

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

MARCOS LEITE GARCIA

MIGUEL KFOURI NETO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

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

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Miguel Kfourri Neto, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-198-2

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Conpedi acaba de realizar seu XXV Encontro Nacional como mais uma iniciativa de estímulo às atividades de intercâmbio científico entre os atores da Pós-graduação em direito no Brasil. Coube-nos conduzir as apresentações referentes ao Grupo de Trabalho: Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça II. Os artigos dali decorrentes, agora, são ofertados à leitura segundo uma ordem lógica, que prestigia tanto o aspecto principiológico das inovações operadas pelo Novo Código de Processo Civil, mas, sobretudo, dando especial ênfase - como ponto de maior destaque das inovações - à adoção da doutrina do Precedente Judicial. Esperamos com isso proporcionar o acesso eficiente às novidades e novos olhares sobre os avanços do processo civil. Para tanto recomenda-se a leitura pela ordem que se segue:

1. As normas fundamentais do novo CPC (lei 13.105/2015) e o fenômeno de constitucionalização do processo civil.
2. Precedentes e argumentação jurídica.
3. Precedentes e novo cpc: razão argumentativa na consolidação do estado democrático via direito judicial.
4. O novo CPC e o sistema de precedentes (“commonlização”).
5. A aplicação do precedente judicial: contrastes com as súmulas vinculantes.
6. A democratização do processo civil através do sistema de precedentes: o *amicus curiae* como instrumento de participação popular na formação de precedentes vinculantes de grande repercussão social.
7. Os modelos americano e inglês de vinculação ao precedente.
8. Brevíssimas considerações a respeito do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

9. Inovações e alterações do código de processo civil e a manutenção do subjetivismo do termo “insuficiência de recursos” para a concessão da gratuidade de justiça.
10. O princípio da publicidade como medida essencial ao controle dos atos estatais.
11. A contratualização do processo judicial: análise principiológica de sua efetividade à luz do novo diploma processual cível.
12. Novo CPC: negócios jurídicos processuais ou arbitragem?
13. Algumas observações sobre os prazos processuais e o princípio da segurança jurídica no novo código de processo civil.
14. O princípio da cooperação judiciária do novo código de processo civil: uma análise a partir da proteção ao trabalhador frente ao instituto da recuperação judicial.
15. O direito à prova no processo civil: sob uma perspectiva constitucional.
16. A distribuição do ônus da prova no processo coletivo ambiental.
17. Toda decisão será motivada?
18. O artigo 489 do novo código de processo civil e a fundamentação das decisões judiciais na perspectiva dworkiniana.
19. Fundamentação das decisões e a superação do livre convencimento motivado.
20. Operações midiáticas e processo penal: o respeito aos direitos fundamentais como fator legitimador da decisão judicial na esfera penal.
21. Tutelas diferenciadas: instrumento de auxílio à efetivação da justiça
22. Desconstituição do título executivo judicial fundado em norma declarada inconstitucional pelo STF e a impugnação do art. 525, § 12º do CPC.
23. Técnica procedimental e a audiência de justificação nos procedimentos possessórios: por um contraditório dinâmico.

24. O mandado de segurança coletivo e a proteção dos direitos difusos.

Na esperança de encontrarmos dias de maior efetividade processual e procedimental no atendimento e na efetivação dos direitos fundamentais, desejamos uma excelente leitura.

Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva (UNOESC)

Professor-doutor Marcos Leite Garcia (UNIVALI)

Professor-doutor Miguel Kfoury Neto (UNICURITIBA)

O DIREITO À PROVA NO PROCESSO CIVIL: SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

THE RIGHT TO EVIDENCE IN CIVIL PROCESS UNDER A CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

Higor Oliveira Fagundes

Resumo

A pesquisa problematiza a atividade probatória, como instrumento de formação do processo de convicção do juiz, imergindo na significativa importância frente ao direito processual civil. O escopo é investigar esse instrumento sob o enfoque constitucional, alinhado ao neoprocessualismo, imiscuindo-se ao rol de direitos transpostos por força da Constituição Federal, concluindo pela aplicabilidade das premissas constitucionais, ao encontro da efetividade do processo e da ordem jurídica justa.

