

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

ACESSO À JUSTIÇA II

ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174

Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadora: Adriana Goulart de Sena Orsini – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-284-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

ACESSO À JUSTIÇA II

Apresentação

A presente obra é composta por artigos científicos de relevo, selecionados após rigorosa disputa e defendidos de forma brilhante no Grupo de Trabalho intitulado “Acesso à Justiça II”, durante o XXV Encontro Nacional do CONPEDI/UNICURITIBA, ocorrido entre 7 A 10 de dezembro de 2016, em Curitiba/PR sobre o tema “Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito”.

Nada mais oportuno, em contexto de indagação sobre o papel dos atores e das instituições no Estado Democrático de Direito, tratar do acesso à Justiça. Assim, é com especial satisfação que apresentamos à comunidade científica os artigos que compõem esta obra, estudos comprometidos com a defesa da fundamentalidade do acesso e da Justiça, e que trazem uma concepção ampliada e capilarizada do acesso, de forma solidária e democrática, atendendo a concepção da Justiça como valor.

Dentre os temas que compõem o presente trabalho, podemos destacar aqueles que se circunscrevem ao Código de Processo Civil - CPC de 2015, abordando suas reformas, a duração razoável do processo, a redefinição do ônus da prova, o sistema precedentalista, novos olhares sobre as serventias e o usucapião extrajudiciais, bem como a mediação nas formas intra e extrajudiciais.

Ao abarcar-se dos conteúdos contemporâneos contidos neste estudo, o leitor perceberá que o diálogo com outros saberes foi constante e extremamente rico: comunicação, sociologia, psicologia e educação foram alguns saberes abordados de forma criativa e pertinente, denotando a imprescindível interdisciplinariedade que deve permear textos de qualidade e atualidade e, reafirmando, de outro modo, a centralidade do debate sobre o acesso à justiça no Brasil.

Profa. Dra. Adriana Goulart de Sena Orsini - UFMG

ÔNUS DA PROVA COMO ACESSO À JUSTIÇA: UMA (RE)DEFINIÇÃO À LUZ DO NOVO CPC?

BURDEN OF PROOF AS ACCESS TO JUSTICE: A (RE)DEFINITION IN THE LIGHT OF THE NEW CPC

Elaine Harzheim Macedo ¹
Lírio Hoffmann Júnior ²

Resumo

O trabalho investiga os fundamentos da definição jurídica de ônus probatório, sem abdicar da premissa de que prova compreende a garantia do acesso à justiça. Partindo do conceito de prova, perpassa as bases utilizadas ao longo da história do processo para definir sua finalidade, utilidade e validade, concluindo com a adequada adoção, na perspectiva de um processo democrático, do ônus probatório. Enfrentando o novo CPC, adentra-se na adoção, em sede de exibição de documento ou coisa, de comandos mandamentais que podem reverter o sistema probatório, implicando um dever de provar que contraria as regras de distribuição do ônus da prova.

Palavras-chave: Ônus da prova, Comandos mandamentais, Prova e acesso à justiça, Novo código de processo civil

Abstract/Resumen/Résumé

The work investigates the foundations of the legal definition of evidential burden, without giving up the premise that evidence includes ensuring access to justice. From the proof of concept, permeates the bases used throughout the history of the process to define its purpose, usefulness and validity, concluding with the appropriate adoption from the perspective of a democratic process, the evidential burden. Facing the new CPC, is entered in the adoption in document display headquarters or something, of mandamentals commands that can reverse the evidential system, implying a duty to prove that contraries the distribution rules of the burden of proof.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Burden of proof, Mandamentals commands, Trial and access to justice, New civil procedure code

¹ Doutora em Direito pela UNISINOS. Membro do IARGS e do IBDP. Presidente do IGADÉ, Instituto Gaúcho de Direito Eleitoral. Advogada. e-mail: elaine@fhm.adv.br

² Mestrando em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Processual Civil pela UFSC. Professor Universitário e Juiz de Direito em SC. e-mail: lhj17938@tjsc.jus.br

1 INTRODUÇÃO

A partir do momento em que Estado se afirmou como entidade incumbida da resolução dos conflitos, o tema em torno da prova passou, isso é intuitivo, a merecer concentração especial por parte da autoridade designada a conhecer das alegações realizadas pelas partes.

Superada a ideia da justiça privada, mediante a afirmação da consciência de que a força ou a astúcia do mais forte não conduz necessariamente ao ideal de justiça, passaram as demandas a serem submetidas ao exame de autoridades, que as conheciam e julgavam à luz dos costumes então praticados no seio social. Como bem observam Cintra, Grinover e Dinamarco (1998, p. 22), confirma-se deste modo a hipótese de que, historicamente, a figura do legislador é realidade contemporânea à do juiz.

É certamente neste ambiente costumeiro que vão se consolidando também, ao longo dos tempos, as vigas mestras que sustentam as regras plasmadas sobre a prova nos mais diversos ordenamentos jurídicos. Seria realmente inimaginável, ao menos sob o pálio de um sistema carente de qualquer racionalidade, supor viável a resolução de conflitos sem um arcabouço mínimo que atinasse à prova e a mecanismos que permitissem adequadamente a sua produção e valoração. Para parafrasear o que se continha já ao tempo das Ordenações Afonsinas, não é equivocado dizer que a prova constitui o farol que conduz o juiz nas suas decisões.

De um modo geral, pode-se afirmar, com relativa segurança, que no Brasil sempre imperou um ideário racional no que toca à prova, cuja atividade passa a ser encarada como um ônus a ser satisfeito pela parte que, subsumida a determinado arquétipo legal, se vê às voltas com atividades a serem desenvolvidas para o atingimento de uma situação processual favorável.

