, porque já encerrada, como dito, a fase de postular, atendendo assim a inúmeros princípios, a exemplo do princípio inquisitório, verdade real - aplicada ao menos subsidiariamente ao procedimento -, princípios do contraditório e ainda, ampla defesa, estes, direitos individuais, dando efetiva guarida à iniciativa das partes.

Vejam-se claras lições da doutrina, a exemplo de Artur de Souza, afirmando inclusive ser inconcebível a diferença de tratamento entre as disposições sobre prova, absolutamente contraditórias, no processo penal e no processo civil ²⁰⁰:

“Até pouco tempo, o pensamento tradicional sustentado no denominado princípio dispositivo e do que seria seu corolário lógico – *aportación da parte* ou *contribuição da parte* – reclamava no âmbito do processo civil um juiz passivo e inerte.

Para Enrico Tullio Liebman (defensor do princípio da “contribuição da parte” como exigência de salvaguarda da imparcialidade no processo civil), a imparcialidade do juiz fica comprometida quando o julgamento tenha por base prova eleita e procurada por ele mesmo e por sua iniciativa desenvolvida no processo.

No processo penal amparado inicialmente pelo princípio inquisitivo (oficialidade), o juiz deveria mostrar-se mais ativo na realização dos atos probatórios para alcançar a verdade.

Atualmente, tanto no processo civil como no processo penal esse panorama vem sofrendo profundas mutações, conforme já se teve oportunidade de realçar.” [...] ²⁰¹

Evidencia-se nesse confronto principiológico que os fundamentos reguladores dos poderes instrutórios do juiz seriam distintos em relação ao processo civil e ao processo penal, percorrendo caminhos diversos, senão, por vezes, opostos. Esta esquizofrenia doutrinária foi assim assinalada por La Oliva Santos: “Adviértase, por último, que el processualista se encuentra ante una situación muy próxima a la de tener una doble personalidad. Por un lado se viene sosteniendo que deben aumentarse los poderes del juez civil, terminando con el juez espectador, hasta reconocerle la posibilidad de que ordene pruebas de oficio, y, al mismo tiempo y por otro lado, se dice que hay que limitar los poderes del juez penal, hasta el extremo de que no pueda ordenar pruebas de oficio, con lo que se convierte en juez pasivo. Estamos incurriendo en el absurdo de afirmar y negar una misma cosa, con lo que podemos estar muy próximos a la esquizofrenia” ²⁰².

²⁰⁰ Luiz Fux, Ministro do STJ e doutrinador, afirma ser possível a mitigação do princípio dispositivo, embora, aparentemente, o defina como definimos o Princípio da Demanda, no presente trabalho, invocando as disposições de Dinamarco (supra), definimos o Princípio da Demanda: “A *autonomia da vontade no direito privado, ramo a que pertencem, em regra, as relações litigiosas, e o imperativo da imparcialidade, fundamentam o princípio dispositivo, impondo ao Judiciário somente agir quando provocado pelas partes e nos limites da provocação (...) denota-se, entretanto, que uma paulatina publicização do processo tem mitigado a incidência do princípio dispositivo, dando azo ao surgimento do princípio da oficialidade, mercê de mitigação que o princípio experimenta em sede de tutela de urgência. Em primeiro lugar a atuação ex officio é mais do que concebível como poder inerente ao poder jurisdicional, à responsabilidade judicial pelas pessoas e coisa subsumidas ao juízo após a instauração do processo etc. Por outro lado, a quebra da regra de que o juízo não pode dar providência diversa da que foi pedida encerra a derrocada desse ortodoxo princípio calcado na retrógrada ideia de que o Judiciário deve ser inerte. [...] Por fim, a possibilidade de concessão de provimento idôneo, necessário e proporcional ao estado de perigo verificado, diferente mesmo daquele que foi pedido, engendra a consunção do princípio dispositivo aos poderes-deveres de segurança do magistrado. Deveras, a necessária equalização das partes, como moderno postulado da igualdade das partes, vem mitigando o princípio dispositivo, com o ultrapassar do mito da neutralidade judicial.” FUX, Luiz. Curso de processo civil – v 1. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 251-252.*

²⁰¹ SOUZA, Artur César de. 2008, *cit.*, p. 99-100.

²⁰² *Ibidem.*, p.101-102.

E continua, Souza, quando explicita o que a doutrina de La Oliva Santos chama de “esquizofrenia doutrinária”, ao dizer:

“somente diante de uma “esquizofrenia” nos termos de La Oliva Santos, é que se pode sustentar que a atividade probatória ex officio do órgão jurisdicional no processo civil não causa qualquer dano ao direito fundamental a um juiz imparcial, e, ao mesmo tempo, mudar o discurso diante do processo penal; ou a consideração de que o órgão jurisdicional perde sua imparcialidade quando pratica atividade probatória é validade em todos os sentidos, ou não há mácula à imparcialidade quando assim age o juiz, seja no processo penal, seja no processo civil.”²⁰³

E, por fim, Cândido Dinamarco, como dito:

Essa concepção radical tende no entanto a ser superada, mitigando-se gradualmente a lógica do raciocínio privatista que lhe está à base, seja porque nem só de direitos *disponíveis* o processo civil trata, seja porque ao juiz de hoje cabe um comportamento dinâmico no processo (*ativismo judicial*: supra, n. 88). Não há mais clima para tanto predomínio do *princípio dispositivo*, que exclui comportamentos inquisitivos do juiz no processo e na sua instrução. Aquela idéia radical é espelho das premissas privatistas do processo civil, que hoje é reconhecidamente informado pela natureza de instituto de direito público (supra, n. 8) [...].

Há situações em que as omissões probatórias das partes seriam capazes de comprometer direitos sobre os quais elas não têm disponibilidade alguma, ou não têm *toda* disponibilidade. [...].

Além disso, as *desigualdades econômicas e culturais* são capazes, quando incontroladas, de conduzir o processo à produção de resultados distorcidos em razão de insuficiências probatórias resultantes de desídias daquele que não se defendeu melhor porque não pôde; e, por expressa determinação legal, o juiz tem o dever de promover o equilíbrio das partes no processo, assegurando aos litigantes a *paridade em armas* que o princípio isonômico exige (CPC, art. 125, I – supra, nn. 82 e 511). Para esse fim e para a efetividade da garantia constitucional da ampla defesa há situações em que a intervenção do juiz na busca e produção de meios de prova se mostra vital. [...].

Há situações em que a própria função jurisdicional ficaria desmerecida e desviada de seus rumos, quando o juiz fosse obrigado a conformar-se e afinal, como Pôncio Pilatos, lamentar a injustiça mas permitir que prevalecesse.

A experiência mostra que a *imparcialidade* não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. Os males possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem

²⁰³ Ibidem.

impressionar no sentido de fechar a todos os juizes, de modo absoluto, as portas para um sadio *ativismo*.

Diante disso e na linha das tendências do processo civil moderno, o Código contém um conjunto harmonioso de disposições que investem o juiz do poder-dever de tomar iniciativas probatórias em alguns casos²⁰⁴.

2.2 PROVA – A NATUREZA DO DEVER, INCUMBÊNCIA, DEFINIDA COMO ÔNUS

Assim como é dever das partes, em regra, indicar e produzir as provas cabais dos fatos que constituem suas teses, constituindo direitos ou modificando-os, impedindo-os que se concretizem ou, ainda, extinguindo-os, como veremos adiante, é dever destas, suportar as conseqüências decorrentes de sua imperfeição ou ainda omissão, quanto a tal dever, consideradas ou não, quando da decisão judicial.

Nisso reside à substancial diferença entre as definições de obrigação ou dever - a ser cumprida para com outrem, pena de prejuízo a este e possibilidades de responsabilização frente ao prejudicado - ou encargo, ônus, a ser cumprido para consigo mesmo, sob pena de suportar, de modo personalíssimo, a consequência da não desincumbência regular do encargo.

Tal diferenciação é admitida de modo uniforme na doutrina e tem como voz difusora, Pontes de Miranda:

[..] a diferença entre dever e ônus está em que (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja em sociedade; há relação entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve; a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos; satisfazer é do interesse do próprio onerado. [...] ²⁰⁵

Justamente por isso, a doutrina, a lei e a jurisprudência definem tal incumbência como ônus.

Ônus – do latim “*onus*”, significa carga, fardo, peso. Traduzem-se apropriadamente *onus probandi* por *dever, necessidade de provar*.

Não se veja, porém, na expressão ônus da prova ou *onus probandi* a idéia de dever equivalente à obrigação, tendo como pressuposto a existência de um direito que a ele corresponda.

Não se trata de um dever jurídico. Mesmo porque não existe um direito que lhe seja correlato, nem pròpriamente qualquer sanção

²⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004. v. 3, *cit*, p 52-54.

²⁰⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2 ed, Rio de Janeiro: 1954, v. 3, passim.

pelo seu não cumprimento. Trata-se apenas de *dever* no sentido de interesse, necessidade, de produzir a prova para formar-se a convicção do juiz a respeito dos fatos alegados.

Essa, precisamente, a lição de FITTING: "O ônus da prova não é um dever jurídico que deva como tal ser cumprido por aqueles a quem a lei o impõe; mas representa unicamente a necessidade em que, na prática, vem a encontrar-se a parte contendora de considerar uma dada relação de fato ainda não constante. É preciso que exista a prova para que o juiz possa decidir; mas é indiferente qual das partes tenha subministrado"²⁰⁶.

Corroborando as lições da doutrina clássica, as vozes da mais autorizada doutrina atual também assim definem o ônus de prova, a exemplo, mais uma vez, de Dinamarco:

Ônus da prova é o *encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo*. No processo civil dispositivo, em que não é prioritariamente do Estado-juiz a função de diligenciar e trazer provas ao processo (*supra*, n. 90 e 784), ao ônus de afirmar fatos segue-se esse outro, de provar as próprias alegações sob pena de elas não serem consideradas verdadeiras. [...].

Daí o interesse das partes em provar suas próprias alegações, configurando-se essa atividade como autêntico *ônus*, ou *imperativo do próprio interesse* (*supra*, n. 494). Ônus significa *peso* e não é por acaso que na lei e na doutrina dos alemães diz-se *peso da prova* (*Beweislast*).²⁰⁷

2.3 O DEVER DE PROVA NO DIREITO BRASILEIRO

Definida a prova, seu caráter constitucional, a natureza de suas normas, a forma segundo a qual o juiz a administra, quanto à proposição e produção nos autos e a natureza da incumbência em relação às partes, urge, agora, considerar a divisão legal a respeito de sua propositura, vale dizer, a divisão do ônus, do encargo, pois seu destinatário é o magistrado e, os fatos, ou pontos de fato, que resultam controvertidos e estão sob exame, é o seu objeto.

Assim, preliminar lição da doutrina, mas não menos importante, é a abaixo transcrita:

²⁰⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. 1952, v. 1, *cit*, p. 94.

²⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 3, *cit*, p 71.

Na ação há, assim, sempre, a afirmação de um direito violado ou ameaçado. Donde haver sempre a alegação de um fato causador da violação ou da ameaça. Daí dizer-se que a ação tem por fundamento um ponto de fato. O ponto de fato deve ser provado, porque é na verdade resultante dessa prova que a sentença, a ser proferida na ação, vai se assentar para restaurar em sua inteireza e plenitude o direito ameaçado ou violado.

A questão de fato se decide pelas provas. Por estas se chega à verdade, à certeza dessa verdade, à convicção. Em conseqüência, a prova visa, como fim último, inculcar no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado. “A finalidade da prova não é outra senão convencer o juiz, nessa qualidade, da verdade dos fatos sobre os quais ela versa”

²⁰⁸

Mais: De acordo com as lições de doutrina hodierna, é indissociável da distribuição legal do ônus de prova, a noção de interesse, conforme arguta lição de Dinamarco, quando de modo irrefragável afirma em tom objetivo, absoluto, que, em relação à distribuição do ônus de prova prevista na legislação processual civil (art. 333, do CPC, melhor explicitado abaixo), “a síntese dessas disposições consiste na regra de que o ônus da prova incumbe à parte que tiver interesse no reconhecimento do fato a ser provado”.²⁰⁹

Interessante observar que a questão do ônus da prova não é muitas vezes, a discussão fundamental e um procedimento, uma vez que, em uma grande maioria de procedimentos judiciais, as partes não se preocupam com a distribuição legal do ônus de prova em prejuízo da efetiva produção de provas no seu interesse, mas ao contrário, esforçam-se por tentar produzir provas que justifiquem suas alegações e, havendo os meios que, somados, produzirão os indícios veementes, a certeza ou a representação da certeza de ocorrência de um fato, a sentença se dá com observância do princípio da prova suficiente e, assim, o ônus de prova não surge como um problema a se resolver.

Tais afirmações são, efetivamente, corroboradas pela doutrina. José Frederico Marques já esclarecia que “a questão do ônus da prova surge, principalmente, quando se verifica, a final, a ausência ou precariedade de provas”.²¹⁰

²⁰⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. 1952, v. 1, *cit*, p. 15.

²⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 3, *cit*, p 72.

²¹⁰ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 3, p. 296.

Também digna de nota, corroborando as lições da doutrina clássica, as lições do professor e desembargador paranaense Miguel Kfourri Neto, que, ao citar as lições da doutrina alemã de Schönke, assim afirma:

A questão acerca da parte a quem corresponde o ônus da prova não surge em muitos processos, porquanto, em regra, ambas as partes produzem prova sem prender-se ao ônus – e o Juiz acata a prova trazida por ambos os demandantes. Se tal prática conduz, in casu, a um resultado probatório correto, não se apresenta a questão do ônus da prova. Todavia, quando não se produz prova nenhuma para fatos significativos e discutidos, assume relevo a questão da carga da prova. Neste caso, a parte a quem incumbia dito ônus resulta prejudicada, pela não determinação de um fato que lhe competia provar.²¹¹

No sentido do interesse da prova, da produção desta pelas partes em todas as suas nuances, o problema do ônus, surgido com a deficiência probatória na casuística dos autos, vislumbra-se um universo de definições legais sobre os fatos, sua ocorrência, forma, transcrição, autorização, previsão ou vedação legal e força probante disso decorrente, que implicariam ao instituto da prova, sem que o presente trabalho, por sua singeleza e diversidade de objetivos, tenha sequer a finalidade de explicitá-las todas, mas, de modo diverso, em nada prejudica a possibilidade de trazer à baila, a título de exemplo e, porque não, para fins de esclarecimento e enriquecimento de pesquisa, quanto a um dos nuances da prova mais comum ao direito, qual seja, a prova documental, quando se verifica, na doutrina clássica, diferença basilar entre documentos e instrumentos:

A diferença entre instrumento e documento está em que aquele é prova preconstituída do ato, este é prova meramente casual. Assim, uma carta pode ser instrumento ou documento: é instrumento se ela foi criada para a prova da existência de uma obrigação, como se, por exemplo, um comerciante se obriga a remeter a outro uma partida de qualquer mercadoria; é documento se a sua criação não tinha em vista servir de prova, como, por exemplo, as cartas entre amantes.²¹²

Assim, Amaral Santos ao discorrer sobre as lições históricas sobre a distribuição do dever de prova, desde as lições de Ulpiano a Paulo, trazidas por

²¹¹ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da Prova**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 52

²¹² SANTOS, Moacyr Amaral. 1952, v. 1, *cit*, p. 78.

Chiovenda, nos fornece a base histórica sobre a qual hodiernamente, foi determinada a distribuição da prova em nosso ordenamento.

Incumbe o ônus da prova a quem diz, ou afirma, ou age. Ora, quem vem a juízo, em primeiro lugar, é o autor; quem inicia a lide é o autor; quem afirma o fato é o autor. Donde tudo parecia mostrar, como corolário imediato daquele preceito, que ao autor cumpria o ônus da prova: *actori incumbit ônus probandi*.

Este preceito tinha ainda, a seu favor, a interpretação puramente gramatical do texto acima citado, tanto mais que este se completava de forma a parecer eximir da prova a parte que negasse a afirmação do autor: *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*.

Mas como nem sempre a defesa do réu consiste em negar o fato afirmado pelo autor, e sim, muitas vezes, consiste na articulação de outro fato que extingue, anula, impede ou modifica aquele, a defesa, então mais corretamente chamada exceção, importa numa afirmação que cumpre, igualmente, ser provada por quem a traz a juízo. Daí a regra – *reus excipiendo fit actor*, assim enunciada por ULPIANO: - *reus in exceptione actor est*.²¹³

Sobre a dificuldade extraordinária de prova de fatos consistentes em negativas simples, já antevia a doutrina, todavia, além da distribuição do ônus de prova comumente operada, eventuais e necessárias explicitações ou, quiçá, mitigações a respeito. Isso fica evidente quando da citação abaixo:

Assevera-se, porém, que *à negativa não cabia prova*. Argumentava-se ser impossível provar aquilo que não existe: - *impossibilium Nemo tenetur*. Como alicerce dessa asserção invocava-se a autoridade de Paulo – *ei incumbit probatio qui dicit, NON QUI NEGAT*, e a lei 23, *Cód. De probationibus*: - *per rerum naturam, factum negantis probatio nulla est*.²¹⁴

Tais proposições, todavia, geraram em inúmeros ordenamentos pequenas discrepâncias uma vez que, em sua aplicação diuturna, verificava-se muitas vezes que havia negativas que se resolviam em afirmativas, a exemplo da pessoa que, ao afirmar que não estivera em tal lugar em determinado dia e hora, devia em verdade provar que se achava em outro local e, assim, ante inúmeras casuísticas verificou-se que muitas vezes a regra de impossibilidade de provar negativas, quando não encontrava restrições, ao menos não era sempre verdadeira, razão pela qual alguns doutrinadores, a exemplo de Melo Freire, Ribas e outros, passaram a interpretar como possível a prova de negativas quando se referissem a determinado tempo e

²¹³ Ibidem, p. 95.

²¹⁴ Ibidem, p. 95-96.

lugar, ou quando se resolve em afirmativa ou, quando se deixa no juramento da parte e, é por esta confessada, segundo Amaral Santos ²¹⁵.

Pontes de Miranda - doutrinador clássico nacional, com reconhecimento mundial e, ainda atualíssimo, a despeito de se tratar a obra citada, de escrito do início do século passado – mais uma vez, aqui, indicado, elucidando a erronia histórica de interpretação das lições advindas do direito romano, resolve com maestria a questão, explicitando a quem deve incumbir à prova de negativas, a depender do conteúdo implícito ou conseqüências que traga, quando diz, em nota à obra de Neves e Castro, à qual, atualizou e organizou, o seguinte:

Há uma lamentável erronia no interpretar taes phrases do direito romano. O princípio real é este: a prova incumbe a quem articula um facto do qual pretenda concluir a existência de uma relação de direito, ou melhor – da existência, para o autor, de uma situação subjectiva. Quem vai a juízo e articula, tem, por força, como intenção, mostrar que uma determinada situação lhe é favorável. Por exemplo: se cobro a outrem uma nota promissória, afirmo a existência de meu direito de credito ou da obrigação do devedor. Se o réo nega que seja elle o signatário da letra, não nega o facto, *nega a existência da obrigação por parte delle*, ou do direito subjectivo do autor em relação ao réo. Foi em tal sentido que Paulo, no Digesto (L. 2, de prob. et praesumpt XXII, 3) escreveu: *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*. Não se deve entender a negação de factos, mas a negação da situação jurídica fundamento da acção

Só nas excepções incumbe a prova ao réo, porque nellas elle affirma alguma cousa que perime a acção, ou que dilata o curso, empecendo o seguimento da instância. Em todas as excepções há uma affirmativa de uma situação jurídica toda outra, o que não se dá na contrariedade. Na contrariedade, *nega-se*, allega-se alguma cousa que se oppõe ao libello, mas que versa sobre a mesma situação jurídica. Na excepção, ainda que o réo tenha o intuito de negar a dívida, ou o contracto, etc., há essencialmente, em sua allegação exceptiva, a affirmativa de outra situação jurídica, que exclue a acção (caso julgado, transação, prescripção, paga, quitação, etc.) ou que apenas dilata a demanda (incompetência, prevenção, illegitimidade da parte, etc.). Em suma: quando Celso, no Digesto (22, 3, 9) diz que ao excipiente incumbe provar o exceptuado (*qui excipit probare debet quod excipitur*) ou quando Ulpiano (D. 44, 1, 1) enuncia o mesmo princípio sob outra forma (*reus in exceptione actor est*), querem dizer que o réo tem de provar o que elle affirma na excepção, porque as excepções consistem, por sua natureza, em affirmações de outra situação jurídica estranha à que constitue o fundamento do pedido do autor. O princípio de Paulo – *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* – não pode ser interpretado literalmente: *dicit* – não se deve traduzir, philosophicamente, por *affirma*, ou *diz*, mas technicamente, por *propõe em juízo*. E como todos sabem, há dois meios principaes de propor em juízo: como autor – articulando, em petição, o que

²¹⁵ Ibidem.

deseja; como réu – opondo *excepções*. Os recursos oferecem situações idênticas, e por isso o ônus da prova compete ao agravante, ao embargante, etc., ainda que consista o agravo ou embargo, ou apelação, ou o que mais for, em negações. A forma com que se veste a *intentio* nada importa a seu caracter: *qui dicit*, isto é, quem promove, e *non qui negat*, isto é, quem, sem promover a prova de *outra* situação, se defende, é que tem a obrigação de provar.

Foi má a interpretação do dizer de Paulo que criou – através de séculos – a fantástica suposição de impossibilidade de provarem-se *negativas*²¹⁶.

Do exposto, colhe-se na lei processual atual, a seguinte distribuição legal do ônus de prova e outras prescrições, dentre as mais relevantes sobre o tema:

Art. 333 - O ônus da prova incumbe:

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

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

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

Art. 334 - Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Art. 335 - Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial."²¹⁷

Do excerto legal, sobretudo inciso I do Art. 333 do CPC vigente, colhe-se a regra de que ao autor incumbe à prova dos fatos constitutivos de seu direito, vale dizer, uma vez adotada na lei brasileira a teoria da substanciação da causa de pedir - que a divide em causa de pedir próxima ou jurídica e, causa de pedir remota ou fática, ambas necessariamente presentes – que ao autor incumbe o dever de provar, no processo, as circunstâncias de fato que ele alega como existentes e justificadoras do direito que invoca e, de modo diverso, ao requerido incumbe à prova dos fatos e circunstâncias fáticas que ele invoca como base para teses jurídicas que ele

²¹⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. In: CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. 1917, *cit*, nota (a), p. 34.

²¹⁷ Disponível em: http://www.dji.com.br/codigos/1973_lei_005869_cpc/cpc0332a0341.htm, acesso em 15/02/2010, 15h.

apresente e que imponham modificação, extinção ou impedimento de consolidação-satisfação do direito pelo autor invocado. Nesse sentido:

A prova incumbe a quem articula um fato do qual pretenda induzir uma relação de direito. Portanto, assim como o autor, para apoiar a ação, precisa provar os fatos sobre que esta se funda, assim também o réu, para que proceda à defesa, tem o ônus de provar sua intenção. A razão é porque, tendo a alegação de cada um dos litigantes por fim modificar ou destruir a posição jurídica do adversário, não o deverá conseguir sem que prove a verdade do fato capaz daquele resultado.²¹⁸

Carnelutti, em sua “Prova Civil”, já afirmara que os critérios de distribuição de ônus da prova são positivos, não naturais, decorrem de opção legislativa e, por isso, são em tese mutáveis, justificando não só eventuais preferências do legislador para operacionalização do sistema, mas justificando, em nossa visão, também, o embrião da possibilidade de modificação em sede de lei, de distribuição do ônus da prova em várias casuísticas. Assim, leciona, sobre a diferença entre dever de afirmar fatos em uma demanda e, o dever de prová-los, ou seja o “ônus da prova”.

Portanto, quando se trata de estabelecer quem deva afirmar, não pode haver eleição; quando, pelo contrário, se trata de estabelecer quem deva provar (apresentar a prova), é necessário escolher a parte que tem interesse na existência e a parte que tem interesse na inexistência do fato. Teoricamente, a eleição pode se basear em qualquer critério e, em particular, também no interesse na afirmação (deve provar quem deve afirmar); porém, inclusive nesse caso se trata de uma distribuição positiva e não de uma incidência natural do ônus da prova: deve, pois, provar quem deve afirmar, porque assim requer a lei e não porque quem deve afirmar seja único interessado em provar.²¹⁹

Em síntese, o ônus de provar fatos afirmados tem, sim, possibilidades de distribuição, sempre pela lei, ou seja, com a natureza de distribuição legal, positiva, criada, não natural e, assim, as possibilidades de múltiplos critérios e consequente eleição preferencial, são evidentes.

Sobre o interesse na prova, aprofundando a interpretação legal acima e a ela aplicável, a despeito de se tratar de lição doutrinária escrita quando ainda vigente o CPC de 1939 em nosso ordenamento, interessante, mais uma vez, a

²¹⁸ MONTEIRO, João. *Processo. cit.*, § 127, Apud: SANTOS, Moacyr Amaral. 1952, v. 1, *cit.*, p. 99.

²¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. 2005, *cit.*, p. 41.

observação das idéias de Francesco Carnelutti, desta vez citadas por Amaral Santos:

CARNELUTTI põe de lado o interesse da prova e estabelece como critério, para distinguir à qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação, *o do interesse da própria afirmação*. Cabe provar – escreve ele – a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece exceção cumpre provar-lhe os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas. Sustenta o insigne processualista que esse critério não só é coerente com o próprio conteúdo da lide, visto que se funda na diferença entre o pedido e a exceção, como também é sugerido por uma regra fornecida pela experiência, “eis que, quase sempre, aquele a favor de quem um fato constitui a base de uma pretensão, ou de uma exceção, procura dispor dos meios necessários para demonstrá-lo”²²⁰.

Afigura-se ainda necessário esclarecer, ao presente estudo, que, a despeito de não haver em princípio a necessidade de prova de fatos evidentes ou notórios, que resultem incontroversos, confessos, ou sobre os quais milite presunção legal, essa dispensabilidade decorre da possibilidade de extraí-los, ainda que de modo singelo, do conjunto probatório aos autos carreado, uma vez que, qualquer que seja sistema de presunções na seara da dispensabilidade probatória do art. 334 do CPC, estas são relativas, decaindo com prova em contrário e somente aplicáveis se verossímeis, pois não é fomentada a decisão judicial por presunções, com base na teoria das verossimilhanças preponderantes como adiante, oportunamente, se verá. Nesse sentido, a título de exemplo, as lições da doutrina, ainda à época do CPC de 1939:

O réu não contesta fato afirmado pelo autor.
Em doutrina, desde muito, tem-se admitido que os fatos não controvertidos sejam tidos como verídicos. [...]...
[...] O código vigente, porém, dispõe, no art. 209: “O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verdadeiro, salvo se o contrário não resultar do conjunto das provas”²²¹.

Destarte, das lições acima e sem esquecer que ficam aqui consideradas as presunções legais e relativas²²² de desnecessidade de provas para fatos que

²²⁰ CARNELUTTI, Francesco. Apud: SANTOS, Moacyr Amaral. 1952, v. 1, *cit*, p. 104-105.

²²¹ *Ibidem*, p. 131-132.

²²² Nesse sentido, também: DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 3, *cit*, item 797. p 77.

resultem incontroversos, notórios, evidentes, confessos e, mais que isso, desde que verossímeis de terem efetivamente se verificado, quando da análise do processo pelo magistrado e, para que se demonstre, ao menos para o processo civil clássico, ordinário, o acerto de tais doutrinas, sua franca evolução e lucidez de pensamento, já sob a égide do CPC vigente, doutrina esta que mantém o princípio do interesse como basilar à distribuição do ônus probatório citou mais uma vez Dinamarco, quando diz:

A síntese dessas disposições consiste na regra de que o *ônus da prova incumbe à parte que tiver interesse no reconhecimento do fato a ser provado* (Chiovenda), ou seja, àquela que se beneficie desse reconhecimento; essa fórmula coloca adequadamente o tema do *onus probandi* no quadro do interesse como mola propulsora da efetiva participação dos litigantes, segundo o empenho de cada um em obter vitória. O *princípio do interesse* é que leva a lei a distribuir o ônus da prova pelo modo que está no Art. 333 do código de Processo Civil, porque o reconhecimento dos fatos constitutivos aproveitará ao autor e o dos demais, ao réu; ([...])²²³

De modo diverso, é oportuno chamar a atenção para deficiências legislativas na seara processual - que deixam ao direito material a definição de inúmeros atos e fatos a provar - que darão azo a discussões que, à frente melhor se elucidarão, em relação à distribuição probatória, isso em relação a sua efetiva realização e, **sobretudo a depender da modalidade da prova a ser produzida**, seja porque, mesmo para os procedimentos clássicos no CPC previstos, há vedação de convenções sobre prova que prejudiquem sua regular realização e conseqüentemente, a defesa, todavia sem explicitações que seriam de bom tom estar efetivamente previstas em lei, como veremos e, também, porque, a depender de micro sistemas criados para proteção de partes que gozam de qualidades especiais, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor (art. 6º da Lei 8.078/90), há efetiva previsão legal e genérica, que determina inversão do ônus de prova em favor do consumidor hipossuficiente, no litígio, sem que se defina o modo como esta se opera, concretamente, no processo.

Aliás, tais críticas como oportunamente se verá, já foi desenvolvida com a sobriedade necessária pelos autores paranaenses Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, sobretudo quanto à possibilidade de aplicação subsidiária, quando a

²²³ Ibidem, p. 72-73.

situação e o direito material o exigirem, de inversão de ônus de prova mesmo além da hipótese legal do CDC, a exemplo do que ocorre com situações de inversão legal do ônus, por presunções em lei exigidas e, para tanto, definidas²²⁴.

Como argumento de reforço, Luiz Guilherme Marinoni, adverte-nos das diferenças entre a verossimilhança preponderante, considerada ao tempo das sentenças cujos fundamentos sejam embasados em presunções judiciais ou legais, evitando-se o *non liquet*, especialmente a acima indicada, afeta à vulnerabilidade nas relações de consumo, em relação àquela utilizada para concessão de tutela antecipatória na forma do art. 273 do CPC vigente, em juízo de cognição sumária:

Essa convicção de verossimilhança é claro, não se confunde com a convicção de verossimilhança da tutela antecipatória, pois não é uma convicção fundada em parcela das provas que ainda podem ser feitas no processo, mas, sim, uma convicção fundada nas provas que puderam ser realizadas no processo, e que, diante da natureza da relação de direito material, devem ser consideradas suficientes para fazer crer que o direito pertença ao consumidor.²²⁵

2.4 PRECEDENTES DE INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO - VEDAÇÃO DA PROVA DIABÓLICA

2.4.1 A Inversão Consensual, Judicial e Legal – Definições

Antes de explicitarmos o que seja prova diabólica, de rigor informar que a doutrina, de modo unânime, com maior ou menor grau de especificidade e objetividade, é verdade, define em geral três possibilidades de inversão do ônus de prova, que nada mais são do que alterações de regras legais sobre a distribuição deste.

Assim, na doutrina verificam-se as seguintes possibilidades de inversão do ônus de prova: inversões *convencionais* – definidas por consenso das partes envolvidas e desde que não vedadas por lei; *judiciais* – quando definidas no processo, de modo concreto, pelo magistrado, de modo direto ante a situação de fato, direito, ou com base em dispositivo legal autorizador e, ainda; *legais* – quando em lei determinadas, em várias hipóteses em razão de presunções relativas em lei

²²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. 7 ed, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, v. 2, p. 272.

²²⁵ MARINONI, Luis Guilherme. **A formação da convicção e a inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**. Disponível em: www.professormarinoni.com.br.

definidas. Nesse sentido, a doutrina de Dinamarco²²⁶, Marinoni e Arenhart²²⁷ e, ainda, Cássio Scarpinella Bueno²²⁸, a título de exemplo.

2.4.2 *Probatio Diabolica*

A inversão do ônus da prova, em especial quando determinada de modo consensual, importa acurado exame, pela proteção constitucional ao *due process of Law*, que se externa nas leis processuais vigentes, com limitações, a exemplo do Diploma Processual Civil e mesmo Código de Defesa do Consumidor.

Tal estudo é digno de nota porque, no que tange ao processo civil ordinário, dispõe o CPC, conforme anotado alhures, que é possível a convenção que distribui a prova entre as partes, na forma como dispõe o Art. 333 do diploma processual, desde que não recaia a convenção sobre direito indisponível da parte ou torne excessivamente difícil a uma parte o exercício de seu direito.

Ainda, como bem anotado por Dinamarco, além destas balizas limitadoras à inversão consensual da prova, no CPC, uma vez que podem ser adotadas de qualquer modo consensual, seja por petição, termo, contratos em que haja fase de policitação ou mesmo contratos de adesão, inerentes às relações de consumo, andou bem o Código de Defesa do Consumidor, micro sistema misto de proteção a consumidores e definidor de políticas de consumo, ao declarar em dispositivo específico, qual seja, o art. 51, inciso VI, nulas as inversões consensuais do ônus probatório, sempre que possa reverter em prejuízo a consumidores²²⁹.

Não é demais rememorar assunto já tratado, quanto à prova dos fatos negativos propriamente ditos, cuja inversão de ônus resta impossível, justamente pelas possibilidades manifestas de prejuízos à defesa, citadas pela doutrina, para que se entenda a limitação da inversão do ônus da prova:

Quando a negativa é indeterminada e, de conseguinte, se resolve em um número indefinido e indeterminado de afirmações contrárias, a prova de cada uma das quais, por certo, difícilíssima, mesmo impossível, a lógica, mesmo a equidade, aconselham não se tente sequer a sua prova.

²²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 3, *cit.*, p. 76-77.

²²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *et al.* 2008, v. 2, *cit.*, p. 272.

²²⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, tomo I, p. 247.

²²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 3, *cit.*, p 79.

Não foi noutra sentido que o Cód. De Processo, no § 1.º, do art. 209, dispôs: “Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova.”

Pretender outra interpretação para esse dispositivo seria considerar o código encampando uma regra probatória repelida pela lógica, pela unanimidade dos juristas modernos e repudiada pelas legislações mais adiantadas²³⁰.

Com as explicitações acima, evidencia-se o que a doutrina denomina de **vedação da prova diabólica**, por tornar, convencionalmente e em ofensa ao princípio da paridade em armas entre as partes, disponível o que é de sua natureza, indisponível, ou por não garantir a ampla defesa, inerente ao devido processo legal, exemplo de Bueno²³¹ ou, nos dizeres de Dinamarco, a assunção do encargo de uma *probatio diabolica*, porque decorre do “veto ao fechamento ou excessivo estreitamento das vias de acesso à justiça”²³².

2.5 A LEI 8.078/90 E A POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS NELA PREVISTA – CDC

2.5.1 Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Aspiração Constitucional

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, promulgado na forma de lei ordinária, sob nº 8.078, em 08 de setembro de 1990, com previsão constitucional^{233, 234, 235} e resultado de anteprojeto elaborado em pouco mais de um ano, por uma comissão de juristas consagrados, nomeada pelo então Ministro da Justiça Paulo Brossard e presidida pela Eminente professora das Arcadas paulistas, Ada Pellegrini Grinover²³⁶, é o mais notável marco, dentre as excelentes leis resultantes da eficiente produção legislativa que se seguiu à promulgação da Constituição Federal de 1988, nas câmaras baixa e alta da capital federal, em nossa visão.

²³⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova*. v. 1. *Cit.*, pp. 129-130.

²³¹ BUENO, Cássio Scarpinella. 2007, v. 2, tomo I, *cit*, p. 247.

²³² DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 3, *cit*, p 79.

²³³ Inciso XXXII do art. 5º da Constituição da República: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do Consumidor”;

²³⁴ Inciso V do art. 150 da Constituição da República: “defesa do consumidor”; (trazido como princípio da ordem econômica).

²³⁵ Art. 48 do ADCT, da Constituição da República: “O Congresso Nacional, dentro de 120 dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

²³⁶ Conforme histórico no prefácio da obra de: GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

Assim o é porque, de seus estudos, preceitos, institutos, franca possibilidade de serem traçados diálogos entre as fontes legislativas materiais e processuais que regem os direitos, interesses e processos, civis e mesmo individuais e coletivos afetos especificamente às relações de consumo e interesses trans-individuais correlatos, a referida lei, em nossa visão, é a mais útil e diuturnamente aplicável, depois de aproximados 20 anos de vigência, sem que tenha sofrido mudanças gritantes em sua interpretação e principiologia, porque elaborada sem influências deturpadoras de indesejável “movimento pendular das leis”, utilizando-me da expressão de Celso Bastos, a exemplo de inúmeras outras produções legislativas que hoje gritam por modificações ou diferentes e mais responsáveis interpretações, elaboradas também com base em direitos e preceitos da Constituição de 1988, denominada “Constituição Cidadã”, promulgada após cisão com período ditatorial em que o país mergulhara por 24 anos.

Aqui, como premissa balizadora do raciocínio principiológico e positivo, a respeito das normas e sentido do Código de Defesa do Consumidor, como fonte primária e autônoma de regras atinentes a relações de consumo, derivando diretamente da Constituição, se faz oportuno citar a lição de Luis Antônio Rizzato Nunes:

Já tivemos oportunidade de deixar consignado que o CDC constitui-se num sistema autônomo e próprio, sendo fonte primária (dentro do sistema da Constituição) para o intérprete.

Dessa forma, no que respeita à questão da produção das provas no processo civil, o CDC é o ponto de partida, aplicando-se, a seguir, de forma complementar, as regras do Código de Processo Civil (arts. 332 a 443).

Entender, então, a produção das provas em casos que envolvam as relações de consumo é compreender toda a principiologia da Lei n. 8.078, que pressupõe [...]...²³⁷

Nesse sentido, também, as lições de Marco Aurélio Moreira Bortowski ao afirmar, em trabalho específico sobre o tema, que:

"[...] O Código é um microssistema, autônomo e independente, mas instrumentalmente se socorre das regras e princípios gerais que norteiam o CPC, exceto quando diferentemente regule, tal como nos casos de intervenção de terceiros, coisa julgada e etc. [...]"²³⁸

²³⁷ NUNES, Luis Antônio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 772

²³⁸ BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. **Carga probatória segundo a doutrina e o cdc**. In: Revista de direito do consumidor, n. 7. jul-set. 1993, São Paulo: RT. passim.

Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, em obra que versa sobre a desconsideração da personalidade jurídica, esta inaugurada no direito positivo pátrio dentre as prescrições do CDC, consoante o entendimento de Rizzatto Nunes e Bortowski, também afirma o fundamento constitucional das regras consumeristas, micro-sistema autônomo, pois:

O exame da lei nº 8.078/90 enseja que, antes e tudo, se reflita acerca do fato de ter o Código de Defesa do Consumidor vida própria, e ser instituído como subsistema autônomo que tem vigência no sistema constitucional brasileiro. Por essa razão, não há como compreendê-lo sem ter como ponto de partida os princípios constitucionais que lhe servem de alicerce. Todavia, para ser possível uma interpretação adequada da legislação do consumidor, deve-se ter conhecimento de que ela comporta um subsistema no ordenamento jurídico, com o poder de prevalecer sobre os demais, salvo o próprio sistema de nossa Lei Magna. Afinal, ela corresponde a nossa Lei maior, de hierarquia superior com relação a todas as outras. Seja como for, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às outras normas somente de forma supletiva e complementar.

A intensificação e a complexidade do fenômeno do consumo ocorreram e atingiram a sociedade moderna sem a infraestrutura necessária para proporcionar o ambiente propício ao desenvolvimento de uma relação jurídica adequada. [...]

Com base no exame das questões e conflitos decorrentes do consumerismo, expressão empregada por Carlos Ferreira de Almeida, foram pensados os primeiros textos legais que objetivam tutelar os interesses do consumidor. [...] No momento em que o Código de Defesa do Consumidor passou a vigor no Brasil, foi colocado à disposição da sociedade um conjunto de normas específicas, que, unidas, formam um verdadeiro sistema protetivo.²³⁹

Por fim, a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, doutrinador e desembargador carioca, com irretocável acerto, também pontifica a necessidade de obediência apenas às prescrições de natureza constitucional, das regras do micro-sistema do CDC, em relação a sua aplicação, incluindo-se as prescrições processuais, e, dentre elas, as específicas sobre prova, por óbvio. Veja-se:

Em virtude da origem constitucional do mandamento de defesa do consumidor, o art. 1º desse diploma legal autodefine suas normas como sendo de ordem pública e de interesse social, vale dizer, de aplicação necessária e observância obrigatória, pois, como de todos sabido, as normas de ordem pública são aquelas que positivam os valores básicos de uma sociedade.