Palavras-chave: Processo civil, Prova, Constituição, Ônus

Abstract/Resumen/Résumé

The research questions the evidential activity, as a training tool of the judge's conviction process, immersing the significant importance against the civil procedural law. The scope is to investigate this instrument under the constitutional approach, tacked to neoprocessualismo, meddling to the list of rights transposed under the Federal Constitution, concluding the applicability of constitutional premises to meet the effectiveness of the process and fair legal system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil procedure, Proof, Constitution, Onus

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho possui o escopo de realizar um estudo correlato à efetividade das normas constitucionais em conjunto com a atividade probatória no processo civil, na busca de uma maior atuação das partes no processo de formação de convencimento do magistrado.

O direito à prova, sob a perspectiva constitucional, tem como premissa teórica a relação do processo civil com a democracia e a sua efetividade, sob as bases principiológicas da Constituição Federal.

Inicialmente, o estudo define o instituto probatório com vistas à compreensão de seu significado, analisando as teorias que a revelam, investigando a ótica moderna do direito à prova no processo civil à luz da Carta Magna.

Em seguida, averigua-se as regras do ônus probante, perquirindo a possibilidade de conferir efetividade processual, por meio da proporcionalidade e da razoabilidade, eliminando eventuais diferenças de oportunidade no tocante à produção das provas no iter processual.

No decorrer do escrito, também, analisa-se a necessidade de uma postura proativa e participativa do magistrado, sob a égide do princípio inquisitivo da prova.

A problemática posta, é saber se a perspectiva constitucional transposta ao direito processual, confere às partes a justa entrega da tutela jurisdicional.

A relevância da pesquisa consubstancia-se no fato de que o ônus probatório é ponto central do processo, uma vez que influencia efetivamente na convicção do magistrado, consignando, ainda, que o direito probatório sob o viés constitucional permite aos litigantes o acesso à ordem jurídica justa.

2 DEFINIÇÃO DE PROVA

A prova antecede o processo e é exterior a ele, uma vez que se relaciona à reconstituição de fatos passados que justificam a lide aposta ao judiciário, bem como busca a projeção de inúmeros setores do conhecimento humano.

Com efeito, ela está ligada à concepção de efetividade do processo, meio pelo qual se objetiva atender seu fim precípua, bem como alcançar os fins sociais e políticos importantes à concretização da atividade judiciária.

Essa noção conduz ao entendimento de que a prova é um conjunto de atividades e meios com o escopo de atestar a veracidade dos fatos na busca da solução do conflito lançado ao poder jurisdicional (DINAMARCO, 2001).

Segundo a ótica de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2012, p. 392) “prova, portanto, é o modo pelo qual o magistrado forma convencimento sobre as alegações de fatos que embasam a pretensão das partes”.

Ela, a prova, constitui instrumento processual apto à formação do convencimento do magistrado com relação aos fatos que permeiam o procedimento judicial, tendo como ponto nuclear o deslinde do feito com vistas ao objeto controvertido.

De fato, ela é condicionada a procedimentos, elementos e raciocínios que resultam na reconstituição e esclarecimento dos fatos pretéritos alegados, os quais formam a convicção do magistrado.

À luz da teoria tripartida, atividade probatória é um conjunto de atos feitos tanto pelo juiz quanto pelas partes, no que diz respeito à produção de provas; como meio, é instrumento que traz informações a respeito dos fatos aludidos no processo; já como resultado a prova conduz a expectativa de êxito baseada no convencimento do magistrado (CAMBI, 2001).

Há outra corrente doutrinária, que visualiza a prova com uma noção dupla, a qual segundo a ótica bipartida pode ser subjetiva e objetiva; ao passo que a primeira é a convicção do magistrado com referência aos fatos alegados no processo, e a segunda refere-se ao conjunto de meios para provar a existência de fatos relevantes à lide, a exemplo do que João Batista Lopes (2000, p. 22) expõe:

sob o aspecto subjetivo, é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo”, “sob o aspecto objetivo, é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo.

Os meios de prova previstos no ordenamento pátrio são: depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, documental, testemunhal, pericial, inspeção judicial e ata notarial.

Os meios de prova previstos não possuem grau hierárquico, isto porque a atual sistemática processual adere o princípio do livre convencimento motivado do

juiz¹, não havendo, por conseguinte, prevalência de um sobre o outro, previsibilidade que continua a ser albergada pelo artigo 371 do Código de Processo Civil.

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2012, p. 495) ratificam e complementam esse posicionamento:

Entre os meios de prova, como regra geral, não há hierarquia, pois o sistema pátrio adota o princípio do livre convencimento motivado do juiz. Isso quer dizer que não há prevalência de um meio sobre outro, podendo o juiz chegar à solução da lide com base nesta ou naquela prova, independentemente do meio, desde que fundamente sua decisão.