A afirmação de que a prova constitui um ônus à parte que pretende evidenciar uma alegação constitui uma premissa hermenêutica relativamente remota, não apenas aqui, como nos ordenamentos processuais de uma maneira geral. Contudo, a (nova) regra escrita no artigo 400, parágrafo único, do novo Código de Processo Civil, segundo a qual, a emprestar efetividade ao comando judicial que determina a exibição de documento ou coisa, estaria o juiz autorizado a aplicar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, cria, no mínimo, uma inquietude, gerando instabilidade sobre a manutenção do sistema probatório enquanto compreensão da carga probatória como ônus ou encargo atribuído à parte.

Não é, certamente, o intento deste trabalho perscrutar a natureza de tais providências, em grande medida porque é de fácil percepção o desejo manifestado pelo legislador, no sentido de que a ordem de entrega da coisa ou documento seja efetivamente observada. Importa-nos, isso sim, verificar se o propósito materializado em tais providências não fere o protótipo construído em torno do conceito da prova, compreendido como algo a ser realizado exatamente no interesse daquele se vê onerado pela norma.

O exame deste diagnóstico é de importância capital, não só no plano acadêmico, mas sobretudo no aspecto pragmático, pois a confirmar-se a hipótese de vulneração ao princípio da liberdade, o que para nós está acima de qualquer dúvida razoável, ter-se-ia por configurada autêntica inconstitucionalidade, passível de ser obliterada pelos meios e formas previstos em lei.

Para tanto, surge a questão: deixou a prova de ser examinada como um ônus ao interessado? Sem olvidar que a cientificidade de um conceito perpassa pela indicação de elementos que não permitam exceções, não impressiona eventual objeção no sentido de que a nódoa constituiria uma pontualidade irrelevante, passível de ser ignorada.

Por outro lado, não é possível ignorar que o sistema processual como um todo e, nesse sentido, também o sistema probatório, está sob a égide da garantia constitucional e do estabelecimento da norma fundamental do acesso à justiça, seja por força do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição republicana, seja à luz do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015.

Não só no Brasil, mas especificamente no Brasil, o acesso à justiça atravessou fases que foram se plasmando e sobrepondo, na busca desse ideal maior de permitir que os conflitos e as diferenças entre os sujeitos de direito fossem efetivamente recepcionados e tutelados, nos termos da ordem jurídica vigente, pelo Poder Judiciário. Assim, num primeiro momento, acesso à justiça foi concebido a partir da construção de determinados institutos que favorecessem aos mais desvalidos a abertura das portas do complexo sistema judiciário, instituindo-se o sistema de gratuidade da justiça, o que veio a ser aperfeiçoado posteriormente pela criação de órgãos públicos de defensorias; num segundo passo, a instrumentalidade do processo passou a ser o caminho para que o acesso à justiça alcançasse com mais precisão a resolução do conflito, seguindo-se, num terceiro degrau, a criação de microssistemas para facilitar o acesso e a própria composição nos casos de menor potencialidade de litigiosidade, através dos Juizados de Pequenas Causas que se transformaram em Juizados Especiais. O caminho, que persistia árduo, foi sendo

trilhado e os últimos movimentos voltaram-se a vencer os dois grandes obstáculos para o efetivo acesso à justiça – por certo que luta ainda não superada – consistentes na morosidade e na ausência de efetividade das decisões judiciais. Por fim, o acesso à justiça, cuja positivação constitucional e enquadramento como norma fundamental do processo é premissa indiscutível, volta-se a perquirir o processo adequado, assim compreendido como tempestivo e efetivo e, portanto, capaz de produzir resultado adequado ao conflito que lhe foi submetido.

Nessa última perspectiva, a prova é basilar para que se agregue qualidade de adequação à prestação jurisdicional como resultado último do processo, e é sob essa ótica que se pretende, também, ajustar o debate sobre o ônus probatório e os comandos mandamentais inseridos pelo art. 400 do CPC de 2015.

Constitui, destarte, nosso objetivo isolar o conceito de ônus, e, a partir disso, traçar elementos que permitam diferenciá-lo de outras categorias jurídicas, sem perder de vista o seu enquadramento como instrumento de acesso à justiça.

A desincumbência dessa tarefa bem se afeiçoa, a nosso sentir, com a utilização de método dedutivo, mediante análise do conteúdo geral dos conceitos acima indicados. Com isso, cremos possível estabelecer uma síntese que possa, racionalmente, estabelecer os limites necessários ao dispositivo questionado.

2 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA

Estabelecer com precisão o conceito de prova é, seguramente, uma tarefa nada singela. Afora as diversas teorias que procuram apurar-lhe o sentido – o que, por certo, torna particularmente difícil garantir uma razoável homogeneidade conceitual – contribuem para este embaraço os diversos enfoques pelos quais é visto o fenômeno.

De qualquer sorte, uma tentativa de reduzir-lhe o grau de indeterminação constitui tarefa tanto mais adequada quanto indispensável à compreensão de figuras paralelas que com ela guardam estreita ligação. Como bem destaca Reichelt (2009, p. 44):

[...] a precisão na definição do conceito de prova é de fundamental importância para a compreensão de diversas noções dele derivadas (como, por exemplo, a distinção entre meio e fontes de prova e as noções de ônus de prova e de apreciação da prova), de maneira a evitar o surgimento de incompatibilidades capazes de produzir uma indesejável quebra do sistema.

A partir das premissas aqui estabelecidas, deve-se advertir, todavia, que o conceito de prova não é ocupação exclusiva do fenômeno jurídico. Consoante a apropriada lembrança de Marinoni e Arenhart (2015, p. 70), a noção de prova é comum a todos os ramos da ciência, e constitui elemento indissociável à validade dos processos empíricos.