²³⁹ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. 2004, *cit.*, p. 151.

Essa lei, a fim de dar cumprimento à sua vocação constitucional, criou uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar, aplicável a todas as relações de consumo, onde quer que vierem a ocorrer – no Direito Público ou Privado, contratual ou extracontratual, material ou **processual**; instituiu uma disciplina jurídica única e uniforme destinada a tutelar os direitos materiais ou morais de todos os consumidores em nosso país. (grifos nossos) ²⁴⁰

Em síntese, afirma Cavalieri Filho, delimitando a questão sobre amplitude e aplicabilidade das regras do CDC:

Na realidade, o CDC criou uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, normas de sobredireito, aplicáveis em todos os ramos do Direito onde ocorrem relações de consumo. ²⁴¹

2.5.2 A Inversão do Ônus da Prova como Direito Básico do Consumidor

De fato, o Código de Defesa do Consumidor - CDC, traz micro-sistema principiológico e legal, misto, aplicável às relações e consumo seja institucionais, individuais e/ou coletivas, explicitando ainda a forma de defesa do consumidor em juízo, integrando dispositivos das ações coletivas e outras determinações de relevante importância.

Define o consumidor, o fornecedor de produtos e serviços, estabelece, como dito, direitos, deveres, procedimento, princípios e, no que toca ao presente trabalho, para melhor defesa ou facilitação da defesa de interesses dos consumidores, estabelece no Art. 6º a possibilidade de inversão do ônus da prova, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]...

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências ²⁴²;

2.5.3 Bases Doutrinárias Capazes de Fundamentar o Instituto da Inversão

Afigura-se necessário, para justificar ao menos a coerência dos raciocínios acadêmicos a respeito das possibilidades de previsão em lei, de inversão do ônus

²⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 17.

²⁴¹ Ibidem., p. 485.

²⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* 2007. *cit*, p. 137.

da prova, tal como trazida no CDC, apresentação, em nossa visão, de possíveis bases históricas para tal entendimento, a exemplo da doutrina de Benthan, coerentemente trazida por Soares de Faria e indicada por Amaral Santos, que não vigora, como regra, na tradução positiva sobre prova em nosso ordenamento processual civil clássico, mas que, a nosso ver bem poderia ter influído, ou efetivamente influenciou, nas concepções acerca do instituto da inversão, tal como previsto no CDC. Veja-se:

BENTHAM, partindo do pressuposto de que se deve proteger o autor e não o réu, porque o primeiro não se atreveria a propor a ação senão quando convencido da sua justiça, enquanto que o segundo, no mais das vezes, não tem outro intuito senão contrariar a demanda, aparta-se do princípio romano, que incumbe ao autor fazer prova do alegado – *actore incumbit probatio*. Para o filósofo inglês, a obrigação da prova, num sistema de justiça franco e simples, de procedimento natural, “deve ser imposto, em cada caso, à parte que puder satisfazê-la com menores inconvenientes, isto é, menor perda de tempo, menores incômodos e menores despesas”. Tal teoria seria tão somente justificável nos sistemas processuais que atribuíssem ao juiz o predomínio absoluto na orientação da instrução (processo inquisitório). Não haveria pròpriamente um princípio, norteador da distribuição do ônus probatório, mas ficaria ao juiz examinar caso por caso e deliberar livremente a qual das partes cumpriria trazer a prova dos fatos ²⁴³.

Corroborando a plausibilidade de tais assertivas e, indicando inclusive doutrina e legislação correlatas, o insigne professor brasileiro, demonstra não ser de todo inverossímil a adoção de distribuição de ônus, da maneira em que raciocinada por Benthan, quando transcreve o pensamento de Chiovenda:

Agradaria a CHIOVENDA uma solução nesse sentido. Escreve o mestre Italiano: - “*Em um sistema que admitisse a indagação oficial da verdade dos fatos, não teria qualquer significação o repartimento do ônus da prova. Acontece, com efeito, que, ao lado da tendência contrária ao princípio dispositivo no accertamento dos fatos, se manifesta uma tendência adversa à repartição legal do ônus da prova; disso há traços na doutrina e também nas mais recentes obras legislativas*”. No que toca à doutrina a respeito cita WACH e KOHLER; quanto às legislações, faz referência ao Código Suíço ²⁴⁴.

²⁴³ BENTHAM, Jeremías. Apud: SANTOS, Moacyr Amaral. 1952, v. 1, *cit*, p. 100.

²⁴⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto procesuale civile**, 3 ed. § 55. p. 796. Apud: SANTOS, Moacyr Amaral. 1952, v. 1, *cit*, p. 100.

E mais, com a finalidade de indicar que não se trata tal corrente, voz isolada entre os pensadores de tal linguagem, Soares de Faria, citando Demogue, em franca evolução de tais idéias, assim aduz:

Sustentando que, na produção das provas, deve predominar o princípio da solidariedade entre as partes e não o da independência das partes, DEMOGUE estabelece duas regras, a segunda das quais é a reprodução do princípio fundamental de BENTHAM: 1.º - “O que prova não é obrigada a estabelecer todas as condições necessárias à existência do seu direito. Deve somente provar as condições que o tornam verossímil. Não é obrigado, dizendo-se credor, a provar que é credor sem dolo, violência, por serem esses fatos excepcionais”. 2.º - “A obrigação da prova deve ser, em cada caso individual, imposta àquela das partes que a pode desempenhar com menos incômodo, isto é menos detalhes, vexames, despesas, etc.”²⁴⁵.

Visando ao melhor entendimento e, de acordo com raciocínio acima expresso, traz-se à baila, exemplo citado por Amaral Santos:

Assim, quando como fundamento de uma ação se oferece um contrato, este, a rigor, deveria ser provado quanto a todas as suas condições essenciais de validade, isto é, cumpriria se provar todas e cada uma das condições que concorressem para dar vida ao contrato; e por isso o autor seria obrigado a provar (para não dizer os requisitos reclamados por todas as convenções) – a *capacidade* dos contraentes; - o seu consentimento *válido*, isto é, isento de erro, dolo ou violência; a *idoneidade* do objeto; a existência de causa *lícita* da obrigação. Ora, quem não vê que fornecer o autor todas essas provas lhe seria difícilimo, senão impossível, enquanto que ao réu, ao contrário, porque lhe basta opor um vício especial da convenção, se torna muito mais fácil e expedito dar a prova da sua exceção? Por isso, a jurisprudência universal intervém estabelecendo uma *presunção geral de direito*, por força da qual a existência dos requisitos essenciais para a validade do contrato se considera antecipadamente como provada, pelo que cumpre ao réu fornecer a prova do fato específico, fundamento da sua exceção, com a qual contraria a presunção que milita a favor do autor²⁴⁶.

Ademais, conforme já explicitado, muitas negativas traduzem-se em verdadeiras afirmações de fatos impeditivos e, por isso, devem ser pelo requeridas provadas, conforme reitera Amaral Santos²⁴⁷.

Ainda, em reiteração a tais argumentos, valiosa é a lição de Neves e Castro:

²⁴⁵ DEMOGUE, *As bases fundamentais do direito privado*. In: FARIA, Soares de. *Principais teorias relativas ao “onus probandi”*. ed. 1936. n. 41-42. Apud: SANTOS, Moacyr Amaral. 1952, v. 1, *cit*, p. 103.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 142-143.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 171.

Com quanto seja esta a generalidade, contudo casos há em que se limita, como é, quando por meio d'um facto affirmativo se prova um negativo. N'este caso incumbe ás vezes ao réo a prova de sua negação, pois que a affirmação d'um facto importa a negação d'aquelle que se lhe oppõe. Tem então lugar a regra: *reus excipiendo fit auctor* – o que também pôde applicar-se às defezas propriamente ditas²⁴⁸.

E exemplifica o renomado autor, quando diz:

Se eu disser que Cesar não tem direito ao meu relógio, estabeleço uma proposição negativa na essência e que não pode ser por mim transformada em affirmativa. Se porém eu afirmar que Ticio não é pobre, apresento debaixo d'uma proposição negativa uma affirmativa, pois que é o mesmo que se eu dissesse que possui alguns bens. É a isto que os antigos jurisconsultos chamavam *negativam pregnantem*, e que consiste na allegação d'um facto, que está em antinomia com outro, mas que, apesar de ser exprimido d'um modo negativo, não deixa de ser affirmativo²⁴⁹.

2.5.4 As Razões dos Idealizadores do Anteprojeto para a Contemplação do Instituto da Inversão do *Ônus Probandi*, como Direito, no CDC

Não bastassem as citações de coerentes raciocínios lógicos e a respeito do tema, conforme acima, de rigor considerar que, estando a inversão, tal como estudada, expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor, é necessário que se verifiquem os pressupostos fáticos e jurídicos que levaram os membros da comissão elaboradora do anteprojeto a prever tal dispositivo, uma vez que, por previsão constitucional, vontade institucional da constituinte e governo que se formara após 1988 e inserção de tal instituto entre as políticas nacionais afetas às relações de consumo, estreitamente ligadas ao mercado, inclusive, é que tal código foi idealizado, votado e promulgado.

Assim, colhem-se do Código comentado pelos autores do anteprojeto, as primeiras justificantes da previsão legal, expressas nos argumentos seguintes:

²⁴⁸ CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. 1917, *cit*, p. 35.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 49.

Trata ainda o Código de uma “*política nacional de relações de consumo*”, justificando nossa assertiva já feita no pórdico do presente tópico no sentido de que se trata em última análise de uma “*filosofia de ação*”, exatamente porque não se trata tão somente do consumidor, senão da almejada *harmonia* das sobreditas “*relações de consumo*”²⁵⁰. [...]...

Talvez a grande novidade, isso sim, seja o direito previsto no inc. VIII do mencionado art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, quando fala da *inversão do ônus da prova*, a seu favor, mas *apenas no processo civil* quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação do consumidor, ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Digno de nota igualmente é o disposto no art. 7º do mencionado Código, ora comentado, que trata das *fontes dos direitos do consumidor*, igualmente da maneira mais ampla possível.²⁵¹

Em reforço às justificativas e exposição dos comentários balizadores da elaboração do CDC, cita-se a doutrina afeta ao tema, que indica princípios e direitos basilares que regulam internacionalmente, as relações de consumo, em níveis de Organizações sociais inclusive.

Nessa esteira, Josimar Santos Rosa²⁵² ensina, em relação aos direitos básicos atribuídos ao consumidor, por força do reconhecimento destes, seja pela “Organização das Nações Unidas” (ONU), ou por outros organismos internacionais, a exemplo da “International Organization Consumers Union” (IOCU), que, são direitos atribuídos, ao menos, aqueles relativos: à segurança; à escolha; à informação; a ser ouvido; à indenização; à educação para o consumo (meios para o cidadão exercitar conscientemente sua função no mercado); a um meio ambiente saudável; à proteção de publicidade; os contratos (proteção contra contratos que estabeleçam prestações excessivamente onerosas), dentre outros. Nesse sentido, também as lições de Filomeno, não como co-autor do Código Comentado pelos autores do anteprojeto, mas em manual próprio.²⁵³

E, ainda, sobre o princípio da transparência, Josimar Rosa, afirma:

A transparência, no entanto, não pode ser considerada dentro de um contexto separatista, mas através de um processo de integração com outros princípios, condicionando o aparecimento de um somatório, que credencia o fornecimento em evidência.

²⁵⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Título I – dos direitos do consumidor – comentários aos capítulos I a III**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* 2007. *cit.*, p 17.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 19.

²⁵² ROSA, Josimar Santos. **Relações de consumo – a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores**. São Paulo: Atlas, 1995. p. 20

²⁵³ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 19-20.

Dessa forma, não se pode pensar em transparência, quando esta possa estar divorciada dos padrões relativos à boa-fé, elemento capaz de ativar um negócio jurídico, que possa estar em verdadeira inércia em termos conclusivos.

Importante binômio então se constitui, graças ao processo aplicativo que integra o princípio de transparência, ao princípio da boa fé [...] ²⁵⁴

Indica ainda com propriedade, a doutrina de Rizzato Nunes, a condição básica do consumidor que justifica proteção na seara probatória, quando diz que “na realidade, é a vulnerabilidade reconhecida no inciso I do art. 4º que principalmente justifica a proteção do consumidor nessa questão da prova”. ²⁵⁵

Conforme as lições acima pode-se verificar que, de modo direto, ao analisarmos as justificativas específicas a respeito da inversão do ônus da prova, constantes dos comentários formulados ao texto da lei, pelos idealizadores do anteprojeto, afiguram-se interessantes os seguintes excertos:

Tenha-se em conta que a verossimilhança é uma das condições para que o juiz inverta o mencionado ônus, com vistas à facilitação da defesa dos direitos do consumidor, segundo, outrossim, as regras ordinárias de experiências.

Referido dispositivo, longe de ser uma grande novidade, está intimamente ligado ao disposto pelo Art. 335 do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”. (grifos nossos)

É a razão pela qual assim se dispõe no Código de Defesa do Consumidor consiste na circunstância da *vulnerabilidade do consumidor* que, como visto em passo anterior destes comentários, não detém o mesmo grau de informação, inclusive técnica, e outros dados a respeito dos produtos e serviços com que se defronta no mercado, que o respectivo fornecedor detém, por certo.

Daí porque não se pode confundir vulnerabilidade, no sentido que lhe empresta o inc.I do art. 4º do Código sob comento, com *hipossuficiência*.²⁵⁶

Assim, sem prejuízo da ulterior evolução do tema, e sintéticas mas suficientemente afirmadas, as bases doutrinárias clássicas e mesmo dos idealizadores do anteprojeto do CDC, a respeito dos precedentes e casuísticas justificantes para a possibilidade de atribuição de ônus da prova às partes pelo magistrado, adotada a ótica das facilidades de produção destas por determinada

²⁵⁴ ROSA, Josimar Santos. 1995. *cit*, p. 39.

²⁵⁵ NUNES, Luis Antônio Rizzato. 2008, *cit*, p. 772.

²⁵⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. *cit*, In: GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* 2007. *cit*, p. 154-155.

parte, no interesse do processo, de modo inquisitivo e, tendo como destinatário da prova o juiz, afigura-se importante, em nossa visão, a citação também da doutrina de Marinoni e Arenhart, mestres de vanguarda em nossa nação, que corroboram com tais entendimentos, em princípio, quanto à possibilidade de inversão do ônus na forma originariamente preconizada por Bentham, ainda que exorbitem as regras do CDC ou procedimentos com base neste, quando aduzem:

Há um grande equívoco em supor que o juiz apenas pode inverter o ônus da prova quando pode aplicar o CDC. *O fato de o art. 6º, VIII, do CDC, afirmar expressamente que o consumidor tem direito à inversão do ônus da prova não significa que o juiz não possa assim proceder diante de outras situações de direito material.* ((Caso contrário, teríamos que raciocinar com uma das seguintes premissas: i) ou admitiríamos que apenas relações de consumo podem abrir margem à inversão do ônus da prova; II) ou teríamos que aceitar que , ainda que outras situações de direito substancial exijam a possibilidade de inversão do ônus da prova, essas não admitiriam a inversão pelo fato de o juiz não estar autorizado a tanto em lei. [...])... Porém, isso não quer dizer que não existam outras situações de direito substancial que exijam a possibilidade de inversão do ônus da prova ou mesmo requeiram uma atenuação do rigor na aplicação da sua regra, contentando-se com a verossimilhança. [...])... Ou seja, não há razão para forçar uma interpretação capaz de concluir que o Art. 6º, VIII, do CDC, pode ser aplicado, por exemplo, nos casos de dano ambiental, quando se tem a consciência 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 uma lei determinada. [...])... Ou seja, a inversão do ônus da prova é um imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência.²⁵⁷

2.6 OS REQUISITOS PARA O DEFERIMENTO DA INVERSÃO

Como dito, de nada adianta iniciar os estudos sobre os requisitos necessários à inversão do ônus da prova, por outra base que não seja a letra da lei e as explicações de seus idealizadores, para que se traduza a fidedignidade da idéia e dos fins do referido instituto.

Assim é que a previsão legal específica encontra-se, como alhures citado, no Art. 6º, inciso VIII, da Lei 8.078/90, *in verbis*, ora reprisada:

²⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *et al.* 2008, v. 2, *cit.*, p. 272-274, *passim*.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]...

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, o seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências²⁵⁸;

Nesses termos, das razões expressas no Código comentado pelos autores do anteprojeto, especialmente José Geraldo Brito Filomeno, Ex-Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, a quem foi incumbido o dever de comentar o referido art. 6º, na referida obra e, dos excertos, colhem-se os seguintes argumentos e informações, ora novamente citados de forma completa, que justificam e explicitam quais os requisitos, *prima facie*, para a inversão, no processo civil:

Tenha-se em conta que a verossimilhança é uma das condições para que o juiz inverta o mencionado ônus, com vistas à facilitação da defesa dos direitos do consumidor, segundo, outrossim, as regras ordinárias de experiências.

Referido dispositivo, **longe de ser uma grande novidade, está intimamente ligado ao disposto pelo Art. 335 do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.** (grifos nossos)

E a razão pela qual assim se dispõe no Código de Defesa do Consumidor consiste na circunstância da *vulnerabilidade do consumidor* que, como visto em passo anterior destes comentários, não detém o mesmo grau de informação, inclusive técnica, e outros dados a respeito dos produtos e serviços com que se defronta no mercado, que o respectivo fornecedor detém, por certo.

Daí porque não se pode confundir vulnerabilidade, no sentido que lhe empresta o inc.I do art. 4º do Código sob comento, com *hipossuficiência*.

[9b] HIPOSSUFICIÊNCIA – **Esse termo não foi originariamente utilizado pelos autores do anteprojeto em sua versão original entregue ao Ministério da Justiça e feito publicar no Diário Oficial da União (Ministério da Justiça), do dia 04.01.89, os. 241-256. Assim, o texto original (fonte citada p. 242) dizia que, entre os direitos básicos dos consumidores (art. 6º), está a “facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, quando verossímil a alegação do consumidor, segundo as regras ordinárias de experiência”. Observe-se que o termo *hipossuficiência* não figurou na versão original da comissão, tendo aparecido depois, quando da tramitação do projeto no Congresso Nacional.** (grifos nossos)

Hipossuficiência como se sabe, entretanto, é terminologia do chamado Direito Social, ou Direito do Trabalho, e que deve ter, aqui,

²⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* 2007. *cit.*, p. 137.

a conotação de pobreza econômica ou falta de meios, sobretudo em termos de acesso a conhecimentos técnicos ou periciais em dado conflito nascido de relações de consumo.

A lei, como sabido, não contém palavras inúteis. E o legislador quis, certamente, não apenas deixar claro que a inversão do ônus da prova é faculdade do juiz – salvo quando se cuidar de publicidade enganosa ou abusiva (cf. art. 38 do Código de Defesa do Consumidor), quando é obrigatória -, **balizada, por um lado, pela verossimilhança da alegação do autor, porque é vulnerável, ou, então, alternativamente, porque é hipossuficiente, não podendo arcar com as custas do processo e, sobretudo, com o pagamento de honorários de um perito, como já assinalado.** (grifos nossos)

A noção de hipossuficiência, por outro lado, nos é dada pelo parágrafo único do art. 2º da Lei nº 1.060, de 5.2.50, como sinonímia de “necessidade”, a saber: “considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.”

Assim, valendo-nos, ainda, do exemplo trazido à colação desde o início deste comentário, a vítima do acidente em decorrência da roda com grave defeito, decorrente do processo de fundição, tanto poderá ser o rico proprietário de um veículo importado de primeira linha quanto o de um modesto veículo “popular”.²⁵⁹

É imperioso reconhecer que, da letra fria do dispositivo em comento e, das razões acima expostas em comentários assinados pelos autores do anteprojeto transformado em lei federal de aplicação nacional, saltam aos olhos em uma primeira leitura, as possíveis e seguintes afirmativas:

a) a ***inversão do ônus da prova em benefício do consumidor é possibilidade*** aberta ao juiz, ***a ser examinada mediante critérios, a depender da presença dos seus requisitos*** autorizadores e, por óbvio, ***deve ser fundamentada***, para que se cumpra o dever exposto no art. 93 da CF/88;

b) ***os requisitos são, prima facie, alternativos***, não se exigindo cumulação para concessão do benefício, figurando como requisitos, preliminarmente, a ***verossimilhança*** das alegações do consumidor, que, se verificada, deve ser indicada como fundamento da inversão pelo magistrado, ***porque decorre da condição de vulnerável***, ao menos tecnicamente²⁶⁰, ***que o consumidor recebe*** do

²⁵⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *cit.* In: GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al. cit.*, p. 154-157.

²⁶⁰ Nesse sentido, Rizzato Nunes, quando aduz: “o consumidor é vulnerável na medida em que não só não tem acesso ao sistema produtivo como não tem condições de conhecer seu funcionamento (não tem informações técnicas), nem de ter informações sobre o resultado, que são os produtos e serviços oferecidos”. NUNES, Luis Antônio Rizzato. 2008, *cit.*, p. 603.

art. 4º do CDC ou, em segundo lugar, a **hipossuficiência**, sobretudo no aspecto econômico²⁶¹ a ela inerente, e;

c) os exames das possibilidades de inversão do ônus probatório em favor do consumidor no processo civil e, logicamente, da configuração da *verossimilhança* das alegações do consumidor nos autos – decorrente da *vulnerabilidade* -, ou da *hipossuficiência*, em princípio alternativamente necessárias para tanto **e, ainda, das considerações sobre o dever, formas e regras de cumprimento dos ônus relativos às provas necessárias ao caso, pelas partes**, após definida a inversão, **serão pautados pelas regras ordinárias de experiência**. (grifos nossos)

Mais: Justamente com base em tais argumentos, é que se verificam dissensões, interpretações diversas quanto a requisitos para inversão, sua forma e momento e, muitas vezes, interpretações que, *prima facie*, não observam o *mens legis* do CDC.

Sim, adverte-se que, tais interpretações somente em um primeiro momento não observam o *mens legis* do CDC. Isso porque, a despeito de sermos simpáticos à noção de vulnerabilidade técnica, como condição para a verossimilhança decorrente e, ainda, da hipossuficiência com primordial conotação de hipossuficiência econômica, tal como expressa nos argumentos e concepções trazidos nos comentários à lei, formulados pelos autores do anteprojeto do CDC, *ex vi* dos excertos supramencionados, é de rigor considerar que há efetiva diferença entre o que se denomina *mens legis* e *mens legislatoris*.²⁶²

²⁶¹ Também o renomado autor Rizzatto Nunes, nesse sentido aponta, quando diz que “o segundo aspecto, o econômico, diz respeito à maior capacidade econômica que, via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor. É fato que haverá consumidores individuais com boa capacidade econômica e às vezes até superior à de pequenos fornecedores. Mas essa é a exceção da regra geral”. *Ibidem*, p. 604; 775.

²⁶² Citando a obra de Rizzatto Nunes, Clóvis Brasil Pereira externa com concisão e propriedade as diferentes vontades da lei e do legislador, em artigo de sua lavra, quando aduz: “MENS LEGIS” OU “MENS LEGISLATORIS” - Na área da interpretação jurídica, outra dúvida muito frequente é se precisamos saber se o intérprete precisa buscar o **sentido prescrito na lei, mens legis**, ou o **sentido querido e pretendido pelo legislador, mens legislatoris**. Observa o autor, que a vontade dos homens, enquanto legisladores, somente tem validade jurídica, enquanto estão exercendo suas funções. **Fora dessa circunstância, a vontade e o pensamento desses homens é apenas mais uma opinião, tal qual a de qualquer um. Ao contrário, a norma jurídica tem vida, e uma vez editada, ganha seu poder de império e passa a submeter a todos, governantes e governados**. Por outro lado, as vontades dos homens são difíceis de ser captadas. São obscuras e mudam com facilidade, não se tendo como buscar a certeza e a segurança jurídicas necessárias ao Direito, nessas condições. Assim, acaba concluindo que cabe ao intérprete se preocupar com o sentido pretendido pela norma jurídica - a *mens legis* e não com o querido pelo legislador - a *mens legislatoris* - até porque, ele também será um cidadão que será atingido por essa mesma lei que editou. BARBOSA, Clóvis Brasil. **Interpretação Jurídica**, 2007. In: <http://www.prolegis.com.br/index.php?cont=12&id=227> - acesso em 02/04/2010, 18h45min.

Assim, a vontade ou sentimentos maiores dos profissionais que participaram da elaboração do anteprojeto do Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor, por mais verossímeis, autênticas e profícuas que, eventualmente, sejam, deixam de ter importância superior à vontade da Lei, ainda que social (art. 5º, LICC) e constitucionalmente interpretada (de acordo com os pressupostos da hermenêutica constitucional já indicados) porque esta é resultado de um processo legislativo, constitucionalmente delineado, em que atuam efetivamente os representantes do povo eleitos para o poder legislativo em sistema de votação proporcional inclusive – pressuposto da fidelidade partidária, óbvia e até hoje guerreada, mitigada – e que, justamente por isso, além da previsão expressa do Art. 37, caput, da CF/88, devem pautar-se, em sua atuação, buscando a impessoalidade e , o que é evidente, o bem comum.

Nesses termos, ainda que haja dissensão entre os fundamentos da lei trazidos por seus idealizadores, de seu texto legal e da doutrina que a interpreta, verifica-se que há franca *distinção*, pelos idealizadores do projeto, entre **vulnerabilidade**, que permite *exame de verossimilhança das alegações do consumidor, decorrente das deficiências de informação técnica* e, de outro lado, **hipossuficiência**, conceito introduzido pelos integrantes do legislativo e adaptado ao texto e, conseqüentemente, aos comentários, *com claro objetivo de proteger a hipossuficiência financeira, econômica*, mas sendo igualmente possível de se entender, até para ampliação do conceito atribuído ao requisito necessário ao benefício, que haja também hipossuficiência de ordem técnica, desconhecimento mínimo do que de ordinário, ocorre na sofisticada relação de consumo e seus desdobramentos.

Vale dizer, assim que, como premissas do CDC evidenciam-se as seguintes:

- a) Há, para a doutrina majoritária e aqui acolhida, **hipossuficiência técnica e/ou financeira, cumulada ou alternativamente**, ainda que alguns possam identificar a primeira (hipossuficiência técnica) como vulnerabilidade técnica, informacional, ou disparidade de conhecimentos jurídicos, a exemplo da divisão que apresentada por Cláudia Lima Marques, bem como podem alguns efetuar relações conceituais entre a segunda (hipossuficiência econômica, aceita de modo uníssono, definida de regra, como a impossibilidade de arcar com os custos do processo) com a vulnerabilidade de cunho econômico, a depender dos graus em que evidenciada, expressa pela disparidade econômica entre consumidor e fornecedor;
- b) Há **clara previsão de julgamento**, pelos idealizadores do anteprojeto, **com base em verossimilhança e regras ordinárias de experiência**, inclusive técnica e, com invocação suplementar,

subsidiária, somente, do Art. 335 do CPC vigente, que **ressalva o exame pericial**, conforme se lê dos comentários transcritos e, por fim;

- c) Há a possibilidade de **aplicação alternativa, da inversão, a critério judicial** (ressalvada a obrigatoriedade de inversão quando em discussão a propaganda abusiva ou enganosa, à luz do art. 38 do CDC), ao consumidor que detém seja reputado vulnerável (técnica, informacional ou economicamente) **ou** ao consumidor hipossuficiente, seja sob prisma econômico ou técnico, bem como àquele que possui ambos os requisitos que o colocam em posição de disparidade de armas em relação ao fornecedor, ampliando as bases e aplicação do Referido código, porque **alternativos** são os requisitos. (grifos nossos)

2.6.1 Verossimilhança e Vulnerabilidade – suas Diferenças em Relação ao Requisito da Hipossuficiência

Para que se entendam os diferentes conceitos e nuances a respeito dos requisitos citados no art. 6º do estatuto consumerista, para deferimento da inversão, buscam-se raciocínios da doutrina, a respeito, conforme abaixo.

Em relação à vulnerabilidade, insta citar, de início, trabalho desenvolvido na cidade de Londrina, pela jovem professora Raquel Honesko, publicado em revista acadêmica local, em que, de modo direto e coerente define o requisito da vulnerabilidade, necessário para a decretação da inversão do ônus da prova, à luz dos entendimentos apontados no presente trabalho:

A vulnerabilidade **fática** ou **socioeconômica** leva em consideração o “outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade dos serviços, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam”. Por exemplo, uma microempresa que contrata um empréstimo junto a uma instituição financeira ou um taxista que adquire um automóvel para utilizá-lo como seu instrumento de trabalho. Neste íterim, percebe-se que a vulnerabilidade fática está intimamente relacionada à hipossuficiência econômica do consumidor. Ainda, com relação aos produtos e serviços essenciais, como água e energia elétrica o que se tem decidido é que o adquirente é sempre considerado consumidor, mesmo que utilize de tal bem para viabilizar seu empreendimento. Por fim, a vulnerabilidade informacional, que está relacionada ao desconhecimento, por parte do consumidor, a respeito das benesses e prejuízos do produto ou serviço que está a adquirir. (destacamos)

263

²⁶³ HONESKO, Raquel Schlommer. **A vulnerabilidade enquanto característica do consumidor brasileiro**. In: Revista direito vivo / sociedade educacional maxi; Coord. Org. José Ricardo Álvares Vianna, v.2, n. 2. Londrina: Maxiprint, 2009, p. 114-115.

Além de afirmarmos que tal conceito encontra-se consoante doutrina pátria²⁶⁴, insta ainda, em relação à vulnerabilidade, intimamente ligada ao requisito da verossimilhança da alegação, embora aquela (vulnerabilidade) seja um princípio jurídico de direito material expresso no Art. 4º, I, do CDC e, não nos direitos basilares no Art. 6º previstos e, embora, frise-se, leve à verossimilhança de modo conseqüente somente, indicar lúcida lição do jovem professor Érico de Pina Cabral, diferenciando-a da hipossuficiência:

Assim, considerando que a vulnerabilidade é uma característica inerente a todos os consumidores, todo hipossuficiente é vulnerável, mas nem todo vulnerável é hipossuficiente. A hipossuficiência é um conceito que se liga ao processo civil, à parte que tem a pior condição (relação comparativa) de produzir determinada prova; enquanto que a vulnerabilidade diz respeito à condição geral de insuficiência (técnica, jurídica ou econômica) do consumidor em relação ao fornecedor, na relação jurídica de consumo.²⁶⁵

Também nesse sentido, Cláudia Lima Marques²⁶⁶ e parte da doutrina²⁶⁷, diferenciam a vulnerabilidade da hipossuficiência, observando-se que a doutrinadora acima indicada ainda divide a vulnerabilidade em três modalidades inclusive, sendo a **vulnerabilidade técnica** – desconhecimento específico sobre o objeto de aquisição; a **jurídica**, que segundo a doutrinadora, foi identificada e protegida pela Corte Suprema Alemã em relação a contatos bancários de empréstimo e financiamento, ao afirmar que o consumidor não tem suficiente “*experiência ou conhecimento econômico, nem a possibilidade de recorrer a um especialista*”, nada mais sendo do que a efetiva falta de conhecimentos jurídicos específicos, de conhecimentos de contabilidade ou de economia, no exemplo citado e; a **fática** – desproporção de forças intelectuais e/ou econômicas que caracterizam a relação de consumo. (destacamos)

Frise-se que, nesta última, em relação ao prisma financeiro, está a vulnerabilidade intimamente ligada – a depender do grau em que reconhecida ou da disparidade de força financeira com o fornecedor – à hipossuficiência, notadamente em seu prisma econômico (porque aqui, no presente trabalho, adota-se a vertente

²⁶⁴ Conforme lições de Rizzatto Nunes, citada.

²⁶⁵ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. Coleção professor Arruda Alvim, São Paulo: Método, 2008, v. 8, p. 384.

²⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 2 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 144-145.

²⁶⁷ V.g. Rizzatto Nunes.

“hipossuficiência técnica” como viável, segundo doutrina assente), por isso, digna de nota e atenção, somente, ante os desencontros dantes verificados.

Ademais, das lições do professor e desembargador federal da 5ª Região, Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, observa-se, quanto às facilidades de oferta de substrato de prova por fornecedores, justificantes tanto da possibilidade de inversão do ônus da prova, ante a vulnerabilidade informacional e de controle de produção, oriunda da jurisprudência alemã, acima indicada, como de modalidade de inversão denominada regra de comportamento – atividade - procedimento, a serem oportunamente examinada (infra) interessantes fundamentos:

[...] O fornecedor, por força de obrigações impostas pelas normas protetoras do consumidor, tem obrigação de manter em seu poder todos os dados, informações, fórmulas, planilhas, cálculos, etc. acerca de seus produtos e serviços, sendo bem mais fácil a comprovação de fatos referentes a esses bens e serviços pelo fornecedor que pelo consumidor, sobretudo quando se tratar de hipossuficiente. É forçoso reconhecer que alguns sistemas jurídicos não admitem essa inversão do ônus da prova.²⁶⁸

2.6.2 Alternatividade ou Cumulação de Requisitos – Dissenso Doutrinário

Como o tópico sugere, não há na doutrina a desejável unanimidade a respeito da cumulação necessária ou presença alternativa, somente, dos requisitos legais para deferimento e aplicação sem ressalvas ou críticas, do instituto da inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

Entre os integrantes da doutrina, que interpretam os requisitos como alternativos, encontram-se expoentes da estirpe de Cláudia Lima Marques, quando aponta, em consonância com as justificativas e previsões dos autores do anteprojeto do CDC, acima citadas, a presença somente alternativa dos requisitos em lei previstos, para que se possa aplicar a inversão do ônus da prova, *in verbis*:

Note-se que a partícula “ou” bem esclarece que, a favor do consumidor, pode o juiz inverter o ônus da prova quando apenas uma das duas hipóteses está presente no caso. Não há qualquer exigência no CDC, sendo assim facultado ao juiz inverter o ônus da prova inclusive quando esta prova é difícil mesmo para o fornecedor, parte mais forte e expert na relação, pois o espírito do CDC é

²⁶⁸ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Comentários ao código de proteção e defesa do consumidor**, Belo Horizonte: Del Rey, 1991, p. 38.

justamente de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores e não o contrário, impondo provar o que é em verdade o “risco profissional” ao - vulnerável e leigo – consumidor.²⁶⁹

Tal posição também é defendida por Rizzato Nunes, que, além de apontar a alternatividade dos requisitos, alega que a expressão utilizada pela lei “a critério do juiz”, é condição objetiva de atuação ou não, a depender da presença dos requisitos, quando diz:

Diga-se inicialmente que agir com critério não tem nada de subjetivo. “Critério” é aquilo que serve de base de comparação, julgamento ou apreciação; é o princípio que permite distinguir o erro da verdade ou, em última instância, aquilo que permite medir o discernimento ou a prudência de quem age sob esse parâmetro.²⁷⁰
[...] Assim, na hipótese do art. 6º, VIII, do CDC, cabe ao juiz decidir pela inversão do ônus da prova se for verossímil a alegação ou hipossuficiente o consumidor. Vale dizer, deverá o magistrado determinar a inversão. E esta se dará pela decisão entre duas alternativas: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. Presente uma das duas, está o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova.²⁷¹

A alternatividade afigura-se bastante coerente, em nossa visão, isso porque, tal prova, quando presente um dos requisitos de modo alternativo, decorre em princípio do risco da atividade produtiva; do risco proveito; da noção de que, quem aufere os cômodos, suporta os incômodos e, até mesmo, em relação ao princípio da *causalidade*, pasmem, em um primeiro momento, tantos quantos lerem tais assertivas sem acurada atenção.

Causalidade sim, mas no plano fático, pois, a despeito de ter o autor consumidor dado causa à demanda, a título de exemplo, iniciando o processo de revisão de cláusulas ou indenização, a teoria da substanciação da causa de pedir²⁷² exige que o autor consumidor traga a perfeita descrição de que, antes da incoação da demanda, mas como pressuposto fático desta, está o fato que, em franca atividade produtiva, não foi o consumidor autor da demanda, mas um fornecedor quem efetivamente colocou um produto no mundo dos fatos, na cadeia de consumo

²⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima, *et al.* 2006. *cit.*, p. 183-184.

²⁷⁰ NUNES, Luis Antônio Rizzato. 2008, *cit.*, p. 773.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 774.

²⁷² Que exige a indicação exauriente da causa de pedir fática-remota, a embasar a causa de pedir jurídica-próxima, necessária aos pleitos formulados, como pressupostos das condições da ação, a exemplo da necessidade da medida, afeta ao interesse de agir, pena de extinção do feito, por hipótese.

e, no mais das vezes, com complexidades técnicas insuperáveis sem esforço hercúleo do consumidor, presumido vulnerável.

Como exemplo, imagine-se que os fatos versam sobre a incompreensão, abusividade, pretensa necessidade de revisão de cláusulas e débitos, inadimplidos, de um consumidor, que alega, para tanto, ser semi-analfabeto e assim ter anuído a contrato bancário que agrega conceitos de contabilidade, direito financeiro, empresarial, cambiário, economia e, ainda, cumula contratos comutativos, aleatórios, nominados e inominados, mútuos feneratícios, prestação de serviços e oferta de produtos, com complexos sistemas de amortização, cláusulas penais moratórias, compensatórias, resolutivas expressas e implícitas, tudo em uma única negociação ou instrumento, qual seja, um contrato de conta corrente com abertura de crédito em conta corrente, serviços de cartão de crédito e débito em conta, com cédula de crédito bancário em garantia e previsão de taxas livremente pactuadas pelo Banco segundo o mercado e, ainda, resgate automático de aplicações para cobertura de saldo devedor por vezes.

É bem verdade que, doutrinadores de voz axiomática, na doutrina, a exemplo do mestre Dinamarco²⁷³ e Tereza Arruda Alvim²⁷⁴, seguidos por jovens mestres do jaez de Alexandre Freitas Câmara²⁷⁵ e ainda Érico de Pina Cabral²⁷⁶, pregam a existência de impropriedade no texto do Art. 6º do CDC, ao prever alternativamente verossimilhança ou hipossuficiência, exigindo que efetivamente haja cumulação de alegações verossímeis (que decorram da vulnerabilidade) e insuficiência financeira, sob pena de impor ao fornecedor uma *probatio diabolica*, na expressão de Dinamarco, seja porque deverá fazer prova de algo inverossímil, ou suportar custos de prova que não se sabe se contrária ou favorável a alegações verossímeis, levantadas por consumidor que tinha condições econômicas de custear

²⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 3, *cit*, nota 7, p. 80.

²⁷⁴ Esta, quando leciona que “são exigidos cumulativamente, sem sombra de dúvida, embora a lei se sirva da disjuntiva “ou”. ALVIM, Tereza Arruda. **Noções gerais sobre processo no código de defesa do consumidor**. In: Revista de direito do consumidor, n. 10, abr./jun. 1994, São Paulo: RT. p. 256.

²⁷⁵ Quando afirma que “a inversão baseada em apenas um desses dois requisitos certamente levaria a resultados extremamente injustos”. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Tutela jurisdicional dos consumidores**. In: FARIAS, Cristiano C. de; DIDIER, Fredie Jr. Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante. Coord. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1088-1089.

²⁷⁶ Este, ao dizer em nota de n.32 de sua obra que “Embora o art. 6º, inc. VII (sic) utilize-se da partícula alternativa “ou” em relação aos requisitos da inversão do ônus da prova, defendemos que a verificação cumulativa é a melhor técnica para a aplicação da regra”. CABRAL, Érico de Pina. 2008, *cit*, p. 369.

a prova, ofendendo a já citada “paridade em armas”²⁷⁷, desta vez em desfavor do fornecedor.

Todavia, nesta posição, especificamente, ousamos discordar dos preclaros doutrinadores acima, pois, a título de exemplo, uma alegação em tese inverossímil – se tomados como pressupostos a atuação empresarial idealizada, o estado de direito, etc. – mas por vezes ocorrentes em alguns casos concretos ou negócios específicos e que demandem olhar cuidadoso no caso concreto, com base em regras, embora extraordinárias, de experiência, e que pode ser elucidada a bem do processo, por perícia que o consumidor não consiga suportar, não é incomum nas barras dos tribunais pátrios, a exemplo de débitos silenciosos e diuturnos em contas de consumidores, relativos a tarifas não pactuadas em contrato ou adendo, o que é em tese, inverossímil, se considerada a solidez e boa imagem dos bancos nacionais e multinacionais (para estes, sobretudo quanto aos modos de ação em seus países de origem) que aqui operam.