Define-se, então, a prova, como instrumento pelo qual possibilita que o julgador tenha conhecimento dos fatos que autorizam a incidência da norma - seja regras ou princípios -, posto que sem ela o magistrado estará impossibilitado de desvendar a solução jurídica pertinente à questão posta ao caso concreto.

3 DIREITO À PROVA SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

O direito fundamental à prova se fez notar na passagem do antigo regime autoritário para um regime mais brando, que se tem por democrático – também denominado neoconstitucionalismo -, conferindo deste modo uma participação mais ativa dos sujeitos de direitos litigantes do processo, permitindo-lhes, através do direito à prova, influenciar sobremaneira a decisão proferida na demanda.

Fernando Horta Tavares e Maurício Ferreira Cunha (2011, p. 310) ratificam esse posicionamento:

Diante de tal situação, é possível afirmar que o direito fundamental à prova se apresenta como item de extremada relevância dentro da transição que se fez a partir de um regime absolutamente autoritário para um regime democrático, permitindo a maior participação dos sujeitos afetados por decisões que lhe dizem respeito e, conseqüentemente, colocando o processo como centro do pensamento instituidor da democracia, como instituição constitucionalizada que é, como direito-garantia fundamental, e não a jurisdição, como sustentam os defensores de uma visão do processo como relação jurídica, afastados que se encontram, pela lógica constituída a partir de 1988, do contexto democrático desejado pelo povo brasileiro.

Essa mudança de regime, pelo princípio do devido processo legal, buscou sanar os provimentos da vontade arbitral do juiz, proporcionando a intervenção das partes na fundamentação das decisões objetivando atender também a efetividade do processo, situação potencializada por força do artigo 1º do Código de Processo Civil.

¹ Há quem entenda que por força da redação insculpida no artigo 371 do Código de Processo Civil, não existe mais o livre convencimento motivado, a exemplo; Lenio Luiz Streck e Fredie Didier Junior.

Realmente, a jurisdição não pode ser mais vista sob o enfoque de que o magistrado defina o que é o direito, vez que a sugestão tanto no âmbito doutrinário, quanto legislativo e jurisprudencial, é no sentido de alinhar o texto legal aos preceitos fundantes do Estado Democrático de Direito, ou melhor, com a aplicação da principiologia constitucional, como o contraditório, o devido processo legal, a ampla defesa e a isonomia.

O preâmbulo da Constituição tem como pressuposto a vinculação das atividades jurídicas não se podendo admitir a separação entre o instituto processual e a Constituição. Assim, o vínculo estabelecido pelo Estado Democrático de Direito legitima o processo quando esse se pauta nos princípios informadores.

Com vistas à união indissolúvel entre a Constituição e o Código de Processo Civil, no caso, o direito à prova, a atividade probatória deve ser exercida em conjunto com as partes, uma vez que são sujeitos interessados no resultado da lide.

Essa postura favorece a eliminação das diferenças de oportunidades no tocante à produção de provas no processo, superando a vulnerabilidade da defesa exercida em juízo, proporcionando paridade de armas entre os litigantes para o justo e efetivo contraditório, na busca da efetividade do processo e possibilitando a solução de litígios como meio de acesso à ordem jurídica justa (DINAMARCO, 2000).

Sobre essa ótica, Humberto Theodoro Junior *et al* (2015, p. 63) afirma o seguinte:

A visão democrática que o Estado Social deu à jurisdição afastou-se completamente do padrão liberal, tornando os litigantes partes ativas do método judicial de composição de litígios. Não apenas se passou a conferir-lhes poder de influir efetivamente na construção do provimento final, como se impôs ao juiz o dever de levar em conta a colaboração das partes no ato de julgar. O contraditório, nessa ordem de ideias deixou de ser dialogo entre os litigantes, já que nele se inseriu, também, o juiz, que ficou impedido de resolver questões que não tivessem passado pelo crivo da audiência dos principais interessados no conflito, ainda que se tratasse de matérias apreciáveis de ofício.

Como se verifica, o direito à prova é fator crucial à concretização das garantias fundamentais da ação e da defesa, isto porque o cerceamento por parte do Estado evidencia o abuso de sua função, de modo a impossibilitar a comprovação da pretensão do autor e a resistência ofertada pelo réu, tolhendo a dialeticidade do processo.