O processo, em apertada síntese, historia fatos, sejam eles controvertidos ou não, cumprindo ao Judiciário a percepção desses fatos, ao efeito de (i) estabelecer sua relevância ou não para a composição do conflito, e (ii) sua verdade, o que necessariamente remete para o sistema probatório, através dos meios de postulação (alegação), admissão (deferimento ou indeferimento), produção (coleta) e avaliação (valoração) das provas.

No plano jurídico, em particular, pode-se afirmar que pelo menos três acepções ganham protagonismo quando se atina à tarefa de construir-lhe um conceito. Conforme recorda Santos (1970, p. 275), a palavra prova pode ser empregada, em um primeiro momento, como a ação de provar, de fazer a prova. Significa ainda, diz o mesmo autor, o meio de prova considerado em si mesmo (testemunhal, pericial etc) e, em um último aspecto, como o resultado da atividade desenvolvida pelas partes no intuito de descortinar a verdade dos fatos.

A partir destes critérios, Echandía (1988, p. 28), eminente processualista colombiano, estabeleceu três aspectos pelos quais o fenômeno probatório pode ser encarado. Ao termo prova, segundo conclui, atribui-se inicialmente um sentido formal, consistente nos meios pelos quais se valem as partes para levar ao conhecimento do juiz determinado fato relevante. Ainda segundo o processualista, outros dois sentidos não poderiam ser olvidados: o sentido substancial, que se traduziria nas razões ou motivos que dos meios se deduzem em favor da existência ou da inexistência dos fatos, e finalmente o resultado subjetivo, que se formaria no íntimo do juiz, em uma representação mental acerca da ocorrência ou não de determinado fato.

A existência destas vertentes interpretativas parece não ter impedido um acentuado prestígio da teoria que intui prova em senso subjetivo, correspondente ao convencimento formado pelo juiz. Adepto expresso dessa teoria, Chiovenda (1969, p. 91) chegou a definir a prova como a “[...] convicção do juiz sobre a existência, ou não de fatos relevantes no processo”.

No mesmo sentido, também Taruffo (2014, p. 34) parece partilhar desse entendimento. Para este contemporâneo jurista italiano:

Nem todos os meios de prova relevantes e admissíveis produzem <prova> dos fatos. Um fato é provado somente quando se extraem com êxito algumas inferências concernentes a sua existência a partir dos meios de prova disponíveis. Isso não ocorre sempre, uma vez que um elemento de prova apresentado pode não produzir qualquer resultado positivo. A prova é obtida somente quando uma inferência extraída dos elementos de prova suporta a verdade de um enunciado acerca de um fato em litígio. Em certo sentido, a prova do fato e a verdade de um enunciado acerca desse fato são sinônimos. Pode-se afirmar que um fato é verdadeiro somente quando provado com base nos elementos de prova, e se prova unicamente quando sua verdade nesses se funda.

A análise dos critérios elencados, de qualquer forma, faz presumir, segundo a percepção de Marinoni e Arenhart (2015, p. 63), que todas essas construções impõem uma vinculação da ideia de prova ao tempo passado, tendente à reconstrução ou reprodução de fato pretérito que possa, de forma eficaz, gerar na convicção do juiz um sentimento de certeza acerca de sua ocorrência.

De par do que se disse, é possível estabelecer as bases que se relacionam à finalidade da prova. De pronto, descarta-se uma finalidade meramente consequencial, no sentido de erigi-la como ponto central de uma tarefa meramente descritiva. Seria realmente muito pobre afirmar que a prova tem por objeto a reconstrução ou reprodução dos fatos que servirão de base para a incidência de uma regra jurídica.

Uma vez que a interpretação da norma jurídica não pode se divorciar dos fatos expostos na causa, pois a partir deles o juiz constrói um modelo hermenêutico racional, é certo que a prova serve de elo argumentativo à construção da decisão. Vê-se, pois, que o manejo da prova está vinculado, ainda, a um novo arquétipo de tomada da própria decisão judicial, repelente de um modelo meramente consequencial, como adverte Picardi (2008, p. 15):

Já há tempos colocou-se em evidência que a atividade do intérprete não pode se reduzir a uma simples “explicitação”, mas é sempre uma contínua “reformulação” da norma, e também se esclareceu que a individualização da regra a ser aplicada no caso concreto, longe de se impor do exterior, é fruto de uma escolha que o juiz desenvolve na interpretação ou aplicação da norma. Hoje é precisado que, no *iter* de formação da sentença, o juiz dispõe de amplos poderes discricionários e, exatamente por meio do exercício desses poderes, é que ele “cria” a decisão.

Pode-se sustentar, então, como intentam afirmar Marinoni e Arenhart (2015, p. 63), que a função da prova é a de se prestar como peça de argumentação no diálogo judicial, isto é, como elemento de convencimento do Estado sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal, ou, ainda como aperfeiçoar

Reichelt (2009, p. 146) “[...] de servir como argumento integrado à atividade de persuasão racional do juiz”.

A atividade probatória, voltada assim ao convencimento do órgão estatal, resulta à parte onerada uma projeção de situação processual. Cumprida a missão que a prova assume no processo, ao litigante outorga-se um cenário de vantagem, que se traduz na consequência jurídica almejada por intermédio do ingresso da demanda ou de sua oposição.

Aqui começa o elo entre a prova – ou encargo de provar – e o acesso à justiça.