Noutro giro, nada impede que, a título, também, de exemplo, uma alegação extremamente verossímil de um consumidor pessoa jurídica, fabricante e distribuidor de peças automotivas rústicas que venha a adquirir de uma empresa de informática – até um pouco menor patrimonialmente, que o consumidor em questão, mas também suficiente financeiramente – um software para uso interno, com a finalidade de controle em tempo real de seus estoques, custos, logística, preços e clientes, e

²⁷⁷ Nota Pessoal: Em suas coerentes explicitações, o professor Dinamarco, além de indicar a insuficiência financeira como requisito para a inversão (p. 80, nota 7, acima) juntamente com a verossimilhança, ambas necessárias, aduz que o benefício da inversão do ônus da prova “aplica-se tanto às ações individuais dos consumidores quanto às coletivas promovidas por associações em relação aos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos de comunidades consumidoras (CDC, art. 81, par., incs. I-III); sendo autor o Ministério Público, todavia, por não ser ele hipossuficiente, não deve ser invertido o ônus probatório”. *Idem.*, p. 80. Nesse sentido, acreditamos ser conveniente advertir, complementar, divagar em verdade, que, assim como o juiz não representa, hodiernamente, a não fomentada figura do *peritus peritorum*, porque não é onisciente em relação às “coisas do mundo”, também não se deve sobrecarregar a figura do agente político enquanto membro do Ministério Público, com falaciosas qualidades, pena até mesmo de dificultar seu trabalho, porque, por mais competente e integrado ao assunto, via das promotorias especializadas que se verificam existentes, é humano e, por isso, falível e, em algum momento, limitado. Assim, para o caso de adoção da alternatividade dos requisitos para concessão do benefício da inversão em favor dos consumidores, em ação civil pública na qual sejam representados pelo Ministério Público e, verificada a ausência da hipossuficiência do órgão, mas se verificar patente vulnerabilidade, decorrente de deficientes informações técnicas específicas, que levam à verossimilhança da alegação da inicial, a previsão de impossibilidade de inversão, nesses casos - ações que discutam relações de consumo, promovidas pelo Ministério Público - a nosso ver, continuará correta, como asseverou o mestre Dinamarco, mas somente porque; a) ou em alguns casos, possuirá auxiliares específicos para busca das informações alheias ao direito e ao promotor responsável faltantes, a exemplo das auditorias que, em solo paranaense, em muito auxiliam os promotores em inúmeras demandas, com pareceres eficazes; b) ou então porque, preliminarmente às ações civis públicas, para fulminar a vulnerabilidade que lhes prejudicaria, são dotados pela Lei nº. 7.347 de 1985, da faculdade de um procedimento investigativo em que podem produzir provas, audiências, perícias e competentes compromissos de ajustamento de conduta com força de título executivo, qual seja, o procedimento do *Inquérito Civil*, evitando em número ou vulto, demandas relativas a direitos meta-individuais, com soluções mais rápidas e efetivas, inclusive.

que acabe por apresentar defeitos, panes e gere prejuízos de grande monta em curto período, seja contestada pela empresa fornecedora por negativa que imponha ainda que minimamente, fato implícito de afirmação e, com isso, se exija do fornecedor do software a prova da higidez de seu produto, em perícia por ele custeada, ainda que requerida pelo consumidor somente.

Lembre-se que, no último exemplo, deverá ser preliminarmente examinada a vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica que, somente se presente, levará à verossimilhança, pois, além de ambos não serem em tese hipossuficientes, em nossa visão, a presunção de vulnerabilidade, existente de regra, segundo Cláudia Lima Marques²⁷⁸, e que já nasce relativa até mesmo para os consumidores pessoas físicas, quando aplicável a consumidores “pessoa jurídica”, se relativizam ainda mais e exigem mais acurado exame e fundamentação.

Mais que isso: a doutrina que prega, conforme acima, a cumulação dos requisitos, alega que não se pode, com base exclusivamente em hipossuficiência, ser deferido “uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade” justamente pela ausência de um mínimo de verossimilhança, a exemplo das lições do ilustre professor Antônio Gidi.²⁷⁹

Com os mais devidos respeitos, não haveria no caso sequer a necessidade de o magistrado se pronunciar sobre inversão de ônus, seja no saneador ou sentença, pois, o juiz deve se pautar, para deferimento da inversão, como veremos, de forma técnica e, se a alegação não tiver um mínimo de racionalidade, de verossimilhança, com muito mais razão, lançando mão das regras básicas e suplementares no CPC previstas, o processo nem deve chegar a tal fase, devendo o magistrado utilizar-se do instituto do indeferimento liminar da inicial por inépcia (art. 295, caput, inciso I e parágrafo único, incs. I a IV, especificamente o inciso II, do CPC) ou, quando menos, da extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267, incs. I e XI), pois, dos fatos, não decorreria logicamente o pedido, ou faltaria regular causa de pedir remota e/ou próxima, ou correlação entre estas.

Assim, em relação à lucidez de idéias e fidelidade com os objetivos da lei consumerista, em nossa visão é forçoso reconhecer que, da doutrina corrente, as

²⁷⁸ MARQUES, Cláudia Lima, *et al.* 2006, *cit.* p. 145, em nota ao art. 4º.

²⁷⁹ GIDI, Antonio. **Aspectos da inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor.** In: Revista de direito do consumidor, n. 13, jan./mar. 1995. São Paulo: RT, p. 34.

vozes mais coerentes que afirmam as possibilidades de inversão legais, em relação a requisitos, momentos e forma de inversão, além da doutrina defensora da alternatividade, acima citada, são as dos mestres Marinoni e Arenhart, ao definirem a possibilidade legal de inversão do ônus da prova com base expressa no Art. 6º, VIII, do CDC, às relações de consumo, presentes seus requisitos, que na visão dos citados mestres são alternativos e aparentemente equívocos, explicitando-os, inclusive, com explicação casuística, ao dizerem que:

Frise-se que, em um caso como esse (de defeito na composição de remédio), a relação de consumo *é marcada pela violação de uma norma que objetiva a proteção ao consumidor*. O fabricante que viola essa norma *assume o risco da dificuldade de prova da causalidade*. Se a prova da causalidade é difícil, basta que o juiz chegue a uma convicção de verossimilhança para responsabilizar o réu. [...].

Essa convicção de *verossimilhança nada mais é do que a convicção derivada da redução das exigências de prova* e, assim, em princípio, *seria distinta da inversão do ônus da prova*. Mas, o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor *alude expressamente à possibilidade de inversão do ônus da prova quando a alegação for verossímil*. Na verdade, *quando esse Código mistura verossimilhança com inversão do ônus da prova, está querendo dizer que basta a verossimilhança preponderante, embora chame a técnica da verossimilhança preponderante de inversão do ônus da prova [...].*

A outra hipótese de inversão do ônus da prova na sentença decorre da chamada hipossuficiência do consumidor. Por hipossuficiência, aqui, *deve-se entender a impossibilidade de prova – ou de esclarecimento da relação de causalidade – trazida ao consumidor pela violação de uma norma que lhe dá proteção – por parte do fabricante ou do fornecedor*. A hipossuficiência importa quando há *inesclarecibilidade* da relação de causalidade e essa impossibilidade de esclarecimento foi causada pela própria violação da norma de proteção.

Melhor explicando: em determinados casos, ainda que não seja possível determinar, através de prova, que um defeito ocasionou um dano, seja porque as provas não são conclusivas, seja porque as regras de experiência não são absolutas, pode ser viável ao menos chegar a uma *convicção de verossimilhança*, a qual é legitimada em razão de que o violador da norma de proteção assumiu o risco da dúvida. Nessas situações, é possível julgar com base na *verossimilhança preponderante*, ou, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, inverter o ônus da prova na sentença com base na *verossimilhança da alegação*. Porém, quando não se pode chegar *nem mesmo à verossimilhança da alegação*, há uma situação de *inesclarecibilidade*, ou a impossibilidade de o consumidor produzir prova para esclarecer a relação de causalidade. Nessa situação, a inversão do ônus da prova deve ser feita com base em hipossuficiência, tal como compreendida no parágrafo acima.

Nessas duas hipóteses, a inversão do ônus da prova é voltada ao juiz. Não há sequer motivo para pensá-la como regra dirigida à parte,

pois em nenhum dos casos se exige prova do fabricante ou do fornecedor.

Mas, quando a prova é impossível, ou muito difícil ao consumidor, e possível ou mais fácil ao fabricante ou fornecedor, *a inversão do ônus da prova se destina a dar ao réu a oportunidade de produzir a prova que, de acordo com a regra do Art. 333, incumbiria ao autor. Agora, não se trata de inverter o ônus da prova para legitimar – na sentença – a incompletude ou a impossibilidade da prova, mas de transferir do autor ao réu o ônus de produzi-la – o que deve ser feito na audiência preliminar.*²⁸⁰

Ademais, clara, de vanguarda e coerente²⁸¹ é a citação proferida por Érico de Pina Cabral, que, consoante as lições acima, equivocidade dos conceitos aos requisitos atribuídos, muitas vezes implícitos ou conseqüentes e, atenta inclusive às modificações em vias de ocorrer, em anteprojeto de Código de Processo Coletivo, que toma por base o modelo de CPC coletivo para a Ibero-América, aduz que a melhor solução, para a relação tempo – custo – benefício – resultado do processo, em *lege ferenda*, parece ser a adotada pelo anteprojeto acima, que reflete a adoção do critério já proposto por Bentham, quando sintetiza, em sua obra, o seguinte:

Aliás, a nosso ver, a verossimilhança da alegação é um requisito lógico e poderia estar implícito, já que não há necessidade de se inverter o ônus da prova de um fato que sequer se apresenta verossímil. De modo que, para orientar a inversão do ônus da prova, basta apenas o requisito da hipossuficiência, assim como está redigido o Art. 12, § 1.º do Anteprojeto de Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América: **“o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração [...]”**

Estar-se-á, na verdade, trazendo de volta o antigo critério da oportunidade, defendido por Bentham, ainda no Séc. XIX, ao afirmar que “o ônus da prova deve ser imposto, conforme o caso concreto, à parte que o fizer com menos inconvenientes, isto é, com menos dilações, incômodos e gastos”. (grifos nossos)²⁸²

²⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, *et al.* 2008, v. 2, *cit.*, p. 277-278.

²⁸¹ Necessário registrar a ressalva, por este subscritor, de que Cabral adota a doutrina da cumulação dos requisitos para deferimento da inversão e especificamente declara que, em sua visão, a vulnerabilidade é sempre implícita e, em nossa visão, por mais que seja implícita a vulnerabilidade e, conseqüentemente, na maioria dos casos verossímeis as alegações dos consumidores, ante a alternatividade dos requisitos, posição à qual nos filiamos, há a necessidade de eventual e oportuno exame, no caso concreto e de forma acurada, de verossimilhança de alegações, ainda que tal verossimilhança não seja, em tese, deontologicamente, ocorrente ordinariamente, como regra de experiência, mas possível no caso concreto ante as deformações sistêmicas, da práxis e do padrão educacional nacional – ainda que por formalidade, conferência – conforme já se advertiu quando ousamos discordar das lições dos mestres Dinamarco, Alvim, Câmara Freitas e Cabral, neste item 2.6.2.

²⁸² “la carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la prueba aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos”. BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Trad. Manuel Osorio Florit. Granada: Comares, 2001. p. 445; Apud: CABRAL, Érico de Pina. 2008, *cit.*, nota n. 62, p. 383.

Tais lições, acima transcritas, quero crer acabem por corroborar, ao menos em parte, o pensamento da doutrina, seja a que se pautar pela cumulação ou mesmo pela alternatividade dos requisitos, mas que quer ver o sistema primário pelo Código do consumidor instituído, efetivamente consolidado, operativo, maduro, coerente, seguro e ágil, ou seja, consoantes os objetivos primordiais até mesmo do processo civil moderno, sincrético, instrumental, ágil, de resultados, como já delineado no primeiro capítulo. Oportunas as digressões de Josimar Rosa, abaixo:

Todo posicionamento consumista resulta do confronto das partes com aplicação do binômio risco / benefício, dentro de um plano de moderação capaz de gerar a eficiência e com ela a satisfação dos interesses projetados.

Inegavelmente, as evidências de praticidade por meio dos múltiplos seguimentos alcançam tanto o fornecedor como o consumidor, com plena identificação do perfil de cada um.

Promover a consolidação negocial é antes de tudo um dever para as partes envolvidas nas relações de consumo, muitas vezes diante de interesses difusos, que devem ser sistematizados dentro de um padrão lógico, ocorrência que prova a existência de uma maturidade operacional”²⁸³.

2.7 O MOMENTO DE CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS PARA DECRETAÇÃO DA INVERSÃO DO ÔNUS DE PROVA NO PROCESSO E A NECESSIDADE DE ADVERTÊNCIA ÀS PARTES, ANTERIORMENTE À SENTENÇA

Preliminarmente, não se pode deixar de registrar que, na doutrina, o assunto não é tratado de maneira uniforme e as posições são dissonantes.

Há quem entenda seja a sentença, o momento de verificação dos requisitos autorizadores da inversão, declaração e decisão, se o caso, com aplicação da regra de julgamento e, de modo diverso, há defensores de que tal decisão deve ser anunciada no processo, em seu curso, após o fim da fase postulatória e antes da instrução, para que as partes saibam das regras de comportamento a si impostas e suportem ônus e conseqüências de suas inobservâncias.

Rizzatto Nunes adverte que tal dissenso é fruto de dois nuances, quais sejam, “falta de rigorismo lógico e teleológico do sistema processual instaurado pela

²⁸³ ROSA, Josimar Santos. 1995. *cit.*, p. 48.

Lei n. 8.078 e ainda resquícios da memória privatista do regime processual civil tradicional”.²⁸⁴

O referido doutrinador aponta que, as parcelas da doutrina que entende ser a sentença o momento para verificação dos requisitos e aplicação da inversão, importam os conceitos da distribuição legal (*ope legis*) do ônus de prova, previsto no sistema tradicional do CPC (art. 333, já citado) e, assim, o juiz não precisa declarar o que a lei já declara para ciência e providências das partes. A dúvida surge porque, diferente do art. 333 do CPC, o Art. 6º, VIII, do CDC, não declara a quem incumbe ônus, nem sua inversão automática, mas de modo diverso, define requisitos e critério judicial para tanto, diferente da solução prática que o mesmo CDC apresenta no Art. 38, quando inverte o ônus de prova ao responsável pela propaganda ilegal.²⁸⁵

Nesse sentido, aponta-se, a título de exemplo, a doutrina de João Batista Lopes:

[...] somente após o encerramento da instrução é que se deverá cogitar da aplicação da regra da inversão do ônus da prova. Nem poderá o fornecedor alegar surpresa, já que o benefício da inversão está previsto expressamente no texto legal.^{286 287}

Com efeito, a única questão que nos parece uniforme, quanto ao momento da inversão é que, seja na sentença, seja em momento anterior, justamente porque a lei exige requisitos e critério judicial, a inversão não se faz de maneira automática.^{288, 289} e, sim, motivada.

Aliás, nesse sentido é clara, sintética, objetiva, incisiva, a lição de José Maria Rosa Tesheiner que, com propriedade, afirma a impossibilidade de se transferir

²⁸⁴ NUNES, Luis Antônio Rizzato. 2008, *cit*, p. 776.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 777.

²⁸⁶ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**, 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 51.

²⁸⁷ No tribunal de Justiça araucariano, a tendência inicial era, como ainda é – de forma não uníssona, já com alguns julgados em contrário – de adotar o momento de inversão do ônus, como sendo o momento da sentença, reflexo de entenderem ser a modalidade de inversão, verdadeira regra de julgamento, sendo possível sua determinação ao tempo da sentença, sem que houvesse nulidades: Nesse sentido: TJ-PR, Ac. 8319, 5ª. Câmara Cível, Rel. Des. Domingos Ramina, DJ 26.03.2002; TJ-PR, Ac. 20115, 4ª. Câmara Cível, Rel. Des. Sydney Zappa, DJ 20.03.2002; TJ-PR, Ac. 19245, 4ª. Câmara Cível, Rel. Des. Sydney Zappa, DJ 21.09.2001; TJ-PR, Ac. 7994, 6ª. Câmara Cível, Rel. Des. Jair Ramos Braga, DJ 08.11.2001. Defendia a referida posição, também, o Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira: STJ – Ac. RESP 203225/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 05.08.2002.

²⁸⁸ *Ibidem*.

²⁸⁹ Concordante com a necessidade de fundamentação, com descrição das hipóteses específicas em respeito aos arts. 93, IX, da CF/88 e 165, do CPC; CABRAL, Érico de Pina. 2008, *cit*, p. 371.

legalmente, à parte o dever de adivinhar a inversão, em sede de julgamento, do ônus da prova que deveria lhe competir:

Dizer que a parte pode prever a inversão do ônus da prova, sempre que fundada a ação em relação de consumo implica negação do caráter judicial dessa inversão. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor é expresso: a inversão ocorre a critério do juiz que, portanto, pode determiná-la ou não. Não é de se supor que a lei haja imposto à parte o ônus adicional de adivinhar o critério que o juiz ou tribunal irá adotar na sentença ou no acórdão.²⁹⁰

Dinamarco, justamente pela influência da distribuição legal do ônus de prova a que alude o CPC, acima citada por Rizzatto Nunes como um dos fatores do dissenso doutrinário, efetivamente entende ser a sentença, o momento de verificar a inversão judicial do ônus da prova, quando aduz que “inversão judicial do ônus da prova é a alteração do disposto em regras legais responsáveis pela distribuição deste, por decisão do juiz no momento de proferir a sentença de mérito. Esse é um benefício autorizado pelo Código de Defesa do Consumidor [...]”²⁹¹.

Como argumento de reforço, em relação ao dever de fundamentar a decisão de configuração ou não dos requisitos e consequente inversão do ônus, Dinamarco, que entende ser na sentença, o momento de verificação dos requisitos e aplicação da regra de julgamento, com presunção de prova inclusive, exige, de qualquer forma, o ato motivado e teleológico de decidir fundamentadamente (art. 93, IX, da CF/88) acerca da atividade de sentenciar, criticando ainda, de modo irretocável, a instituição, por parte da doutrina, do que denominam, ao invés de presunção ou verossimilhança preponderante, *ônus objetivo* da prova, examinado quando do julgamento em caso de dúvida:

Quando dá por encerrada a instrução probatória e se dispõe a julgar, o juiz desenvolve uma atividade mental composta de diversos itens, consistentes em (a) identificar o pedido e a categoria jurídico-material em que se apóia [...]; (b), identificar os pressupostos de fato do direito afirmado pelo autor, segundo as normas de direito substancial pertinentes [...]; (c) confrontar os fatos alegados com o pedido feito, para ver se em tese eles autorizam a pretensão do autor; (d) verificar a ocorrência dos fatos (Micheli). É nesse momento que a regra de julgamento pode ter relevância para o juiz, o que acontecerá se ainda permanecer em dúvida quanto à ocorrência dos fatos alegados.

²⁹⁰ TESHEINER, José Maria Rosa. **Sobre o ônus da prova**. In: Estudos em homenagem a Egas Dirceu Moniz de Aragão. Disponível em: www.tex.pro.br, acesso em 25/08/2008.

²⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 3, *cit*, p.79.

A doutrina brasileira tradicional, por influência de processualistas austríacos, refere-se a essa regra de julgamento como ônus objetivo da prova, em oposição ao ônus subjetivo, que recai sobre as partes. Mas é conceitualmente concebível algum ônus que seja objetivo e não subjetivo? ²⁹²

Após os estudos e advertências acima, têm-se que, entre os que defendem como momento correto para que o juiz efetivamente promova a verificação dos requisitos e declare da possibilidade de inversão, o fim da fase postulatória e o saneador ou momentos preliminares à instrução encontram-se Rizzato Nunes²⁹³, Cabral²⁹⁴, dentre outros, além de entendimento jurisprudencial correlato²⁹⁵ e, a fundamentação que se dá é a necessidade de descrição, em decisão fundamentada, da presença ou não dos requisitos autorizadores da inversão, evitando-se a decisão de surpresa às partes, sob pena inclusive de configuração de prejuízo para a defesa do réu, sobretudo se invertido o ônus em favor do consumidor.

Assim, entendo seja o melhor momento para o exame fundamentado dos requisitos, alternativos em nossa visão, autorizadores da inversão, o momento de prolação do saneador, ou, quando menos, entre o fim da fase postulatória e o início da instrução, consoante fundamentos e parcela da doutrina e jurisprudência acima citadas e, como argumento de reforço considera de rigor frisar que, *a uma*, o CDC é norma primária, derivada da Constituição, para proteção do consumidor, com aplicação somente suplementar, do CPC clássico, como já afirmaram Rizzato Nunes e Bortowsky, citados no presente trabalho e, *a duas*, as regras de distribuição legal do ônus de prova no processo civil clássico, que suplementam o CDC somente, datam de 1973, vigência do atual CPC e, lembra-se que a Constituição de 1988 traz como direitos individuais do cidadão, o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, sendo de bom tom o cumprimento de tais preceitos, evitando-se decisões de terceira via, ou surpresa, às

²⁹² Ibidem, p 83.

²⁹³ NUNES, Luis Antônio Rizzato. 2008, *cit*, p. 778.

²⁹⁴ “Na última hipótese, do art. 6º, inc. VIII, a inversão é *ope judicis*, e ocorre por determinação do juiz, no momento processual anterior à fase instrutória [...] Assim, se as alegações forem consideradas verossímeis, abre-se, em seguida, a fase de instrução processual para que a outra parte possa demonstrar o contrário”. CABRAL, Érico de Pina. 2008, *cit*, p. 366.

²⁹⁵ Jurisprudência oriunda da 4ª Câmara de Direito Público do TJ-SP, que decidiu que “o deferimento da inversão do ônus da prova deverá ocorrer entre o ajuizamento da demanda e o despacho saneador, sob pena de se configurar prejuízo para a defesa do réu” – AI 14.305-5/8, rel. Des. José Geraldo de Jacobina Rabello, j. 5-9-1996. Apud: WATANABE, KAZUO. **Da defesa do consumidor em juízo. capítulo I. disposições gerais.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* 2007. *cit*, p.815-816.

partes, até mesmo pelo princípio da transparência e em momento que possam se insurgir contra a decisão.

Aliás, ao menos quanto ao dever de informar as partes, sobre os ônus que lhes caem, especificamente, no processo, a doutrina tem voz também convergente, a exemplo de Dinamarco, quando afirma que “é dever do juiz, na audiência preliminar (art. 331) informar as partes os ônus que cada uma tem e adverti-las das consequências de eventual omissão – porque uma das tarefas a realizar nessa oportunidade é a *organização da prova* [...]”^{296 297}, ou ainda Kazuo Watanabe, que, a despeito de discordar do entendimento doutrinário e jurisprudencial segundo o qual inexoravelmente, entre o despacho inicial e o saneador é que deve ser decidida a questão da inversão do ônus e comunicada às partes, até mesmo sob pena de prejudgamento da questão de mérito, notadamente nos casos em que se aplicarão as teses de *verossimilhança preponderante*, presunção de existência de prova ante situações de “inesclarecibilidade” ou *ofensa ao ônus objetivo* (sic), sintetiza, com a objetividade, sapiência, visão de futuro e bom senso que fizeram do aludido doutrinador um ícone nos estudos do processo civil brasileiro, com os seguintes argumentos, tal dever de informação:

É, todavia, medida de boa política judiciária, na linha evolutiva do processo civil moderno, que confere ao juiz até mesmo atribuições assistenciais, e na conformidade da sugestão de Cecília Matos, que, no despacho saneador ou em outro momento que preceda a fase instrutória da causa, o magistrado deixe advertido às partes que a regra de inversão do ônus da prova poderá, eventualmente, ser aplicada no momento do julgamento final da ação. Com semelhante providência, ficará definitivamente afastada a possibilidade de alegação de cerceamento de defesa.²⁹⁸

²⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 3, *cit*, p 83.

²⁹⁷ Aliás, sobre a necessidade de advertência quando da deliberação sobre prova, há julgamento do TJ-SP, no qual figurou como relator o professor e desembargador **Antônio Carlos Marcato**, cuja ementa é a seguinte: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - Inteligência do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Considerando que as partes não podem ser surpreendidas, ao final, com um provimento desfavorável decorrente da inexistência ou da insuficiência da prova que, por força da inversão determinada na sentença, estaria a seu cargo, parece mais justa e condizente com as garantias do devido processo legal **a orientação segundo a qual o juiz deva, ao avaliar a necessidade de provas e deferir a produção daquelas que entenda pertinentes, explicitar quais serão objeto de inversão** (Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 121.979-4 - Itápolis - 6ª Câmara de Direito Privado - Relator: Antonio Carlos Marcato - 07.10.99 - V. U.) (Destacamos)

²⁹⁸ WATANABE, KAZUO, *cit*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* 2007. *cit*, p. 816.

2.8 AS MODALIDADES DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A inversão do ônus da prova, de modo judicial, prevista no CDC, como se vê nas razões já expostas, é tema ainda tormentoso, mesmo depois de aproximados 20 anos de vigência do estatuto e implica, a depender das teorias que se adotem a respeito do instituto da inversão, diferenças conceituais, práticas e mesmo quanto às conseqüências para as partes e para o processo.

De modo uníssono, acredito que possamos elencar somente os seguintes entendimentos sobre a inversão, tal como prevista no art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90:

a) é declarada por decisão judicial – seja antes da fase instrutória ou em sentença – e mediante critério fundamentado quanto à presença de requisitos legais que a vinculam, se presentes – seja adotada a alternatividade ou cumulação destes;

b) só pode se dar em benefício do consumidor;

c) deve haver advertência às partes – seja por política processual ou por dever atinente às deliberações sobre prova – visando a evitar decisões de surpresa, terceira via, enfim, prejuízos ao contraditório e ampla defesa e;

d) em determinadas hipóteses, efetivamente levará o magistrado a decidir por presunções - verossimilhanças preponderantes, considerando nos autos existente o fato com prova presumida, se as alegações do consumidor forem verossímeis e impossível a prova no plano fático e, de modo diverso, em outras hipóteses efetivamente transferirá o ônus de prova ao fornecedor, quando possível de ser produzida prova, de modo mais fácil, por este, todavia, cabe, aqui, a pergunta: *Oportunizando-lhe a prova, como faculdade e advertindo-o das conseqüências da omissão, entre elas, a presunção que evita o non liquet, sem que lhe seja imposto o dever de real produção da prova com inversão dos incisos do art. 333 do CPC, ou efetivamente transferindo todos os ônus para a efetiva produção desta?* (grifos nossos)

Eis as diferentes concepções quanto à inversão adotada como regra de procedimento, ou como regra de julgamento.

Adotadas as seguintes premissas e o questionamento acima, vamos a elas.

2.8.1 A Inversão do *Ônus Probandi* como Regra de Julgamento e o Art. 333 do CPC

Como já se afirmou acima, quando do estudo do momento de declaração da inversão, externamos as lições de Rizzatto Nunes²⁹⁹, no sentido de que a parcela doutrinária que entende ser o momento da sentença, a possibilidade de declaração de inversão, pauta-se no diálogo paritário e bases clássicas impostas, pelo CPC (art. 333) ao CDC, na hipótese da inversão judicial (art. 6.º, VIII, diferente do Art. 38, a título de exemplo).

Verificou-se no presente trabalho também, que Dinamarco assim apontava, quando definia a inversão judicial como regra a se aplicar no momento de julgamento, permitida pelo CDC ante a “hipossuficiência organizacional” do consumidor³⁰⁰.

E leciona, explicitando a razão básica de ser a regra de julgamento a possibilidade de verificação do ônus, quando afirma:

Subjacente ao conceito do ônus da prova e às normas sobre sua distribuição, está uma importantíssima regra de julgamento, não escrita mas inerente e vital ao sistema, segundo a qual toda alegação não comprovada deve ser tomada por contrária á realidade dos fatos – ou, por outras palavras, *fato não provado é fato inexistente*. O problema sequer existe, quando a prova convence o juiz do acerto ou do erro de uma alegação (veracidade ou inveracidade), porque nessas hipóteses ele simplesmente decidirá segundo sua convicção e não há por que pensar no ônus da prova ou saber sobre qual das partes ele recaía. *Fato provado é fato existente* e o juiz julga segundo ele. [...]

Não quer a lei que, diante de alguma dificuldade em descobrir a verdade dos fatos, o juiz *prescinda* de decidir, pronunciando um *non liquet* e com isso negando a tutela jurisdicional (supra, n. 510); por isso, *opta por insistir* em dar alguma solução à dúvida e à causa. Essa insistência, que poderia ser feita de outras maneiras, no direito brasileiro vigente consiste em dar sempre por inexistentes os fatos não comprovados e apoiar nessa premissa os julgamentos a serem feitos: *allegatio et non probatio quasi non allegatio* (Cintra-Grinover-Dinamarco)^{301 302}

²⁹⁹ NUNES, Luis Antônio Rizzatto. 2008, *cit*, p. 776.

³⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 3, *cit*, p. 79.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 82-83.

³⁰² Como dito, por Rizzatto Nunes, visão a que nos reportamos, para tal afirmação é preciso considerar de qualquer modo, válida a regra de distribuição legal do ônus prevista no art. 333 do CPC, co-aplicável àquela do art. 6º da lei consumerista.

Na doutrina, Dinamarco encontra autorizadas vozes que lhe fazem coro, afirmando ser a regra da inversão do art. 6.º VIII, do CDC, regra de juízo – julgamento, conforme seguem a título de exemplo, João Batista Lopes:

[...] é orientação assente na doutrina que o ônus da prova constitui regra de julgamento e, como tal, se reveste de relevância apenas no momento da sentença, quando não houver prova do fato ou for ela insuficiente. [...] ³⁰³

Também, Cecília Matos, citada por Filomeno, nos comentários a respeito do CDC e, na mesma obra, também, por Watanabe, defende, consoante as lições de Dinamarco, a aplicação da inversão como regra de julgamento:

O fornecedor pode realizar todo e qualquer tipo de prova, dentre aquelas permitidas em lei, durante a instrução para afastar a pretensão do consumidor. Se o demandado, fiando-se na suposição de que o juiz não inverterá as regras do ônus da prova em favor do demandante, é surpreendido com uma sentença desfavorável, deve creditar o seu insucesso mais a um excesso de otimismo do que a hipotética desobediência ao princípio da ampla defesa. ³⁰⁴

Ademais, não se afigura de todo incorreto dizer que das lições de Benjamin, Marques e Bessa, se vislumbra a adoção, ou ao menos a explicação do conceito de “direito à inversão como regra de julgamento”, seja porque aduzem os autores não estar tal direito “desenvolvido na parte processual do CDC”, estando previsto na parte de direito material e exigindo-se que os advogados fundamentem seus pleitos nesse sentido, com tais disposições e princípios, seja porque aduzem a inexorável necessidade de “determinação do juiz”. ³⁰⁵

2.8.2 A APLICABILIDADE DA INVERSÃO SE ADOTADA COMO REGRA DE JULGAMENTO – CONSEQÜÊNCIAS

Admitida a hipótese de aplicação do instituto da inversão, como regra de juízo, ou julgamento, no momento da sentença, insta verificar a forma como se aplica o instituto e quais as conseqüências às partes.

³⁰³ LOPES, João Batista. 2002, *cit*, p. 51.

³⁰⁴ MATOS, Cecília. **O ônus da prova no cdc**. In: Revista Justitia, São Paulo: abril/junho, 1995. *passim*.

³⁰⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. p. 61.

Nessa esteira, sintetiza Dinamarco, afirmando que, quando o juiz decide, com base no CDC, por inverter o ônus da prova, advertindo as partes no momento oportuno, a efetiva inversão se dá em julgamento, na sentença, quando diz:

[...] a efetiva inversão só acontecerá no momento de julgar a causa, pois antes ainda não se conhecem os resultados mais conclusivos ou menos conclusivos a que a instrução probatória conduzirá; a própria verossimilhança das alegações do consumidor, eventualmente sentida pelo juiz em algum momento inicial do procedimento, poderá ficar prejudicada em face das provas que vierem a ser produzidas e alegações levantadas pelo adversário.³⁰⁶

Com os devidos respeitos à sólida posição aqui externada, a lição é irretocável quando a possibilidade de prova no plano fático, não se verifica, evitando-se, assim, o *non liquet*. Todavia, decidindo o juiz por inverter o ônus de produção de uma determinada prova que seja possível de se realizar nos autos, a exemplo de uma prova pericial contábil, ainda no saneador e, assumindo como norma primária a possibilidade judicial aberta pelo art. 6º, VIII, do CDC, aplicando-se de modo efetivo a inversão como regra de procedimento, tal decisão não se anteciparia sobre provas ou verossimilhanças e, conseqüentemente, não afetaria o livre convencimento motivado no momento de julgar.

Explica-se: Acreditamos que, na casuística acima o livre convencimento motivado e a higidez do julgado não estariam prejudicados, pois, ainda que a prova tivesse sido produzida pelo fornecedor, ou custeada por este, uma vez “adquirida pelo processo”, no interesse do litígio (ante os princípios da aquisição da prova, ou comunhão da prova, segundo os quais a prova que o processo recebe, adquire, pode ser usada ainda que em desfavor de quem a produziu, sobretudo porque o destinatário é o juiz), poderia o magistrado dispensá-la quando da decisão, de modo fundamentado, ante o princípio do livre convencimento, ou persuasão racional e, ao decidir a sucumbência, inclusive poderia determinar quem deva **reembolsá-la**. Ou não ? (destacamos)³⁰⁷

³⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 3, *cit*, p. 84.

³⁰⁷ Ainda em reforço à nota supra, interessantes as lições a respeito do princípio da aquisição (ou comunhão) da prova, bem expressas em julgado da lavra do eminente doutrinador e Ministro aposentado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, **Sálvio De Figueiredo Teixeira**: “Ao juiz, frente à moderna sistemática processual, incumbe analisar o conjunto probatório em sua globalidade, sem perquirir a quem competiria o *onus probandi*. Constando dos autos a prova, ainda que desfavorável a quem a tenha produzido, é dever do julgador tomá-la em consideração na formação de seu convencimento”. STJ - 4ª Turma, Recurso Especial 11.468-0 – RS, relator Ministro Sálvio de Figueiredo, julgado em 01/04/1992, não conheceram, votação unânime, DJU 11/05/1992, página 6.437. (grifos nossos)

Feitas as considerações acima e, dando continuidade ao presente trabalho, em relação à modalidade referida e conseqüências para os casos de sua adoção, José Luiz Ragazzi, Raquel Schlommer Honesko e Vitor Hugo Nicastro Honesko³⁰⁸, em seu código comentado, explicam a forma de aplicação da inversão do ônus de prova como regra de julgamento, aduzindo que “dessa forma, no caso da ausência de provas suficientes para a formação da convicção do magistrado, deve ele aplicar as regras do ônus da prova para julgamento, em benefício do consumidor”.

Corroboram os pensamentos acima, as lições do idealizador do anteprojeto Kazuo Watanabe, para quem a regra é de julgamento e o momento de verificação se dá na sentença, pois, conforme leciona:

[...] é que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo, e orientam o juiz quando há um *non liquet*, em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. Constituem, por igual, uma indicação às partes quanto à atividade probatória. **Com o juízo de verossimilhança, decorrente da aplicação das regras ordinárias de experiência, deixa de existir o *non liquet* (considera-se afirmado o fato afirmado pelo consumidor)** e, conseqüentemente, motivo algum há para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova”. (grifos nossos)³⁰⁹

Assim, a regra de julgamento não afasta, na visão de seus defensores, os deveres legais de ônus previstos no processo civil clássico (art. 333, CPC), que servem de advertência às partes para que façam o máximo dentro de suas possibilidades durante as fases postulatórias e de instrução, pena de julgamento, ainda que por presunção - verossimilhança preponderante e, conseqüente consideração de validade de prova, em favor do consumidor, mesmo se esta resultar inexistente nos autos, evitando-se, assim, o *non liquet* e como pena pela inércia, quando permanece imóvel a parte que poderia promovê-la.

Valiosa a lição dos mestres Marinoni e Arenhart, que, em nossa interpretação reconhece a possibilidade de aplicação da inversão como regra de juízo, ou julgamento, ou, como queiram alguns, ante o “ônus objetivo” (sic) – cujas críticas a tal conceito, produzidas por Dinamarco, já trouxemos alhures – todavia, somente quando há impossibilidade fática, situação de “inesclarecibilidade” do fato verossímil, em favor do consumidor e que, contra o fornecedor deva pesar, por

³⁰⁸ RAGAZZI, José Luiz; HONESKO, Raquel Schlommer e; HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. **Código de defesa do consumidor comentado**. 1 ed. São Paulo: Editora Verbatin, 2010. p. 99.

³⁰⁹ WATANABE, KAZUO, *cit.* In: GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* 2007. *cit.*, p. 814-815.

presunção de ocorrência, constituição (na sentença), quando lecionam, conforme abaixo:

Ademais, há casos em que a prova é impossível, ou muito difícil, para ambas as partes, *mas a impossibilidade de esclarecimento do fato constitutivo deve pesar sobre o réu, quando a inversão do ônus da prova deve ocorrer na sentença.*³¹⁰

2.8.3 A Inversão do Ônus Probandi como Regra de Procedimento - Consequências

A inversão do ônus da prova, se adotada como regra de procedimento, exige, além de sua advertência às partes antes do início da instrução, a efetiva redistribuição do ônus de produção da prova especificamente (a título de exemplo: dever de apresentação de testemunhas, informações técnicas, projetos, concepções, fórmulas, amostras, cópias ou originais de pactos, extratos, balancetes, livros, registros de manutenção, administração de produtos e serviços, etc.), ou de custeio desta, quando se tratar de prova técnica, produzida por terceiro nomeado pelo juiz (*expert*), seja a prova requerida nos autos somente pelo consumidor autor, por ambas as partes, ou quando *ex officio* determinada pelo juiz dentro das possibilidades do art. 130 do CPC, uma vez que a inversão, adotada como regra de procedimento, excepciona não só o art. 333 do CPC, já discutido, mas também o art. 33 do mesmo *códex*, segundo o qual, normalmente, o ônus de custeio, de produção, vale dizer, econômico, recaem sobre autor, *in verbis*:

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

Parágrafo único - O juiz poderá determinar que a parte responsável pelo pagamento dos honorários do perito deposite em juízo o valor correspondente a essa remuneração. O numerário, recolhido em depósito bancário à ordem do juízo e com correção monetária, será entregue ao perito após a apresentação do laudo, facultada a sua liberação parcial, quando necessária.

Observa-se que, sendo necessária a prova técnica e, tendo sido ela requerida exclusivamente pelo fornecedor, o ônus, sem mais digressões,

³¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, *et al.* 2008, v. 2, *cit.*, p. 275.

exclusivamente a este, incumbirá, agora sim, por aplicação subsidiária, complementar, das regras do art. 33 do CPC.

Para melhor entendimento da questão afeta à inversão como regra de procedimento, Rizzato Nunes nos aponta exemplo, justamente desenvolvido quanto à necessidade de prova técnica, quando há necessidade, na visão do referido doutrinador, de inversão também do ônus econômico (vale dizer, de custeio) da prova. Vamos a ele:

Se ficasse para a sentença a resolução e se o juiz decidisse que não havia nem verossimilhança nem hipossuficiência do consumidor e que este, portanto, teria de ter produzido prova pericial e não o fez porque não tinha dinheiro para adiantar os honorários provisórios do perito, estaríamos diante de um absurdo.

Esse outro fato corrobora nosso entendimento no sentido de que a inversão deve ser decidida até ou no saneador, com o seguinte acréscimo: sendo invertido o ônus da prova, quem deve arcar com o custo do adiantamento das despesas, por exemplo, relativas à perícia? Qual parte deve arcar com o adiantamento dos honorários do perito judicial?

Ora, a resposta salta aos olhos: se o sistema legal protecionista cria norma que obriga à inversão do ônus da prova, como é que se poderia determinar que o consumidor pagasse as despesas ou honorários?

Uma vez determinada à inversão, o ônus econômico da produção da prova tem de ser da parte sobre a qual recai ônus processual. Caso contrário, estar-se-ia dando com uma mão e tirando com a outra.

Se a norma prevê que o ônus da prova pode ser invertido, então automaticamente vai junto para a outra parte a obrigação de proporcionar os meios para sua produção, sob pena de – obviamente – arcar com o ônus de sua não produção.

Se assim não fosse, instaurar-se-ia uma incrível contradição: o ônus da prova seria do réu, e o ônus econômico seria do autor (consumidor). Como este não tem poder econômico, não poderia produzir a prova. Nesse caso, sobre qual parte recairia o ônus da não-produção da prova?