Nesse sentido é a ótica de Eduardo Cambi (2001, p. 111):

Que o direito à prova, embora não seja um dos institutos fundamentais do direito processual (jurisdição, ação, defesa e processo), ocupa posição de

extraordinária grandeza no sistema processual, pois, sem ele, as garantias da ação e defesa careceriam de conteúdo substancial; afinal impedir que a parte tivesse direito à prova significaria privá-la dos meios legítimos de acesso à ordem jurídica justa, a serviço da qual o processo deve estar constitucionalmente predisposto.

Não há como suscitar o direito à prova sem rememorar os princípios consagrados na Constituição Federal de 1988, uma vez que o art. 5º, inciso LIV e LV, aliados ao art. 7º do Código de Processo Civil, ao garantir às partes o devido processo legal, contraditório, isonomia e a ampla defesa, acabam por homenagear de maneira ampla a possibilidade concreta de as partes demonstrarem os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos de direito.

Por outro lado, a disposição contida no art. 369 do Código de Processo Civil, permite a produção de provas por todos os meios legais e legítimos, podendo qualquer atitude que fira a tutela da confiança e a cooperação entre os litigantes, a qual em conjunto com o que preconiza o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, não admite provas obtidas por meios ilícitos.

O princípio do devido processo legal, externa a ideia de que o direito de agir em juízo deve ser respeitado não só quanto ao sentido de seguir as normas inerentes ao processo e ao procedimento, mas também, assegura a aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade.

Sobre o tema, Humberto Theodoro Junior *et al* (2015, p. 81) leciona o seguinte:

[...] o *due process off law* realiza, entre outras, a função de um superprincípio coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a *proporcionalidade e razoabilidade* que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo.

O devido processo legal justifica a tripartição do termo prova, pois o contraditório decorre do princípio da paridade de armas, entre as partes, sendo meio de efetivação da participação no decorrer do processo, que enaltece o espírito democrático do Estado de Direito.

A previsão do princípio do contraditório vai além do debate sobre os resultados que as provas podem ocasionar, garantindo a vasta participação dos litigantes justamente na produção de provas para que tenham ciência de todo o percurso processual.

A perspectiva do contraditório não se exaure com a apresentação de defesa, uma vez que não basta oportunizar que o réu ofereça resposta para suprir o direito discutido, pois a regra é que as partes tenham a oportunidade de provar suas alegações fáticas.

Maria Elizabeth de Castro Lopes (2008, p. 112) ratifica esse pensamento:

Naturalmente, ao juiz foram concedidos poderes instrutórios, mas isso não dispensa a atuação das partes na demonstração de suas alegações. Fala-se, portanto, no ônus da prova como um encargo que a lei impõe às partes, ou seja, elas podem optar em provar suas alegações e provavelmente lograr êxito em seu pedido ou deixar de fornecer os elementos necessários para a formação da convicção do juiz e, então, correr o risco da derrota.

No que tange a ampla defesa, trata-se de fator permissivo às partes, no sentido de utilizarem os instrumentos processuais que julgarem necessários à sua defesa, conferindo-lhes o direito de provar as alegações fáticas, com natureza bilateral, tendo em vista que tanto o autor, como o réu, possuem o direito de provar o que foi alegado.

Sobre o tema, oportuna a lição de Nelson Nery Junior (2012, p. 260):

Feitas as alegações, os titulares da garantia da ampla defesa têm o direito à prova dessas mesmas alegações. De nada adiantaria garantir-se a eles com uma mão o direito de alegar e subtrair-lhes, com a outra, o direito de fazer prova das alegações. O direito à prova, pois, está imbricado com a ampla defesa e dela é indissociável.

Por outro norte, o princípio da isonomia garante a paridade de tratamento entre litigantes, no tocante à produção das provas para a formação do processo de convicção do magistrado.

Em razão da isonomia e da paridade de armas, o contraditório significa proporcionar às partes (*chancengleichhet*) as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais (*waffengleichheit*) para que possam efetivar seus direitos e pretensões perante o poder judiciário (NERY JUNIOR, 2012).

Deste modo a prova guarda sintonia com o direito de produzir, participar e manifestar-se sobre os elementos apresentados. A previsão constitucional do processo - hoje fortalecida com o atual Código de Processo Civil -, portanto, é meio pelo qual se verifica a necessidade de atingir fins políticos e sociais, uma vez que o processo é instrumento que possibilita a concretização da justiça.