Como a ninguém é imposta uma situação desta natureza, é fácil perceber que a atividade probatória se sujeita a um critério de conveniência e liberdade daquele que, podendo se valer desta condição de primazia, decide agir como, e segundo, determina a norma. Mas isso não significa que, pretendendo provar determinada alegação de fato controvertido e tido como relevante, seja-lhe negada essa possibilidade, pena de, aí sim, negar-se o acesso à justiça. É acerca desse enfoque - que se afeiçoa ao conceito de ônus - que se passa a ocupar na sequência, bem como a entender-se a capacidade probatória como um instrumento de acesso à justiça. Dizendo de outra forma, ninguém será compelido a provar, mas pretendendo provar, o sistema deve lhe assegurar os meios de prova compatíveis com os fatos a serem demonstrados.

3 ÔNUS COMO CATEGORIA JURÍDICA AUTÔNOMA

Consoante se sustentou, a atividade probatória da parte no processo se vincula a uma situação de vantagem. Quem produz determinada prova visa, em última análise, a convencer o juiz de que determinado fato tem potencialidade de fazer incidir a consequência jurídica descrita na norma. Utiliza-se da prova como meio de assegurar o que é seu desiderato último: uma prestação jurisdicional pertinente e adequada ao conflito.

A este fim está atrelada a liberdade do litigante, que pode escolher o meio e a forma pela qual este estado ideal de coisas, obtido mediante a evidência do fato, pode ser atingido. É, pois, neste cenário que se insere o tema do ônus processual.

Fruto das primeiras cogitações da ciência processual no século XX, impôs-se como categoria processual autônoma de grande valia à afirmação do processo como ramo independente, cabendo frisar, à luz da pena privilegiada de Dinamarco (2008, p. 283):

[...] a teoria dos ônus processuais, sua conceituação, distinção de figuras afins, inserção no sistema do processo, constitui uma das mais lúcidas e preciosas contribuições que se aportaram à sua ciência no século XX, servindo para esclarecer muitos pontos de dúvida e ditar o correto direcionamento e justa medida das consequências dos possíveis comportamentos comissivos ou omissivos das partes.

Aos fins que nos interessam, cumpre afirmar, e demonstrar, que o ônus não se confunde com a ideia de obrigação. Quando a lei atribui a alguém a prerrogativa de provar, impõe-lhe um ônus, nunca uma obrigação.

Esta última categoria, de historicidade bem mais longínqua, já era prevista ao tempo dos romanos, que a conceituaram como “[...] o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma pretensão em proveito de outra” (GOMES, 1995, p. 15).

Da análise de seus termos pode-se extrair uma característica própria, isto é, uma situação de “dever” na qual se coloca o devedor, de quem se pode exigir a prestação. Na lição de Grau (2016):

[...] a obrigação “consubstancia um vínculo em razão do qual uma pessoa (devedor) deve a outra (credor) o cumprimento de uma certa prestação. A obrigação consubstancia um *direito relativo*, na medida em que o crédito que dela decorre apenas pode ser exigido pela pessoa ou pluralidade de pessoas dele titular, contra a pessoa ou pluralidade de pessoas na situação de devedor. Aí a distinção fundamental entre *obrigação e direito real*: este pode ser *exigido erga omnes*. De outra parte, diz também constituir, a obrigação, um direito pessoal, conquanto que, descumprido o dever de prestação, a sua execução forçada ou providência que a substitua só é exigível por iniciativa do credor; de toda sorte, é certo que o devedor tem, perante o credor, um dever sancionado pelo Direito.

Foi Carnelutti, sem dúvida, a partir de suas cogitações acerca das chamadas “situações jurídicas passivas”, quem primeiro, e por melhor, logrou traçar as particularidades entre os conceitos de ônus e obrigação. Para o mestre italiano, em primeiro lugar, o conceito de ônus está atrelado à ideia de liberdade, consistente na possibilidade de atender-se ou não ao comando legal que o contém, o que não se verificaria na obrigação (CARNELUTTI, 1936, p. 55).

Sob outro enfoque, aduz haver uma diversidade de interessados quando se está a tratar de um ou outro conceito. O cumprimento de um ônus, aduz ele, atende a um interesse exclusivo do onerado, diversamente do que sucede na obrigação, cuja satisfação interessa substancialmente ao credor (CARNELUTTI, 1936, p. 73).

Em adição a isso, sustenta que o cumprimento de um ônus representa um “ato necessário” ao fim visado pela norma, em atenção a um interesse próprio, ao passo que na obrigação, o atendimento ao interesse alheio corresponde a um “ato devido”, sem o qual a norma material faz incidir a sanção.

O desatendimento de um ônus, continua o mestre insular, daria ensejo a uma sanção de natureza econômica, sob o prisma de que o interesse que se visa a tutelar não poderia, diante da inércia, ser atingido por outra forma. Na obrigação, as coisas se passarariam de forma diversa, uma vez que o seu desatendimento daria ensejo a uma sanção de natureza jurídica (CARNELUTTI, 1936, p. 400).

Sem olvidar do inegável avanço lançado pela obra de Carnelutti, suas ideias não ficaram imunes à crítica. Em uma primeira perspectiva, Echandi (1988, p. 404) adverte que, ao contrário do que sustenta o mestre italiano, também o devedor tem interesse em cumprir a obrigação, justamente no propósito de escapar à ação da sanção imposta pela norma.

De outra quadra, a ideia de “ato necessário” em contraposição a ato “devido” também mereceu censura por parte do mesmo autor. Se a observância de um ônus pressupõe a prática de um ato necessário, suprimido está seu viés facultativo, a constituir a conduta, então, em uma verdadeira obrigação (ECHANDÍA, 1988, p. 404).