Anote-se, em acréscimo, que, em matéria de perícia técnica, o grande ônus é econômico, relativo ao pagamento de honorários e despesas do perito e do assistente técnico.³¹¹

Reforçando as lições acima, seja acerca do posicionamento doutrinário quanto ao momento de inversão, antes da fase de instrução e, especificamente, à modalidade de inversão como regra de procedimento, Carlos Roberto Barbosa Moreira afirma ser a instrução, o momento de inversão do ônus da prova, com

³¹¹ NUNES, Luis Antônio Rizzato. 2008, *cit*, p. 778-779.

necessidade de ciência às partes, quando leciona que, se fizesse o juiz, de modo diverso:

Ao mesmo tempo em que estivesse invertendo o ônus da prova, o juiz estaria julgando, sem dar ao fornecedor a chance de apresentar novos elementos de convicção, com os quais pudesse cumprir aquele encargo.

Complementa ainda suas lições, indicando a possibilidade de inversão do ônus de prova como regra de procedimento, ao menos em nossa visão, quando afirma:

[...] a inversão, se ordenada na sentença, representará, quanto ao fornecedor, não só a mudança da regra geral até ali vigente, naquele processo, como também algo que comprometerá sua defesa, **porquanto, se lhe foi transferido um ônus – que para ele não existia antes da adoção da medida -, obviamente deve o órgão jurisdicional assegurar-lhe a efetiva oportunidade de dele se desincumbir.**³¹² (grifos nossos)

Nesse sentido, ainda, as lições do mestre Antonio Gidi, que entende ser a regra de inversão do ônus da prova, efetiva regra de comportamento, procedimento, atividade, ao afirmar que "se o ônus da prova é uma regra do juízo, já não se pode dizer o mesmo da norma que prevê a sua inversão, que é eminentemente uma regra de atividade".³¹³

A posição acima conta com nossa corroboração, desde que possível de ser produzida, a prova, no plano fático.

Isso porque a solução parece estar, mais uma vez, coerentemente, nas mãos da doutrina de Marinoni e Arenhart, que consideram corretas as ilações e fundamentações de transferência de ônus de produção, a exemplo de Rizzatto Nunes, todavia, ao afirmarem a possível e louvável aplicação da inversão como regra de procedimento, quando possível, no plano fático, a prova.

Sintetizam, pois, novamente, de modo magistral, ao aduzirem que, quando a inversão do ônus de prova se dá quanto a fatos possíveis de serem verificados, com prova difícil ao consumidor e mais fácil ao fornecedor, tal inversão deve se dar em audiência preliminar e transferir-se, efetivamente, o ônus de produção da prova,

³¹² MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor.** In: Revista de direito do consumidor, n. 22, abril-junho, 1997, São Paulo: RT. passim.

³¹³ GIDI, Antonio. 1995, *cit*, p. 587.

ainda que econômico, de custeio, ao fornecedor. Nesse sentido as lições dos processualistas araucarianos:

Ao lado disso, há situações em que ao autor é impossível, ou muito difícil, a produção da prova do fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou mais fácil, a demonstração da sua inexistência, o que justifica a inversão do ônus da prova na audiência preliminar. [...]

[...] quando a prova é impossível, ou muito difícil ao consumidor, e possível ou mais fácil ao fabricante ou fornecedor, a inversão do ônus da prova se destina a dar ao réu a oportunidade de produzir a prova que, de acordo com a regra do Art. 333, incumbiria ao autor. Agora, não se trata de inverter o ônus da prova para legitimar – na sentença – a incompletude ou a impossibilidade da prova, mas de transferir do autor ao réu o ônus de produzi-la – o que deve ser feito na audiência preliminar.³¹⁴

Irretocável, pois, tal possibilidade, ante as claras prescrições do art. 6.º, VIII, da Lei 8.078, que inova no ordenamento, porque decorre de política internacional, adotada como direito individual em nossa Constituição e, dela deriva diretamente, como já apontou Rizzatto Nunes, antes citado.

De qualquer forma, como bem advertem Ragazzi, Honesko e Honesko, em obra recente, publicada em 2010, a referida discussão, ao menos em sede jurisprudencial, está longe de terminar, pois duas são as Turmas do STJ competentes para decidir questões desta natureza (Terceira e Quarta - competência para o julgamento de questões de direito privado) e, as duas turmas divergem, entendendo a Terceira Turma, com votos vencidos dentro de sua composição, de que se trata de regra de julgamento (v.g., REsp 422778/SP, j. 19.6.07) e, de modo diverso, a Quarta Turma entende que a decisão que inverte o ônus da prova em tais relações deve ser proferida antes do fim da instrução processual e o juiz deve avaliar a necessidade de eventuais provas e deferi-las (v.g., REsp 881651/BA, j. 21.5.07).³¹⁵

³¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, *et al.* 2008, v. 2, *cit.*, p. 277-278.

³¹⁵ RAGAZZI, José Luiz, *et al.* 2010. *cit.*, p. 102-103.

2.9 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA – INVERSÃO LEGAL (OPE LEGIS) EM CASO DE VÍCIO OU FATO (DANOSO) DO PRODUTO OU SERVIÇO

Diferente da inversão do ônus da prova, prevista como possibilidade judicial fundamentada no art. 6º do CDC, para todos os processos em que se discutam relações de consumo, há, sim, no estatuto consumerista, previsão de inversão legal do ônus de prova, em favor do consumidor, em caso de configuração de vícios aos produtos e serviços, ou ainda, fatos danosos ocasionados justamente por tais vícios. É o que se denomina responsabilização objetiva, e acordo com a teoria do risco da atividade.

Nessa esteira, explicita Cavalieri, de acordo com uníssona doutrina afeta ao direito do consumidor, a distinção básica entre **vício do produto ou serviço e fato do produto ou serviço** (grifamos). Assim aduz que:

A palavra-chave nesse ponto é *defeito*. Ambos decorrem de um defeito do produto ou do serviço, só que no *fato do produto* ou do serviço o defeito é tão grave que provoca um acidente que atinge o consumidor, causando-lhe dano material ou moral.³¹⁶

E assim, após discorrer sobre a solidariedade, responsabilizações, teoria adotada e ainda sobre as excludentes de responsabilidade do fornecedor para discussões sobre vício ou fato do produto e do serviço, geradores de dano, exclusões estas expressas no § 3º do art. 12 e ainda § 3º do art. 14, do CDC, justamente porque o risco na lei admitido é o risco inerente à atividade produtiva e, não, integral, Cavalieri afirma que há diferenças entre as modalidades de inversão do ônus da prova expressas no CDC, quando diz:

Essa inversão do ônus da prova – cumpre ressaltar- não é igual àquela que está prevista no art. 6º, VIII. Aqui, a inversão é *ope legis*, isto é, por força de lei; ao passo que ali a inversão é *ope iudicis*, que, a critério do juiz, poderá ser feita quando a alegação for verossímil ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. Carlos Roberto Barbosa Moreira, em suas “Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor”, coloca a questão com maestria: “permite a lei que se atribua ao consumidor a vantagem processual, consubstanciada na dispensa do ônus da prova de determinado fato, o qual, sem a inversão, lhe tocaria demonstrar, à luz das disposições do processo civil comum; e se, de um lado, a inversão exime o consumidor

³¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2010, *cit.*, p. 488.

daquele ônus, de outro, transfere ao fornecedor o encargo de provar que o fato – apenas afirmado, mas não provado pelo consumidor – não aconteceu. Portanto, no tocante ao consumidor, a inversão representa a isenção de um ônus; quanto à parte contrária, a criação de novo ônus probatório, que se *acrescenta* aos demais, existentes desde o início do processo e oriundos do art. 333 do Código de Processo Civil” (in *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*, Forense, 1997, p. 124).³¹⁷

Assim, após indicação dos postulados da doutrina sobre o ônus da prova, sua inversão possível no CDC, para a hipótese do presente trabalho, judicial (ope iudicis), sem se descurar da possibilidade de previsão de inversão legal de ônus em caso de vício ou dano causado por fatos dos serviços e produtos, passa-se ao exame da aplicabilidade do CDC às instituições financeiras e suas nuances nos processos contra tais instituições.

Todavia, sem que se queira polemizar e, ciente de que tal questionamento exorbita aos fins do presente trabalho, formula-se aqui, até mesmo a título de questionamento, a seguinte indagação: tal previsão (ope legis) não resolveria, ao menos em preliminar análise, a responsabilização de tais instituições sempre que, dentre pleitos cumulados, com indícios bastantes para sua consideração e continuidade do processo, houvesse a argüição verossímil por parte do consumidor de vício de informação e/ou de legalidade, aos negócios jurídicos entre as partes formulados (atos jurídicos que são), sobretudo quando gerassem dano material ou moral, dentre os quais, pleitos relativos à obrigação de indenizar, devolver quantias indevidamente recebidas, nominais ou com consideração da dobra legal, obrigações de não fazer? Isso, sem prejuízo de outros questionamentos, a serem dirimidos em estudos futuros, oportunos.

³¹⁷ Ibidem., p. 505-506.

CAPITULO III

A TRANSFERÊNCIA DO DEVER DE PROVA E SUAS CONSEQÜÊNCIAS PARA OS PROCEDIMENTOS DE DISCUSSÃO DE CONTRATOS CONTRA INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

3.1 A APLICABILIDADE DO CDC ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Para que possamos dar início ao estudo do tema, de forma segura, em relação às possíveis aplicações do CDC e seus institutos, sobretudo inversão do ônus da prova, em procedimentos afetos a contratos em que figurem em um dos pólos, consumidores e, em outro, instituições financeiras e ou equiparadas, preliminarmente insta buscar definição segura do que sejam elas.

Por mais que possa haver, na doutrina afeta aos estudos de relações econômicas ou mesmo direito financeiro, definição doutrinária preferiu, como opção ao presente trabalho, a definição legal, teleologicamente interpretada.

Nesse sentido, a lei que institui o sistema financeiro nacional, *in verbis*:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

§ 1º Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta lei no que forem aplicáveis, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados

financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.³¹⁸

Assim, não é incorreto considerar que, todas as pessoas físicas e jurídicas que promovam captação, intermediação e administração de recursos próprios e de terceiros, mediante remuneração ou para aquisição de bens, com aplicação, no Brasil ou exterior, bem como aquelas que atuem no fomento da atividade produtiva e mercantil, com oferta de crédito, assunção de riscos, venda e compra de valores mobiliários, atuem regularmente em sorteios de bens e valores, capitalização e previdência privada, justamente por exercerem atividade empresarial de oferta de produtos e/ou serviços de interesse e regulação do sistema financeiro nacional, são consideradas, em interpretação literal, teleológica e mesmo sociais (art. 5º, da LICC), instituições financeiras, em nossa visão.

Mais: são caracterizadas, na forma do art. 3.º, da Lei n. 8.078 (CDC), fornecedores, pois, dentro da concepção ampla que exige somente a atividade empresarial, para configuração da condição de fornecedor, assim o são, notadamente porque o parágrafo 2º do referido artigo, literal e expressamente, assim o declara, *in verbis*:

Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º - Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, **inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária**, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (sem grifos no original)

A doutrina, em confirmação da lei, a exemplo de Sérgio Cavalieri Filho, dentre outros, há muito é assente quanto à possibilidade de enquadramento das instituições financeiras e equiparadas ao CDC, na condição de fornecedoras, sobretudo pelo papel de fomento econômico que realizam e demandam, nas mais variadas searas que figurem, fiscalização estatal, a exemplo do dirigismo contratual

³¹⁸ Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964 – disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L4595.htm>, acesso em 27/02/2010.

em relação a seus contratos, regimes de segurança compulsória de sua solvência e liquidação extrajudicial, subsunção consultiva e regulamentar a Autarquias, a exemplo do BACEN, etc.

Afirma, nesse sentido, Cavalieri:

Os bancos, em nosso país, tal como ocorre na generalidade dos países desenvolvidos, exercem relevante função na mobilização do crédito em benefício do desenvolvimento econômico. Modernamente, não mais se limitam a receber, em depósito, capitais de terceiros e conceder empréstimos. Com o objetivo de atrair clientela, prestam relevantes serviços à coletividade em áreas que transbordam da atividade bancária específica, fazendo o pagamento de salários a milhões de servidores públicos, empregados e aposentados; recebimentos de impostos, contas de luz, gás, telefone e outros serviços públicos, sem se falar no incentivo e apoio que representam para a indústria, o comércio, a agricultura e a pecuária. [...]

O código do consumidor, em seu art. 3º, § 2º, incluiu expressamente a atividade bancária no conceito de serviço. Desde então, não resta a menor dúvida de que a responsabilidade contratual do banco é objetiva, nos termos do art. 14 do mesmo Código. Responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados a seus clientes por defeitos decorrentes dos serviços que lhes presta.³¹⁹

Aliás, oportuno indicar, aqui, lição de Josimar Rosa, ao afirmar, em relação a políticas de consumo, a necessidade de efetivo controle estatal:

Toda credibilidade na aplicação de uma política consumista faz por requerer a existência de mecanismos de controle que sejam hábeis e inspirem confiança³²⁰.

É bem verdade que, nestes aproximados 20 anos de vigência da lei, tais instituições de tudo fizeram, em termos processuais, para se verem excluídas das regras do CDC, sem sucesso.

Isso porque há inclusive entendimento sumulado em enunciado de n.º 297, do Superior Tribunal de Justiça, guardião da aplicação esmerada da legislação federal em âmbito nacional, nos termos da constituição. É pois, o CDC, aplicável a quaisquer instituições financeiras, inclusive equiparadas. Veja-se:

³¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2010, *cit.*, p. 416-417.

³²⁰ ROSA, Josimar Santos. 1995. *cit.*, p. 49.

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.³²¹

Não bastasse a posição do Tribunal Superior incumbido de ser o guardião da regular aplicação da legislação federal, as instituições financeiras, devidamente arregimentadas e representadas e, invocando os preceitos constitucionais que informam a criação do CDC, a possibilidade decorrente do estado de direito de invocar todas as instâncias judiciais ordinárias e superiores, ajuizaram Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do Supremo Tribunal Federal, visando entendimento vinculante que os excluísse das disposições excepcionais da lei consumerista.

Após anos de tramitação, julgamento e ajuizamento de embargos de declaração, a decisão da corte máxima, inclusive com alteração da ementa em Embargos de declaração conhecidos e providos, ajuizado pela Procuradoria Geral da República, colocou verdadeira “pá de cal” à questão, fazendo incidir o CDC a tais instituições, em acórdão do ano de 2006, em que figurou como relator o Ministro Eros Grau³²².

³²¹ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>, acesso em 01/03/2010, 18h05min.

³²² EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL LIMITADA ÀS PARTES. NÃO CABIMENTO DE RECURSO INTERPOSTO POR AMICI CURIAE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA CONHECIDOS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. ALTERAÇÃO DA EMENTA DO JULGADO. RESTRIÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de amici curiae. 2. Entidades que participam na qualidade de amicus curiae dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que apóiem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. 3. Não conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo BRASILCON e pelo IDEC. 4. Embargos opostos pelo Procurador Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: ART. 3º, § 2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente. (ADI 2591 ED, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/2006, DJ 13-04-2007 PP-00083 EMENT VOL-02271-01 PP-00055) Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADIED%202591%20DF%20&base=Acordaos> - acesso em 01/03/10 – 19h47min

3.2 A IMPRESCINDÍVEL NECESSIDADE DE PROVA TÉCNICA NOS PROCEDIMENTOS AFETOS A DIREITO BANCÁRIO - FINANCEIRO

Antes de passarmos ao desenvolvimento do presente capítulo, cabe antes, aqui, um esclarecimento, sobretudo, dentre os vários prismas aplicados ao trabalho, quanto à ótica social que se objetiva impor a este. Vamos a ele.

A quem entenda, de sua leitura, que a incumbência de suportar os custos e viabilizar a prova pericial contábil às empresas integrantes do sistema financeiro que figurem como partes em processo, no qual seja discutida uma relação de consumo – quando necessária ou muito eficaz para a concreção de decisão efetiva e líquida, já no processo de conhecimento, por óbvio – seja um ônus que deva ser imposto a esses entes a qualquer custo, há equívoco em tal entendimento.

Não se busca, aqui, aplicar a inversão de provas possíveis mais facilmente ao fornecedor, de natureza técnica, como regra de atividade, procedimento, senão sob a ótica de facilidades para a prestação da tutela jurisdicional mais célere, líquida e efetiva.

Em absoluto, buscar-se-ia nessas linhas justificar a inversão como regra de procedimento, quanto à prova técnica quantificadora ou delimitadora de fatos, danos, valores, a título de sanção, ou como forma de impossibilitar evasivas conjecturais de peças de defesa, ou como forma de superestimar a hipossuficiência do consumidor e possibilitar, inclusive em ações deficientemente propostas, algum ganho a este.

Nesse passo, é óbvio que, sob a ótica da justiça, da intervenção dirigida pela lei à liberdade contratual quando necessário, do controle mínimo em processos nos quais se discutam relações de consumo inicialmente pactuadas de forma livre, não se descarta que as instituições financeiras têm instituído contratos complexos, maciça propaganda e oferta³²³ de produtos relativos à administração de valores, crédito e fomento de compras, que é fator, por vezes integrado, às causas de aumento de inflação, ou ainda, que divulguem lucros expressivos e crescentes em seus balanços anuais, conforme se vê da simples leitura de periódicos regionais ou nacionais, mesmo ante a penúria verificada nas classes econômicas que de fato as sustentam, quais sejam, a classe baixa, que não possui educação sequer para

³²³ Algumas vezes indiscriminada, do ponto de vista de quem possa efetivamente receber crédito no montante ofertado e, sobretudo se considerado nosso atual padrão educacional e de base para o consumo, infelizmente.

entender determinadas nuances dos sistemas nos quais vive e também, a classe média, que utiliza ideais burgueses como se “caricaturas” fossem, consumindo além de suas possibilidades.

Ademais, justamente para justificar, com argumentos e doutrina, a problematização da temática aqui exposta, elenca-se abaixo, lições da doutrina que demonstram que, a despeito de haver, em inúmeros momentos, atuação desregrada dos poderes, a exemplo do econômico, político e, que traduzem na população a franca sensação de falência das instituições, em verdade, os que atuam responsabilmente em todas as esferas de poder, apresentam-se conscientes de que o dirigismo, necessário, é até mesmo salutar ao fortalecimento dos poderes e sua ação consoante os princípios de um Estado moderno, que busca evoluir.

Assim, Artur Souza, afirma, refletindo sobre entrevista dada pelo jornalista Joel Silveira a uma revista nacionalmente conhecida, no ano de 2004, o seguinte:

Muito embora não se concorde integralmente com o pensamento exteriorizado pelo jornalista Joel Silveira, em entrevista realizada para a revista Istoé, é bem verdade que suas veementes afirmações merecem certa reflexão: “O Brasil é uma farsa (...). A democracia racial é outra farsa. Quantos generais negros você conhece? Quantos negros há no Congresso? Quantos presidentes de empresa são negros? A economia também é uma farsa. Por muito tempo nos orgulhávamos de ser a oitava economia do mundo. Uma economia que só beneficia uma minoria, talvez 30 mil pessoas numa população de 180 milhões. A concentração de renda no Brasil chega a ser obscena. Nada mais cruel e sovina do que o empresariado brasileiro, o banqueiro brasileiro. De benefício ao trabalhador só dão o mínimo que a lei obriga. A elite brasileira é essencialmente míope. É como aquela frase de Luís XIV: “Depois de mim, o dilúvio”. Não há solução enquanto não se resolver esse problema de divisão de renda, o que eu acho difícil porque a elite não abre mão de jeito nenhum. O povo brasileiro é passivo, não reage”.³²⁴

E continua Souza, ponderando sobre as incisivas argumentações do entrevistado:

O que se pretende afirmar é que no momento atual se exige um novo sentido de racionalidade global visando ao equilíbrio dinâmico dos interesses complicados. O desafio da concórdia, da solidariedade, de se imaginar criativas e renovadas políticas sociais, sem as quais será impossível postular as questões básicas que fundamentem a construção de uma nova cultura e de uma nova ética social. De que

³²⁴ SOUZA, Artur César de. 2008. *cit.*, p. 200.

adianta se propagar a vitória do liberalismo, do triunfo do consumismo sobre o estatismo epidérmico totalmente desmoronado e aviltado, se a maioria ainda sofre. Propugna-se por um Estado não mais dirigente da economia, mas que está sempre sitiado por delicados problemas abertos pelo edifício do capitalismo selvagem e egoísta.³²⁵

Ademais, arguta e perfeitamente aplicável, a lição de Max Weber, separando a noção de ganância da noção conceitual de capitalismo, citada por Artur César de Souza:

“O ‘impulso para o ganho’, a ‘ânsia do lucro’, de lucro monetário, de lucro monetário o mais alto possível, não tem nada a ver em si com o capitalismo. Esse impulso existiu e existe entre garçons, médicos, cozinheiros, artistas, prostitutas, funcionários corruptos, soldados, ladrões, cruzados, jogadores e mendigos – ou seja, em toda espécie e condições de pessoas, em todas as épocas de todos os países da Terra, onde quer que, de alguma forma, se apresentou, ou se apresenta, uma possibilidade objetiva para isso.

A superação dessa noção ingênua de capitalismo pertence ao ensino do jardim da infância da História da cultura. O desejo de ganho ilimitado não se identifica nem um pouco com o capitalismo, e muito menos com o espírito do capitalismo. O capitalismo pode até identificar-se com uma restrição, ou, pelo menos, com uma moderação racional desse impulso irracional. De qualquer forma, porém o capitalismo, na organização capitalista permanente e racional, equivale à procura do lucro, de um lucro sempre renovado, da ‘rentabilidade’. Só pode ser assim. Dentro de uma ordem econômica capitalista, uma empresa individual que não se orientasse por esse princípio, estaria condenada a desaparecer”.^{326 327}

Assim, em uma visão madura da concepção de poder, das instituições, de seus objetivos, vícios e daqueles que as desvirtuam, servem, ao intérprete contextualizado do direito para, quando muito, orientá-lo em maior ou menor grau, na aplicação do princípio da socialidade³²⁸, na interpretação da lei posta e não na subversão de um sistema, ou criação indiscriminada de regras, notadamente quando não há “anomia”.

Isso porque, sem aplicar às idéias em desenvolvimento, lições religiosas dogmáticas e, assumido o capitalismo como legal e, de certa forma, sistema profícuo de desenvolvimento da economia, o lucro não é, em absoluto, um crime e, os

³²⁵ Ibidem., p.201

³²⁶ WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Trad. Vinícius Eduardo Alves. São Paulo: Centauro, 2001. p. 12. Apud: SOUZA, Artur César de. 2008, *cit.*, p. 201, nota n. 22.

³²⁷ Consoante mesmo as idéias do autor da segunda epígrafe do trabalho, ícone do capitalismo, *David Rockefeller*.

³²⁸ Vide art. 5º, da LICC.

pensamentos acima, se aplicados indiscriminadamente, seriam equivalentes a concordar com imposição de controle e estabilidade econômica à custa de recessão e estagnação do mercado e, conseqüentemente, da nação.

Mais: assumidas as posições acima de modo extremo, estaria o trabalho desenvolvido negando vigência à Constituição, pois, diferente das prescrições em matéria tributária, que exigem em nível constitucional a repartição de receitas entre entes federados, na atividade econômica privada, a própria Constituição Federal prega como princípio informador e, ainda, garantia, a livre iniciativa (artigos 5º, § 2º e; 170 e incisos, da CF/88), sem todavia se descuidar dos objetivos fundamentais da república, de redução das desigualdades, construção de sociedade livre, justa, solidária, tendo por valor maior a dignidade da pessoa humana, etc.

Nesses termos, considera-se sinceramente – ainda que haja inconvenientes casuísticos aos advogados e representantes de determinada instituição financeira que figure como ré em casos tais e receba tal incumbência, isso em cada processo individualmente considerado ou, havendo, num primeiro momento, ante a soma contábil no âmbito de toda a instituição, aumento de despesas decorrentes da assunção de eventuais custas de tais provas que, sequencialmente, dificultem resultados financeiros e encareçam o custo do crédito no plano macro – que tal medida ajudará em muito não só o julgamento de processos, celeridade e efetividade processuais, restabelecimento de crença na atuação jurisdicional e, no que tange ao mercado em que inseridas as instituições financeiras, haverá em muitos casos benefícios, ainda que relativos, às instituições tais, já no julgamento de cada processo e, também, a médio prazo.

Tal afirmação embasa-se, a título de exemplo, na possibilidade de reconhecimento, já em cada processo em julgamento, da total ou parcial validade do contrato, conseqüente atuação legal, ainda que relativamente, da instituição e, havendo ou não desbastes nos valores em discussão, efetivo acerto da relação débito-crédito de modo a solidificá-la em razão da coisa julgada e, com isso, tornar o débito, se existente, mais facilmente possível de ser quitado, sem mais razões para não quitação.

A título de exemplo de situações que desencorajam o consumidor num primeiro momento, a buscar a efetiva equação da relação de crédito em discussão, tem-se a eternização de liminares protetivas de nome e crédito, no curso do processo, que desencorajam eventuais consumidores, como dito, a dar resultado de

mérito à demanda e, com isso, recompor o crédito e novamente inserir no mercado não só o montante que se torna líquido e possível de ser reinvestido, mas também a peça chave da atividade produtiva, o próprio cliente, adquirente do crédito, em nome próprio e não mais adquirindo crédito em nomes de afetos e familiares ou empresa que possua, no curso da demanda.

Tal reinserção, de valor e de cliente, no mercado, em nossa visão, ajudaria a instituir, a médio prazo, não só maior segurança aos sistemas jurídico, consumerista e econômico adotados na nação, ante o efetivo cumprimento da lei e das posturas principiológicas e regulamentares a respeito destes, pelos fornecedores, mas também responsabilidade maior aos adquirentes do crédito – consumidores – e, com isso, maior solvência e agilidade na circulação do crédito e serviços que ofertam, dinamizando o mercado de modo responsável, mesmo porque reduziriam-se ainda opções de obtenção ilegal de crédito, ao menos percentualmente, geralmente buscada por todos aqueles que já não possuem nome ou garantias bastantes para captação de valores, sujeitando-se a taxas praticadas em empréstimos informais, leia-se: agiotagem.

Feitas tais considerações, passemos ao desenvolvimento do que é proposto.

Sabe-se, de ordinário que, dia a dia, aumentam em complexidade e proporção numérica, as ações em que consumidores buscam, contra instituições financeiras e equiparadas, inúmeros pleitos.

Tais fatos decorrem não só da paulatina conscientização da população acerca do exercício da cidadania e, conseqüentemente, da busca de seus direitos, com base em estado de direito pautado na constituição, por direitos constitucionais das mais variadas dimensões e, também das regulamentações legais para efetiva aplicação da carta política da nação, mas também de outros fatores.

Tais fatores podem ser denominados fatores sociais, econômicos, existentes em razão de: a) crises sazonais que afetam emprego, crédito, solvência de débitos e volume de negócios de pessoas físicas e jurídicas, b) práticas comerciais infelizmente praticadas, por vezes, ao arrepio da lei e do contrato, por algumas dessas instituições, menos honrosas e que, historicamente, no mundo, levaram ao crescimento e implemento de políticas de aplicação do dirigismo contratual a determinados contratos excepcionando o *pacta sunt servanda*, c) crescimento do mercado, das suas necessidades, da população e, com isso, massificação da publicidade licenciosa, que instiga o que se denomina consumismo, d) prática velada

mas, cada vez mais corrente, de instituição de ações de massa e captação direta de clientes, por consultorias empresariais e mesmo parcela mínima de advogados, dentre outras razões.

A verdade é que, em uma maciça maioria destes casos, busca-se ou o cumprimento do contrato em que são aduzidas razões técnicas para negativas de adimplemento, no caso de algumas instituições financeiras a exemplo de seguros, ou, na grande maioria dos casos que envolvem crédito, fomento, financiamentos e, em geral, contratos de direito bancário, o maior objetivo é a revisão do ajuste original e extrajudicialmente pactuado, visando a diminuir a onerosidade das obrigações assumidas, isso pelo esforço extraordinário destes consumidores em satisfazer seus débitos, ou, em momento posterior, por franca impossibilidade de fazê-los, para tentar recuperar nome, crédito e, como dito, reduzir obrigações.

Assim, proliferam-se, pelas razões acima, ações com pleitos cumulados, muitas vezes alternativamente, de cobrança de valores ou obrigação de fazer consistente em adimplir cláusulas contratuais, receber indenizações, proceder-se a revisões, declarações de nulidades afetas a cláusulas contratuais e atos praticados sem base nos contratos, declarações de quitação de débito, redução deste, reconhecimento de indébito e devolução, seja simples ou com “dobra legal”.

Como dito, inúmeras destas demandas são promovidas com base na circunstância de fato precedente, que se caracteriza pela inadimplência iminente ou já ocorrente³²⁹, o que leva o consumidor, muitas vezes a não conseguir quitar valores às vezes solicitados por instituições financeiras para oferta de segundas vias de documentos, extratos ou contratos entre as partes realizados – o que exige mais um pedido para exame do magistrado, qual seja, a exibição cautelar ou incidente de documentos – nem mesmo adimplir os valores iniciais solicitados por advogados com base em tabela da autarquia competente, para ajuizamento de demandas – seja a título de honorários, custas iniciais, ou ambos – e, assim, que dirá ao custeio de um estudo contábil preliminar sobre eventuais documentos que possua, para direcionar pleitos verossímeis e cumulados com menos alternatividade, quando da incoação de demandas dessa natureza.

Lembra-se que, na maioria dos casos em que se vislumbra possível incerteza sobre a ocorrência de determinados fatos, visando a evitar o *non liquet*, o

³²⁹ Leia-se: a consagração da infeliz configuração da hipossuficiência econômica, ou insuficiência financeira, de acordo com a expressão da qual se utiliza Dinamarco (2008, v. 3, *cit*, nota n. 7, p. 80).

magistrado deve julgar situações de “inesclarecibilidade” fática ou dificuldade manifesta sobre a prova, quando apesar de possível de ser realizada, esta não está nos autos, com base na distribuição (legal ou judicial) do *onus probandi* e, assim, aplicar ao omissis presunções e verossimilhança preponderante de alegações da parte contrária. Assim afirmam Marinoni e Arenhart, quando dizem:

Não há como negar que o juiz não pode apreender a essência da verdade e que a prova não pode ser pensada como meio capaz de reconstruir os fatos da causa. Isso não significa, entretanto, conforma já dito, que o juiz não deva procurar se convencer a respeito da verdade. [...]

[...] É que não é possível medir, em termos matemáticos, a graduação de uma prova ou conjunto de provas, o que impediria a devida justificação da “verossimilhança preponderante”. É preciso que exista algo externo à prova para justificar a redução de sua exigência.

[...] Não há dúvida de que a *dificuldade da prova e a natureza do direito material* podem justificar a redução de exigências de prova no *caso concreto*, dando ao juiz a possibilidade de se contentar com a verossimilhança. Mas isso somente pode ser admissível em casos excepcionais, e não como regra.³³⁰

Todavia, pergunta-se: em se tratando de ações de natureza mercantil, financeira, ainda que por equiparação, ou bancária, nas quais incida o CDC, seja invertido ou não o ônus da prova e, nas quais se discutam pressupostos técnicos para declaração de obrigação, pagamentos ou nulidades de cláusulas, atos e consequente revisão de ajustes, em que não haja pareceres preliminares de especialistas técnicos, para indicar ou balizar a decisão do juiz que, por presunção, evita o *non liquet*, como se darão, **a uma**, a verificação técnica preliminar para a configuração ou não do dever de pagar ou indenizar³³¹ e, **a duas**, a configuração de fatos capazes de levar à nulidade de cláusulas, atos sem base contratual e revisão inclusive quantitativa, do ajuste e de seus valores e a escolha dos pedidos alternativos formulados³³²?

³³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, *et al.* 2008, v. 2, *cit.*, p. 469-470.

³³¹ A exemplo de pedido em face de uma hipotética seguradora, de declaração de obrigação de pagar indenização de invalidez negada, com base em contrato de seguro, por doença ou acidente, em que se exija verificação técnica de percentuais de indenização, tabelas, limites, invalidez total, preexistência de doenças, ocorrência do acidente, ou outro dado relevante.

³³² V.g., um sem número – *em verdade, a grande e maciça maioria* – de ações revisionais de contrato bancário em que se discutam – *sem qualquer parecer preliminar contábil que indique a ocorrência de tais fatos no caso concreto, mas possível e verossímil de acordo com regras ordinárias de experiência* (333, CPC e 6º, VIII, CDC) – como fundamentos da demanda: a onerosidade excessiva; desconhecimento ou necessidade de redução de taxa de juros aplicável porque contrária ao contrato, às fixadas pelo BACEN; lançamento de tarifas não previstas em contrato; aplicação de juros compostos; cumulação de correção monetária e comissão de permanência;

Apresentam-se, em nossa visão, ainda, mais alguns complicadores, à questão:

Sabedores que somos de que a grande maioria de tais pleitos, conforme características dos exemplos solicitados possuem pedidos genuinamente alternativos – de presumível ocorrência ao menos de algum deles, sem um mínimo de pré-indicação dos fatos ou provas, somente juntando-se julgados no bojo da petição³³³ em que se verificam em casos análogos, alguns, ou todos os pleitos – e que trazem tais pleitos, de regra, a redução de débito **ou** declaração de quitação por compensação **ou** ainda declaração e repetição de indébito, nominal ou em dobro, com correções, pergunta-se:

a) quais das presunções, verossimilhanças preponderantes, possíveis à casuística, possível de ser corretamente apontada em substrato técnico mas, em caso de inexistência de prova técnica de tal natureza, deve o magistrado acolher? A menos gravosa a fornecedor, a intermediária ou a mais gravosa, com valores a repetir?

b) em quaisquer dos casos, não havendo como liquidar tais pleitos, na decisão, depois de confirmada ela exigirá, para cumprimento na forma do Art. 475-J do CPC, a preliminar liquidação consoante arts. 475 A a H³³⁴, também do *códex* e, nesse caso, não haverá somente a transferência do problema da escolha da presunção ou verossimilhança e quantificação dos pleitos, para a fase de liquidação?

Por todos os motivos expostos, entendemos que, em uma quase totalidade dos casos afetos à revisão ou cobrança de obrigações contra instituições financeiras ou equiparadas, a prova técnica é quase sempre indispensável ao bom julgamento, sobretudo se adotada a ótica do processo sincrético, da necessidade de efetiva e adequada cognição e decisão e, ainda, pelas casuísticas apresentadas, somando-se a elas a deficiência educacional, de formação, seja de base ou mesmo para o

ilegalidade de cobrança de tarifas de contratação meramente formais; aplicação não prevista e ilegal de sistema francês de amortização (tabela *Price*, em que se pagam os juros em primeiro lugar e que, em tese, mascara-se o anatocismo, pela fixação de valores pré-determinado de parcelas) com necessidade de substituição por sistema de amortização constante ou crescente (SAC e SACRE), e, nos pedidos, solicite-se, alternativamente: a redução do débito; declaração de quitação, por compensação; reconhecimento de indébito com devolução do que indevidamente (seja ao arrepio do contrato ou após desconstituição de cláusulas originalmente válidas) se cobrou, seja em dobro ou nominalmente, além de correções e juros.

³³³ Com os devidos respeitos a todos os que já o fizeram, adverte-se: somente “acórdãos” juntados no bojo de petições como única fundamentação jurídica, sem arcabouço fático em complemento, não são capazes de provar fatos, mas somente a forma como tem entendido a jurisprudência, em inúmeros casos análogos em que os fatos se verificaram, concretamente.

³³⁴ Nova disciplina inserida pela Lei 11.232, de 2005, a seguir estudada.

consumo e respeito à expressão macroeconômica do mercado nacional, como condição de nossa competitividade, evolução e crescimento, inclusive do emprego e, até para que não sejam as instituições que fomentam a economia, por demais prejudicadas.

Eis, aqui, a importância do estudo da prova técnica necessária, a prova pericial, pois.

Cabe, pois, o desenvolvimento de breve histórico de tal prova e sua definição, quanto à prova técnica aqui cabível, qual seja, a perícia.

Francesco Carnelutti insere as perícias entre as modalidades de provas históricas, que demandam análise de fatos para extração de sua escoreta verificação. De suas lições, na obra “A Prova Civil”, colhem-se os seguintes excertos:

Precisamente esta necessidade da percepção inicial constitui o ponto de diferença entre a chamada prova lógica, ou prova das regras (beweis Von Sätzen) e a prova histórica, ou prova dos fatos (Beweis Von Thatsachen).

A noção dessa diferença talvez não penetre no campo jurídico. Em todo caso, consiste, naturalmente, em que prova lógica ou dialética se desenvolve unicamente mediante uma atividade dedutiva: nesse sentido, Sigwart define a prova de uma proposição como a “dedução silogística desta e de outras proposições reconhecidas como certas e necessárias, ou seja, em última análise, de definições e axiomas”; porém, prova histórica se desenvolve somente (prova direta) ou também (prova indireta) mediante uma atividade perceptiva: neste sentido, Heusler, adverte que a prova lógica não requer nenhum aparato exterior, posto que, unicamente, maneja proposições (“jene bedarf keines aeußern Apparats, sie hantiert nur mit sätzen”), enquanto que a prova histórica necessita do aparato exterior para reconhecer o argumento de prova.³³⁵

Admitida a perícia como modalidade de prova histórica, dos fatos e de sua interpretação, de rigor, agora, que se faça breve histórico da perícia.

Amaral Santos, em sua obra e volume específicos, indica que, “nas civilizações mais antigas, certamente, a colheita das provas seria feita diretamente pelo próprio juiz”.³³⁶

Após descrever atividade precursora da perícia, por agrimensores, quando da divisão das terras de Sesostris entre seus súditos, no Egito antigo, Amaral

³³⁵ CARNELUTTI, Francesco. 2005, *cit.*, p. 88.

³³⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2 ed, São Paulo: Max Limonad Editor. 1955. v. 5, p. 7.

Santos, invoca a Bíblia para justificar a importação, pelos Judeus, após o êxodo, dos institutos de distribuição de terra de modo técnico e chega a indicar os precursores dos peritos, citando De Notaristefani, que afirmara:

[...] o juiz é perito e, quando não pode ser o juiz ordinário, intervém um juiz especial. Recorria-se, com efeito a levitas, que eram juizes e médicos ao mesmo tempo, quando o caso, exigindo indagações físicas, não podia ser decidido pelo juiz ordinário.³³⁷

Por fim, aponta Amaral Santos que, conforme aduzia Saredo³³⁸, na idade antiga o instituto da perícia se difundiu por todas as instituições judiciárias que deixaram registros, sobretudo em Roma, seja no procedimento primitivo das *legis actiones* ou no período formulário, havendo somente deturpação de tal instituto, na idade média, em sua primeira fase, quando os julgamentos que se institucionalizavam, sem razão técnica, mas, sobretudo por conta dos déspotas, foram substituídos por duelos, justas, ressurgindo o instituto na Europa, em relação à autenticidade documental e com forte influência do direito canônico³³⁹.

Define, ainda, o indicado mestre, perícia³⁴⁰, como sendo:

[...] numa declaração de ciência ou na afirmação de um juízo, ou mais comumente, naquilo e nisto. Declaração de ciência quando relata as percepções colhidas, quando se apresenta como prova representativa de fatos verificados ou constatados; afirmação de um juízo quando constitui parecer que auxilie o juiz na interpretação ou apreciação dos fatos da causa.³⁴¹

E não é dissonante a lição de Dinamarco, quando diferencia, à luz do CPC, suas modalidades e relativa eficiência na distinção prática:

Perícia é o exame feito em pessoas e coisas, por profissional portador de conhecimentos técnicos e com a finalidade de obter informações capazes de esclarecer dúvidas quanto a fatos. [...] Segundo o art. 420 do Código de Processo Civil, “a prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação”. Nessa linguagem tripartida, os exames têm por objeto pessoas, móveis, semoventes,

³³⁷ DE NOTARISTEFANI, **Perizia, in matéria penale**, n. 2, In: Digesto italiano. Apud: SANTOS, Moacyr Amaral. 1955, v. 5, *cit.*, nota 10, p. 8.

³³⁸ SAREDO, **Istituzioni di procedura civile**, ed. de 1873, v.1, n. 487. Apud: SANTOS, Moacyr Amaral. 1955, v. 5, *cit.*, nota 15, p. 9.

³³⁹ *Ibidem*, p. 10-13, *passim*.

³⁴⁰ “Do latim *peritia*, conhecimento proveniente da experiência; habilidade, talento”. ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. 2008, *cit.*, p. 617.