4 ATIVIDADE PROBATÓRIA

Em atenção à iniciativa da produção de provas, existem dois modelos assinalados pela doutrina, representados pelo tipo inquisitivo ou princípio da livre investigação das provas, o qual tem como característica o poder de iniciativa conferido ao magistrado, seja na instauração do processo, como em seu desenvolvimento, ao passo que o modelo dispositivo, outorga às partes a possibilidade de impulsionar o processo desde seu início, bem como em seu decorrer, figurando o juiz como expectador.

Essa perspectiva inquisitiva intensificou os poderes do magistrado, autorizando-o a iniciar os tramites processuais de ofício, no que diz respeito à apuração de provas, assumindo a posição de condutor do processo, com extensos poderes instrutórios, conforme preconiza o artigo 370 do Código de Processo Civil.

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2012, p.399) lecionam acerca do assunto em pauta:

Em tempos outros, o magistrado atuava como mero espectador da atividade probante das partes, sem interferir na iniciativa ou condução da prova. Essa postura não mais se coaduna com o processo civil moderno, que exige um julgador comprometido com a descoberta da verdade e a correta distribuição da justiça, ainda que, por óbvio, deva manter a necessária equidistância em relação aos interesses das partes (princípio da imparcialidade do juiz). Por isso pode o juiz determinar de ofício as provas necessárias à descoberta da verdade, independentemente da iniciativa das partes.

Com relação à produção de provas de ofício, o magistrado tem o poder/dever de demonstrar razoabilidade e proporcionalidade em sua decisão, por vários fatores, como o tempo do processo, valores envolvidos, as efetivas chances de que a prova sirva para esclarecer os fatos, ao ponto de que sua deliberação seja devidamente fundamentada, mediante o aconselhamento intenso da atividade probatória (WAMBIER; TALAMINI, 2012).

Ainda que o juiz possa se manifestar de ofício, sua atuação se apresenta em caráter subsidiário, face a atuação das partes, pela interpretação dos artigos 319, IV, 341 e 370 do Código de Processo Civil.

A atividade do magistrado, como poder instrutório, serve para salvaguardar a segurança necessária para um julgamento que respeite a razoabilidade, mediante uma postura adequada, respeitando o princípio da cooperação que se estende a todos os

integrantes da lide, visando a busca da verdade substancial que constitui interesse coletivo.

Com as devidas ressalvas², parte da doutrina e da jurisprudência, têm entendido que o magistrado somente poderá determinar a produção de provas de ofício em caso de discussão de direitos indisponíveis, sob pena de afrontar a distribuição do ônus da prova preconizada no artigo 373 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, a jurisprudência:

[TJ-MG - 200000041975710011 MG 2.0000.00.419757-1/001\(1\) \(TJ-MG\)](#), Data de publicação: 10/11/2004, **Ementa:** EMBARGOS INFRINGENTES Nº 419.757-1/01 - 2.9.2004 BELO HORIZONTE PROCESSO. O ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIOS DISPOSITIVO E INQUISITIVO. ARTIGOS 130 E 330 DO CPC. LIMITES. (VOTO VENCIDO). A regra do artigo 130 do CPC só atribuiu ao juiz a prerrogativa de determinar, de ofício, as provas, tratando-se de direito indisponível. Se o direito é disponível, sua interpretação literal pode levar o juiz a se transformar em mero investigador de provas e patrocinador dos interesses da parte omissa, transformando em letra morta o instituto da distribuição do ônus da prova, como previsto no artigo 333 do CPC . Se à parte foi dada a oportunidade de produzir provas e se negligenciou quanto a isso, não pode o julgador, em caráter supletivo, suprimir a desídia da parte, sob pena de ferir de morte o princípio da PRECLUSÃO, já que a ausência de demonstração dos fatos tem como corolário a improcedência do pedido e não a incidência da regra do artigo 130 do CPC. V.V. DESTINATÁRIO DA PROVA - INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - VERDADE POR FATOS - PROVAS NECESSÁRIAS - PRINCÍPIOS DE VERDADE REAL - DESÍDIA DA PARTE - SUPRIMENTO O destinatário de prova é o Juiz e, se os elementos presentes nos autos não são suficientes para desvendar a verdade dos fatos, deve ele determinar a produção de provas necessárias. Segundo o princípio da verdade real, o Julgador deve empreender todos os esforços para desvendar a realidade dos fatos, inclusive suprir a desídia da parte quanto à produção de provas. (Juízes: Francisco Kupidlowski e Marine da Cunha).