A crítica mais contundente, no entanto, consistiu na inclusão do ônus, por parte de Carnelutti, como situação jurídica passiva, quando, em realidade, a sua face mais evidente consistiria em um poder ou faculdade do sujeito para executar determinada atividade, com vistas ao alcance de certos resultados a ele próprio interessantes. A este respeito, Micheli (1966, p. 61) sustenta que “[...] ambedue quegli atti nella categoria degli atti intransitivi, inducenti um fenomeno di contrizione, pappresentando essi la subordinazione di un interesse conforme al diritto”.

A despeito da incidência dessas objeções, cuja validade parece evidente, não se pode subtrair das cogitações de Carnelutti o mérito de ter forjado as ideias centrais que permeiam o conceito moderno de ônus processual.

Se a sua doutrina não comporta integral acolhida, pode-se afirmar, como faz Pacífico (2000, p. 36-37), que dela são retirados pontos cruciais, como o pensamento de que o cumprimento de um ônus constitui uma manifestação de liberdade do onerado, cuja satisfação atende a um interesse próprio, ou mesmo que o seu desatendimento, por constituir uma faculdade qualificada, não representa qualquer ato ilícito. Afasta-se, porém, da mera faculdade, até porque ônus não atendido implica consequências de

natureza processual, com evidentes reflexos sobre o direito material, a exemplo do ônus de contestar pena de se terem por verdadeiros os fatos articulados pelo autor, autorizando desde logo a prolação de sentença. Tais consequências, que se estendem ao instituto a prova, ainda que não se caracterizem como “sanção”, podem ser fatais ao sucesso almejado na demanda.

Assentadas essas premissas, cumpre verificar como foi moldada a sistemática das regras sobre ônus da prova no novo Código de Processo Civil, e atentar se suas balizas se harmonizam às proposições acima delineadas.

De indagar-se, outrossim, se o sistema assim arquitetado atende, com eficiência, ao acesso à justiça, garantia constitucional e norma fundamental do processo, conforme art. 3º do novo CPC.

4 REGRAS SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CPC E AS POSSÍVEIS CONTROVÉRSIAS NO EMPREGO DOS INSTITUTOS

A noção de que um determinado ordenamento pressupõe regras que distribuem o ônus da prova ao autor e ao réu parte do presumido propósito de que compete ao primeiro comprovar os fatos que constituem o direito por ele alegado, mas não a existência daqueles que impedem a sua constituição (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 193-194).

De fato, não há racionalidade em exigir-se de alguém que alega um determinado direito o dever de se referir a fatos que impediriam o seu próprio reconhecimento pelo juiz (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 194).

Deste modo, as regras que atinam ao ônus da prova servem de guia ao juiz para a prolação da decisão, quando, concluído o procedimento, ainda paira dúvida acerca da veracidade das alegações tecidas pelas partes, quer do autor, quanto aos fatos que alegadamente constituem o seu direito, quer do réu, quanto aos fatos que impediriam o seu reconhecimento¹.

Consoante assevera White (2008, p. 48), a estipulação dessa sistemática ganha relevância a partir de um critério prático, que se rende à impossibilidade de o juiz abster-

¹ Sobre a ideia de ônus da prova em sentido objetivo, conferir a radical posição de MIRANDA, Pontes de. **Comentários do Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. IV, p. 270-271, e de MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O juiz e a prova**. RePro. São Paulo: RT, n.º 35, jul./set. 1984.

se de julgar sob o fundamento de “non liquet”. Convém, pela distinção de seu pensamento, transcrever-lhe as palavras:

La tradición heredada del derecho romano, receptada por los legisladores del siglo XIX a través de la elaboración doctrinal del derecho común, funda el concepto de carga de la prueba sobre la necesidad práctica de que cada uno de las partes alegue y pruebe en el proceso aquellos hechos a los cuales la norma jurídica vincula el efecto deseado.

Essa contingência decorre, evidentemente, da natureza temporal do processo. No âmbito da pesquisa, algo que ocorre com superlativa frequência no processo, o espectro de incerteza é uma constante, sendo impossível, ou quando menos indesejável, que a decisão aguarde indefinidamente uma prova categórica que supra por completo a indefinição judicial. Ao traçar as diferenças quanto ao aspecto probatório entre as ciências experimentais e o processo, Taruffo (2012, p. 258-259) assevera:

No processo as coisas são diferentes: por um lado, *interest reipublicae ut sit litium* e, portanto, a decisão não pode ser protelada indefinidamente, na esperança de que alguma prova ulterior venha a resolver a dúvida (note-se, todavia, que mesmo se no processo todas as provas relevantes fossem produzidas, como deveria ser, essa esperança continuaria a ser infundada); por outro lado, nos sistemas processuais modernos o juiz não pode limitar-se a pronunciar *um non liquet*, devendo de qualquer modo resolver a incerteza, decidindo definitivamente a controvérsia. Com o escopo de fazer com que o juiz possa sempre formular uma decisão final, mesmo quando a confirmação probatória de um ou mais fatos principais, a maior parte dos ordenamentos aplica – enunciando explicitamente em normas gerais ou admitindo como princípio implícito no sistema e disciplinando suportes fáticos particulares – regras de julgamento que se fundam na distribuição, às partes, do ônus da prova: quem não demonstra a verdade dos fatos que tem o ônus de provar sucumbe, visto que o juiz retira as consequências da falta de prova dos fatos alegados por ela, decidindo em seu desfavor.