³⁴¹ SAREDO, 1873, v.1, *cit.*, Apud: SANTOS, Moacyr Amaral. 1955, v. 5, *cit.*, p. 30.

papéis ou livros mercantis; as vistorias incidem sobre imóveis e as avaliações, sobre coisas em geral (fala-se ainda em estimativa). Além do que está no art. 420, há também os arbitramentos, tendo por objeto serviços ou o valor de indenizações. Todos esses modos de examinar reúnem-se no gênero maior que é a perícia, sendo de pouca utilidade essas especificações.³⁴²

Moacyr Amaral Santos, em seu trabalho consagrado sobre prova, em volume específico, nos indica que, por vezes, a lei, ante a casuística de determinadas demandas ou suas características peculiares, não só possibilitam, mas exigem, a prova técnica necessária à correta decisão e conseqüente prestação da tutela jurisdicional.

Nesses termos, têm-se as lições do referido mestre, citando os ensinamentos de Câmara Leal, quando já advertia desde a égide do CPC de 1939 e leis esparsas, hipóteses em que, de modo insofismável, **a prova técnica, perícia**³⁴³, **era exigida como necessária**, quando afirma em sua obra, as prescrições abaixo, trazidas a título de exemplo (grifos nossos):

Procede-se ao arbitramento:

- 1) – quando a decisão da causa dependa da estimação do valor, em moeda, de coisas, direitos ou obrigações; [...]
- 3) – nos casos expressos em lei, dentre os quais aponta Câmara Leal, de quem se faz a transcrição, os seguintes: [...]
- b) – na liquidação das obrigações por falta de cumprimento de prestação, quando não tiver esta valor oficial no lugar da execução, para estimação da importância da liquidação (Cód. Civil, art. 1.536 § 1º); [...]
- d) – na liquidação das obrigações por atos ilícitos nos casos não previstos pelo Código, para fixação da indenização devida (Cód. Civil, art. 1.553); [...]
- i) – na indenização devida pelo vendedor ao comprador por haver alienado, consumido ou deteriorado a coisa vendida, quando não lhe seja possível dar em substituição outra igual em espécie, qualidade e quantidade (Cód. Comercial, art. 209);
- j) – no caso de evicção da coisa vendida, quando o vendedor for obrigado à restituição do preço, para a estimação da parte do preço que o vendedor pode reter, por ter o comprador auferido proveito na depreciação por ele causada (Cód. Comercial, art. 215);
- l) – na fixação do valor do navio e do custo do conserto por avarias, no caso de seguro marítimo, a fim de verificar-se foi verdadeiro o

³⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 3, *cit.*, p. 585-586.

³⁴³ Em dicionário jurídico de amplo reconhecimento, assim é definida a “Perícia Técnica”: “*Espécie de prova consistente no parecer técnico de pessoa habilitada a formulá-lo, visando firmar a convicção do juiz. Tal pessoa, denominada perito, é auxiliar do juiz, suprindo-lhe a insuficiência de conhecimentos específicos sobre o objeto da prova*”. ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. 2008, *cit.*, p. 617.

valor do navio estimado na apólice e se os consertos não excederão de três quartos desse valor (Cód. Comercial, art. 776).³⁴⁴

Em lição específica, sobre a necessidade de inúmeras provas de natureza técnica, em lei exigidas, continua Amaral Santos ao expor que:

Ao juiz concede a lei processual a faculdade de resolver com a mais ampla liberdade, quanto à admissão da prova pericial. Mas tal liberdade deve ser entendida e utilizada dentro de certos limites ou atentas certas restrições, a fim de que a excelência do poder que lhe é conferido não se transforme em arbítrio pernicioso à instrução da causa e ao interesse das partes. Pode-se dizer que a liberdade do juiz, no toante á admissão, se condiciona à utilidade da perícia. Tal seja a utilidade desta, ao juiz insta admiti-la (sistema da utilidade). Numerosos são os casos de perícias necessárias.

Registram-se, entre outros, como exames necessários: os exames de livros e escrituração comercial, nas questões de sucessão, comunhão ou sociedade, administração, gestão mercantil por conta de outrem e em caso de falências (Código Comercial, art. 18); os exames caligráficos e outros congêneres, nos processos de falsidade de documentos, na hipótese do art. 718 § único, do Código; os exames para verificação do dano sofrido pelo navio ou por sua cara, nos casos de avaria a cargo do segurador (código, art. 762); os exames médico-legais para verificação de insanidade mental do interditando (Código, art. 607), ou para a verificação da gravidez, na ação de posse em nome do nascituro (Código, art. 739), ou para a verificação da natureza e extensão das conseqüências do acidente, na ação de acidente do trabalho; etc. [...]

Tratando-se de perícias necessárias, tais as apontadas, a admissão delas se impõe sempre que requeridas. Acrescente-se, todavia, que, regra geral, nos casos de arbitramento e avaliação agora apontados e até em certos casos de exame, como no previsto no art. 607, do Código, mesmo que a parte não proponha a prova, o juiz deverá ordená-la de ofício. Por outras palavras, perícias necessárias de ordinário devem ser ordenadas de ofício.³⁴⁵

3.3 O AFASTAMENTO DA ODIOSA FIGURA DO JUIZ COMO O *PERITUS PERITORUM*

Examinada a questão acima, insta-nos verificar que o magistrado é o destinatário final da prova, pois é a ele atribuída à incumbência de julgar, seja com prova mais que suficiente e exaustivamente produzida, prova suficiente, ou prova insuficiente e aplicação de verossimilhança e presunção.

³⁴⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. 1955, v. 5, *cit*, p. 208-209.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 210-211.

Justamente por isso é que a ele atribui-se o dever de deliberar sobre a prova (art. 331 do CPC); solicitar produção de provas de ofício, se possível e, desde que tenha a lúdima convicção de que, de antemão, esta não aproveitará, especificamente a uma das partes (art. 130 do CPC); aplicar os princípios da aquisição da prova e do livre convencimento motivado, ao caso (art. 335, 436 CPC) e, assim, decidir.

Aduzia-se na doutrina antiga, como justificativa para o sistema liberatório quanto à perícia, que o juiz era o *peritus peritorum*³⁴⁶. A despeito de a jurisprudência pátria assim já haver qualificado magistrados³⁴⁷, a nosso ver, como dito, trata-se de falácia, já discutida inclusive no direito comparado³⁴⁸.

Sabe-se que o magistrado, tem como formação acadêmica necessária a condição bacharel em direito e, para ingresso no cargo, após aprovação em concurso de provas e títulos de fases sucessivas, exige-se apenas reputação ilibada, idade mínima e experiência por tempo mínimo em atividade jurídica.

Nesse sentido, valiosas são as lições de Carnelutti, na “Prova Civil”, quando afirma que o limite de atuação isolada do magistrado é o limite do seu conhecimento, experiência, de ordinário, sem esforços além do razoável, para o deslinde da questão, quando diz:

Meio de prova é, em segundo lugar, a dedução do juiz. Instrumento da atividade deste, não são aqui seus sentidos, senão seus conhecimentos, porque não se trata agora de ver ou de ouvir, e sim de saber. Basta isso para compreender que uma integração da atividade do juiz no processo deve ser, neste sentido, pelo menos tão

³⁴⁶ Conforme cita o juiz do trabalho, mestre em direito e professor universitário Mauro Schiavi, sobre o Art. 436 do CPC vigente: “O citado dispositivo legal tem suporte no adágio latino *“iudex est peritum peritorum”* (sic), vale dizer: o juiz é o perito dos peritos. Entretanto, na atualidade, este princípio vem mitigado, inclusive pela própria dicção do artigo 335, do CPC que restringe a aplicação das máximas de experiências comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece quando a situação exige o exame pericial. SCHIAVI, Mauro. **Aspectos polêmicos e atuais da prova pericial no processo do trabalho**. Disponível em: <http://www.lacier.com.br/artigos/Aspectos%20pol%EAamicos%20e%20Atuais%20da%20Prova%20pericial%20no%20Processo%20do%20Trabalh%20o.doc> – acesso em 02/03/2010, 20h28min.

³⁴⁷ Ap. 303.776/7 – TACRIM-SP “O parecer técnico ofertado pelo réu deveria ter sido, quando pouco, considerado pelo D. Juiz de Direito. Como *peritus peritorum*, o Magistrado, é bem verdade, poderia refutar as conclusões desse laudo extrajudicial, até quem sabe, a manifestação a respeito dos peritos oficiais. Entretanto, não poderia ignorar, como o fez, a existência desse trabalho, que, em última análise, dá embasamento e é fulcro principal da defesa do réu”. (Rel. Ercílio Sampaio, v.ú., 27 de dezembro de 1983), Apud: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O conteúdo da garantia do contraditório. novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 33

³⁴⁸ “Le juge n'est pas lié par les conclusions du technicien (art. 246 nouv. C. pr. civ. fr.) et doit conserver un esprit critique vis-à-vis du rapport déposé qui ne constitue qu'un avis (cf. aussi les art. 61, 62, 194, 196, 197 c.p.c. it., aux termes desquels l'expert n'est qu'un « assistant » du juge : *on dit chez nous que le juge est peritus peritorum, voire l'« expert des experts »*”. OBERTO Giacomo. **L'administration judiciaire de la preuve dans le procès civil italien**. In: *Revue internationale de droit comparé*. v. 50, n. 3. juillet-septembre, 1998. p. 790 - Disponível em: http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/author/auteur_ridc_869 - home page de *Persee Revues Scientifiques* – acesso em 01/03/2010, 9h21min.

freqüente como pelo lado da percepção. E assim como o juiz não pode ver tudo, com igual e ainda maior razão não pode saber tudo. Recordarei a área ilimitada das regras de experiência que são instrumentos da dedução: enquanto se trate somente de experiência comum, é provável que o juiz a possua: porém, quando se trate de experiência técnica (não comum), as probabilidades militam no sentido contrário, tanto mais positivo quanto que toda ou quase toda sua preparação se esgota na área jurídica.^{349 350}

Quanto à prova por perito, ante as capacidades e conhecimentos técnicos de pessoa distinta em auxílio do magistrado, em continuação, aduz Carnelutti:

Pode ser oportuno e até necessário fazer intervir a pessoa distinta do juiz na percepção dos fatos, quando o quando o julgador não tenha aptidão ou preparo suficientes para a percepção direta dos próprios fatos ou para a dedução destes dos fatos a provar.[...] a fatos comuns ou técnicos, cuja conexão com o fato a provar seja matéria de regras técnicas e não regras de experiência comum.³⁵¹
E assim, conclui: “Esta é a hipótese típica da *perícia*”.³⁵²

Isso porque, segundo Carnelutti, que magistralmente sintetiza o óbvio, a aplicação das regras de experiência encontra limites no conhecimento desta ou aplicação regular desta pelo juiz, vale dizer “sempre que a própria aplicação exija, pelo menos para que seja feita com segurança e sem esforço anormal, certa aptidão ou preparação técnica, que o julgador não possua”.³⁵³

Assim, não há que se falar que o juiz, com formação e idade mínimas exigidas conforme acima e, enquanto servidor público, especificamente agente político, porque imbuído de função primária do estado (qual seja, a função de julgar) seja inumano, especial, extraordinário, onisciente, ou perito, em nada além do direito, porque é sua atividade profissional basilar e o concurso exigiu um mínimo de racionalidade e conhecimento³⁵⁴.

Amaral Santos³⁵⁵, assim afirma, sintetizando as lições acima colhidas:

³⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. 2005, *cit.*, p. 106.

³⁵⁰ E ainda, em nota à mesma afirmativa, Carnelutti, citando Kohler, adverte: “Essa dificuldade cresce diariamente, de tal maneira que a perícia adquire importância cada dia maior, a causa do progresso técnico cada vez mais intenso: cf. Kohler, *Civilprozess*, cit., § 62, p. 323.” *Ibidem.* nota n. 130.

³⁵¹ *Ibidem.*, p. 101.

³⁵² *Ibidem.*, p. 102.

³⁵³ *Ibidem.*, p. 108-109.

³⁵⁴ Em relação a tais limitações, já tivemos a oportunidade de explanar, em nota anterior, ao discorrer sobre nossas ilações quanto à impossibilidade de declaração de hipossuficiência em ações relativas a interesses metaindividuais, cuja defesa de consumidores fique a cargo do Ministério Público, mas em razão somente das estruturas adicionais e possibilidades legais de investigação, ao órgão inerentes.

³⁵⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. 1955, v. 5, *cit.*, nota n. 24, p. 11.

O juiz, que já não é escolhido pelas partes e sim funcionário do Estado, nem sempre estando habilitadas, por falta de conhecimentos técnicos especiais, para examinar eles próprios as pessoas e coisas, se vê na contingência de delegar tais funções a peritos. Não são poucos os exemplos que a respeito oferecem as fontes (Lessona, Saredo, Alcântara Machado, João Monteiro). [...]

Vai daí não ser apropriada a velha regra que configurava o magistrado como “o *perito dos peritos*”. Mas, repelindo-se essa imagem, cumpre não cair-se no pólo oposto – adverte ROSSI – de elevar-se o perito a “*juiz dos juízes*”.³⁵⁶

Todavia, ainda que a prova técnica seja evidentemente necessária, vigora hodiernamente, com muito mais rigor, o critério liberatório quanto à análise da perícia na fase da sentença, segundo adverte Amaral Santos:

Atento à distinção entre perícia facultativa e perícia necessária, há quem entenda que a regra, pela qual o juiz não ficará adstrito ao laudo, não se aplica em toda a sua extensão senão aquela primeira espécie. Assim, segundo BONNIER, fundando-se e velha jurisprudência, o juiz não poderá afastar-se do laudo, senão para ordenar nova perícia, sempre que a prova pericial seja reclamada pela lei.

Essa doutrina foi superada. Domina o princípio da livre apreciação do juiz, tal qual o código o agasalha [...] Aliás – observa RICCI – seria absurdo entender-se que a lei, impondo ao juiz a obrigação de ordenar a produção da perícia antes de proferir julgamento, lhe impusesse, por outro lado, o dever de ater-se ao parecer do perito.³⁵⁷

De modo diverso, apesar de indicarmos a precisão e acerto, em nossa visão, das lições de Amaral Santos acima expostas, como moderador, há de se advertir que a doutrina de Neves e Castro, atualizada por Pontes de Miranda, ainda antes da vigência do atual código, mas sensível não só ao crescimento de conhecimentos técnicos decorrentes da evolução social e humana e, da necessidade de auxílio ao juiz, em questões tais, parece nos prevenir, com acerto que, a despeito de vigorar o sistema liberatório, não é ele carta branca para que o magistrado livremente crie, ainda que fundamentadamente e, sem qualquer razão técnica aparentemente conhecida por este, decisões sobre questões que não são de sua cognição razoável, evitando-se o agir temerário, que poderia até mesmo beirar ou exigir a indenização por erro judiciário, em face do estado.

Assim, explicita Neves e Castro, quando afirmava:

³⁵⁶ Ibidem, p. 54

³⁵⁷ Ibidem, p. 310-311.

Com quanto à decisão dos peritos não tenha força de caso julgado, (a) contudo serve de base para que o juiz possa apreciar a justiça das partes.

E, em nota à referida afirmação, têm-se o seguinte esclarecimento:

O princípio segundo o qual os laudos dos peritos não tem valor de prova absoluta e tão pouco autoridade de sentença, deve necessariamente cessar quando os peritos se acham investidos de uma verdadeira jurisdição, seja pela vontade das partes, seja excepcionalmente por disposição de lei ³⁵⁸.

Não é por outro motivo que a lei processual clássica e atual preveem, dentre outros institutos pertinentes, a previsão de auxiliares do juízo; a possibilidade de requisição de prova mesmo *ex officio* ³⁵⁹; distribuição de ônus da prova, com possibilidade de julgamentos em caso de insuficiência desta, de acordo com regras ordinárias de experiência, **ressalvados os conhecimentos técnicos**; esclarecimentos de perito em audiência de instrução, dentre outras regras que resguardam, para adequada prestação da tutela jurisdicional, o auxílio técnico ao juiz e, preliminarmente, às partes.

Ademais, já era máximo, tal entendimento, no início do século passado, para a mais autorizada doutrina que determinava, com acerto, que a perícia, em quaisquer de suas modalidades, se dá por terceiros, como explicitava Neves e Castro: “O arbitramento é a estimação, exame ou parecer, dado por louvados ou peritos sobre o facto, de que depende a decisão da causa” ³⁶⁰.

Aliás, aqui, acreditamos caber homenagem a todos os grandes advogados ³⁶¹, preocupados com sua formação técnica, ética, humana e profissional, com a solidariedade na resolução de demandas e respeitosos aos seus clientes, os quais na lide diária ainda se tem o privilégio de conhecer, em conjunto atuarmos, aprendermos no dia-a-dia a admirar e nos fazem crer que, de bom tom seria se todos os advogados também se utilizassem de serviços técnicos de profissionais específicos da área ligada à casuística dos autos, quando possível, para verificação de fatos e promoção de demandas com maior indicação técnica de suas alegações.

³⁵⁸ CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. 1917, *cit*, p. 151.

³⁵⁹ Nesse sentido, Neves e Castro, ao afirmar que “a vistoria ou exame pôde ser requerida por qualquer das partes ou ordenada officiosamente pelo juiz, sendo n’esta parte conforme a antiga com a nova lei”. *Ibidem*, p. 143.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 137.

³⁶¹ Sejam privados ou públicos, em atuação nas procuradorias, defensorias, advocacia geral e, em extensão, aos promotores de justiça, peritos, auxiliares técnicos, estagiários e servidores.

Isso porque, assim, utilizam-se verdadeiramente de sua fé, grau e responsabilidade social de tais atributos decorrente, como função essencial à justiça e primeiros juízes da causa são, quando ajuízam demandas, cientes de que são “engrenagens da mesma máquina” e não oponentes dos órgãos judiciais e a eles ligados, até porque, na origem, comungam todos os profissionais do direito, da mesma formação (destacamos).

Assim, reconhece-se a franca necessidade de auxílio técnico, ao judiciário, para regular, adequada e justa cognição e prestação da tutela jurisdicional.

3.4 A ATUAÇÃO PERICIAL E SUA NATUREZA DE MÚNUS

Define a lei processual, as possibilidades de figurar, alguém, como perito ³⁶², quando das seguintes disposições (grifos nossos):

Seção II

Do Perito

Art. 145. Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no art. 421.

§ 1º Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto no Capítulo VI, seção VII, deste Código. (Incluído pela Lei nº 7.270, de 10.12.1984)

§ 2º Os peritos comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos. (Incluído pela Lei nº 7.270, de 10.12.1984)

§ 3º Nas localidades onde não houver profissionais qualificados que preencham os requisitos dos parágrafos anteriores, a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz. (Incluído pela Lei nº 7.270, de 10.12.1984)

Nesses termos, a lei exige que tenham os peritos, como características primordiais, a qualificação universitária na área de atuação necessária aos autos e a regular inscrição no órgão de classe competente, comprovando-se tais fatos por certidão do órgão, ressalvada a inexistência de pessoas com tais qualificações na comarca (divisão administrativa jurisdicional, equivalente à localidade, a nosso ver), quando o juiz nomeará livremente pessoas que tenham capacidade de acordo com a lei civil e em quem confiem.

³⁶² Definido como: “Auxiliar do juízo que realiza perícia”. CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário compacto de direito**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

É desnecessário dizer que, aos peritos, assim como todo e qualquer auxiliar eventual do juiz e, sobretudo deste, exige-se a imparcialidade inerente à atuação jurisdicional personificada no magistrado, servidores e auxiliares da justiça, em específico.

Paula Baptista, citado por Neves e Castro, já expunha, no século passado, os pressupostos ainda hoje vigentes, na sistemática da nomeação de terceiros para tal prova de natureza técnica:

Arbitramento é um meio extraordinário de prova, que se produz: I, nos casos em que a lei o exige expressamente, como, v.g., nos casos dos arts. 80, 82 e 95 do Código Commercial Brasileiro; II, no silêncio da lei, quando o juiz precisa recorrer a um meio, que lhe falta, para fixar a sua decisão sobre certos negócios. O parecer dos arbitradores, peritos ou louvados chama-se arbitramento; a nomeação desses louvados ou peritos, louvação ³⁶³.

Quanto à conceituação legal e mesmo doutrinária de peritos, insta verificar que são, segundo a doutrina, efetivamente, auxiliares da justiça (“auxiliar eventual de encargo judicial”), segundo Dinamarco. ³⁶⁴

Esclarece Amaral Santos, citando diferentes terminologias da doutrina:

Assim, o perito é essencialmente um auxiliar do juízo, como expressamente o categorizava MITTERMAYER e o classificam os processualistas mais eminentes. Na qualificação que lhe dá CARNELUTTI, de encarregado judicial, não se vislumbra em última análise senão a de auxiliar do juízo. “É, antes, um auxiliar eventual do juiz – escreve BONUMÁ – nos casos muito freqüentes, em que este precisa ver ou verificar o objeto da demanda [...]” ³⁶⁵

,Nesse sentido, como dito, a lei processual:

Art. 139. São auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete.

³⁶³ PAULA BAPTISTA. *Theoria e pratica do processo civil*. Ed. de 1910. p. 158., Apud: CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. 1917, *cit*, p. 137.

³⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 3, *cit*, p. 591.

³⁶⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. 1955, v. 5, *cit*, p. 31.

Os peritos, com as inovações legislativas das mini-reformas deixaram de ter de proceder à elaboração de compromisso, mas, nem por isso tiveram seus deveres de auxílio eventual ao magistrado, mitigados, conforme leciona Dinamarco.³⁶⁶

Assim, devem, *ex lege*, bem e fielmente cumprirem seus encargos e, não é por outra razão que, são causas legais de destituição de peritos atos que configurem deficiências técnicas, atrasos e, ainda, as causas subjetivas e objetivas aplicáveis a magistrados, membros do Ministério públicos e auxiliares ordinários.

Para preservarem-se de sofrer algumas dessas penas, de modo diverso, podem eles, se recusar a cumprir o encargo ou alegar impedimentos e suspeições bastantes, mas nem sempre foi assim³⁶⁷.

Veja-se a lei processual vigente:

Art. 146. O perito tem o dever de cumprir o ofício, no prazo que lhe assina a lei, empregando toda a sua diligência; pode, todavia, escusar-se do encargo alegando motivo legítimo.

Parágrafo único. A escusa será apresentada dentro de 5 (cinco) dias, contados da intimação ou do impedimento superveniente, sob pena de se reputar renunciado o direito a alegá-la (art. 423). (Redação dada pela Lei nº 8.455, de 24.8.1992)

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

Cássio Scarpinella Bueno aduz ainda, como reforço às atuais possibilidades de escusa pericial, indicando tanto a possibilidade de recusa motivada da nomeação, necessidade de atuação imparcial e, **quanto à natureza de múnus**³⁶⁸ **que exerce o perito** (grifos nossos), que:

[...] caso não se sinta capaz de desenvolver o múnus, ou quando houver alguma causa de impedimento (art. 134) ou de suspeição (art. 135), deve ele recusar a nomeação expressamente (art. 423) em cinco dias contados da intimação de sua nomeação ou nos cinco dias que se seguirem a algum fato superveniente que interfira na sua

³⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 3, *cit.*, p. 592.

³⁶⁷ Historicamente, verifica-se citação em nota, de Amaral Santos, de que o Tribunal de Justiça do Paraná, na primeira metade do século passado, não permitia escusas do *expert* indicado. “20. O perito, uma vez indicado pela parte, deve ser convocado pela justiça, e passará a ser *auxiliar* desta (Ac. T.J. do Paraná, rel. Des. XAVIER DA VEIGA, em *Paraná Judiciário*, 48/433, *apud*, ALEXANDRE DE PAULA, o. c., 9.º v., n. 11.700, p. 172)” – *Apud*: SANTOS, Moacyr Amaral. 1955, v. 5, *cit.*, nota n. 20, p. 90.

³⁶⁸ Do latim *moenus*, *munus*, encargo, ônus, dever. “Obrigação *intuitu personae* decorrente de convenção ou de lei, denominada, neste caso, *múnus público*. De alguém liberado de um múnus se diz *imune*, daí *imunidade*”. ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. 2008, *cit.*, p. 561.

necessária imparcialidade. É o que dispõem o art. 146 e seu respectivo parágrafo único.³⁶⁹

Amaral Santos leciona em síntese que, em qualquer caso, o perito “exerce um múnus público”³⁷⁰.

3.5 A SATISFAÇÃO E ANTECIPAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE PERITO

O auxiliar do juízo, sobretudo eventual, na maioria dos casos não integrante dos quadros de servidores e integrante da atividade privada, a exemplo de peritos contábeis, não pode trabalhar de graça, senão por convicção e a título de auxílio, pena de ofensa a sua dignidade pessoal e profissional.

Assim, a lei processual traz prescrições sobre a forma como se disciplinam despesas ao processo inerentes. Vejamos:

Art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.

§ 1º O pagamento de que trata este artigo será feito por ocasião de cada ato processual.

§ 2º Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público.[...]

[...]

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

Parágrafo único. O juiz poderá determinar que a parte responsável pelo pagamento dos honorários do perito deposite em juízo o valor correspondente a essa remuneração. O numerário, recolhido em depósito bancário à ordem do juízo e com correção monetária, será entregue ao perito após a apresentação do laudo, facultada a sua liberação parcial, quando necessária. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Nessa esteira, a lei processual determina que a parte que inicia a demanda, pratica atos, solicita determinada prova e, no que toca ao presente trabalho, requer prova técnica, proceda ao custeio da prática de tais atos, ou seja, suporte o ônus

³⁶⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. 2007, v. 2, tomo I, *cit*, p. 303.

³⁷⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. 1955, v. 5, *cit*, p. 90.

econômico, utilizando-me da expressão indicada por Rizzatto Nunes³⁷¹ ou, em síntese, assume o ônus de custeio de sua produção, em específico.

Assim, é da lei processual, devidamente confirmada pela doutrina, seja ela desenvolvida com base no código anterior³⁷² ou no vigente³⁷³³⁷⁴, a determinação de que, especificamente quanto à prova pericial, se esta for requerida pelo autor, este custeia sua produção; se esta for requerida pelo réu, este a pagará; se ela for requerida pelo juiz, de ofício, ou por ambos os pólos da relação processual, por ter o autor iniciado à demanda, este custeia a prova técnica. E o que é óbvio: cada parte arcará com os honorários contratuais de seus patronos (à exceção dos sucumbenciais), bem como com as despesas dos assistentes técnicos que contratarem, não cabendo, para o presente trabalho, digressões sobre possibilidades de inclusão de tais despesas contratuais entre os valores antecipados e que podem ser ressarcidos dentro das despesas e custas decorrentes de sucumbência.

Noutro giro, ao beneficiário da assistência judiciária, afirma-se na lei haver isenção de antecipação de custas e, especificamente na lei que institui o benefício (Lei n. 1060, de 1950), há isenção mesmo em caso de derrota na demanda, da qual decorreria dever de ressarcimento ou quitação de custas, despesas processuais e honorários de sucumbência, isso, de modo condicionado (arts. 12 e ss da lei 1.060/50).

Digno de se observar, pois, que ao consumidor que figure no pólo de relação de consumo, anda que tenha em seu benefício deferida a inversão do ônus da prova e eventual custeio desta pelo fornecedor, só serão deferidos os benefícios da gratuidade e desoneração condicionada de ressarcimento de despesas em caso de sucumbência, se este requerer e tiver em seu benefício, no processo, definitivamente deferida (após incidente de impugnação, inclusive, se o caso), a gratuidade, o que exclui ao menos uma parcela de consumidores demandantes da desoneração de ressarcimento, a exemplo de pessoas jurídicas que discutam tais relações de consumo, sem requerimento do benefício.

Sabe-se haver efetiva falta de estrutura judicial para que peritos públicos, nas áreas técnicas médicas ou financeiras, contábeis e econômicas, como nos

³⁷¹ NUNES, Luis Antônio Rizzatto. 2008, *cit*, p. 776.

³⁷² SANTOS, Moacyr Amaral. 1955, v. 5, *cit*, p. 117 e 119.

³⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 1, *cit*, p. 670.

³⁷⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. 2007, v. 2, tomo I, *cit*, p. 310.

casos exemplificados, possam ser contratados por concurso e, conseqüentemente, possam atuar na produção destas provas, cujas razões, se por impossibilidade financeira ou mesmo não ser recomendável inflar quadros funcionais para tanto, não serão aqui discutidas.

Assim, se adotada a inversão do ônus da prova, com base no Art. 6º, VIII, do CDC, por critério judicial, em decisão devidamente fundamentada, dependerá da adoção da regra de efetivação de inversão, pelo magistrado, a efetiva inversão, também, do ônus econômico de suportar os honorários periciais ao fornecedor, ou determinar a inversão como regra de juízo e somente permitir como faculdade ao fornecedor o custeio da prova técnica, caso queira, para que, em caso de procedência da demanda, evite em seu desfavor presunções que vedem o *non liquet* e lhe imponham decisão desfavorável com base em verossimilhança-presunções preponderantes.

3.6 A “CRISE DE INSTÂNCIA” GERADA COM A AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL

Por crise de instância, entendia-se a expressão, originária do direito processual penal, utilizada para discriminar, na casuística ocorrente ao fim do sumário da culpa e início do juízo da causa, que se gerava, interrompendo a instância – vale dizer – trâmite na instância legal, do processo e julgamento – quando, pronunciado o réu por crime inafiançável, exigia a lei sua intimação de modo exclusivamente pessoal, caso contrário, era impossível o julgamento, suspendendo-se o feito.³⁷⁵

Tal previsão encontrava respaldo no art. 420 da lei processual penal, revogado em 2008 pela Lei 11.698, quando de reformas pelas quais passou o referido *códex*.

Especificamente para o presente trabalho, permitimo-nos utilizar de tal conceito, quando aduzimos que a demora ou não-realização de prova pericial técnica, no que tange às ações afetas a relações de consumo cujos fornecedores sejam instituições financeiras, seja por impossibilidade de o réu custar à perícia (se adotada a regra de juízo e advertida em saneador), ou recalcitrância do fornecedor em custear a produção da prova, *prima facie* (se adotada a regra de

³⁷⁵ Nesse sentido: TJSP – Rec. – Rel. Dirceu de Mello – RT 556/307.

comportamento-procedimento e advertida em saneador), quando já definida nos autos a necessidade ou não da referida prova, de inversão do ônus e sua modalidade, vem gerar verdadeira crise de instância, que pode se refletir, em um primeiro momento, no protrair indefinido do trâmite, do instante em que se verificam tais problemas e se buscam alternativas, examinam-se recursos, até que haja dispensa da prova e julgamento com eventual acolhimento de verossimilhanças preponderantes ou produção da prova e exame de seus postulados ou, em um segundo momento, a partir da verificação de um débito ou crédito em favor de alguma das partes e seja, então, necessária sua quantificação com conhecimentos tais.

Entende-se que, como consequência da demora ou inexistência de tal prova, além de ofensa aos postulados da efetividade processual e adequada tutela jurisdicional, também ao novel direito individual afeto à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).

Objetiva-se ainda advertir que, no presente trabalho, não se estuda, voluntária e conscientemente, a possibilidade de nomeação de peritos que exerçam atividade privada, com advertência, já na nomeação, das possibilidades de recebimento de honorários por seu trabalho técnico somente ao final do processo e de modo condicionado à sucumbência da instituição financeira ré, ou por meio de cobrança em ação de conhecimento em varas com competência material absoluta, em face da Fazenda Pública e após trânsito em julgado do processo, com prova por meio de certidão que conste efetiva atuação do perito e valores por seu trabalho fixados pelo juízo, com base em tabelas do órgão de classe, ante o descumprimento pelo Estado, da prestação de assistência judiciária integral conforme definida na Lei n. 1060.

Isso porque, a despeito de ser, em princípio, decisão que supre lacuna, ou ao menos interpreta extensivamente os dispositivos legais pertinentes, sendo verdadeiramente *praeter legem*, na casuística acima, não só o juiz, mas as próprias partes ficam submetidas, quase que inteiramente, à ética, lisura, responsabilidade e caráter do perito, sendo possíveis eventuais ilações a respeito de aplicação utilitária dos conhecimentos técnicos do perito, ou pretensa alegação de ofensa à imparcialidade essencial ao perito judicial, pelos interesses na oportuna satisfação dos honorários que se fixam sob expectativa e, conseqüentemente, interpretando-se tal ação não como profícua na tentativa de solução à questão, mas como capaz de

permitir fragilização do sistema da jurisdição contenciosa, quanto ao erro judiciário ou manipulação de provas e resultados, isso, a despeito do princípio do livre convencimento motivado, do sistema liberatório quanto ao acolhimento judicial da perícia pelo juiz ³⁷⁶.

Afigura-se, pois, em nossa visão, a título de arremate, desnecessário dizer novamente e de modo fundamentado, as conseqüências decorrentes da inércia à parte contra a qual é deferida a inversão do ônus da prova, nas relações de consumo, em cada modalidade específica definida pela doutrina como possível de se operar, a exemplo da antecipação dos honorários em caso de regra de juízo-julgamento, ou regra de comportamento-procedimento, sobretudo em caso de não produção da referida prova nos autos, bastando que se remeta o leitor do presente trabalho aos itens 2.8.2 e 2.8.3, *supra*.

Quanto às dificuldades de decisão conseqüente e prejuízos eventuais à efetividade processual, desenvolvemos o capítulo abaixo.

³⁷⁶ Nesse sentido, além da lei processual: MARINONI, Luiz Guilherme, *et al.* 2008, v. 2, *cit.*, p. 386; SANTOS, Moacyr Amaral. 1955, v. 5, *cit.*, p. 302; BUENO, Cássio Scarpinella. 2007, v. 2, tomo I, *cit.*, p. 310.

CAPÍTULO IV

EFETIVIDADE DAS DECISÕES NAS REVISIONAIS DE CONTRATO

4.1 A SENTENÇA, A LIQUIDEZ NECESSÁRIA AO TÍTULO JUDICIAL E A PROIBIÇÃO DE SENTENÇA ILÍQUIDA NO PROCEDIMENTO SUMÁRIO

Passa-se agora, a exames sobre a sentença, com preliminares exames de seu conceito, espécies e efeitos e, ainda, as provas que concluirão o que nela se decidir e sua necessária liquidez, aos procedimentos em que discutam ou revisem, contratos entre consumidores e instituições financeiras.

Conforme definição legal, sentença é ato decisório, segundo previsão do art. 162 do CPC, alterado recentemente pela Lei nº 11.232, de 2005, que deu nova redação ao § 1º do art. 162, do CPC.

O conceito legal prima pelo conteúdo da sentença, remetendo às hipóteses de extinção do processo previstas nos arts. 267 e 269 do CPC, em contraposição ao revogado conceito legal que determinava ser a sentença o ato pelo qual o juiz, decidindo ou não o mérito da demanda, punha termo ao processo. O novel conceito dispõe, *in verbis*, que “sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

Segundo estudo realizado por Bellinetti,³⁷⁷ o ato jurisdicional, praticado em exercício de função típica do judiciário, monopólio estatal desta, aliás, pode ser analisado em perspectiva *material*, quanto a sua função e efeitos que exorbitam do feito; e em perspectiva *formal*. A primeira se refere a sua *dimensão política* (ato emitido pelo poder estatal), na qual interessa exame de sua função na sociedade e, à segunda, cumpre o exame de sua dimensão processual, instrumentalizando a função jurisdicional³⁷⁸. Isso fica claro, quando leciona o indicado professor:

- a) No aspecto material há a perspectiva de sentença como o ato que estabelece (declarando – declaração pura ou constituição ou criando) a norma que irá reger o caso concreto, ao lado de um conceito mais amplo, colocando-se a sentença como o ato que se manifesta sobre o estabelecimento dessa forma, estabelecendo-a ou negando-se a fazê-lo.

³⁷⁷ BELLINETTI, Luiz Fernando. 1994, *cit*, p. 86.

³⁷⁸ *Ibidem*.

b) No aspecto formal, há a perspectiva de sentença como o ato que encerra o processo, independente de julgar-lhe o mérito, ao lado daquele que entende sentença como o ato que julga o mérito do processo, resolve um litígio autônomo, funcionando subsidiariamente o conceito atinente a ato emitido sob determinada forma.³⁷⁹

À luz da doutrina e mesmo da atual conceituação de sentença expressa no art. 162, § 1º, do CPC, são sentenças os atos que importam nas hipóteses dos arts. 267 e 269 do CPC, ou seja, que “extinguem o processo” (expressão comum aos dois artigos), com ou sem julgamento do mérito, respectivamente. Registra-se crítica da doutrina quanto ao conceito legal, pois, no mais das vezes, a sentença encerra o procedimento de primeiro grau, pois, sujeita a recurso, será este decidido por meio de acórdão.

São chamadas de definitivas, pela doutrina brasileira, as que definem a pretensão, promovendo o acerto da demanda, ou seja, as que contêm resolução de mérito (art. 269 do CPC). São terminativas, as demais, que, sem resolver o mérito, pretensão, extinguem o feito (art. 267 do CPC).

A sentença produz, de regra, efeitos principais e secundários, assim dispostos pela doutrina.

Registra a doutrina de Wambier³⁸⁰ a nomenclatura de efeitos anexos, referindo-se aos secundários, bem como a doutrina de Bueno³⁸¹, que se refere a efeitos anexos e acessórios.

São efeitos principais, de regra, os que decorrem da procedência, total ou parcial, ou ainda improcedência, da demanda, com as peculiaridades de seu conteúdo expresso no dispositivo, limite objetivo da coisa julgada (art. 469 do CPC) a depender da natureza da pretensão e, conseqüentemente, da decisão.

De modo diverso, efeitos secundários, ou anexos, são aqueles atribuídos por lei a algumas espécies de sentença, independentemente de formulação de pedido expresso e que, decorrem do fato da sentença, isto é, do simples fato de sua prolação, segundo Bueno³⁸², sendo verdadeiro fato jurídico desta decorrente. Precisam, todavia, estar contemplados no corpo da sentença para que se tornem efetivos *ex officio*, em alguns casos, ou permitam a invocação da tutela jurisdicional

³⁷⁹ Ibidem, p. 145.

³⁸⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues, *et al.* 2007, v. 1, p. 511.

³⁸¹ BUENO, Cássio Scarpinella. 2007, v. 2, tomo I, *cit.* p. 373 e 378.

³⁸² Ibidem, p. 378.

para sua satisfação, em outros casos, a exemplo da condenação em honorários, hipoteca judicial, etc.

Em relação à liquidez das sentenças, têm-se que são líquidas as sentenças que definem a obrigação e seu valor, ou os parâmetros pelos quais possa a esse chegar com simples cálculos aritméticos.

Vale dizer, são as sentenças que definem o *an debeatur* e o *quantum debeatur*.

Dispõe o art. 469 do CPC que é vedado proferir sentença ilíquida quando houver o autor formulado pedido certo.

Por pedido certo, entende-se, segundo a doutrina de Cássio Scarpinella Bueno, como aquele “que descreve com exatidão a extensão, quantidade e a qualidade do que o autor quer que lhe seja outorgado pelo juiz na sentença”.

Assim, conforme exemplos e definições colhidos da doutrina de Bueno, têm-se as seguintes prescrições:

[...] se pretende o adimplemento de uma cláusula contratual, deve descrever qual o conteúdo do adimplemento ameaçado pelo réu; se pretende a entrega de uma coisa, deve descrever qual é o bem pretendido, diferenciando-o de outros similares [...] ³⁸³

O parágrafo único do art. 459 **veda que, uma vez formulado pedido certo, possa a sentença ser ilíquida**, isto é, uma sentença que não *quantifique* o pedido do autor. Alguns autores chegam a sustentar que, **na impossibilidade de descobrir o valor do direito reconhecido ao autor, o caso seria de improcedência do pedido ou, quando menos, de o juiz converter o julgamento em diligência, isto é, reabrir a “fase instrutória”, em busca de provas suficientes para aquela finalidade** (art. 130; v.n. 3 do Capítulo 1 da Parte IV).

A **interpretação mais adequada para o dispositivo** e que vem recebendo **apoio na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça** é no sentido de que **não se deve deixar para a “fase de liquidação de sentença” (arts. 475-A a 475-H) atividade que já pode ser resolvida na fase instrutória**, e que diga respeito à **identificação do valor certo pretendido pelo autor. Até para que não ocorra a chamada “liquidação zero”** que, embora admitida pela doutrina e pela jurisprudência, não deixa de ser uma forma de *esvaziar* por completo o conteúdo da sentença, tornando inócua e frustrante a prestação jurisdicional.