Nos países do sistema *Common Law* vigorava o princípio dispositivo que conferia às partes a iniciativa de produção de provas, o que mudou com a atribuição ao juiz de determinar meios de prova. Por outro lado, nos países da linha *Civil Law* sobrepujava o princípio inquisitivo, entronizando o juiz como protagonista da atividade probatória.

Diante dessa aparente divisão parece não ser correta a adoção extremada de um ou outro princípio. O que sugere mais segurança é a aplicação mista de ambos os modelos, em razão de ser o conflito pertinente às partes e em contrapartida ser interesse público a solução da lide apresentada.

² Isso porque há divergência no campo doutrinário e jurisprudencial.

Assim, a ponderação na utilização dos princípios, dispositivo e inquisitivo, acaba por atender ao princípio da isonomia e do juiz natural emoldurando o direito à prova na ótica do repensar e reestruturação da processualística.

O juiz disciplina a produção de provas no sentido de realizar atos que considera necessários para a efetivação das mesmas. Deste modo, o juiz pode ordenar que sejam ouvidas outras pessoas além daquelas estabelecidas pelas partes, excepcionalmente.

Excepcionalmente, por razões de segurança, como exterioriza Clóvis Veríssimo do Couto e Silva (2011, p. 44):

Claro é que razões de segurança levam, por vezes, a lei a impor ao juiz restrições à sua liberdade de interpretar os fatos da prova e, por isso, é difícil encontrar um código de processo civil que tenha em toda a sua amplitude o princípio de livre apreciação. Primeiro, porque se confunde a livre apreciação com a livre fundamentação. Todavia, quanto maior a liberdade de apreciação, tanto mais minuciosa há de ser a decisão nos seus fundamentos, e na exposição das razões por que não valorizou, por exemplo, a confissão de uma das partes.

Prosseguindo, a título exemplificativo, durante a oitiva das testemunhas, estas podem referir-se a outras pessoas que conheçam o fato, as quais também poderão ser chamadas em juízo, vez que no caso de conflito entre as exposições relativas a determinado fato o magistrado pode proceder à acareação das testemunhas e determinar de forma fundamentada outras diligências de ofício.

Por outro lado, o artigo 370, parágrafo único do Código de Processo Civil, traz ao juiz o poder de negar diligências inúteis ou meramente protelatórias, reconduzindo ao princípio da razoável duração do processo e valoração das provas produzidas.

Os poderes atribuídos ao magistrado no controle da produção de provas não são ilimitados, pois caso fossem, as partes estariam submetidas ao seu livre arbítrio. Por esse motivo a participação das partes no decorrer do processo proporciona iguais oportunidades de influir no convencimento do juiz.

Para tanto, o magistrado não pode julgar o mérito sem permitir que os litigantes produzam as provas que denominam imprescindíveis para comprovar suas alegações. Para que o juiz, então, acolha as provas que as partes pretendem produzir, devem ser pertinentes no sentido de recair sobre determinado fato que seja controverso, bem como deve ser relevante por incidir sobre uma norma aplicável ao

caso real, e deve ser admissível dado à exigência de legalidade quanto à prova em si e o meio pelo qual foi obtida.

Os doutrinadores Gian Antonio Micheu e Michele Taruffo (2011, p. 65), fazem uma análise panorâmica sobre o sistema *civil law* no tocante à redução de participação das partes na administração contraditória da prova, assinalando diversos problemas:

Do ponto de vista da plena participação das partes há diversos problemas: particularmente, no que tange ao contraditório sobre as provas administradas pelo juiz, o papel das partes sofre o risco, com efeito, de se reduzir a uma presença de cunho formal, tão somente, não representando, portanto, uma participação no sentido de formar a prova. As normas que regulam a assistência das partes na administração da prova têm, frequentemente, uma dimensão limitada, e visam a prevalecer o papel do juiz sobre o das partes (o que é ainda mais evidente na prática judiciária).

Todo requerimento probatório deve estar envolto pelo critério da utilidade, que por seu turno refere-se ao benefício que o meio probatório proporcionará a parte de modo, a saber, se servirá, de fato, como auxílio no julgamento da causa.