De uma maneira geral, à luz destas premissas, às partes são voltadas diretrizes probatórias segundo os interesses dispostos na causa, o que se traduz, de ordinário, em que as alegações que atendam a um determinado propósito devem ser provadas por aqueles que, delas se valendo, obtenham uma posição processual vantajosa. Neste sentido, as palavras de Dinamarco (2010, p. 781-782):

Segue-se também, sempre sobre esse pano-de-fundo representado pela dialética do processo civil preponderantemente dispositivo – no qual a cada uma das partes compete esgrimir com as armas que a lei legitimamente lhe oferece –, que cada uma delas tem *interesse* em que o juiz reconheça a veracidade de suas alegações de fato e a mendacidade das alegações adversárias. O interesse, como já foi dito e isso é uma realidade cotidiana, é a principal mola da vida e efetivação dos direitos. Por isso, já em Chiovenda se

lia que a distribuição dos ônus probatórios é feita pelo sistema processual com base no *critério do interesse* - competindo a cada um dos sujeitos litigantes a comprovação dos fatos cujo reconhecimento possa conduzir ao julgamento favorável à sua pretensão [...].

Quanto a isso não se extraem divergências substanciais nos mais diversos ordenamentos processuais. No Brasil, em particular, as regras sobre ônus da prova vêm dispostas no artigo 373, que, em certa medida, é reprodução quase que literal das disposições então previstas no artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973.

Em essência, regula-se que compete ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu o ônus quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Autêntica novidade, a despeito, encontra-se escrita no parágrafo primeiro daquele artigo, segundo o qual: “nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”. Tal circunstância – ausência de condição probatória – se não combatida pela lei processual viria frontalmente contra o princípio do acesso à justiça, pressupondo, no caso, situação de desequilíbrio material entre as partes no processo e sua respectiva capacidade probatória. Numa realidade comercial altamente sofisticada e informatizada não é incomum os litigantes gozarem de situações divergentes quanto à possibilidade de provarem os fatos que alegam, impondo-se a intervenção legislativa redistribuindo o ônus probatório, a ser aplicada pelo juiz na devida medida. Nesse sentido, o primeiro estatuto a se defrontar com essa tutela probatória foi o Código de Defesa do Consumidor, que, em seu art. 6º, inciso VIII, prevê a facilitação da defesa dos direitos do consumidor inclusive com a inversão do ônus da prova.

Contudo, há sempre o contraponto, que também se mostra indispensável. Nesse fio, o parágrafo segundo do mesmo artigo do estatuto processual exorta a que decisão laborada em obediência ao parágrafo que o antecede “não pode gerar situação em que a desincumbência dos encargos pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

Não atende aos interesses deste trabalho lançar luzes sobre a nova regra dinâmica sobre o ônus da prova, embora não se menoscabe que a novidade representa um dos pontos marcantes na nova codificação no âmbito probatório.

Importa-nos, reiterar-se, analisar se o conceito de ônus processual permanece íntegro no novo Código, especialmente à luz da regra plasmada no parágrafo único do artigo 400. Esse dispositivo, é bom que se localize, atina com um meio específico de prova, qual seja, a exibição de documento ou coisa, não comportando, por si só, disposição sobre a teoria da prova.

No Código revogado, a decisão do juiz que impunha a uma das partes a determinação para que exibisse em juízo um documento ou uma coisa tinha eficácia diversa conforme se dirigisse à parte contrária ou a terceiro estranho à relação processual. Desatendido o comando decisório por parte do terceiro, impunha-se, à luz do artigo 362 daquele revogado diploma legal, a expedição de mandado de busca e apreensão, com a possibilidade de reforço policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência.

Por outro lado, a recalcitrância por parte da parte contrária ensejava o trânsito da consequência prevista no artigo 359, que facultava ao juiz admitir como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia prova.

O novo Código, conquanto tenha mantido a sistemática procedimental dúplice, conforme o direcionamento da medida seja feito a parte ou a terceiro, inovou quando às consequências do descumprimento manifestado pelo primeiro. A redação do artigo 400, ostenta a seguinte letra: “ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiro os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar [...]”.

A extravagância repousa no parágrafo único: “sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido”.

No sistema anterior, formou-se remansosa jurisprudência no sentido de vedar ao magistrado a imposição de qualquer penalidade pelo descumprimento da decisão que impunha a uma das partes a juntada aos autos de documento.

Segundo posição então pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a parte que desatendia ao comando judicial se expunha, unicamente, à consequência prevista no artigo 359, passando a suportar situação processual – embora relativa, é verdade – de manifesta desvantagem. Essa orientação, inclusive, acabou por consolidar-se no enunciado de n.º 372 da súmula da jurisprudência dominante daquele superior tribunal, segundo a qual “na ação de exibição de documentos não cabe a aplicação de multa cominatória”. Igual orientação foi tomada quando do julgamento do Recurso Especial n. 1333988/SP, estabelecendo-se precedente pela técnica de julgamento de

recursos repetitivos, firmando a tese do “descabimento de multa cominatória na exibição, incidental ou autônoma”.

É certo que a doutrina vem se posicionando pela revogação de tais entendimentos jurisprudenciais, considerando o disposto no parágrafo único do art. 400: “sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido”.

Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 502-503), afirmam:

O artigo 400, parágrafo único, CPC, autoriza o juiz a empregar qualquer medida “indutiva, coercitiva, mandamental ou sub-rogatória” para a satisfação da ordem de exibição. Resta superada a Súmula 372, do STJ, que não tem mais cabimento à vista do preceito expresso em sentido contrário. [...]. Cabe ao juiz decidir qual medida empregar, não estando vinculado a eventual pedido da parte requerente. A medida, também, pode ser alterada se verificado o seu insucesso no caso concreto.

E também Macedo (2016, p. 745):

[...] Ambos os enunciados estão expressamente revogados pelo disposto no parágrafo único do art. 400 (sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido) e pelo parágrafo único do art. 403, que, na sua parte final, prevê positivamente a aplicação de multa quando o terceiro resiste à ordem exibitória.