Assim, se o autor formulou pedido *certo*, não pode a sentença ser ilíquida *desde que* já existam informações suficientes para, a este respeito, ser apreciada e decidida pelo juiz, vale dizer, para que ele profira “*sentença líquida*”. [...] (sem grifos nos original) ³⁸⁴

³⁸³ Ibidem, p. 77.

³⁸⁴ Ibidem, p. 361.

Não é demais lembrar que, é sempre na casuística dos autos, de modo fundamentado e à luz das provas nos autos especificadas, ao menos de regra e, excepcionalmente, *ex officio*, com base no art. 130 do CPC, se presente a necessidade de determinada prova e, desde que não saiba o juiz de antemão a quem beneficiará a prova no processo, é que deve o juiz determinar a prova técnica.

Como argumento, ainda, de reforço às lições aqui produzidas, colhidas da doutrina, entende-se que pedidos certos formulados em cumulação alternativa ou sucessiva, sobretudo sob a ótica do processo sincrético são possíveis e, as lições de Amaral Santos, citando inclusive Mortara, já festejavam antes da vigência do atual CPC, à luz do sistema da necessidade ou utilidade da prova pericial, o entendimento que tem recebido guarida no Superior Tribunal de Justiça e é evidenciado por Bueno em nota supra. Vejamos:

Desde que os fatos exijam para sua verificação conhecimentos especiais, isto é, sua fixação, comprovação ou interpretação por meio de peritos, são de ordem a constituir objeto de perícia. [...] O princípio é este: - livre é o juiz no ordenar a prova pericial. Mas essa liberdade precisa ser entendida dentro de certos limites, a fim de que não se converta em puro arbítrio, pernicioso à instrução da causa e ao interesse das partes. Constituem as restrições a esse arbítrio, no que concerne à perícia, um sistema a que MORTARA denominaria – *sistema da necessidade*, e que aqui se prefere denominar – *sistema da utilidade*.³⁸⁵

Das lições da doutrina de Marinoni e Arenhart, colhe-se interessante ilação, com a qual concordamos, qual seja, a impossibilidade de criar a sentença situações condicionantes.

Mais: aqui, tal casuística, se ocorrida, exigiria a interpretação trazida pelos doutrinadores paranaenses à sentença prolatada com tal vício, visando à retificação, integração ou modificação, porque aos casos objeto de estudo do trabalho, seria *in totum* aplicável, seja porque, ante a existência de pedidos certos por cumulação, pode haver fatos condicionais criados em sentença, o que não se admite, seja porque, com remessa para posteriores liquidações, quanto aos fatos em tese reconhecidos, a possibilidade de liquidação zero ou mesmo débitos extensos ao consumidor que teve em seu favor sentença não liquidada de procedência, revela, em nossa visão, verdadeira situação condicionante, que gera incerteza inclusive

³⁸⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. 1955, v. 5, *cit*, p 143.

quanto aos efeitos secundários de sentença (v.g., sucumbência). Nesse sentido, a referida doutrina.

Não é possível que a sentença condicione sua eficácia *a evento futuro e incerto por ela mesma criado*. Porém, ela evidentemente pode regular negócio jurídico que contemple *condição*.

Melhor explicando: a sentença pode regular negócio jurídico *que compreenda condição ainda não implementada* (ver arts. 121 a 130 do CC). O que é vedado é a sentença criar, ela própria, condição para sal eficácia. Em outras palavras, *é nula a sentença que condiciona a eficácia da condenação ao preenchimento de certos requisitos*.

É nesse sentido que o parágrafo único do art. 460 afirma que a sentença deve ser *certa, ainda quando decida relação jurídica condicional*. O que se quer dizer é que, ainda que a sentença enfrente *relação jurídica de direito material que contemple condição, ela deve ser certa*.³⁸⁶

Por fim, verifica-se que, na esteira de entendimentos que visam a outorgar rapidez e efetividade ao processo, já na fase de conhecimento, até como reconhecimento das lições doutrinárias afetas ao sincretismo processual e, conforme prescrição da lei, aqui literalmente interpretada e sem mais digressões, por sua simplicidade franciscana, as sentenças: a) nos procedimentos sumaríssimos, afetos aos juizados especiais cíveis, tal como previstos na Lei n. 9.099 e; b) nas hipóteses de ressarcimento por danos causados em acidentes de veículos de vias terrestres (art. 275, alínea d), do CPC) e, cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução (art. 275, alínea e), do CPC), por tratarem de procedimentos mais simples e céleres, resolvendo relações jurídicas de menor vulto ou complexidade, devem ser sempre líquidas, vedando-se as ilíquidas, *ex vi* do disposto nos arts. 38, parágrafo único, da Lei n. 9.099 e 475-A, § 3º, do CPC, inserido pela reforma da Lei n. 11.232, de 2005.

4.2 A LIQUIDAÇÃO PRELIMINAR, SUA MODALIDADE E A INEXORÁVEL EXIGÊNCIA, NOVAMENTE, DE PROVA TÉCNICA

Das lições acima, verificou-se que sentenças líquidas, definidoras do *an debeat* e também do *quantum debeat*, podem ser de imediato, perseguidas, fins de satisfação, a partir do trânsito em julgado.

³⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, *et al.* 2008, v. 2, *cit.*, p. 418.

Verificou-se ainda que, mesmo havendo pedidos cumulados, se forem certos, é possível e mesmo recomendável ao juiz, quando se verificar em possível “zona cinzenta” entre a certeza ou incerteza de pedidos, buscar liquidar a decisão, nos autos, em sede de processo de conhecimento, pois, se o pedido absolutamente certo, tal liquidação é dever do juiz, à luz do art. 459 do CPC.

Ainda, conforme a lei processual, para os pedidos incertos julgados procedentes, há procedimento bastante para tornar certo seu valor, ou seja, liquidá-lo, em fase seguinte e antes da execução-cumprimento, da sentença, qual seja, o instituto da liquidação, como dito.

Mas, em termos processuais, qual o objetivo, a natureza, enfim, o que é liquidação?

Impossível discorrer sobre tais questionamentos, sem que se observem as atuais prescrições legais acerca da liquidação, em razão de ter a liquidação de sentença, na lei processual civil, passado por modificações de posicionamento sistemático e mesmo redação de dispositivos, em razão de mini-reformas ao código, realizadas pela Lei n. 11.232, no ano de 2005.

Art. 475-A. Quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se à sua liquidação.

§ 1º Do requerimento de liquidação de sentença será a parte intimada, na pessoa de seu advogado.

§ 2º A liquidação poderá ser requerida na pendência de recurso, processando-se em autos apartados, no juízo de origem, cumprindo ao liquidante instruir o pedido com cópias das peças processuais pertinentes.

§ 3º Nos processos sob procedimento comum sumário, referidos no art. 275, inciso II, alíneas ‘d’ e ‘e’ desta Lei, é defesa a sentença ilíquida, cumprindo ao juiz, se for o caso, fixar de plano, a seu prudente critério, o valor devido.

Art. 475-B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

§ 1º Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até trinta dias para o cumprimento da diligência.

§ 2º Se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo

credor, e, se não o forem pelo terceiro, configurar-se-á a situação prevista no art. 362.³⁸⁷

§ 3º Poderá o juiz valer-se do contador do juízo, quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária.

§ 4º Se o credor não concordar com os cálculos feitos nos termos do § 3º deste artigo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador.

Art. 475-C. Far-se-á a liquidação por arbitramento quando:

I – determinado pela sentença ou convencionado pelas partes;

II – o exigir a natureza do objeto da liquidação.

Art. 475-D. Requerida a liquidação por arbitramento, o juiz nomeará o perito e fixará o prazo para a entrega do laudo.

Parágrafo único. Apresentado o laudo, sobre o qual poderão as partes manifestar-se no prazo de dez dias, o juiz proferirá decisão ou designará, se necessário, audiência.

Art. 475-E. Far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo.

Art. 475-F. Na liquidação por artigos, observar-se-á, no que couber, o procedimento comum (art. 272).

Art. 475-G. É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou.

Art. 475-H. Da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento.

Reproduzidas as disposições legais, é de rigor identificar, de antemão, a função primordial da liquidação.

Para tanto, têm-se as lições da doutrina, a exemplo de Cássio Scarpinella Bueno, em obra específica sobre o tema³⁸⁸, que aduz ser a fase em que se promove a fixação do *quantum debeatur*.

Nesse sentido, também, Marinoni e Arenhart, em volume específico de seu *curso*, quando indicam as funções específicas da liquidação por artigos, que toca ao presente trabalho – e que é consoante à função da outra modalidade de liquidação, por arbitramento, ou mesmo à função dos cálculos da contadoria e do credor – ao

³⁸⁷ Dispõe o CPC, no artigo a que a lei afeta ao cálculos preliminares nos remete, o seguinte: “Art. 362. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz lhe ordenará que proceda ao respectivo depósito em cartório ou noutro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o embolse das despesas que tiver; se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, tudo sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência”. Nota-se que a pena de presunção de apresentação de documentos não é, aqui, especificamente, aplicada, a uma, porque os cálculos não poderão substituir as prescrições fixadas no dispositivo de sentença e, para que a torne efetivamente líquida, tal exame é necessário, a exemplo do que ocorre com julgamentos na seara de consumo, em que figurem como rés instituições financeiras, realizados por presunção (aplicação de verossimilhanças preponderantes, *ex vi*, Marinoni e Arenhart) deixando para a liquidação o momento de se verificar efetivas taxas lançadas em desacordo com contrato, real capitalização ou lançamento de juros em desacordo com percentual contratado, dentre outras questões afetas ao tema.

³⁸⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do código de processo Civil. Comentários sistemáticos às Leis n. 11.187, de 19-10-2005, e 11.232, de 22-12-2005**. São Paulo: Saraiva, 2006, v 1. passim.

lecionarem que “portanto, a função da liquidação por artigos é a de permitir o encontro do *quantum debeatur* da execução a partir de fatos que não puderam e não precisam ser alegados ou provados na fase inicial de conhecimento”.³⁸⁹

Identificada sua função, é necessário que se esclareça, agora, a seguinte questão: É a liquidação de sentença, pois, uma ação autônoma ao processo de conhecimento, inserida entre as fases de conhecimento e cumprimento – execução – de sentença; é incidente da fase executiva, que a precede, ou; é incidente cognitivo, quando necessária à definição do valor do débito, após sentença e antes de requerimento de satisfação, que precede o Art. 475-J, do CPC?

Como complicador, apresentam-se diferentes concepções doutrinárias a respeito do tema e, também, recentes alterações legislativas que determinam que, da decisão proferida na liquidação, caberá agravo de instrumento.

Sem que se estendam indefinidamente questões sobre conceito e natureza da liquidação, o que, em verdade, possui substratos para formulação de tese a respeito do tema, reconhece-se na doutrina, efetivamente, três posições principais para alocação da matéria: a) incidente da fase de conhecimento; b) incidente da fase executiva, preliminarmente a esta e; c) real ação autônoma.

Em relação aos que definem liquidação como ação autônoma, consideramos interessante trazer fundamentos e posicionamento recentemente adotados de forma coerente, considerando-se as modificações da legislação, externadas pelo jovem processualista paranaense, de destaque no cenário nacional, José Miguel Garcia Medina, em obra específica, para quem o fato de ter havido união de fases do procedimento cível, não elimina a autonomia da liquidação:

A unificação procedimental existente entre as ações condenatórias e de execução não elimina a autonomia da ação de liquidação. O que ocorre é um procedimento que sucedem três ações (...) condenatória, de liquidação e de execução.³⁹⁰

“O elemento fundamental para a caracterização da autonomia da liquidação de sentença, assim, reside na diversidade de objetos da ação condenatória genérica e da ação de liquidação.”³⁹¹

De modo diverso, Marinoni e Arenhart são categóricos em afirmar que se trata de incidente cognitivo, seja porque o cumprimento se dá no bojo dos autos da

³⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**, 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. v. 3: execução. p. 131.

³⁹⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. **Processo Civil: execução**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 227.

³⁹¹ Ibidem, p. 228.

ação de conhecimento, seja em razão do recurso que as modificações legislativas impõem à decisão de liquidação (art. 475-H, do CPC), quando dizem:

Frise-se que, diante da disciplina atualmente em vigor, não se pode mais cogitar de atribuir à liquidação por artigos, diante da sentença civil, natureza de processo autônomo. Ao afirmar que o recurso cabível contra o ato que decide a liquidação – em qualquer das suas modalidades – é o agravo de instrumento, a lei teve o preciso intuito de evidenciar que a liquidação é apenas um incidente de um único processo, que iniciou com a ação que deu origem à sentença ilíquida

³⁹²

Adotamos, em síntese, às finalidades do presente trabalho, a posição de que a liquidação de sentença é, efetivamente, incidente cognitivo posterior à sentença e preliminar ao requerimento de satisfação pela via do cumprimento (art. 475-J do CPC), seja a liquidação provisória (art. 475-A, § 2º, do CPC) ou definitiva – a depender de ter recebido a sentença, a qualidade de imutabilidade de seus efeitos, pelo trânsito em julgado.

Como fundamentos para tal adoção, indicamos não a acima indicada pelos mestres Marinoni e Arenhart, mas porque, dentro da ótica do sincretismo processual, do processo civil de resultados e, da própria determinação legal de intimação do liquidando por seu advogado, quando iniciada a liquidação (art. 475-A, § 1º), tal entendimento se afigura mais dinâmico ao processo, em nossa visão; permite decisão interlocutória que, a despeito da necessidade de esmerada fundamentação (art. 93, IX, da CF/88), é lavrada com menos formalidades que a sentença e; somente se suspenderá a execução da decisão de liquidação que complementa a sentença, se houver em segundo grau, acolhimento de pleitos de efeito suspensivo a agravos interpostos, isso, sem prejuízo de ser possível o trâmite da liquidação em apenso, a exemplo do que ocorrem com impugnações ao valor da causa, à assistência judiciária, nas exceções, todas também decididas por interlocutórias.

Em relação às modalidades de liquidação de sentença, verifica-se que as atuais disposições prevêm as liquidações por arbitramento (art. 475-C, do CPC) e por artigos (art. 475-E, do CPC), deixando de adotar como modalidade de liquidação, procedimento antigo e já abolido do CPC, denominada liquidação por cálculos do contador, por entender o legislador que, com efeito, se há necessidade apenas de verificação de documentos e conseqüentes cálculos aritméticos, a

³⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *et al.* 2008, v. 3, *cit.*, p. 133.

sentença já é líquida e, sequencialmente, nas novas disposições o legislador distribui tal incumbência, a exemplo do Art. 475-B.

Dinamarco, em sua obra de vida descreve, nos exatos termos das espécies de liquidação na lei indicada, tais modalidades consagradas de liquidação, a casuística em que podem ser utilizadas e, enfim, corrobora o acerto legislativo em relação à questão, excluindo-se a liquidação por cálculos, quando diz:

A obrigação declarada não se considera ilíquida, nem *genérica* a condenação, quando na sentença estão indicados todos os elementos necessários para determinar a quantidade de bens devidos, mediante meras *operações aritméticas*. Liquidez existe tanto nas obrigações *determinadas* em moeda, quanto nas *determináveis* mediante simples contas. Nesses casos, em vez de promover à liquidação de sentença, que então é desnecessária e inadmissível, ao propor a execução o autor fará seus cálculos e lançá-los-á numa *memória discriminada e atualizada*, que anexará à petição inicial [...] Existem dois modos de liquidar sentenças condenatórias, que serão adequados conforme o que faltar na parte declaratória de cada uma delas. Quando o que falta é somente a avaliação de um bem, serviço, ou dano, faz-se a *liquidação por arbitramento*, na qual se procede a avaliações dessa ordem. Quando faltar conhecer ainda de *fatos* que influirão na determinação do valor da obrigação, é adequada a *liquidação por artigos*: por exemplo, quando o juiz condenou a reparar *lucros cessantes*, mas ainda não se sabe com precisão o que e quanto o autor *razoavelmente deixou de lucrar* em virtude do ato ilícito (CC, arts. 402-403).³⁹³

Nesse sentido, leciona também Bueno, ao definir que “nesse contexto, assume importância a liquidação por artigos, quando deverá ser alegado e provado fato novo (art. 475-E). Entendimento diverso seria tornar inócua a prestação jurisdicional em casos como os regulados pelo dispositivo”.³⁹⁴

E vai além, quando, na esteira de jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, declara, comentando o art. 459 do CPC, a franca implementação dos deveres do magistrado de, tanto quanto possível, liquidar pedidos em sentença, ao declarar:

A hipótese inversa regulada pelo parágrafo único do art. 459, é dizer, de formulação de pedido *ilíquido* e proferimento de sentença *líquida*, é admitida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quando, ao longo da “fase *instrutória*”, o *quantum debeatur* for debatido sem prejuízo do desenvolvimento do contraditório e da

³⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 3, *cit.*, p. 236-237.

³⁹⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. 2007, v. 2, tomo I, *cit.*, p.362.

ampla defesa do réu. É a diretriz que, com a lei n. 11.232/2005, veio para prevalecer em alguns dos casos que devem tramitar sob o procedimento sumário (v.n. 2 do Capítulo 3 da Parte VI).³⁹⁵

Admita-se, pois, agora, em específico, a liquidação por artigos, definida sobretudo nos arts. 475-E e F, do CPC:

Art. 475-E. Far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo.

Art. 475-F. Na liquidação por artigos, observar-se-á, no que couber, o procedimento comum (art. 272).

Com efeito, os fatos novos são, na casuística dos contratos de consumo afetos ao presente trabalho, aqueles que são reconhecidos em tese na sentença, mas que são de necessária verificação temporal, quantitativa e de valor, após interpretação de cláusulas e fatos no contrato ocorrido, com as declarações de legalidade ou ilegalidade de cláusulas, o que pode levar até mesmo à não fomentada, mas ocorrente, liquidação zero, já citada, mesmo porque, a sentença, deverá ser, senão líquida, quando menos liquidada, em algum tempo, para que a parte vencedora saiba que ganhou e o quê, ganhou, efetivamente, adequando-se a tutela jurisdicional aos seus preceitos máximos.

Assim, Marinoni e Arenhart descrevem, em breves linhas, seu procedimento, ressaltando as plenas possibilidades de, “no que couber”, aplicarem-se as disposições do procedimento comum ordinário e, por óbvio, instrução, com todas as provas lá previstas, dentre elas, a prova técnica do art. 420 do CPC.

Normalmente, tal forma de liquidação se relaciona aos casos de “pedido indeterminado” autorizado por lei (art. 286 do CPC). Em tais casos, porque a lei expressamente autoriza o autor a apresentar detalhes de seu pedido futuramente, especificando a exata extensão de seu pedido mediato, poderá ele, após a condenação, valer-se da liquidação por artigos para deduzir esse novo material, integrando a sentença condenatória e especificando o exato montante da condenação.

De acordo com o art. 475-F, “na liquidação por artigos observar-se-á, *no que couber*, o procedimento comum (art. 272)”, já que sua finalidade é, como visto, a cognição de fatos novos. Porém, a alusão da norma à expressão “no que couber” evidencia que a liquidação por arbitramento adapta-se ao art. 475-A, §1º, no que fala em “requerimento de liquidação” e em parte ré “intimada”.

³⁹⁵ Ibidem.

Apresentado o requerimento de liquidação por artigos, será o requerido intimado, quando possível na pessoa de seu advogado (art. 475-A, §1º), para impugnar os fatos narrados no requerimento de liquidação (ou na petição inicial) no prazo de quinze dias. Alegando-se, nesta defesa, questão processual ou exceção substancial indireta, deverá o juiz permitir a réplica do autor. Cumpridas as providências preliminares, em regra, deverá o juiz designar audiência preliminar e, se for o caso, audiência de instrução e julgamento. Ultimada a instrução do incidente, deverá ser decidida a liquidação, fixando-se o valor exato da execução, em ato que desafia recurso de agravo por instrumento (art. 475-H).³⁹⁶

Nesse sentido, as lições de Medina, para quem o conceito de fato novo é imodificável, sem possibilidades de extensão à casuística dos autos e, assim, cinge-se a fatos ocorridos e não alegados até o ajuizamento da demanda, ou fatos efetivamente novos, ocorridos no curso do processo, o que, em nossa visão, legitima ainda mais o dever do juiz, já exposto pela doutrina de Bueno e jurisprudência do STJ, (supra), de efetivar provas ainda que técnicas, havendo pedidos cumulados alternativamente, por mais complexos que sejam, para possibilitar quantificação no bojo da fase cognitiva ou, quando menos, possibilitar aplicação de mera requisição e busca dos documentos para cálculos bastantes, na fase que se segue à sentença, conforme prescreve o art. 475-B do CPC, aos procedimentos de relações de consumo no presente trabalho indicados, sob pena de parecer querer o juiz postergar, indefinidamente, a efetiva resolução da tutela a ser prestada no caso.

O procedimento na liquidação por artigos, a teor do que dispõe a norma do art. 475-E do CPC, será dotado sempre que, para se determinar o valor da condenação, exista a necessidade de se alegar e provar fato novo. Não se considera prova de fato novo o fornecimento de dados sobre os quais se realizarão cálculos aritméticos. Deverá o juiz, neste caso, aplicar o disposto no § 1º do art. 475-B do CPC, examinado adiante. Por fato *novo*, entende-se qualquer ocorrência que se tenha dado depois da propositura da ação ou depois da realização de determinado ato processual. A liquidação por artigos será necessária, portanto, quando para se determinar o valor da condenação, houver a necessidade da prova de fato: (a) que tenha ocorrido depois da sentença, e que tenha relação direta com a determinação da extensão da obrigação nela constituída; ou de fato (b) que, mesmo não sendo a ela superveniente, não tenha sido objeto de alegação e prova no bojo do anterior processo de conhecimento, embora se trate de fato vinculado à obrigação resultante da sentença.³⁹⁷

³⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *et al.* 2008, v. 3, *cit.*, p. 132-133, *passim*.

³⁹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. 2008, *cit.*, p. 237.

Há, pois, no mínimo, acerto nos entendimentos que exijam prova técnica já no curso da fase de conhecimento, em revisionais, ou, quando menos, aplicação tardia de tais possibilidades, na fase de liquidação, utilizando-se a liquidação por artigos, como melhor ferramenta legal para tanto, por ser mais ampla e com objetivos mais coerentes do que a liquidação por arbitramento, às hipóteses, sobretudo pela aplicação suplementar do procedimento ordinário, no que couber.

Em síntese: às casuísticas de inúmeros, senão a quase totalidade dos processos em que haja relação de consumo, sendo integrante, de um lado, instituições financeiras fornecedoras e cujo objeto seja a revisão, discussão de interpretação e limites de contrato, ou mesmo cobrança de obrigações contratuais, quanto a estas, é possível e recomendável a realização da prova técnica.

Isso se dará, sobretudo, havendo pleitos de pedidos certos em cumulação alternativa ou sucessiva, quando a lei exige prolação de sentença líquida e exige a comprovação e quantificação técnica de fatos (art. 459, CPC), ou mesmo se houver pedidos certos e incertos, cumulados, que dificultam, mas não impedem, na fase de conhecimento, a busca do acertamento de fatos por meio de prova técnica, quando necessária, em um primeiro momento, ou permite, na liquidação por artigos, a prova que faltou à fase cognitiva, qual seja, a perícia.

Sobre a necessidade de atuação técnica, que não é suprida pelos assistentes técnicos, sobretudo por sua diversidade de funções ou mesmo de ótica, não é demais repisar as lições da doutrina clássica, mesmo antes das modificações legais aqui indicadas.

Nesse sentido, Amaral Santos quando afirma que:

Em suma, ao passo que o perito era, como o é em face da lei vigente, o sujeito ativo da perícia, no assistente técnico se via o assessor da parte e o fiscal do perito, sem embargo de, na prática, como em momento oportuno se mostrará, colaborar com o seu fiscalizado para a maior segurança e perfeição da prova resultante da perícia.³⁹⁸

E sintetiza o referido mestre, com a sapiência que lhe cabe, que o laudo é meio de prova técnica, que cumpre as funções de verificação, limitação e esclarecimento de fatos cujo conhecimento exorbita o ordinário, útil à instrução, ao dizer:

³⁹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. 1955, v. 5, *cit.*, p. 58.

O perito é auxiliar do juiz e como tal, para suprir as insuficiências deste, tem por função verificar fatos e suas circunstâncias, transmitindo ao juiz não só suas percepções como também os conhecimentos técnicos ou científicos necessários à sua compreensão ou interpretação. O laudo, ou parecer, que emite, constitui peça de instrução do processo, meio de prova no qual irá o juiz beber elementos para a formação de sua convicção com referência aos fatos da causa.³⁹⁹

Mais que isso: necessário, novamente discorrer sobre o fato de que, nas casuísticas das demandas em comento, por haver dificuldade probatória e não impossibilidade probatória e, estando os substratos possíveis ao exame dos ajustes, nas mãos das instituições financeiras, sejam com pleitos cautelares de exibição ou mesmo incidentes, seja com documentos trazidos voluntariamente pelas partes ou seja na prova especificada e deferida judicialmente, em que delibera o magistrado sobre a inversão do ônus de prova, por necessidade de prova técnica, de rigor que essa se produza por ser prova possível, suficiente, a ser adquirida pelo processo e utilizada ainda que em desfavor do responsável por sua produção e, assim, obstar-se a aplicação evidentemente suplementar de institutos como a verossimilhança preponderante ou sistema de presunções.

Ademais, as reservas da doutrina a tais institutos, sejam quanto à tecnicidade, de Cândido Dinamarco, sejam quanto às possibilidades indiscriminadas de aplicação, de Marinoni e Arenhart, ora repisadas, são esclarecedoras e têm lugar:

Constitui presunção relativa o processo mental que conduz à aceitação de um fato controvertido como existente, sem que este esteja provado e até que o contrário venha a sê-lo. [...] ⁴⁰⁰

A experiência que encoraja as pessoas a presumir não é necessariamente científica, ou mesmo técnica. Não se cogita da demonstração cabal de uma relação de causalidade entre dois fatos que ordinariamente se sucedem, bastando a mera observação empírica dessa relação constante de encadeamento entre eles. **Sem qualquer apoio científico, de uma simples dor no calo o homem da roça deduz que uma chuva está se aproximando. Isso é presunção, tomada pela observação daquilo que ordinariamente acontece, embora de base puramente empírica e pouco confiável.** [...] ⁴⁰¹ (destacamos)

É indispensável à prova técnica quando o fato depender de conhecimentos especializados e mais profundos, como o próprio art. 335 ressalva e o art. 145 exige. [...] ⁴⁰²

³⁹⁹ Ibidem, p. 73.

⁴⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004, v. 3, *cit.*, p. 77.

⁴⁰¹ Ibidem, p.113-114.

⁴⁰² Ibidem, p. 123.

Nenhuma presunção é meio de prova, querem as absolutas, ou as relativas, as legais ou as judiciais. Nenhuma delas se resolve em técnica de exame das fontes probatórias, a ser realizado segundo regras do procedimento e com a participação dos litigantes em contraditório. [...] ⁴⁰³

E, como dito, também Marinoni e Arenhart:

Não há como negar que o juiz não pode apreender a essência da verdade e que a prova não pode ser pensada como meio capaz de reconstruir os fatos da causa. Isso não significa, entretanto, conforme já dito, que o juiz não deva procurar se convencer a respeito da verdade. [...] ⁴⁰⁴

[...] o juiz, ainda que não possa buscar, na perspectiva gnoseológica, a verdade dos fatos – até porque essa não pode sequer ser sua intenção –, evidentemente, não pode abrir mão da necessidade de se *convencer* para julgar o mérito. [...] ⁴⁰⁵

Não há dúvida de que a *difficuldade de prova e a natureza do direito material* podem justificar a redução das exigências de prova *no caso concreto*, dando ao juiz a possibilidade de se contentar com a verossimilhança. *Mas isso somente pode ser admissível em casos excepcionais*, e não como regra. ⁴⁰⁶

4.3 O DEVER DE PROVA NA LIQUIDAÇÃO, O CUSTEIO DESTA E O RISCO DE REPETIÇÃO DA ILIQUIDEZ - MOROSIDADE CONSEQÜENTE AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Convém, para desenvolvimento do presente tópico, assumir, como acima já se discorreu, que é possível a produção de prova técnica, ainda que tardia, a relações jurídicas de consumo tais como as discutidas na casuística do presente trabalho, pois, de início, aduzimos que em nossa visão trata-se de pedidos certos e dever ser, pois, liquidados na execução.

Assim não sendo, pode-se e deve-se, por premente necessidade, promover a produção da prova técnica em sede de liquidação.

Assim, a liquidação mais indicada, como se pode afirmar, é a liquidação por artigos, que permite provas, fatos novos, maior integração de sentença anterior e, com isso, mais facilidades de acerto da demanda preliminarmente ao cumprimento de sentença, pela aplicação “no que couber”, das disposições do

⁴⁰³ Ibidem, p.124.

⁴⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, *et al.* 2008, v. 2, *cit.*, p. 469.

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 470.

⁴⁰⁶ Ibidem.

procedimento comum ordinário (arts. 475-E e F, do CPC), de modo suplementar, como afirmamos.

Mas, sinteticamente, cumpre ao presente tópico perguntar – e responder – a duas ilações importantes: A quem incumbe o ônus da prova técnica a ser produzida na fase de liquidação? Ela pode, aqui, ser invertida, em que momento e modalidade? Quais as consequências da inversão?

As respostas, quero crer, saltam da leitura técnica e sintética da lei e de capítulos anteriores ao presente trabalho.

Em relação à divisão do ônus de prova, indica-se a previsão legal de aplicação, no que couber, do procedimento comum ordinário (art. 475-F, do CPC), uma vez que, o liquidante faz às vezes de autor e o liquidando, requerido, com artigos a serem comprovados como pedidos da liquidação, que devem estar embasados em fatos constitutivos e na sentença antes prolatada, para fins de presunções ainda que relativas e somente quanto a sua ocorrência.

Assim, a liquidante e liquidando, aplicar-se-ão as regras dos Arts. 333 e seguintes do CPC, com divisão *ope legis* do ônus da prova, *prima facie*.

Em relação à possibilidade de inversão, tal como prevista no art. 6º, VIII, do CDC e, considerando a máxima já exposta de que, ressalvado o genericamente solidificado na sentença, o procedimento de liquidação em tudo o que couber observará o procedimento ordinário, inclusive com deliberação sobre necessidade ou não de instrução, o ônus da prova pode sim, ser invertido, a critério judicial, com base na lei consumerista, durante a instrução da liquidação, uma vez que aqui, se quantifica o débito.

Ademais, como pudemos afirmar, ainda quando a lei exija, a exemplo do Art. 475-B, mera apresentação de documentos pelo liquidado, pára cálculo aritmético de sentença líquida, não se aplicam presunções para apuração de valores a executar pelo vencedor e, mas pena de busca e responsabilização por desobediência, e assim, utilizando-se de regra basilar de hermenêutica (mesma razão, mesma solução), que dirá no procedimento em que, com oportunidade de provas, se busca a liquidação efetiva.

Assim, a nosso ver, na liquidação, para aplicação, realmente possível, de inversão do ônus probatório na forma do CDC, em benefício do consumidor, transportar-se-ão à liquidação, somente com mudança de nomenclatura dos

envolvidos, os requisitos, momentos, técnicas e consequências antes expostos nos itens 2.5; 2.6; 2.7 e 2.8, do capítulo 2, *supra*, deste trabalho.

De rigor ainda, considerar brevemente o que seja “cumprimento de sentença”.

Inserido na legislação pela lei n. 11.232, de 2005, como forma de implementação parcial do sincretismo processual, mitigando formalismos extraordinários e pugnano pela quebra da visão dicotômica da fase declaratória de conhecimento e fase executiva, da satisfação dos pleitos reconhecidos pelo judiciário, segundo a doutrina sobre o tema, cumprimento de sentença é a nomenclatura legal que adotou a referida lei, especificamente nos arts. 475-I e 475-J, do CPC, para identificar a fase processual de satisfação e execução do direito reconhecido na fase de conhecimento, realizada no bojo do próprio processo de conhecimento, depois de encerrada a fase cognitiva em que se reconhece obrigação de fazer, de entregar coisa ou em que alguém é condenado a pagar quantia certa.

Não se afigura errôneo, registre-se, o entendimento de que cumprimento de sentença é expressão destinada a identificar também o cumprimento das obrigações de fazer e entregar coisa, por expressa disposição do título em que inserido o art. 475-I, do CPC e mesmo no *caput* deste, isso porque se refere, respectivamente, aos arts. 461 e 461-A, ambos do CPC (acrescentados pelas reformas de 1994 e 2002, na tentativa de outorga de efetividade às decisões de tal natureza), a despeito de não se referirem estes últimos artigos indicados a sentenças e, sim, decisões.

Identificando o cumprimento como fase executiva de feito unificado, temos José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Tereza Arruda Alvim Wambier quando dizem que:

[...] houve, assim, unificação procedimental entre ação condenatória e a ação de execução, quanto ao cumprimento de sentença que reconhece a existência de obrigação de pagar quantia certa ⁴⁰⁷.

Tal modificação facilita, sobretudo, a defesa na fase executiva, desburocratizando-a, sobretudo ao executado, uma vez que, conforme previsão do art. 475-L, do CPC, pela lei inserida e, de acordo com as lições de Athos Gusmão

⁴⁰⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006, v. 2. p. 143.

Carneiro⁴⁰⁸, e mesmo Marinoni e Arenhart⁴⁰⁹, citando exposição de motivos da lei, há atualmente, desnecessidade de ajuizamento da ação de conhecimento incidental à execução, antes denominada embargos e que permitia ao executado defender-se por meio de ação, com custas, distribuição, formalismos, bastando à impugnação pro petição no bojo dos autos em que se solicita o cumprimento da sentença.

É bem verdade que a impugnação ao cumprimento só deve ser ofertada, pena de preclusão, após intimação do executado, quanto à penhora e avaliação, por meio de peça de impugnação, o que a nosso ver pode ainda, *de lege ferenda*, ser revisto, uma vez que, na execução de título extrajudicial, modificada em 2006, tal garantia preliminar à defesa foi suprimida.

Que não se avenge a hipótese de manifestações em sede de impugnação ao cumprimento, quanto à nulidade ou excesso de execução ou de penhora, como razão para a exigência de garantia preliminar, sobretudo porque são as matérias da impugnação, limitadas no corpo do art. 475-L, pois, diferente desta, os embargos à execução de título extrajudicial não comportam limitação de matérias de defesa, podem também veicular tais pleitos e, nestes, para que se agilize a prestação jurisdicional da ação de defesa contra a execução, tal garantia foi suprimida, o que afiguraria contra-senso doutrinário, assim aduzir.

Nessa esteira, como argumento de reforço, registre-se: segundo a doutrina acima indicada⁴¹⁰, não é necessário que o executado, em fase de cumprimento de sentença, aguarde a intimação para oferta de sua peça de impugnação, podendo, caso o executado acompanhe o procedimento, antes ainda de sua intimação da penhora e avaliação, defender-se. Isso é possível, mas não obrigatório, a despeito, como dito, de serem as matérias elencadas como hipóteses de impugnação no art. 475-L do CPC, com maioria quase absoluta, questões de ordem pública, que levariam mesmo à discussão sobre a manutenção ou não, da objeção de pré-executividade, à exceção de nulidades de penhora, futuras, e erros de avaliação.

Conforme se colhe dos argumentos acima, em considerações objetivas pode-se observar que, postergando-se a prova técnica de fatos possíveis – quando

⁴⁰⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Do cumprimento da sentença conforme a lei nº 11.232/2005. parcial retorno ao medievalismo? por que não?**. In: Revista do Advogado. n. 85. Ano XXVI. maio 2006, São Paulo: Aasp. p. 25.

⁴⁰⁹ “quando a ação passa à fase de execução, o executado, ao apresentar impugnação, obviamente não exerce pretensão à tutela jurisdicional do direito, limitando-se a negar a tutela jurisdicional do direito almejada pelo autor. Portanto, a impugnação tem nítido caráter de defesa, de reação à tutela jurisdicional do direito, pretendida através da ação”. MARINONI, Luiz Guilherme, *et al.* 2008, v. 2, *cit.*, p. 294-295.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 292 e 295.

se recomenda ser realizada na fase de conhecimento – para a fase de liquidação de sentença, que se dá na forma de liquidação por artigos (art. 475- E e F, do CPC) na casuística das relações no trabalho identificada e, determinando-se a lei e doutrina que, no que for cabível, aplicam-se à liquidação por artigos, o disposto no procedimento de conhecimento (art. 282 e seguintes, do CPC), tal postergação acabaria fatalmente por determinar ainda maior morosidade ao cumprimento de sentença.

A morosidade que vislumbramos, em última análise, decorreria exatamente da necessidade insofismável de tal prova para a maioria de relações deste jaez, uma vez que, todos os problemas quanto à possibilidade legal de inversão do ônus da prova *ope iudicis*, prevista no CDC, e as conseqüências da não obtenção da prova nessa fase (vide itens 2.5 a 2.8, supra), seriam transferidos à fase de liquidação em que o sistema de presunções é visivelmente mitigado, notadamente ante seu objetivo (apuração do quantum debeatur) gerando novamente prejuízos ao processo efetivo e à tutela jurisdicional adequada à espécie.

CAPÍTULO V

PROPOSTAS DE RESOLUÇÃO

5.1 A VISÃO ICONOCLASTA DO SISTEMA

Impossível utilizarmos de tal ótica, quanto ao sistema protecionista do consumidor expresso na lei n. 8.078, políticas quanto às relações de consumo nele estabelecidas e, aceitação do microsistema consumerista brasileiro como fonte primária de resolução de tais conflitos⁴¹¹, inclusive no que tange às prescrições de natureza processual, sem que se tenha em mente a significação de ícone, que, segundo preliminar definição em enciclopédias abertas⁴¹², é a imagem, abstração de algo que é do nosso conhecimento o representa.

Em dicionários, ícone é assim definido:

“*s.m* - imagem pintada da Virgem, ou dos santos, na igreja russa e grega”⁴¹³.
 “*fig.* - pessoa ou coisa que simboliza acontecimento, estilo, período, etc.”⁴¹⁴.

Destarte, podemos afirmar que há, efetivamente, dois ícones, representando sistemas, que são considerados verdadeiras fontes primárias de natureza mista (processual e material), ao menos no que tangem às prescrições sobre prova, porque definem em seu bojo (arts. 333 e ss, do CPC e; art. 6.º, VIII, do CDC), normas a respeito destas em procedimentos judiciais; *um*, para todo procedimento clássico, ordinário, submetido regular e corriqueiramente à atividade jurisdicional – qual seja, o CPC, lei anterior e geral, com divisão legal do ônus de prova – e, *outro*, para todas as relações de consumo em que figurem como partes, de um lado,

⁴¹¹ Conforme idéias de Rizzato Nunes, Elizabeth Freitas, Cavalieri Filho e outros, já expostas no presente trabalho.
⁴¹² “Ícone, para a Semiologia, é uma imagem que mantém com um determinado objeto uma relação de semelhança ou propriedade. Um ícone é uma abstração de algo que é do nosso conhecimento e apresenta pelo menos um traço em comum com o objeto representado. Como exemplos de ícones podemos citar um retrato que se toma pela pessoa retratada, um mapa pela localidade referida, o desenho de uma casa pela própria casa, o de um avião pelo aeroporto, o de talheres por um restaurante. O ícone possui relação de semelhança com o objeto que representa. Ele possui três níveis: imagem (aparência visual) - ex. caricatura; diagrama (relações internas e estruturais) - ex. um mapa; metáfora (possui significado semelhante em algum aspecto) - ex. o leão, uma fera indomável, associado ao Imposto de Renda. PEIRCE dizia sobre o signo: "Defino um ícone como sendo um signo que é determinado por seu objeto dinâmico em virtude de sua natureza interna". Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dcone_\(semi%C3%B3tica\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dcone_(semi%C3%B3tica)) – acesso em 04/03/2010, 0h34min.

⁴¹³ FERNANDES, Francisco, *et al.* 2003, *cit.*

⁴¹⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. 1999, *cit.*

consumidor(es) e, de outro, fornecedor(es), se presentes seus requisitos e haja decisão fundamentada deferindo sua aplicação – vale dizer, o CDC, editado em norma de igual hierarquia, prevista constitucionalmente, posterior e especial, com previsão de inversão judicial do *onus probandi*.