O direito à prova abarca a indicação e requerimento dos meios com os quais se pretende demonstrar a veracidade dos fatos alegados, a admissão de determinadas provas que não atentem contra a moral e a lei, de modo a influenciar no convencimento do juiz através da sua valoração.

Não atendendo esses valores, está-se diante de flagrante violação do contraditório, ocasionando por derradeiro o cerceamento da defesa, gerando assim, a nulidade da decisão.

A sobrecarga de processos no sistema *civil law* tem corroborado para que os juízes indefiram a produção de provas necessárias, retomando o atraso e ineficiência no julgamento das lides (MICHEU; TARUFFO, 2011).

Contudo, o julgamento antecipado da lide é um dos meios que, de certa forma, soluciona esse problema desde que não haja necessidade efetiva de produção de provas, como é o caso, por exemplo, de indeferimento da prova testemunhal caso os fatos tenham sido exauridos através de confissão, documentos periciais, fatos notórios ou incontroversos.

A explicação do conteúdo da prova relaciona-se com a motivação do juiz que decorre da exigência de que a prova recaia sobre fatos controvertidos, pertinentes e relevantes, justificando os fatos que independem de prova. Atender esses três pontos

referente aos fatos, tem como objetivo analisar se algum fato relevante já foi utilizado como prova, para que não seja necessária outra confirmação.

Desse modo, a motivação é imprescindível quando da verificação do objeto abstrato da prova, que diz respeito àquilo que se deve ou possa se demonstrar no curso do processo, para que seja plenamente capaz aclarar o que se pretende.

5 A PROVA COMO ÔNUS

O acesso à justiça teve evidente evolução no panorama nacional, uma vez que nos últimos anos, grupos de indivíduos que efetivamente eram obstados, foram agraciados com os benefícios da civilização moderna, que através da Carta Magna, aliada às emendas constitucionais surgidas, adquiriram pleno acesso ao poder judiciário.

Surge, então, a preocupação com o ônus da prova, de modo que os novos integrantes do veículo denominado poder judiciário, podem ter podado seus direitos pela ingerência processual de seus assistentes ou procuradores.

Essa preocupação é sinalizada por Teresa Arruda Alvim Wambier, (2011, p. 788):

Em sociedades onde a preocupação intensa e real com o acesso à justiça acaba por fazer com que mais e mais pessoas efetivamente cheguem a litigar, é natural que muitas e muitas vezes os litigantes, que não mais se restringem à uma casta social privilegiada, estejam em condições de escandalosa desigualdade. Então, não terão acesso à justiça, uma vez que os direitos que efetivamente tenham podem não ser *lato sensu* declarados, se tiverem, por exemplo, contratado um advogado mal preparado, ou um péssimo assistente técnico.

É sabido que o princípio dispositivo do ônus da prova, defende a perspectiva de um juiz menos ativo no momento da produção da prova, mediante uma atividade supletiva à dos litigantes, deixando-o como mero expectador de um duelo onde a parte mais fraca será massacrada, mesmo tendo direito.

Por isso à luz do artigo 7º do Código de Processo Civil, a interferência do juiz na atividade probatória, sob o ângulo da busca da verdade substancial, homenageia a paridade de tratamento entre os litigantes, sem que seja afastada a sua imparcialidade, ao contrário, ela evita que uma das partes vença o processo sem ter o direito.

A doutrina moderna tem difundido a ideia de que o juiz deve desempenhar um papel ativo na fase instrutória/probatória do processo, aliás, sobre o assunto em exame, Arruda Alvim (2012, p. 971):

se, todavia, à luz das mesmas motivações, chegar à convicção de que pode, com grau acentuado de convicção, haver perda de direito e atribuição de bem jurídico indevidamente à outra parte, acreditamos que, possivelmente, e, cada vez mais, interpretar-se-á o sistema atrofiando-se o espaço do art. 333³ do CPC.

Por outro lado, há uma nova tendência legislativa com relação ao ônus probante, teoria que integra o Código de Processo Civil em seu artigo 373, §1º, do qual pode o Juiz distribuir de modo diverso o ônus probatório.

Em atenção a teoria estática, a parte que possui maiores condições de arcar com o ônus probante, em regra permanece inerte quando não tenha interesse em demonstrar determinado fato à resolução da questão.

Isso ocorre, pois quedando-se, não restará ao juiz outra solução senão a de julgar a lide por insuficiência de provas, em detrimento da parte contrária que não se desincumbiu de provar suas alegações, cuja prova estava em poder do outro litigante.