Contudo, essa orientação – legislativa e doutrinária, de cabimento de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias – ainda que válida e eficaz para a hipótese específica de pretensão de exibição contra terceiro, como adiante se verá, deve merecer atenção especial quando manejada contra a parte adversa – que não significa simplesmente recusar sua incidência –, sob pena de reverter-se a produção de prova em dever processual, renunciando-se a uma pedra basilar do sistema probatório, qual seja, que a parte detém o ônus de provar os fatos que alega em favor de suas teses defensivas. De sorte que se impõe meritoriamente a indagação: tem a parte agora, com essa nova disposição legal, um autêntico dever de produzir a prova? Ou é possível um equilíbrio entre o ônus probatório e o dever de exibição?

Tais temas, porém, só podem ser respondidos se compreendidos sob o manto do acesso à justiça.

5 PROVA E ACESSO À JUSTIÇA

O questionamento sobre eventual reformulação do instituto de prova a partir de seu estabelecimento como ônus probatório e a garantia do acesso à justiça àquele que, pretendendo provar, não tem a seu dispor o documento ou coisa que a tanto se prestaria, insiste-se, não pode ser enfrentado tendo em vista um viés único, até porque o capítulo da exibição de documento ou coisa atende a três situações distintas, a saber: (i) exibição incidental, no curso da ação proposta; (ii) exibição preparatória voltada contra seu adverso em feito principal a ser proposto oportunamente, onde a parte teria que se valer do procedimento do art. 305 (em ambos os casos a exibição se esgota subjetivamente entre as mesmas partes do processo principal); (iii) exibição proposta contra terceiro, como ação autônoma, que pode ser compreendida à luz do que dispõe o art. 301: “a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”, podendo a exibição contemplada nos arts. 401 a 403 do CPC de 2015 enquadrar-se nessa última hipótese, isto é, “medida idônea para assecuração do direito”, caracterizando-se por isso mesmo como verdadeira ação autônoma e envolvendo terceiro que não integra subjetivamente o conflito de direito material.

Enfrentando-se, então, primeiramente a pretensão exibição voltada contra a parte adversa – irrelevante, aqui, se proposta de forma antecedente, como orienta o art. 305 do CPC de 2015, ou incidentalmente, no curso do processo principal.

Esta situação – exibição voltada contra a parte adversa –, mesmo sob a vigência do Código de 1973, já era compreendida como verdadeiro procedimento probatório e, portanto, não se confundindo com produção de prova. Aqui a primeira premissa para a compreensão do problema posto.

Nesse caminho, Miranda (1979, p. 445) distinguia o mero procedimento probatório, previsto no capítulo das provas do Livro I do Código Buzaid, da exibição preventiva ou cautelar dos arts. 844 e 845, identificando a primeira como exibição incidente e a segunda como exibição autônoma, destacando que “o juiz não tem arbítrio no conceder ou negar a exibição”, pois ou o requerente “tem interesse na exibição e denegar-lha seria coarctar a prova, pois que se teria afastado o juiz das próprias normas dos arts. 130 e 327, ou não no tem, e o juiz deve indeferir”. Por aí se vê que o doutrinador não ampara a pretensão a um “direito à exibição”, mas a um “interesse” a tal providência – o que não deslegitima a pretensão –, até porque defende a exibição como um

procedimento probatório e não como meio de prova documental. Confirmando a ideia de interesse juridicamente tutelado, mais adiante defende que o requerido ou se escuda em causas excludentes ou se submete ao *dever* de exhibir, afastando a tradicional concepção bipolar de direitos *x* obrigações (MIRANDA, 1979, p. 457). Não se trata portanto, de dever de provar, mas de dever de exhibir, o que, para o doutrinador, é coisa diversa.

No particular, impõe-se a dicotomia: há um dever de exhibir o documento ou coisa? Esse dever altera a distribuição do ônus probatório e, por isso mesmo, a natureza do agir probatório como encargo da parte? A disposição do parágrafo único do art. 400 contribui para a concepção do dever de provar?

Indo-se por partes. De um lado, convém investigar se tal dispositivo está em harmonia com a totalidade do sistema, compreendido como ordem axiologicamente hierarquizada que tem por vértice a Constituição Federal².

A julgar correta uma interpretação linguística que o dispositivo parece oferecer, ter-se-ia num primeiro momento como ferido de golpe mortal o conceito histórico de ônus processual, cuja tônica perpassa pelo ideal de liberdade.

Ainda no mesmo caminho, não se olvida que quem opta por atender a uma norma cujo conteúdo é um ônus, não pode, de maneira nenhuma, cometer um ato ilícito e, por consequência, ser sancionado pelo resultado de suas escolhas. Relembrando aqui, uma vez mais, a lição de Echandia (1988, p. 416), “[...] a inobservância do ônus é perfeitamente lícita, por estar autorizada na lei”.

Assim, parece não haver dúvida que a primeira consequência pelo não atendimento ao comando exhibitório – afastadas as hipóteses legais – levaria aos comandos imperativos do citado parágrafo único.

Preocupa-nos com isso, particularmente, a possibilidade de o processo assumir um viés autoritário, admitindo-se ao Estado dizer - e principalmente adotar comando de império – quais as escolhas que cada indivíduo deve assumir à consecução de assuntos de seu exclusivo interesse.

Ainda que se alegue que o princípio da liberdade, corporificado no enunciado de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, contemple a possibilidade de restrição por parte do legislador – o que teria sido

² Acerca do conceito de sistema e de ordem hierarquizada de valores, Freitas ensina que o sistema jurídico “[...] compreende uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição”. (2010, p. 56).

intentando pela norma ora em debate -, não é lícito supor que tal se opere quando o fim visado pela norma não careça de razoabilidade.