Assim, tais sistemas exigem, em relação a suas fontes, quando menos, franco diálogo, dentro da expressão e conceito divulgados pela doutrina, a exemplo de Cláudia Lima Marques⁴¹⁵, sempre com ótica de defesa efetiva aos direitos e interesses dos consumidores, conforme lecionam os autores do anteprojeto, em obra comentando o texto legal, ao menos em nossa visão, seja em perspectiva microeconômica, privatista mas legalmente dirigida (interesses do consumidor individualmente considerados), em uma perspectiva metaindividual (relativa a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, afetos ao consumidor e relações de consumo) ou mesmo em uma perspectiva macroeconômica, afeta ao interesse público (políticas de consumo, programáticas e efetivas).

Somente como o referido diálogo assegurado, com base na lei e seus postulados, poder-se-á buscar a estabilidade e solidez ao sistema processual judicial, redução de fatores econômicos de risco, estabilidade das relações jurídicas e conseqüente desenvolvimento da economia, abrindo-se, conseqüentemente, espaço para seguros investimentos no país, vale dizer, fomento público e privado, aplicando-se, pois, ao diálogo entre as referidas fontes, a ótica social, mas embasada na lei que a referida ótica recomenda interpretar e não modificar, deturpar, desconsiderar.⁴¹⁶

De rigor ainda, utilizar ótica indicada no item proposto, iconoclasta^{417 418} – que traz, implicitamente, a idéia de ruptura⁴¹⁹ – e que pode, a depender da viabilidade de sua adoção, em qualquer nível, ser aplicada aos referidos sistemas.

⁴¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Introduzindo o diálogo das fontes**. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. *et al.* 2008, *cit.*, p. 87 e seq.

⁴¹⁶ Art. 5º da LICC, estendendo-se, aqui, a todo intérprete do direito.

⁴¹⁷ “1. diz-se de quem destrói símbolos, estátuas, etc. 2. Fig. Diz-se de, ou pessoa irreverente”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. 1999, *cit.*

⁴¹⁸ “adj., e s. 2 gên. Destruidor de imagens religiosas ou de ídolos (do *gr. eikonoklastes*)”. FERNANDES, Francisco, *et al.* 2003, *cit.*

⁴¹⁹ “Iconoclasta: adj. e s.m. e f. Membro de uma seita herética que, no Império bizantino, no séc. VIII, proibia e destruía as imagens sagradas. Fam. Diz-se de, ou pessoa que demonstra desrespeito pelas tradições. Pessoa que ataca crenças firmemente enraizadas – disponível em: <http://www.dicio.com.br/iconoclasta/> - acesso em 04/03/2010, 1h.

A referida visão tem como idéia primordial a quebra de dogmas, das imagens que clássica e solidamente se estabeleceram nos sistemas de prova tradicional e, após a promulgação da lei consumerista, também relativamente a ela.

Tal idéia, ainda, a depender do rigorismo com que adotada, pode, em nossa visão, ou impedir de modo absoluto o diálogo entre as referidas fontes, nos ícones representadas, determinando, em qualquer hipótese, a aplicação independente de tais sistemas de prova ou, a depender da posição mais branda que se adote, é possível, sim, permitir interrelação entre estas, visando, no processo individualmente considerado, a resolução sistêmica e integrada ou, em alguns casos e em determinadas modalidades de prova, aplicação isolada e teleológica de um dos sistemas de distribuição do ônus de prova, aqui estudados.

Observa-se, inclusive, que a quebra parcial e ponderada de visões e posições dicotômicas, arraigadas no sistema e devidamente fundamentadas, com a finalidade manifesta de buscar maior efetividade a procedimentos cíveis, ocorreu recentemente no panorama processual da execução dos títulos judiciais, quando da instituição do cumprimento de sentença e defesa nessa fase por meio de impugnação, no bojo dos próprios autos em que prolatada a sentença de conhecimento, com outorga de eficácia executiva ao título condenatório expedido na fase de conhecimento, possibilidade de defesa incidente a ser decidida por meio de interlocutória, ao menos para os casos de rejeição ou acolhimento parcial de suas razões, com determinação de continuidade da execução (art. 475-j e seguintes, do CPC, instituídos pela Lei 11.232 de 2005) sendo inclusive festejadas por baluartes da doutrina processual e comunidade jurídica em geral, que viram em tais posturas a busca das finalidades primordiais da jurisdição e do processo, que não é, obviamente, um fim em si mesmo.

Nesse sentido, repisam-se lições tais como as de Wambier, Alvim Wambier e Medina, que indicam que as reformas recentemente realizadas no CPC pela Lei n. 11.232, buscam culminar, no próprio sistema processual – por dedução, ainda eficaz, sustentável – os objetivos iniciados em reformas anteriores, com a previsão da tutela antecipada ao procedimento comum, até a recente alteração do formato processual da fase executiva em processo de conhecimento, na busca de efetividade dos processos, com quebra de alguns dogmas clássicos. Assim se dá quando afirmam que:

[...] Hoje, o princípio do sincretismo entre cognição e execução predomina sobre o princípio da autonomia, e a incidência deste princípio tende a ficar restrita à execução fundada em título extrajudicial [...]

A alteração estrutural do procedimento de execução de sentença, relativamente ao dever de pagar quantia em dinheiro, atualmente regulado pelo Art. 475-J e ss., encerrou ciclo iniciado há uma década, com a alteração do Art. 461 do CPC. Com efeito, considerando que o direito processual deve se amoldar ao fim a serem alcançadas, as soluções jurídicas estabelecidas pelo sistema processual aos direitos veiculados nas ações judiciais não poderiam se condicionar à observância de proposições teóricas de pouca ou nenhuma relevância prática.⁴²⁰

Ainda, Athos Gusmão Carneiro, ao se referir sobre o cumprimento recentemente instituído, afirma sua natureza quando diz que:

[...] quanto à epígrafe do cumprimento da sentença, ao invés da habitual expressão “Da execução da sentença”, explica-se: as obrigações de “fazer e não fazer”, e as obrigações de “entrega de coisa”, independem de “execução” no sentido estrito e tradicional do termo, pois o mandamento sentencial em favor do demandante será cumprido simplesmente pela expedição de “ordem” à parte obrigada (eficácia mandamental) ou de “mandado” a servidor da Justiça ou a pessoa a este equiparada (eficácia executiva). 18. Pelo novo ordenamento, destarte, a sentença condenatória não terá apenas eficácia declaratória – no afirmar a existência da relação jurídica que impõe ao réu uma prestação – e eficácia constitutiva – pois a sentença é sempre uma “novidade” no plano jurídico (apresenta-se como título executivo, antes inexistente). A sentença condenatória, pela Lei 11.232, passou a ser também de prevacente eficácia executiva⁴²¹.

Aliás, das ilações de Carneiro, verifica-se que, ao se referir sobre a execução *per officium iudicis*, do direito medieval, afirma o referido doutrinador que a reforma da Lei n. 11.232, fez “parcial retorno” a este, somente⁴²², isso porque, a despeito da modificação segundo a qual “a sentença condenatória, pela Lei 11.232, passou a ser também de prevacente eficácia executiva”⁴²³, afirma ele que se expede “desde logo, mandado de penhora e avaliação, a requerimento do credor (guarda-se o princípio dispositivo, cuja observância é conveniente, pois o credor pode, inclusive, não ter interesse na imediata constrição de bens do devedor)”⁴²⁴.

⁴²⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; *et al.* 2006, v. 2, *cit.* p. 142.

⁴²¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. 2006, *cit.* p. 20-21.

⁴²² *Ibidem*, p.13

⁴²³ *Ibidem*, p. 20-21.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 23.

Ademais, ao contrário do que o título ao referido item proposto, possa indicar, tal como um *teaser*⁴²⁵ para eventual adoção, por este subscritor, de posturas de quebra de dogmas, inovações a qualquer preço, soluções exorbitantes e de vanguarda, é justamente com a preocupação que externamos, em não deixar de reconhecer estudos seculares que fundamentam algumas bases sobre as quais solidifica-se nosso sistema jurídico e, no que afeta ao tema, processual e probatório, que examinaremos, em propostas à resolução da celeuma e em conclusão, a visão parcimoniosa do diálogo entre os sistemas do CPC e CDC, visando à interpretação efetiva, arrojada, nova, quanto a possibilidades de inversão, a depender da casuística dos autos e modalidade de prova proposta e necessária, sem que afetem, no que for cabível, a preservação de institutos, doutrinas e entendimentos atemporais, clássicos, porque solidificados em razão de sua inquebrantável fundamentação e experimentação secular, vale dizer, consagração.

Como argumento de reforço à visão acima, são valiosíssimas as lições de Humberto Theodoro Junior – com a licenciosidade do superlativo que evita-se, no trabalho, de ordinário utilizar, mas aqui é necessário, pois tais lições tocam o âmago de quem as lê com “olhos de ver” – nas notas introdutórias a artigo no qual examina ondas de reformas ao direito posto, em todas as searas, confrontando-as com a solidez de institutos, princípios, poderes e do próprio homem moderno, equanto afirma sê-lo, indicando que há valores aos quais nos apegamos – ou deveríamos nos apegar – de modo indelével, na busca de louvável equilíbrio e solidez de uma sociedade que não deve se furtar de evoluir, mas também não possui referenciais para momentaneamente, abrir mão de 20 séculos de pensamentos humanistas e desenvolvimento de um estado moderno, em sua visão, com base no império da lei, ao menos no ocidente, em que conviva o coletivo e o individual, com ideais de liberdade, sob pena de, em nome da dita modernidade, da principiologia, dos ideais hodiernos, permanecermos desnorteados, com discursos lindos mas vazios, ações crescentes mas inócuas, leis genéricas e inaplicadas, rótulos empafiosos mas intimamente frustrantes e, dignidade anunciada mas que, no fundo, cobre e acaba por aplicar a opressão que tanto receamos.

⁴²⁵ “Os *teasers* são mensagens que visam criar expectativa ou curiosidade em torno de produtos ou serviços a serem lançados (p. ex.: “Vem aí o produto X. Aguarde”). A norma autodisciplinadora permite seu uso (art. 9º, parágrafo único)”. NUNES, Luis Antônio Rizzato. 2008, *cit*, p. 465.

O século XX, ao lado de ter proporcionado um ritmo de evolução tecnológica à convivência humana sem precedentes, promoveu também uma indiscutível subversão cultural, destruindo e abalando valores que até então sustentaram, ética e juridicamente, a civilização cristã ocidental.

Desnorteado, o pensador e sobretudo o jurista do século XXI, diante da “herança” legada pelo século anterior, não encontra valores consagrados e definidos para ditar os rumos da ordem jurídica contemporânea, nem critérios válidos e permanentes para imprimirlhe eficácia e coerência. Daí a figura de uma colcha de retalhos em que se vai transformando o Direito Positivo, diante da incoerência e do verdadeiro caos em meio ao qual se realizam as reformas legislativas. Ao mesmo tempo em que se bate pela dignidade da pessoa humana como fundamento máximo do ordenamento, em qualquer de seus segmentos, adota-se, também, nos mais diversos setores do Direito, mesmo nos que constituem o chamado Direito Privado (onde deveria reinar a autonomia e a vontade soberana do indivíduo, em nome da liberdade, sem a qual não se pode pensar em dignidade de homem algum), a defesa ostensiva da supremacia do público sobre o privado, do interesse social sobre o individual.

Ergue-se aos poucos um leviatã que ninguém consegue definir com precisão e cujo desenvolvimento não se tem como antever aonde chegará.

Para servir a esse indecifrável senhor, cuja identificação se contenta com rótulos apenas (social, coletivo, público etc.), o indivíduo – razão de ser da sociedade, do Estado e do Direito – cada vez mais se anula e mais apreensivo e inseguro se torna. Os valores que sua milenar cultura lograra conquistar esfumaçam-se, diluem-se e perdem-se num revolver iconoclasta e impiedoso, a que faltam idéias sólidas e abundam palavras soltas e pensamentos irreduzíveis ao anseio do filósofo verdadeiro e decepcionantes para o destinatário comum da ordem jurídica.

Com técnicas de Direito Público, de acendrado teor socializante, sempre mais e mais, se coarcta a liberdade individual, sem embargo de o Estado ocidental atual se declarar fundado na livre iniciativa individual. Onde localizar a dignidade da pessoa humana quando o indivíduo não consegue se libertar da intromissão constante e intensa nas esferas não apenas econômicas, mas até mesmo íntimas, personalíssimas? E cada vez mais se exige que o Direito se faça presente com força cogente e inarredável, a tal ponto que, em nome do gigante aterrorizante do social e do coletivo, nem mais se consegue separar o Direito Público do Privado.

Dir-se-á: existe a lei como garantia máxima de liberdade e independência do indivíduo frente à sociedade e ao Estado que a representa, porque de seu império nem este escapa. Continua a ressoar magnificamente a máxima fundamental do Estado de Direito: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (C.F, art. 5º, II). No entanto, o que menos se vê no pensamento jurídico dito pós-moderno é a preocupação com a garantia fundamental da legalidade. Advoga-se ostensivamente a supremacia de valores abstratos, por engenhosas e enigmáticas fórmulas puramente verbais, que simplesmente anulam a importância do Direito legislado e fazem prevalecer tendenciosas posições ideológicas, sem preceitos claros e precisos que as demonstrem genericamente e, por isso mesmo, permitem ditar por mera

conveniência do intérprete e simples prepotência do aplicador o sentido que bem lhes aprouver nas circunstâncias do caso concreto. Direito não é mais sinônimo de lei, e norma ou preceito não mais se distingue dos princípios. Assim, em nome de pretensos princípios, que muitas vezes não se sabe se existem realmente nem de onde foram extraídos, se cria todo um clima de permissividade para o operador do Direito. Totalmente descompromissado com a lei ditada pelo poder legiferante instituído, o aplicador do Direito procura a regra a aplicar no caso concreto onde bem lhe convier, ou onde bem entender, pois fora do preceito explícito da lei, sempre haverá algum raciocínio, algum argumento, alguma justificação para explicar qualquer tipo de decisão, até mesmo aquele aberrante com as tradições histórico-culturais de um povo as quais, aliás, pouco ou nada valem para a mentalidade emergente do século XX, em segmento quantitativamente expressivo.

O próprio legislador, em quem os indivíduos pensavam poder confiar para, na votação livre e democrática das leis, estabelecerem os limites do autoritarismo do poder governante, abdica simplesmente da competência de traçar, com precisão e segurança, os preceitos que deveriam presidir o comportamento individual no seio da coletividade. Preferem, por comodidade, por menor esforço, ou por submissão a idéias de momento e de puro efeito demagógico, legislar por fórmulas excessivamente genéricas (cláusulas gerais, normas abertas e quejandas). Aproximando-se de meras declarações de valores (indefinidos e indefiníveis), essa conduta inaceitável, e por isso mesmo, injustificável do legislador contemporâneo, deixa o indivíduo (cuja dignidade diz estar tutelando) entregue à sanha e aos azares de quem detém o poder de julgar as condutas individual e social.^{426 427}

⁴²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica.** In: Revista da Escola Nacional da Magistratura, v. 1, n.1, abr. 2006, Brasília. p. 93.

⁴²⁷ Aliás, veja-se Luhmann, em entrevista antes citada, quando pondera sobre ícones, bandeiras, políticas mundiais conflitantes e suas inter-relações com o novo e problemas por elas mesmos gerados, a exemplo da busca pela paz: "17) *O senhor está comprometido com o movimento pela paz? Não. Parece-me que este movimento, se é que se pode dizer assim, é demasiado belicoso, demasiado próximo da guerra. O movimento da paz trabalha com princípios com os quais eu não vejo se possa estimular a paz. Não entendo que a política do desarmamento possa ser algo que acarrete a paz. Penso, ao contrário, que a estrutura de pensamento do leste ou do oeste deveria ficar harmonizada, não no sentido de uma teoria da convergência, mas na medida em que a idéia, igualmente desgastada, do marxismo sobre o mundo, como também a idéia, igualmente desgastada, do liberalismo sobre o mundo foram deixadas de lado. Ainda vivemos determinados pelas controvérsias do século XIX, e por isso, do ponto de vista teórico, muito daquilo que se jogam na cara os do oeste e os do leste não tem sentido. Também é evidentemente falso crer que a teoria deveria ser um fato político determinante. Assim, penso que as críticas (com razão, contra os americanos ou contra os soviéticos) estão tão próximas da paz, quanto a política do desarmamento. Outra opção seria a de conseguir uma diminuição das armas nucleares, que não parece estar fora de uma solução técnica. **Incomoda-me saber que ninguém seja sensível à possibilidade da evolução de epidemias que se reproduzem graças ao próprio desenvolvimento da medicina. Não podemos ignorar que algum dia apareça um vírus para o qual a medicina não tenha, por anos, a capacidade de estabelecer um diagnóstico. Um desenvolvimento como esse é provável do ponto de vista teórico e, além do mais, possibilitado pelo uso dos próprios antibióticos. Eu considero tudo isso mais provável do que existir uma grande explosão que seja capaz de extinguir o gênero humano. Ou então, retomemos outro exemplo: o crescimento da economia monetária baseada no dólar. O dólar é uma moeda de referência, unicamente pelo fato de estar completamente endividada; não se permite sua queda, porque não se pode substituí-la. No entanto, não há como ter segurança de que o dólar não vá se enfraquecer, algum dia. A possibilidade de uma queda do sistema econômico monetário, que não tem substituto, é um problema extremamente urgente, levando-me a considerar as queixas contra o capitalismo como totalmente inadequadas. Diante desse tipo de problemas, a questão de quem é dono dos meios de produção passa a um segundo plano. Uma teoria elaborada deveria ser capaz de revelar os verdadeiros riscos e os problemas da sociedade contemporânea – o que não é obtém com uma visão***

Aliás, sem querer encarnar atitudes sofistas próprias da idade antiga, mas exatamente ao contrário, o que seja, fundamentar a possibilidade de rupturas, crises, ruídos e soluções novas, no que possa sê-lo e, preservar idéias experimentadas que servem doutrinariamente, de pilares a sistemas vários, e, com escusas quanto às nada breves citações acima, mas que, se cindidas, perderiam todo o sentido e, também, abaixo, com voz não menos autorizada, mas que busca identificar que, a evolução humana não se dá somente em razão do conceito evolucionista, mas em razão de crises, de igual forma, trazemos à baila excertos⁴²⁸ das lições de Adolfo Ravà, quando de um ciclo de conferências realizado na Universidade de Pádua, sobre a “crise do direito”, na primeira metade do século passado, conforme ensina Calamandrei:

I – Um dos erros mais graves no modo de entender a sucessão dos acontecimentos naturais e sociais é o de considerá-la como se constituísse um lento e gradual desenvolvimento. Considerando-se as modificações dos organismos naturais ou as evoluções das sociedades no tempo como uma sucessão de pequenas transformações, que apenas paulatinamente, de tanto se ver, se parecem com mudanças profundas; e causa assombro, como se fosse uma anomalia cada vez que se constata o surgimento imprevisto de um fato novo, ou uma transformação rápida e resolvida.

A este modo tão difuso de ver as coisas deveu-se em sua época o grande êxito da escola jurídica entre os juristas e a teoria da evolução entre os naturalistas. Mas, se estas formulações são relativamente modernas, o erro vem de longa data. [...] ⁴²⁹

Ravà, com a concepção do erro ainda na antiguidade, acima, descreve as origens históricas, pelos homens registrados e valorizados da sociedade humana, a exemplo do estado originário de felicidade, bem-estar e perfeição, do reino da justiça ou de Saturno; a filosofia dos estóicos, relativas à igualdade original de todos, a idealização de povos antigos como citas, hiperbóreos, celtas, germanos; a perda

teórica estreita como a do neomarxismo, ou com teorias contrárias à tecnologia.” (grifos nossos) LUHMANN, Niklas. 2009, *cit.*, p. 33-34.

⁴²⁸ Registre-se sermos, tanto quanto possível, contrários à citação que pode dar azo a informações tendenciosas, com adaptação de idéias por meio de excertos ou citações fracionadas, nos policiando quando de realizações de citações em tais formatos, tomando-as neste trabalho, por excertos, quando necessário e tentando tanto quanto possível exprimir as idéias efetivamente entendidas (com nossas limitações), quando da pesquisa, como trazidas por nossas fontes indicadas. Todavia, sobretudo no presente caso, seria impossível trazer todo o contexto, porque as lições primordiais de Ravà aqui indicadas desenvolvem-se por ao menos 7 páginas e notas de prazerosa leitura (92-99), às quais remetemos, sobretudo a quem tenha se impressionado com as ilações de Theodoro Junior, antes citadas.

⁴²⁹ RAVÀ, Adolfo. **A crise do direito e a crise mundial.** In: CALAMANDREI, Piero. A crise da justiça. Trad. adap. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 92.

deste estado original de felicidade e a sua memória como um farol a seguir, lenta e gradativamente, pela humanidade. Após mais algumas interessantes lições, continua:

Com essas concepções antigas e medievais relacionam-se as modernas, quer seja pela renovada idealização dos povos primitivos subseqüentes às grandes descobertas geográficas, quer seja pelas teorias do estado de natureza e de justiça natural difundidas durante o século XVII, mas principalmente pela teoria do progresso, desenvolvida nos finais do século seguinte. Essa teoria parte do conceito de que a civilização se acumula através das gerações, pelo que cada nova geração, valendo-se das conquistas da geração anterior, e acrescentando algo a elas, firma um passo adiante no caminho da civilização e do bem-estar e vem garantir, assim, que o que se encontra depois na ordem temporal também se encontra mais alto na hierarquia dos valores. Tal concepção estava, pode-se dizer, no ar em torno dos enciclopedistas ... [...] ⁴³⁰

[...] a idéia de progresso gradual encontrou seu maior apoio na teoria da evolução, que foi concebida por Darwin como uma lei biológica, e por Spencer diretamente como uma lei cósmica, com trânsito gradual de formas mais simples para outras mais complexas e diferenciadas, e cada vez mais aperfeiçoadas, de vida individual e coletiva. É verdade que o próprio darwinismo constatou que se verificaram casos de regressão ou involução dos organismos, observando a existência de órgãos rudimentares, resíduos de capacidades desaparecidas e de avanços fósseis que atestavam a preexistência de formas orgânicas mais perfeitas do que as seguintes; mas tudo isso foi considerado como exceção ou pelo menos acidente... [...] ⁴³¹

III – mas nada está mais afastado da verdade do que este conceito, e não é suficiente o reconhecimento de fenômenos regressivos singulares. Na realidade, a vida não procede de modo gradual, mas por contrastes, por ações e reações, por estouro imprevisto de crises às vezes violentas; e não menos a vida da natureza que a dos indivíduos humanos e das sociedades. Já Platão relembra os cataclismos e as pestes, que várias vezes destruíram quase que completamente o gênero humano. E Sêneca disse, felizmente, em uma de suas cartas, a respeito da alternância das vicissitudes humanas: *Nubilo serena succedunt; turbantur maria, quum quieverunt; flant invecem venti, noctem dies sequitur, pars coeli consurgit, pars mergitur: contrariis rerum aeternitas constat.* ⁴³²

Em continuação, Ravà, após descrever acontecimentos imprevistos na história do universo, que fizeram as mudanças de eras, períodos, mudaram disposições de continentes, geraram lagos e montanhas onde nada ou pouco

⁴³⁰ Ibidem, p. 94.

⁴³¹ Ibidem, p. 95-96.

⁴³² Ibidem. De onde se extrai a tradução em nota 36, do exposto em epístola por Sêneca. “A tempestade sucede a serenidade; perturbam-se os mares depois de se ter aquietado; os ventos sopram sobre o mar; à noite segue o dia; uma parte do céu se eleva e a outra se submerge. A eternidade das coisas está formada por contrários.” (destacamos).

havia;erupções, inundações, terremotos, descreve mesmo a mudança no ser humano, como rompendo de súbito, alternando-se por evoluções parcimoniosas, quando diz:

A crise entre a infância e a meninice em torno dos sete anos, com a mudança da dentição, o rápido crescimento, o despertar da inteligência, a crise da puberdade, com a mudança da voz, a modificação das formas, o despertar de novos interesses, que se produzem rapidamente, deste modo a que se denomina exatamente idade crítica, relacionada com a sensação de certas funções. Essas mudanças no organismo talvez sejam preparadas lentamente, mas manifestam-se de modo súbito, ou pelo menos bastante rápido. [...]

⁴³³

[...] Até a inteligência pode se despertar subitamente sob o estímulo de um mestre, de um livro, de um discurso. A idéia genial de um inventor, e um cientista, de um filósofo revela-se, frequentemente, de repente, como expressa a biografia dos grandes homens.⁴³⁴

E conclui, ao menos no que toca ao interesse, para o presente tópico, Ravà:

Assim sendo, a respeito desse fenômeno, que na atualidade vão observando todos os cientistas das diversas ordens sociais, a formulação teórica mais feliz foi a da escola Saint-simoniana, que, desenvolvendo uma feliz inspiração de seu fundador, opôs os períodos orgânicos aos períodos críticos. Henrique de Saint-Simon escrevia nos anos subseqüentes à revolução francesa e às guerras napoleônicas e considerava sua época como um período tipicamente crítico do qual era necessário sair para entrar em um período de organização, que, sobre a base de novos princípios, desse à vida coletiva, aqueles caracteres de estabilidade que havia tido a civilização medieval. Ele próprio, seguindo alguns notáveis precedentes, comparava estas crises na vida dos povos às crises de desenvolvimento dos organismos. Destas idéias suas seus seguidores derivaram uma espécie de lei histórica, pela qual a humanidade passa, alternadamente, de períodos orgânicos por períodos críticos e vice-versa.^{435 436}

Registrada a justificação filosófica evolucionista e parcimoniosa, gradual, ou alternada, de momentos de equilíbrio com o irromper de crises e mudanças bruscas, ainda que na origem ou na resolução se mostrem graduais, para o universo micro e macrocômico, que possibilita aplicação à ciência do direito e justifica visão de cisão com sistemas e regras postas, com ou sem preservação destas, preferindo a

⁴³³ Ibidem, p. 97.

⁴³⁴ Ibidem, p. 98.

⁴³⁵ Ibidem, p. 98-99.

⁴³⁶ Nota pessoal: assim como todo organismo vivo, ou sistema social parcial, autopoiético, vale dizer, concreto, dinâmico, experimentado.

ideologia exposta no presente trabalho, à evolução com cisão moderada relativamente a alguns dogmas, como dito, finaliza-se tal visão com a constatação de que, a visão iconoclasta de sistemas políticos e jurídicos, aliás, seja de vanguarda, moderada, fundamentada ou não, até mesmo da doutrina filosófica brasileira de renome internacional, não é nova, sendo expoente dessa forma de raciocínio, quando necessário e, registre-se, com astúcia, sapiência e fundamento, embora agressiva e de vanguarda, a obra de Mangabeira Unger, cuja visão é afirmada por Arnaldo Godoy⁴³⁷.

A seguir, ao continuar o desenvolvimento do raciocínio exposto, traz-se à baila possíveis modificações processuais, em vias de ocorrer, afetas ao tema e, das quais, participam ativamente muitos dos mestres antes citados, antevendo possibilidades de cisão com regras solidificadas ou preservação destas, tudo *de lege ferenda*. Vamos a elas.

5.1.1 A Solução Relativa ao Ônus da Prova, no Anteprojeto de Código de Processos Coletivos para a Ibero-América e no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos

Afigura-se necessário ao presente trabalho, indicar o rumo que pretende seguir a lei, quanto à prova, nas ações em que se discutam interesses metaindividuais, nos quais os direitos do consumidor, em perspectiva macro, estão, logicamente, inseridos.

Para adequação da tutela jurisdicional coletiva, ou seja, aquela que exorbita a condição de indivíduo, de pessoa física, das pessoas jurídicas e das ações ativas e passivas com pólos individualizados ou em litisconsórcio, há no Brasil, a previsão da Lei de ação civil pública – 7.347/85, devidamente complementada por inúmeros institutos, a exemplo das regras previstas no CDC que se aplicam às ações em que se discutam direitos e interesses metaindividuais ou transindividuais, que, de acordo com a clássica lição de Pontes de Miranda, que ficou conhecida como *escada pontiana*, se situa entre os interesses públicos (primário e secundário) e privados.

⁴³⁷ GODOY, Arnaldo S. M. **O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger: um clássico da filosofia jurídica e política.** In: Revista Jurídica, Ano 8, n. 82, dez. jan. 2007, Brasília, p 56. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/revista/Rev_82/Artigos/PDF/Arnaldo_rev82.pdf - acesso em 03/03/10, 22h21min.

Entre os interesses metaindividuais, é evidente que estão, até pela leitura das previsões processuais do CDC, as relações de consumo, quando em perspectiva coletiva.

Em relação à classificação de tais interesses, dentro da escala antes informada e, quanto à divisão entre estes, têm-se que transindividual é o interesse que afeta a um grupo de pessoas determináveis, indetermináveis ou determinadas. Segundo Almeida Neto “são interesses que excedem o âmbito estritamente individual mas não chegam a constituir interesse público”.⁴³⁸

Diferem-se dos interesses individuais, ainda que digam estes respeito a um grupo de pessoas (individuais plúrimos), quanto à relevância e difusão na esfera fática, de seus efeitos, pois, conforme Rodolfo de Camargo é individual o interesse cuja fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário.⁴³⁹ De modo diverso, os efeitos dos interesses transindividuais exorbitam, ou são aptos a exorbitar, a esfera do destinatário.

Definidos no direito positivo brasileiro, no Código de Defesa de Consumidor, art. 81 – donde reafirma-se, inclusive, ante a localização de tais descrições, a importância dos estudos abaixo, para o tema – os direitos metaindividuais ou transindividuais, subdividem-se estes em *difusos, coletivos e individuais homogêneos*. (grifos nossos)

Buscando-se amadurecimento da proteção de tais interesses e maior aparato técnico para tanto, segundo Alencar Frederico⁴⁴⁰, em outubro de 2004, na Venezuela, durante as Jornadas de Estudos do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, houve a apresentação do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, cuja comissão contou com a participação de processualistas tais brasileiros, a exemplo de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi.

Assim, verifica-se que há contínuo implemento do intercâmbio de informações doutrinárias afetas ao direito processual, dentre os países ibero-americanos, de modo a permitir a evolução continuada e paralela, dos instrumentos dos países soberanos aqui vinculados, para a proteção de direitos, sobretudo,

⁴³⁸ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Processo Civil e interesses difusos e coletivos: questões resolvidas pela doutrina e pela jurisprudência**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 301, Apud: MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 4.

⁴³⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 50.

⁴⁴⁰ FREDERICO, Alencar. **Noções preliminares sobre o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos**. In: Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, 44. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&arti_go_id=2182

transindividuais, *in casu*, necessários à implementação do estado de direito nestes e, permitindo assim embriões de maiores interligações decorrentes da adoção de políticas tendentes à proteção supranacional dos interesses, sobretudo de nações que objetivam a criação e participação efetiva em organizações internacionais, a exemplo da ALCA e do MERCOSUL.

Nesses termos, o Anteprojeto de Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América, prevê critério interessante de inversão do ônus da prova, bem como informação e forma de produção desta, conforme lições que se colhem da doutrina de Érico De Pina Cabral, quando aduz em sua obra, o seguinte:

O Anteprojeto de Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América demonstra forte tendência em favor do duplo aspecto (subjetivo e objetivo) (sic) do ônus da prova, ao determinar, no seu art. 11 que, encerrada a fase postulatória, não obtida à conciliação, o juiz, fundamentadamente: “esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova” (§ 4.º, inc. IV), incumbindo-o “à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração” (art. 12, § 1.º) ⁴⁴¹

O que, em última análise, reflete a adoção de critério já proposto no séc. XIX por Jeremy Bentham, conforme dito alhures. ⁴⁴²

Registra-se que o referido Anteprojeto Modelo para a Ibero-América foi, ainda, a base sobre a qual se debruçaram os processualistas brasileiros, que já haviam encabeçado sua redação, para a elaboração de modelo aperfeiçoado para o referido código, em nossa nação.

Com o objetivo de adequar ainda mais a tutela jurisdicional a tal modalidade de interesses, houve a conclusão do *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, conforme estudo dirigido pelo IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual – revisto e alterado em janeiro de 2007, apresentado ao Ministério da Justiça, após redação final que contou com incorporação de alterações propostas pela Casa Civil, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, Secretaria de Assuntos

⁴⁴¹ CABRAL, Érico de Pina. 2008, *cit*, p. 368.

⁴⁴² “Estar-se-á, na verdade, trazendo de volta o antigo critério da oportunidade, defendido por Bentham, ainda no Séc. XIX, ao afirmar que “o ônus da prova deve ser imposto, conforme o caso concreto, à parte que o fizer com menos inconvenientes, isto é, com menos dilações, incômodos e gastos””. *Ibidem*, p. 383.

Legislativos e Ministérios Públicos dos Estados de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo ⁴⁴³.

Em seu texto, o referido anteprojeto atende à necessidade de um CPC coletivo, sintético, prático e eficaz, em nossa visão e, no que afeta ao tema aqui em discussão, traz como princípios informadores, dignos de destaque, os seguintes:

Art. 2º . Princípios da tutela jurisdicional coletiva – São princípios da tutela jurisdicional coletiva:

[...]

d. tutela coletiva adequada;

e. Boa-fé e cooperação das partes e de seus procuradores;

f. cooperação dos órgãos públicos na produção da prova; [...]

i. ativismo judicial;

j. flexibilização da técnica processual;

k. Dinâmica do ônus da prova; [...]

u. Aplicação residual do Código de Processo Civil.

Ainda, no que tange à prova, especificamente, o referido anteprojeto brasileiro traz as seguintes prescrições, com aparente aprimoramento das regras de seu precursor para a Ibero-América e, com notável adoção de boa técnica:

Art. 11. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

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

§ 2º O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

§ 3º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 5º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 25, parágrafo 5º, inciso IV).

§ 4º . O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

§ 5º. Para a realização de prova técnica, o juiz poderá solicitar a elaboração de laudos ou relatórios a órgãos, fundações ou universidades públicas especializados na matéria. ⁴⁴⁴

⁴⁴³ Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos redigido pelo IBDP - Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/site/forum/viewtopic.php?f=3&t=9> – acesso em 03/03/2010, 23h54min.

⁴⁴⁴ Ibidem.

Oportuno frisar que é clara a restrição ao objeto de ambos os anteprojetos, quais sejam, ações coletivas ativas ou passivas que tratem de direitos metaindividuais, uma vez que deles decorrem tais modalidades específicas de ações com regras particularizadas quanto à legitimação, controle desta e mitigação legal da coisa julgada em determinadas hipóteses, com franco aprimoramento de idéias, mas que, de qualquer forma, abarcam relações de consumo que discutam tais interesses dentro da perspectiva metaindividual.

De qualquer modo, para que venhamos a nos convencer da importância do entrecruzamento de tais informações e da influência que buscamos nas inovações legislativas em perspectiva, para estudo do tema e para que, tanto quanto possível e preservando-se as individualidades necessárias, as inovações caminhem na mesma direção, é que são indicados os rumos que podem tomar, ante a possível aprovação das inovações legislativas, as discussões sobre a prova no Código de Defesa do Consumidor e eventuais influências, interpretações e integrações legislativas que este pode receber.

Apresenta-se ainda interessante a possibilidade de trazer a lume partes das lições escritas por Ada Pellegrini Grinover, quando de justificativas para elaboração do anteprojeto brasileiro, demonstrando a ampla possibilidade de discussão das relações de consumo e suas nuances – e dentre elas, incluímos a prova, sempre necessária – seja quanto a interesses individuais, mas, sobretudo, quanto aos metaindividuais:

O art. 107 do Código de Defesa do Consumidor contempla a chamada “convenção coletiva de consumo”, permitindo às entidades civis de consumidores e às associações de fornecedores, ou sindicatos de categorias econômicas, regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo. Ora, se a convenção coletiva firmada entre a classe de consumidores e a de fornecedores não for observada, de seu descumprimento se originará uma lide coletiva, que só poderá ser solucionada em juízo pela colocação dos representantes das categorias face a face, no pólo ativo e no pólo passivo da demanda, respectivamente.

Não é outra a consequência que se extrai, também, do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, quando assegura que: “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código, são

admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”⁴⁴⁵.

Assim, asseveremos ser importante discutir, ou quando menos incitar a reflexão, pelos intérpretes e estudiosos do direito, a respeito de institutos atuais e futuros que afetem relações de consumo, do ponto de vista prático, sobretudo quando em julgamento, seja em perspectiva individual, seja na perspectiva coletiva, permitindo-se interpretação aberta, flexível, para compatível tutela dos interesses e direitos sobre os quais dispõe, na busca do processo civil de resultados, já mencionado e, o qual almeja não só a doutrina, a exemplo de Dinamarco⁴⁴⁶, mas a coletividade, pois que é instrumento da resolução de conflitos, pressuposto de sustentabilidade do direito e conseqüentemente, da sociedade.

5.1.2 Os Objetivos Perseguidos, Quanto à Prova, pela Comissão Elaboradora do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro

Impende, ainda, em relação às perspectivas de prova, afetas ordinariamente aos processos em que se discutam interesses de regra individuais, indicar possíveis e futuras modificações na lei processual civil clássica que, em relação ao CDC, é aplicada de modo residual, qual seja, a elaboração de um novo Código de Processo Civil para substituir o vigente, promulgado em 1973, tendo como Ministro da Justiça Alfredo Buzaid e com forte influência da “escola paulista de processo”.

Sabe-se, pois, que, no ano de 2009, por iniciativa da Presidência do Senado Federal e atendendo os clamores sociais e da comunidade jurídica, de outorga de modernização e agilidade aos procedimentos cíveis, mesmo após a fase de mini-reformas sofridas pelo CPC desde 1994 e, a exemplo do que tem ocorrido com o Código de Processo Penal, foi nomeada comissão para elaboração de anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, em 30 de setembro.

A referida comissão, instituída por meio do ato 379 da referida presidência, tem como membros integrantes de tribunais e da mais abalizada doutrina processual civil e, nota-se que inúmeros integrantes são realmente jovens discípulos, hoje

⁴⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ações Coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada.** In: Revista Forense, 301, p. 3-12 - passim.

⁴⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2004. v. 1, *cit*, p. 107.

consagrados ou em vias de consagração, em relação aos expoentes máximos ainda atuantes na doutrina pátria.

São membros da referida comissão, sob a presidência do Ministro do Superior Tribunal de Justiça e emérito professor carioca Luiz Fux e, contando como relatora dos trabalhos a professora Teresa Arruda Alvim Wambier, ainda, em ordem alfabética: Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cesar Pinheiro Carneiro.

A comissão deu início ao trabalho e inclusive já apresentou proposições⁴⁴⁷ que servirão como idéias de base e objetivos a perseguir, ainda preliminares, para a conclusão do anteprojeto e, no que toca à prova no procedimento civil, são dignas de nota as seguintes:

Na Parte geral: [...]

- Permanência do sistema de provas no livro da Parte Geral.
- Inovação de um sistema de provas obtidas extrajudicialmente, como mera faculdade conferida às partes, e realização de perícia judicial, *ex officio* e *ad eventum*, após a juntada de peças pelos assistentes técnicos das partes.
- Não incluir no novo Código, o processo coletivo, em tramitação no Congresso Nacional, bem como os processos e procedimentos previstos em leis especiais. [...]

No Processo de conhecimento: [...]

- Ampliação dos poderes do magistrado, como, por exemplo, adequar às fases e atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa.
- Adotar como regra o comparecimento espontâneo da testemunha, e como exceção a intimação por AR, em casos devidamente fundamentados.
- Em caso de inversão do ônus da prova cuja parte seja beneficiária da justiça gratuita, o Estado deverá arcar com as despesas.
- A iniciação da prova pericial, será ônus da parte⁴⁴⁸, cabendo ao magistrado eventualmente, caso entenda ser necessário, nomear perito do juízo.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/Comiss_Juristas_Novo_CPC.pdf - acesso em 02/03/2010, 21h44min.

⁴⁴⁸ Nota Pessoal: Como já advertimos, embasados nas lições de Amaral Santos, sobre a imprescindibilidade de prova técnica por perito, quando houver necessidade de aferição técnica de fato ou fatos, de início sem possibilidades de substituição por assistentes técnicos, justamente porque a estes resta impregnada a visão de que são assessores da parte e fiscal do perito, pela natureza da instituição de tal função na lei processual, tal assertiva demanda muito cuidado em sua elaboração e interpretação em contratos de consumo contra instituições financeiras, sob pena de ofensa à paridade em armas das partes quando, a título de exemplo: figure de um lado da relação um consumidor classe média, endividado e sem conhecimentos técnicos na área mercantil (seja nos aspectos jurídico ou contábil), defendido por um advogado mediano em termos técnicos e estruturais, relativamente a tais causas (daqueles dignos, mas limitados por vezes, que batalham dia-a-dia para

Dos excertos acima, de início nos preocupa a forma como será determinada a produção de prova técnica e suas consequências ao processo, cujas proposições preliminares afirmam que se dará, de início, por exclusiva iniciativa das partes e por assistentes técnicos, sendo num segundo momento, a realização de prova por *expert* nomeado pelo juízo.

Tal preocupação se dá, em nossa visão, justamente por considerarmos excelente a oportunidade de ser discutida a possível inclusão, no artigo referente à distribuição legal do ônus da prova, em parágrafo conseqüente, a previsão ou não de hipóteses de inversão do ônus da prova no processo clássico, ordinário⁴⁵⁰ e, para as hipóteses já existentes, definir ou não, de modo técnico: a inversão; requisitos necessários; decisão judicial e momento de configuração; cumulação ou alternatividade destes requisitos e, sobretudo, sua regra de aplicação e consequências, quando se tratar de inversão fixada em lei especial a exemplo do CDC⁴⁵¹.

Como justificativa para tal preocupação, a exemplo das lições que já pudemos explanar, do mestre Rizzatto Nunes, quando das modalidades de inversão, aponta-se, dentre outras no trabalho também indicadas, justamente o arraigado entendimento doutrinário hoje ainda ocorrente, de aplicação não apenas

permanecer na profissão e colaborar no sustento de seus familiares e postergam por inúmeras dificuldades o sonho da atualização e da pós-graduação em áreas de preferência) em comarca do interior e, em outro pólo, um banco que possui legiões de contabilistas e técnicos só em suas carreiras privadas de cargos, com possibilidades de contratação de assistentes bastantes a advogados que, no mais das vezes, são membros de sólidos escritórios na comarca estabelecidos, sejam somente correspondentes ou não (vale dizer, maioria considerável dos casos); SANTOS, Moacyr Amaral. 1955, v. 5, *cit.*, p. 58.

⁴⁴⁹ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-jan-02/codigo-processo-civil-fica-aqil-anteprojeto-enviado-senado> - acesso em 01/03/2010, 15h02min.

⁴⁵⁰ Conforme defendem Marinoni e Arenhart, cujas lições já tivemos a oportunidade de citar, em referência e nota supra.

⁴⁵¹ A exemplo do que ocorreu com inúmeras e difíceis discussões e interpretações – lindas, bem fundamentadas e românticas, é verdade – que ficavam a cargo da doutrina administrativista, tais como sobre a legalidade da motivação aliunde; necessidade ou não de motivação de atos administrativos, quando tivessem conteúdo discricionário (pautados por juízo de conveniência e oportunidade); sobre a possibilidade ou não de convalidação ou conversão de atos administrativos com vícios que, corrigíveis, não gerassem prejuízos e que, foram efetivamente elucidadas por legislação promulgada após elaboração de anteprojeto técnico e que fez opções, dentre as doutrinas antes desenvolvidas, mas de qualquer forma, se apoiou em substratos acadêmicos, *ex vi*, a lei do processo administrativo - Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 - ao definir, em relação aos temas acima, técnica e expressa ou tacitamente, o seguinte: “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. [...]”; Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm> - acesso em 03/03/2010, 23h44min.

complementar e no que não for contrário, das regras no CPC previstas, ao CDC, sobretudo quanto à aplicação integrada e indiscriminada das regras atinentes ao trâmite e à prova e sua distribuição, negando-se ao estatuto consumerista sua condição de fonte primária, reguladora das relações de consumo, derivada da constituição e, sobretudo das regras que excepciona o que é ordinário, em favor dos consumidores ou, quando menos, dificultando-lhes, pelo diálogo indiscriminado entre as fontes, o entendimento.

Note-se que, como visto, somos simpáticos, ao menos *prima facie*, à clareza e tecnicismo com que buscam a distribuição do ônus probatório, os anteprojetos de CPC coletivo para a Ibero-América e Brasileiro.

Aguardemos, pois, melhores oportunidades de estudo da integração das normas de *lege lata e lege ferenda*.

5.2 A EVENTUAL ADOÇÃO DE MODALIDADE DE INVERSÃO HÍBRIDA DO *ONUS PROBANDI*, EM SE TRATANDO DE PROVA TÉCNICA, AO CDC E, EVENTUALMENTE, AO NOVO CPC

Sobretudo dos itens anteriores ao presente trabalho, resta evidente que seu objetivo é a busca de técnica e equilíbrio entre as fontes primárias das leis processuais expressas no CPC e CDC, especificamente quanto à distribuição do ônus da prova em cada um desses sistemas processuais e, especificamente, entre o artigo 6º, inc VIII, do Código do Consumidor e artigo 333 do Código de Processo Civil, à luz da interpretação social e exigências do bem comum, do intérprete exigida pela LICC e, também, dos deveres que o próprio CPC distribui entre as partes atuantes no processo.

Assim, afigura-nos possível, agora, argumentar ao menos, sem a pretensão sequer de solidificar conceitos ou interpretações sobre institutos aos quais o trabalho se refere, o seguinte:

Considerando-se, por todo o exposto no presente trabalho, os seguintes precedentes, quanto à disposição legal de inversão do ônus da prova no CDC, a critério judicial (*ope iudicis*) e de modo fundamentado, quais sejam:

A) que se dará, em favor do consumidor somente (em qualquer pólo em que figure na demanda);

B) que deve ser examinado e decidido, conforme se interpreta o instituto, em decisão judicial fundamentada da qual as partes tenham conhecimento até o início

da fase instrutória, para respeitar-se o contraditório, conforme reconhece Watanabe, embora originariamente tivesse reservas;

C) desde que presentes no caso concreto os requisitos legais, hipossuficiência ou verossimilhança, esta decorrente da vulnerabilidade (mas, ambas alternativamente e sob quaisquer dos prismas, econômico ou financeiro), pela condição à qual se presume, de regra, o consumidor, por força do art. 4º do CDC, requisitos os quais consideramos ser alternativos, conforme Cláudia Lima Marques, Geraldo Brito Filomeno e Rizzatto Nunes, dentre outros;

D) porque, em caso de verossimilhança ou ainda hipossuficiência, reconhecidas no processo em específico, ou ainda ambas, será possível a aplicação pelo magistrado das regras ordinárias de experiência e, aqui, utilizando-se de modo suplementar o CPC, que ressalva a prova técnica;

E) por considerar este subscritor, de acordo com as lições de Rizzatto Nunes, Elizabeth Freitas, Cavalieri Filho, dentre outros, que os dispositivos do CDC são fontes primárias derivadas da constituição, para resolução e tutela adequada de suas relações e, com isso, estes podem ser aplicados de modo direto sem que se socorram de algumas regras do CPC como base e, sim, de modo subsidiário;

F) por considerar que, quanto às modalidades de inversão do *onus probandi* (regra de *juízo-julgamento*, ou *procedimento-comportamento*), que deverão estar devidamente fundamentadas em decisão, ambas são lícitas e possíveis, a critério do juiz;

G) levando-se em conta, de acordo com as lições de Marinoni e Arenhart⁴⁵², sobretudo, que a inversão como regra de juízo só é recomendável em relação a fatos de verificação impossível ou quase impossível, em tese, sobretudo na ótica do consumidor, ou ainda, para as modalidades probatórias não-técnicas que podem ser produzidas pelas partes dentro do ordinário e sem maiores custos, na ótica suplementar do CPC, art. 333 (Rizzatto Nunes), e aí sim, com aplicação das presunções judiciais citadas e defendidas por Dinamarco e Watanabe, evitando-se o *non liquet* (verossimilhanças preponderantes a que se referem Marinoni e Arenhart);

H) admitindo-se ainda que, em caso de prova técnica necessária à resolução da relação de consumo discutida no presente trabalho, por ser possível

⁴⁵² Lições que relativizam a aplicação indiscriminada da regra de julgamento como única possível, ante reservas quanto ao sistema de verossimilhanças preponderantes (presunções relativas judiciais), quando possível manifestamente a prova, no plano fático.

ordinariamente; mais facilmente ao fornecedor; decorrendo de relações contratuais inclusive e; sendo exigência do micro-sistema do CDC a efetiva resolução da causa com tutela adequada e, vedada de modo não conflitante, no sistema suplementar do CPC, sentença ilíquida nos casos de pedidos certos, a inversão do ônus deverá se dar como regra de procedimento-comportamento (Marinoni e Arenhart, Rizzato Nunes, *lege ferenda* do Cpc Coletivo Modelo Para Ibero-América e, ainda, jurisprudência ainda dividida, do STJ, consoante as disposições históricas de Jeremy Bentham), para que se inverta também o ônus de promoção da prova, vale dizer, ônus de produção documental e ônus de custeio, ou ônus econômico da prova, pena de situações inusitadas e de difícil solução;

I) tendo sido verificado que, em razão de ser possível aos procedimentos em que se discutam relações de consumo com base em contratos com instituições financeiras, em que sejam discutidos adimplemento contratual ou revisão de contrato e relação débito-crédito, a prova técnica, que verifica fatos e quantifica débitos na fase de conhecimento, recomenda-se sua realização nesta fase, sob pena de ser tardiamente realizada em liquidação por artigos, transferindo-se as discussões sobre sua produção para a fase de liquidação e atrasando ainda mais o cumprimento de sentença, com prejuízos ao sistema consumerista nos planos micro e macro e;

J) considerando a possível quebra parcial de dogmas e sistemas solidificados que, a despeito de se fazer possível diálogo entre estes e os novos micro-sistemas (vale dizer, diálogo entre as fontes, conforme Marques e, ante a visão quanto a reformas legislativas, Theodoro Junior) na busca do funcionamento sistêmico, mas que não devam os sistemas ordinários, ao menos na totalidade, ser aplicados a sistemas novos que regulam situações cujos pressupostos de experimentação dos sistemas clássicos sequer as consideravam, pois irromperam na vertiginosa evolução das dimensões dos direitos constitucionais e necessidades da sociedade (conforme Adolfo Ravà);

Podemos, por fim, sintetizar tais argumentos, ***com a proposição de sistema híbrido de inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, em favor deste***, na forma do Art. 6º, VIII, do CDC, ***quando houver necessidade de prova técnica delimitadora e/ou quantificadora de fatos, danos, percentuais e valores, sobretudo em relação crédito e débito, em qualquer relação de consumo e, em especial, nas quais figure como parte uma***

instituição financeira, cujas relações com consumidores são estritamente contratuais (grifamos e destacamos).

Tal sistema exige, para sua aplicação, 4 (quatro) pressupostos, que se traduzem em decisões jurisdicionais fundamentadas, ainda que sucintamente, quais sejam:

1) decisão judicial fundamentada e publicada, prolatada na forma de interlocutória, em despacho saneador, que examine no caso concreto a presença alternativa dos requisitos para inversão em favor do consumidor, do ônus de prova;

(2) em seu corpo, a decisão deve levar em conta a necessidade e possibilidade evidenciada de produção de prova técnica; se esta foi requerida pelas partes ou se é caso de ser deferida *ex officio* na forma do art. 130 do CPC e sob a ótica do princípio da aquisição da prova pelo processo, para que sentença líquida seja prolatada já na fase de conhecimento;

(3) verificar se há provas técnicas ou atécnicas impossíveis, em tese, de serem produzidas de modo direto, no plano fático e, em relação às provas não técnicas, ordinárias, de fácil produção e de custos reduzidos ou inexistentes às partes (documentos básicos comprobatórios da relação e celeuma nessa ocorrência; testemunhas da terra; ofícios requeridos; certidões de órgãos públicos ou privados de caráter público, depoimentos pessoais), se já há mínimo de indícios nos autos e se há requerimentos, para deliberação sobre as provas e deferimento daquelas cuja produção é necessária, conforme prevê o art. 331 do CPC, ou julgamento de improcedência, em caso de lide temerária, nessa fase;

(4) declaração de inversão ou não do ônus da prova e, **em caso de deferimento da inversão, devendo constar afirmação de sistema-modalidade híbrida, em caso de necessidade de prova técnica possível**, ainda que mais facilmente ao fornecedor, afirmando que: - *em relação às provas de produção direta impossível ou extremamente difícil, bem como em relação às provas ordinárias e atécnicas, indiciárias e de reduzido custo e diligências, **a inversão se dá como regra de julgamento-juízo**, a se considerar ao tempo da sentença, com verificação fundamentada de eventuais verossimilhanças preponderantes – presunções, a quem aproveite a inversão, se houver inércia, não se desincumbindo as partes, durante a instrução, dos deveres suplementares afetos ao Art. 333 do CPC e;* - *em relação às provas técnicas de produção direta possível, mais facilmente pelo fornecedor e, assim, recomendável, **a inversão se dá como regra de procedimento-***

comportamento, com inversão imediata do ônus econômico de promoção da prova, por auxiliar do juízo, ao fornecedor, ante o dever de decisão líquida no processo, sem prejuízo da interpretação livre e motivada do conjunto de provas adquiridas neste, na fase de julgamento, mas em qualquer hipótese, seja o julgamento favorável ou desfavorável, total ou parcialmente, ao fornecedor, *aplicar-se-á pena de responsabilização ao omissor, frente ao poder público e parte adversa, pela morosidade ao procedimento decorrente e, ainda, penas legais, inclusive a de má-fé*, aplicando-se, quando do julgamento, somente em último caso e se estritamente necessária, a regra de juízo e presunções bastantes.

Ainda, em relação à lei em expectativa, qual seja, o anteprojeto do novo CPC, acreditamos seja possível haver previsões bastantes a respeito do tema, em seu bojo.

Isso porque apresentamos a seguinte ótica, sobre tais apontamentos: Em relação ao novel CPC, em exercício lógico-criativo à luz das disposições acima, vislumbra-se a possibilidade e verdadeira oportunidade, **chave de ouro**, vale dizer, consistente em redigir-se de modo prático, no atual anteprojeto que tramitará, regra que distribua clássica e genericamente (*ope legis*) o ônus da prova, tal como se dá no art. 333 do CPC e, noutro giro, excepcione as possibilidades de inversão o ônus de prova, concretas e *ope iudicis* previstas em leis especiais, preenchidos seus requisitos e observados os fins das referidas leis, com aplicação suplementar e no que for cabível, das disposições do código de processo civil.

Poder-se-á ainda, em relação às previsões em lei específica, de inversão judicial do ônus da prova, ressaltar expressamente a aplicação de modo fundamentado, em decisão, das regras ordinárias de experiência, ressalvada a apreciação judicial e fundamentada, quanto às disposições das leis especiais, da necessidade e possibilidade de prova técnica no caso concreto, a ser suportada pela parte que, com menores inconvenientes, possa se desincumbir do ônus, nos termos do que prevê o anteprojeto de CPC coletivo para a Ibero-América e, relativamente, também o brasileiro, corroborando as lições de Bentham.

Permite-se aqui, pois, somente para que se vislumbrem esquematicamente as idéias em relação ao anteprojeto de CPC aventadas, a juntada de esboço das alterações de alguns dos artigos basilares hoje vigentes, a respeito do tema e, por nós imaginada:

Art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, **ou quando decididas fundamentadamente, com base em lei especial e nos casos que regula, relativamente à inversão do ônus de prova**, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.

§ 1º O pagamento de que trata este artigo será feito por ocasião de cada ato processual.

§ 2º Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público, **ressalvadas as disposições do caput** [...]

[...] **(Com modificações de redação)**

Art. 33. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz, **ressalvada a concessão de benefícios concernentes à justiça gratuita, ocasião em que o dever de pagamento de honorários será do Estado, ou quando decididas fundamentadamente, com base em lei especial e nos casos que regula, relativamente à inversão do ônus de prova, ainda que a parte desobrigada seja beneficiária da gratuidade.**

Parágrafo único. O juiz poderá determinar que a parte responsável pelo pagamento dos honorários do perito deposite em juízo o valor correspondente a essa remuneração. O numerário, recolhido em depósito bancário à ordem do juízo e com correção monetária, será entregue ao perito após a apresentação do laudo, facultada a sua liberação parcial, quando necessária.

[...] **(Com modificações de redação)**

Art. 333 - O ônus da prova incumbe:

- I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
- II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º - É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

- I – recair sobre direito indisponível da parte;
- II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

[...] **(Sem modificações)**

Art. 334 - Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará, mediante decisão fundamentada, as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial quando possível e necessário à decisão.

[...] **(Com modificação de disposição numérico-sistemática e de parte da redação)**

Art. 335 - Fica ressalvada a possibilidade de inversão judicial do ônus de prova, quando prevista em lei especial, nos processos sobre os quais incida, mediante decisão fundamentada que declare preenchidos seus requisitos, a ser prolatada até o início da instrução, observados os fins a que se dirige a lei que a fundamenta;

§ 1º - Nos procedimentos a que se refere o *caput* desse artigo, observar-se-á o seguinte:

- I – aplicam-se, de modo subsidiário e, no que forem cabíveis, as disposições deste código a respeito de prova;

II – em falta de regras particulares o juiz aplicará, mediante decisão judicial fundamentada, as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvada, quanto às disposições da lei especial referida, exame judicial da necessidade e possibilidade de prova pericial no caso concreto, cujo ônus de sua produção, inclusive econômico, será suportado pela parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração;

III – durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório;

IV – o juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, em decisão fundamentada, se necessária, observado o contraditório.

§ 2º – em caso de descumprimento do disposto nos incisos II e III do parágrafo antecedente, salvo manifesta impossibilidade de fazê-lo devidamente alegada e acolhida pelo juiz, aplicar-se-á pena de responsabilização ao omissor, em favor do estado e parte adversa, pela morosidade ao procedimento decorrente e prejuízos que causar, inclusive as decorrentes de má-fé, sem prejuízo, todavia, da interpretação livre e motivada do conjunto de provas carreado aos autos, quando do julgamento.

[...] **(Novo)**

Art. 336 – Não dependem *de prova os fatos*... [...].

[...] **Com renumeração de artigos, restabelecem-se as previsões originárias do CPC.**

CONCLUSÃO

Antes de procedermos ao elenco de idéias nesse tópico, com o objetivo de concluir o presente trabalho, faz-se importante, em nossa visão, indicar a preocupação já externada por todos os ramos da cultura e ciência, com a efetividade dos direitos promulgados por um estado democrático, em que tenha lugar o império da lei, da Justiça ⁴⁵³ e, conseqüentemente, seus escopos.

Não foi diferente com a literatura inglesa, consagrada na obra de Willian Shakespeare, de onde se extrai célebre citação impregnada de inconformismo pela previsão estéril de direitos, à coletividade: “Temos esse direito; mas é um direito que não temos o direito de exercer” - Coriolano (1607-1608).

Assim, assumidos todos os postulados já indicados no presente, tem-se que a prova técnica no Processo Civil – vale dizer – perícia, notadamente nos procedimentos em que se discutem relações de consumo, precipuamente contra instituições financeiras, seja com pedidos de condenação a adimplementos contratuais que são negados por razões técnicas pelas instituições tais, algumas vezes ou, seja com base em pleitos cumulados sucessiva ou alternativamente, de revisões de contratos de natureza bancária, financeira, de acordo com a casuística dia a dia apresentada, é peça fundamental para que se possa outorgar efetividade ao procedimento, quando da sentença, com liquidação desta no já ao final da fase de conhecimento.

As complicações nos procedimentos deste jaez surgem, *ab initio*, com a interseção das normas consumeritas (arts. 4.º I e 6º, VIII, do CDC) e das regras a respeito de provas, previstas no estatuto adjetivo clássico (art. 333 do CPC).

Isso se dá, pois, conforme entendimento ainda majoritário, na doutrina e jurisprudência, afeto à inversão do ônus da prova, esta é, no mais das vezes, adotada como regra de julgamento, sem que as partes se furtem ao cumprimento, tanto quanto possível, dos deveres previstos no art. 333 do CPC, que é aplicado juntamente às disposições sobre prova da lei especial, que exige fundamentação,

⁴⁵³ Justiça, com a interessante simbologia idealizada por Artur César de Souza, em conclusão à obra “Parcialidade Positiva do Juiz”, quando escreve: “A venda da deusa da Justiça necessita ser retirada para que se possa reconhecer no processo a racionalidade do outro, sua diferença sociocultural-político-econômica. A balança, diante da realidade latino-americana, deve ser desequilibrada, a fim de representar as desigualdades sociais, econômicas e culturais existentes num continente regrado por injustiças sociais. E a espada, por fim, deveria ser substituída por uma “lupa”, para que se possam avistar as concepções ideológicas que existem por detrás de um determinado ordenamento jurídico de cunho capitalista e neoglobalizante”. SOUZA, Artur César de. 2008, *cit.*, p. 255.

requisitos e advertência, na fase de conhecimento e de modo judicial e não legal, a exemplo do art. 333 do CPC, somente para que se evitem decisões ante caracterização do *non liquet*, quando os sistemas de ônus assumem relevância.

Assim, após deferir a inversão como regra de julgamento, o magistrado pode, ao tempo da sentença e diante da comprovação da vulnerabilidade ou hipossuficiência do consumidor no caso concreto, considerar existente e valorada, fins de julgamento, prova que sequer esteja fisicamente nos autos, em favor do consumidor, em razão de um sistema de presunções judiciais – verossimilhanças preponderantes, nos dizeres de parte da doutrina.

Do ponto de vista da efetividade do processo, a despeito da proteção outorgada ao consumidor, quando se trata de procedimento que julga pleitos de adimplemento ou revisão de contratos contra instituições financeiras e equiparadas, no mais das vezes embasados em contratos bancários complexos, com pedidos certos cumulados alternativamente ou sucessivamente (redução do débito, compensação ou reconhecimento e repetição de indébito, inclusive pelo dobro do que indevidamente cobrado), mas sem um mínimo de substratos preliminares contábeis para embasar os pedidos cumulados, exigindo-se na sentença acertamento da demanda, apuração de haveres (art. 459, do CPC), chega-se à conclusão de que, embora louvável a tese de inversão do ônus da prova como regra de julgamento, a supressão da efetiva prova técnica, pericial contábil impede que a sentença seja efetiva, líquida, não permitindo cumprimento célere, pois lhe falta o necessário acertamento, quantificação, isso:

- a) Em prejuízo dos consumidores, em perspectiva privada, micro;
- b) Em prejuízo de coletividades, em perspectiva metaindividual e, ainda;
- c) Em prejuízo do mercado nacional e do próprio sistema bancário, que, objetivando lucros imediatos, aparentemente não se deu conta dos prejuízos que pode vir a sofrer, isso, em termos macroeconômicos (com a eternização de demandas pelos consumidores ante as liminares de recuperação de nome e crédito concedidos e demora na restituição de valores ao mercado, para fomento de crédito e, mesmo, dos clientes que, após decidirem seus pleitos e satisfazerem seus débitos,

ou receberem seus créditos, com nome restabelecido, ou adquirem crédito ou os guardam-devolvem, no sistema financeiro).

Em conclusão:

- Não basta, pois, postergar o exame da quantificação do direito para o incidente de liquidação preliminar ao cumprimento de sentença, pois isso equivale a simplesmente postergar o enfrentamento do problema que exige a referida prova.

- É necessário buscar soluções técnicas à luz dos baluartes da doutrina, estudo empírico do problema e com visão iconoclasta do sistema, para que se outorgue, com a brevidade possível, efetividade a tais decisões. Lembrem-se, aqui, as lições de Ravà:

[...] As normas são e devem ser cambiantes, pois nascem da aplicação de um critério fixo e eterno a uma realidade mutável e transitória. Manter as mesmas normas quando a realidade muda, ou aplicá-las a uma realidade diversa é somente por isso injusto. Por conseguinte, a mesma idéia de justiça exige a mudança; mas isso não quer dizer que as novas condições em seu verdadeiro sentido sejam a causa da própria mudança.⁴⁵⁴

Assim, somente com adoção de novas regras e interpretações, para novos fatos e casuísticas que não possuem relação com as regras ordinárias e consolidadas, quais sejam, inversões do ônus da prova, como prevista no CDC, em franco sistema híbrido, fundamentadamente e quando o caso, às relações de consumo em geral e, em especial, àquelas em face de instituições financeiras, aplicando-se:

- 1) Regra de julgamento para fatos de quase impossibilidades probatórias, técnicas ou não (sobretudo em relação ao consumidor) e, também, para as provas não técnicas produzidas com custos e diligências reduzidas pelas partes, para que se aplique subsidiariamente o art. 333 do CPC e;
- 2) De modo diverso, verificada a necessidade da perícia, inverter-se o ônus da prova como regra de procedimento – comportamento – atividade – para que se transfira a quem com mais qualidade ou facilidade possa produzir a prova necessária aos autos, de acordo com as lições eternizadas por Bentham e bem defendidas por

⁴⁵⁴ RAVÀ, Adolfo. *cit.* In: CALAMANDREI, Piero. 2003, *cit.*, p. 109.

Rizzatto Nunes, Gidi, Carlos Barbosa Moreira e Marinoni e Arenhart, estes, os responsáveis pela formulação acadêmica mais ponderada a respeito do tema, visão neste trabalho adotada, como forma de evitar, quando evitável, por óbvio, o julgamento pelo sistema de verossimilhanças preponderantes.

Mantém-se, assim, de modo diverso, tanto quanto possível, as atividades e fundamentos clássicos, sobretudo com aplicação subsidiária, porque seculares, sobre os procedimentos cíveis, mantendo-se a necessária visão de *autopoiese*, experimentação, evolução e alternância de crises e desenvolvimento paulatino e parcimonioso, aplicável ao que é vivo, desde a mais ínfima molécula ao mais complexo sistema parcial social.

Tal preocupação, ao menos relativamente, já se vislumbra, a exemplo do que se colhe, sejam nos Anteprojetos: de Código de Processo Coletivo Modelo para a Ibero-América ou para o Brasil e, das primeiras indicações da recente comissão que estuda redação de anteprojeto do próprio CPC clássico.

É que, respeitando-se os institutos que posam perdurar, mas reconhecendo as aspirações constitucionais da efetividade e autonomia das políticas de consumo, sobretudo em nível procedimental, é que poderemos dar um salto de qualidade rumo à celeridade processual com segurança jurídica; aumento das condições de fomento ao mercado nacional – vale dizer – desenvolvimento e, por fim, restabelecimento da crença manifesta nos poderes constituídos, em especial, no judiciário.

Lembra-se, aqui, comentário de Josimar Rosa:

Em efeitos de praticidade, o equilíbrio deve ser o alvo deste confronto, impedindo o exercício de atos repassados pela abusividade, nos dois cursos ⁴⁵⁵.

Mais: Pretende-se, pois, com o tema proposto, direcionar o pensamento hodierno à efetivação do acesso à justiça e das decisões dos conflitos, quando de sua resolução por meio do instrumento denominado “processo”, ordem concreta que objetiva alcançar resultados, integrando o ordenamento nas casuísticas do dia-a-dia, buscando todos os escopos sociais da jurisdição, inclusive os mais recentes e

⁴⁵⁵ ROSA, Josimar Santos. 1995. *cit.*, p. 55.

brilantemente formulados pela doutrina, a exemplo da “educação de um povo, pelo exercício correto e reiterado da jurisdição”⁴⁵⁶, forte, legítima.

- De rigor considerar, pois, que ao pensamento acadêmico compete à antecipação dos problemas práticos encontrados na aplicação do direito, de forma a dissecá-los hipotética e concretamente na busca de soluções que evitem ou, quando menos, diminuam seus efeitos.

Assim, pois, proposição de certas finalidades, luta a fim de persegui-las, vontade consciente do legislador no estabelecimento de determinadas normas; estes são os recursos fundamentais das transformações do direito, mesmo sem querer negar a força do sentimento e de certas orientações ditadas pelas circunstâncias. Trata-se, pois de ver como desse ponto de vista idealista e voluntarista, possam ser explicadas as crises do direito.⁴⁵⁷

E tudo isso porque, em nossa ainda diminuta visão, a teoria deve ser festejada quando de seus frutos surgem aplicação prática no ordenar das relações humanas, preocupação do direito como ciência.

E se assim não for, nos restará a literatura.

⁴⁵⁶ DINAMARCO, 2004, v. 1, *cit*, passim.

⁴⁵⁷ RAVÀ, Adolfo. *cit*. In: CALAMANDREI, Piero. 2003, *cit*, p. 109.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico acquaviva**. 2.ed. São Paulo: Rideel, 2008.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Processo Civil e interesses difusos e coletivos**: questões resolvidas pela doutrina e pela jurisprudência. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2002. In: MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: Saraiva, 2001.

ALVIM, Tereza Arruda. Noções gerais sobre processo no código de defesa do consumidor. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n. 10, abr./jun. 1994.

ARISTÓTELES. **Política**, Lisboa: 1970.

ARRUDA, Alex Souto. **A definição de ética e os seus conceitos estruturais**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/5620/1/a-definicao-de-etica-e-os-seus-conceitos-estruturais/pagina_1_.HTML>.

BARBOSA, Clóvis Brasil. **Interpretação Jurídica**, 2007. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/index.php?cont=12&id=227>>. Acesso em: 2 abr. 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Direito e processo**. In: _____. Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Sentença civil**: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Trad. Manuel Osorio Florit. Granada: Comares, 2001. In: CABRAL, Érico de Pina. Inversão ônus da prova no processo civil do consumidor. São Paulo: Método, 2008. v. 8. (Coleção Professor Arruda Alvim).

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. ed. 1927. – preliminares. In: SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. São Paulo: Max Limonad Editor. 1952. v. 1.

BÍBLIA. Português. **A Bíblia Sagrada**: antigo e novo testamento. Evangelho segundo Mateus, v. 21, cap.6. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br/ra/mt/6>>. Acesso em: 3 mar. 2010.

BOLDRIN, Rolando. **Palco Brasil**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2005.

BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. Carga probatória segundo a doutrina e o cdc. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 7. jul.-set., 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** – Promulgada em 05 de outubro de 1988. In: CAHALI, Yussef Said. Org. Código civil; código de processo civil; código comercial; legislação civil, processual civil e empresarial; constituição federal. 9 ed. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

_____. **Código de Processo Civil Brasileiro** – Lei Federal n.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Exposição de Motivos. 18. In: CAHALI, Yussef Said. Org. Código civil; código de processo civil; código comercial; legislação civil, processual civil e empresarial; constituição federal. 9 ed. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do código de processo Civil. Comentários sistemáticos às Leis n. 11.187, de 19-10-2005, e 11.232, de 22-12-2005**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, tomo I.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008. v. 8. (Coleção professor Arruda Alvim).

CALERA, Nicolas M. López. **Derecho y teoría del derecho en el contexto de la sociedad contemporánea**.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Tutela jurisdicional dos consumidores**. In: FARIAS, Cristiano C. de; DIDIER JUNIOR, Fredie. Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante. Coord. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Do cumprimento da sentença conforme a lei nº 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não? **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 26, n. 85, Maio, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Trad. Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. **Sistema di dir. processuale civile**, v. 1, In: SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. São Paulo: Max Limonad Editor. 1952. v. 1.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. 6.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. Reforma do poder judiciário e pacificação social, **Revista Diálogo Jurídico**, v.5, n. 5, set. 2006. Fortaleza: Faculdade Farias Brito.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e; **Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis**. 2.ed. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Atual. Org. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Comentários ao código de proteção e defesa do consumidor**, Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto procesuale civile**. 3.ed. § 55. In: SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. São Paulo: Max Limonad Editor, 1952. v. 1.

CICHOCKI NETO, José. Limitações ao acesso à justiça. Curitiba: Juruá, 1998. In: GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário compacto de direito**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DE NOTARISTEFANI. Perizia, in matéria penale, n. 2, In: Digesto Italiano. In: SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad Editor, 1955. v. 5.

DEMOGUE, As bases fundamentais do direito privado. In: FARIA, Soares de. Principais teorias relativas ao "onus probandi". ed 1936. In: SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Max Limonad Editor. 1952. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

_____. **Instituições de direito processual civil**, 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 3.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marques. **Dicionário brasileiro Globo**. 56.ed. São Paulo: Globo, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário eletrônico Aurélio Séc. XXI** – Ed. Nova Fronteira, 1999. cd rom

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Ações sincréticas e embargos de retenção por benfeitorias no atual sistema e no 13º anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil – enfoque as demandas possessórias. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 98, abr/jun. 2000.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1991.

FREDERICO, Alencar. Noções preliminares sobre o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 44. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2182>.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 45.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da personalidade jurídica**: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FUX, Luiz. **Curso de processo civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

GODOY, Arnaldo S. M. O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger: um clássico da filosofia jurídica e política. **Revista Jurídica**, v. 8, n. 82, dez. jan. 2007. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/revista/Rev_82/Artigos/PDF/Arnaldo_rev82.pdf>

GOMES, Orlando. **Contratos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica constitucional. Um contributo à construção do estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

_____. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 13, jan/mar. 1995.

GRAÇA, José Pereira. **Témis, A deusa da justiça**. Coimbra: Almedina, 1987. Apud: SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações Coletivas ibero-americanas: novas questões

sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, 301.

_____. **O conteúdo da garantia do contraditório: novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____.; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson e; DENARI, Zelmo; **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, 9.ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Lisboa: Edições 70. 1997.

HEGEL, Georg. W. F. **Vida e obra**. São Paulo: Nova Cultural. 1996. (Coleção os Pensadores).

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, Apud: GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HONESKO, Raquel Schlommer. A vulnerabilidade enquanto característica do consumidor brasileiro. **Revista Direito Vivo** / sociedade educacional maxi; Londrina.Coord. Org. José Ricardo Álvares Vianna, v.2, n. 2. 2009.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

KANT, Immanuel. **Prolegomena zu einer jeden kueftigen metaphysik, die als wissenschaft wird auftreten koennen**, v. IV, Academia Prussiana de Letras de Berlim, 1902-1941. Apud: O pensamento de immanuel kant – a sabedoria do mundo – Trad. Hans Koranyi. São Paulo: Editora Íris.

_____. **Verkuendigung des nahen abschlusses einestraktats zum ewigen frieden in der philosophie**, v. VIII, Academia Prussiana de Letras de Berlim, 1902-1941. Apud: O pensamento de immanuel kant – a sabedoria do mundo – Trad. Hans Koranyi. São Paulo: Editora Íris.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Revista jurídica**, Campinas, v.5, n. 2. 1999.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Trad: Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____.; DE GIORGI, Raffaele. **Teoría de la sociedad**. Tradução de Miguel Romero Pérez. 2.ed. México: Triana Editores e Universidad Iberoamericana, 1998.

LYRA FILHO, **Por que estudar direito hoje?** Apud: CARVALHO, Amilton Bueno de. Magistratura e direito alternativo. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

MACHADO NETO, Antônio Luis. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.

_____. **Curso de processo civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3: execução.

MARINONI, Luis Guilherme. **A formação da convicção e a inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**. Disponível em: <www.professormarinoni.com.br>.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 3.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATOS, Cecília. O ônus da prova no cdc. **Revista Justitia**, São Paulo, abr./jun. 1995.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Processo civil**: execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2.ed. Rio de Janeiro, 1954. v. 3.

MONTEIRO, João. **Processo civil e comercial**. 2.ed. 1912. Apud: SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. São Paulo: Max Limonad

Editor. 1952. v. 1.

MOORE, George Edward. **Princípios éticos**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

MORATO, Francisco. **A oralidade**, In: Revista Forense, 74/141, Apud: SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. São Paulo: Max Limonad Editor. 1952. v. 1.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n. 22, abr/jun. 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NUNES, Luis Antônio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008

OBERTO Giacomo. L'administration judiciaire de la preuve dans le procès civil italien. **Revue internationale de droit comparé**. v. 50, n. 3. juillet-septembre, 1998. p. 779-805. Disponível em: <http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/author/auteur_ridc_869 - home Page de *Persee Revues Scientifiques* – acesso em 01/03/2010, 9h21min>.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Org. **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PAULA BAPTISTA. **Theoria e pratica do processo civil**. ed. 1910. Apud: CASTRO, Francisco Augusto das Neves e; Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis. 2 ed. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Atual. Org. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor. 1917.

PENNA, Antonio Gomes. A ética e os tempos atuais. In: NALINI, José Renato (Coord.). **Uma nova ética para o juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

RAGAZZI, José Luiz; HONESKO, Raquel Schlommer e; HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. **Código de defesa do consumidor comentado**. São Paulo: Editora Verbatin, 2010.

RAVÀ, Adolfo. **A crise do direito e a crise mundial**. In: CALAMANDREI, Piero. A crise da justiça. Trad. Adap. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

REALE, Miguel. **Exposição de motivos do anteprojeto do código civil de 2002**. Brasília: Imprensa Nacional.

_____. **A balança e a espada: memórias**. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 2.

_____. **Teoria tridimensional do direito**. In: Teoria tridimensional do direito; teoria

da justiça; fontes e modelos do direito - Estudos Gerais Série Universitária. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003.

ROCKEFELLER, David. **Revista Veja**, São Paulo, n.1984. Ano 39. n. 47, 29 de novembro de 2006.

ROSA, Josimar Santos. **Relações de consumo**: a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores. São Paulo: Atlas, 1995.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: ensaio sobre a origem das línguas. São Paulo: Nova Cultural. 2000. v. 1. Coleção os Pensadores.

SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. **Ética**. 12.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1969.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro, Graal, 1989.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Max Limonad Editor. 1952. v. 1.

_____. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad Editor. 1955, v. 5.

SAREDO, **Istituzioni di procedura civile**, ed. 1873, v.1, n. 487. Apud: SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. 2 ed. corr. atual. São Paulo: Max Limonad Editor. 1955, v. 5.

SCHIAVI, Mauro. **Aspectos polêmicos e atuais da prova pericial no processo do trabalho**. Disponível em: <<http://www.lacier.com.br/artigos/Aspectos%20pol%EAmicos%20e%20Atuais%20da%20Prova%20pericial%20no%20Processo%20do%20Trabalho.doc>>. Acesso em: 2 mar. 2010.

SICHES, Luis Recasens. **Tratado general de filosofia Del derecho**. 5.ed. México: Editorial Porrúa. 1975.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo**. São Paulo: Ed. Paloma. 2001.

TESHEINER, José Maria Rosa. Sobre o ônus da prova. In: _____. **Estudos em homenagem a Egas Dirceu Moniz de Aragão**. Disponível em: <www.tex.pro.br>. Acesso em: 25 ago. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Brasília, v. 1, n.1, abr. 2006.

TRINDADE, André. **Para entender luhmann e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 5.ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1.

_____.; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, e; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3.ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Trad. Vinícius Eduardo Alves. São Paulo: Centauro, 2001. Apud: SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZACCARIA, Giuseppe. **Razón jurídica e interpretación**. Madrid: Ed.Civitas, 2004.

ZYMLER, Benjamin. **Política & direito, uma visão autopoietica**. Curitiba: Juruá, 2002.

Páginas em sítios da world wide web (www):

http://es.wikipedia.org/wiki/Jeremy_Bentham - acesso em 10/02/2010, 19h

[http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dcone_\(semi%C3%B3tica\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dcone_(semi%C3%B3tica)) – acesso em 04/03/2010, 0h34min.

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito> - acesso em 06/11/2007, 19h07min

<http://www.bibliaonline.com.br/ra/mt/6> - acesso em 03/03/2010, 10h21min.

<http://www.conjur.com.br/2010-jan-02/codigo-processo-civil-fica-agil-anteprojeto-enviado-senado> - acesso em 01/03/2010, 15h02min.

<http://www.dicio.com.br/iconoclasta/> - acesso em 04/03/2010, 1h.

http://www.dji.com.br/codigos/1973_lei_005869_cpc/cpc0332a0341.htm, acesso em 15/02/2010, 15h.

http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf005.htm, acesso em 14/02/2010, 19h12min.

<http://www.facilita.com.br/facartigo3.htm> - Acesso em 06/11/2007, 19h.

<http://www.gonzaguinha.com.br/disc12.html> - acesso em 03/03/2010, 10h25min.

http://www.ijusp.org.br/artigos/ak_rubens.html - home page do Instituto Junguiano de São Paulo – acesso em 23/04/2008, 1h16min.

http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/author/auteur_ridc_869 - home Page de *Persee Revues Scientifiques* – acesso em 01/03/2010, 9h21min.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L4595.htm>, acesso em 27/02/2010, 22h10min.

<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm> - acesso em 03/03/2010, 23h44min

http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/Comiss_Juristas_Novo_CPC.pdf - acesso em 02/03/2010, 21h44min.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI-ED%202591%20DF%20&base=baseAcordaos> – acesso em 01/03/10 – 19h47min

<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> - acesso em 01/03/2010, 18h05min

<http://www.unicamp.br/fea/ortega/temas530/leon.htm> - acesso em 07/04/2010, 13h48min.

http://www.webartigos.com/articles/5620/1/a-definicao-de-etica-e-os-seus-conceitos-estruturais/pagina_1_.html