Aqui começa o árduo trabalho do intérprete, frente ao aparente conflito que se estabelece entre a regra geral e absolutamente harmônica com o sistema probatório que vem consagrada no *caput* do art. 400, “ao decidir o pedido o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar”, e a regra mandamental do parágrafo único desse mesmo dispositivo.

Estabelecendo-se uma carga probatória que é ínsita ao procedimento probatório da exibição quando promovida entre os sujeitos de direito que integram o conflito de direito material, há de prevalecer as regras da distribuição do ônus probatório, implicando a confissão ficta daquele que resiste à exibição, até porque, a uma, já se ultrapassou o juízo de admissibilidade da exhibitória (rejeição da recusa prevista no art. 399), a duas, o postulante indicou na sua petição inicial que fato ou fatos pretende provar com o documento ou coisa a ser exibido (art. 397, inciso II).

Não há, portanto, pelo menos em princípio, espaço para os comandos mandamentais do parágrafo único do art. 400, ainda que o legislador tenha remetido a hipótese para situações imprecisas, implicando-as num plano de necessidade bastante vago.

De sorte que tanto se assegura à parte postulante o acesso à prova pretendida, como a respectiva defesa ao requerido, que pode justificar a não-exibição, restando resguardada a garantia do acesso à justiça, como também se mantém a sustentação teórica de que prova se traduz pelo ônus probatório.

O que o parágrafo único propõe – e só pode ser visto como exceção excepcional, com permissão ao pleonasma - nem afasta a regra do ônus probatório, absolutamente acolhida pelo dispositivo do *caput*, nem libera o julgador para sua adoção indistintamente. Aliás, sua adoção já sugere uma dificuldade, pois a própria petição inicial da exhibitória deve ater-se ao disposto no art. 397 em seu inciso II, qual seja, a descrição do fato a ser provado com o objeto, o que permitiria a incidência da confissão ficta, liberando-se de todo, por desnecessários, os comandos mandamentais.

Completamente diferente, porém, é a exhibitória movida contra terceiro, que não integra o conflito de direito material. Nessa hipótese, por óbvio, absolutamente inaplicável a regra do *caput* do art. 400, aí sim, comparecendo com todos os resquícios de utilidade que o processo adequado exige, os comandos mandamentais, porque o terceiro não pode se negar a contribuir – salvo, por óbvio, as restritas hipóteses legais

arroladas no art. 404 – com a perquirição da verdade, nos termos do art. 378 do estatuto processual: “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

Aliás, não é por outra razão que praticamente o mesmo texto “e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão” vem inserido no parágrafo único do art. 403, prevendo e compondo a hipótese de resistência do terceiro na exibição determinada.

Mais uma vez, assegurado por tal procedimento àquele que carece da exibição de um documento ou de uma coisa, a ser utilizado, se for o caso, como meio de prova em processo próprio, o acesso à justiça.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da prova constitui, sem dúvida, um dos pilares do processo civil moderno, e o seu adequado manejo, nas mais variadas formas de visualização do fenômeno, constitui uma garantia de participação democrática da parte no processo, revelando-se uma das facetas do acesso à justiça. Daí a importância singular de seu estudo. A experiência brasileira no que toca ao fenômeno da prova, no entanto, sofreu alteração legislativa sensível a sérias críticas, cuja compreensão e limitação deve ser elaborada pela doutrina e, quiçá, pela jurisprudência, a partir de eventual concretude dos casos julgados.

Nesse sentido, o parágrafo único do art. 400 do novo CPC traduz um verdadeiro dever de provar, especialmente quando aplicado à exibitória promovida entre as mesmas partes que integram o conflito de direito material que justifica o processo litigioso. O risco de se reverter um sistema em que o conceito de ônus convivia em harmonia com a temática da prova e a distribuição do ônus probatório está presente, impondo-se uma compreensão hermenêutica que afine tanto com o sistema probatório, alicerçado no ônus probatório e na sua distribuição entre as partes, como com a garantia constitucional e a norma fundamental do processo do acesso à justiça. Negar prova de fato controvertido e relevante para a solução da lide é negar o acesso à justiça.

De qualquer sorte, o ônus da prova, compreendido outrora como uma faculdade da parte, cuja observância atendia a um interesse exclusivamente próprio, corre o risco de ganhar nova roupagem, com a possibilidade de sancionamento de medidas que, lícitas em si, passam a representar uma afronta à autoridade judicial ou um risco ao “fim supremo

do processo”, daí porque indispensável a contribuição da doutrina e da jurisprudência para bem definir os limites de sua eventual incidência, se for o caso.

Por outro lado, a regra em discussão que autoriza comandos mandamentais vem repetida no procedimento que cuida da exibição promovida contra terceiro, oportunidade em que se mostra absolutamente útil e adequada, até porque ninguém se exime do dever – legal e de cidadania - de contribuir na busca da verdade pelo Poder Judiciário, presente a ideia de que absolutamente inadequada a solução de confissão ficta nesses casos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1936, v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría geral de la prueba judicial**. 6. ed. Buenos Aires: Zavalia Editor, 1988. v. 2. t. 1.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66950/69560>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

MACEDO, Elaine Harzheim. Exibitória de documento ou coisa no Novo CPC: arts. 396 a 404. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. **Direito probatório**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015;

MICHELI, Gian Antonio. **L'onere dela prova**. 2.ed. Padova: Cedam, 1966;

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 35, jul./set. 1984.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. 4.

REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009;

SANTOS, Moacy Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. v. 1.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinámicas. *In*: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas probatorias dinámicas**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 35-74.