Considerando que é o autor quem declina fatos constitutivos de seu direito, na maiorias das vezes é ele quem enfrenta a derrota, em razão da ausência de elementos probantes que permitam a formação do convencimento do magistrado, o que a doutrina têm chamado de prova diabólica.

Nos últimos anos, a doutrina têm flexibilizado a regra do ônus estático, para conferir lugar à distribuição dinâmica do ônus probatório, objetivando a paridade de tratamentos entre as partes, com vistas à solução justa do litígio.

Há muito tempo posicionava-se o jurista Antônio Janyr Dall'agnol Junior (2011, p. 802) ao afirmar que “O que ocorre, pelo visto, é uma flexibilização da doutrina tradicional, em homenagem ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional, na medida em que essa objetiva, sem dúvida, garantir o direito a quem realmente o titule”.

Com efeito, o Código de Processo Civil, contempla a aludida teoria, no tocante ao ônus probatório, uma vez que o artigo alhures invocado permite ao juiz de forma fundamentada, atendendo as peculiaridade do caso, distribuir diversamente os

³ Atualmente refere-se ao artigo 370 do Código de Processo Civil.

ônus processuais que deverão ser enfrentados pelas partes, sempre respeitando o contraditório.

A teoria das cargas processuais dinâmicas tem como precursor o jurista Jorge W. Peyrano (1992, p. 263), que nessa acepção emite a seguinte ideia:

Em tren de identificar la categoría de las cargas probatorias dinámicas, hemos visualizado – entre otras – como formando parte de la misma a aquélla según la cual se incumbe la carga probatoria a quien – por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada – se encuentre em mejores condiciones para producir la probanza respectiva.

Como se observa o espírito da doutrina, a intenção dessa teoria é dinamizar o ônus probatório, para que ele recaia sobre o litigante que possui melhores condições de produzir a respectiva prova, respeitando o princípio da isonomia.

Segundo leciona Roberto Vázquez Ferreyra (1991, p110):

estas reglas de distribución de la carga de probar atienden más que a la condición de actor o demandado, a la naturaliza de los hechos que deben ser probados. Ahora pude decirse que la carga probatoria es compartida, no bastando una actitud meramente passiva del professional demandado. Este ya no se puede quedar cruzado de brazos pues eso lo llevaría a um resultado seguramente negativo. Ahora el professional también debe aportar toda sua prueba para demostrar que obró com diligencia, prudencia y pleno conocimiento de las cosas; en una palabra, que obró sin culpa.

Com essa teoria abstratamente positivada, será necessário o avanço hermenêutico para que se tenha uma processualística igualitária, ao ponto de que tenha a parte adversa que demonstrar que está agindo com diligência, prudência e boa-fé, atendendo o princípio da cooperação e, sobretudo a lealdade processual.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, então, que a prova é um importante elemento para a formação do juízo de convicção do magistrado, por meio da desincumbência dos ônus atribuídos aos litigantes, com o escopo de atestar a veracidade dos fatos, visando alcançar os devidos fins sociais e políticos.

Esse fim só é possível com a constitucionalização do direito probatório em atendimento aos princípios inerentes ao processo, como a ampla defesa, o contraditório, a isonomia, a lealdade, a cooperação e a boa fé, normas inseridas no Código de processo Civil que conferem equilíbrio às partes.

Conjuntamente à perspectiva constitucional, é salutar que o magistrado, cautelosamente, tenha uma postura proativa no iter processual, inclusive utilizando das máximas de experiência para o fim de determinar de ofício as provas necessárias à busca da verdade substancial, sempre pautado na razoabilidade e na proporcionalidade.

Dessa forma, a tutela jurisdicional será entregue de maneira justa, posto que por trazer a lume os fatos pretéritos e externos ao processo, no momento de sua produção, mediante instrução probatória participativa, é que o julgador desvenda a solução pertinente ao caso.

Por fim, verifica-se que a democratização do direito é um instrumento marcante no contexto da teoria da prova, pois permite uma participação mais ativa dos sujeitos afetados por decisões, com a plena possibilidade de influenciar o julgador na formação do processo cognitivo, permitindo a almejada pacificação social, objetivando atender também a efetividade do processo.

7 REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 15^a. Ed. 2012.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. APL 200000041975710011-MG. Relator: Desembargador Armando Freire. Minas Gerais, 02 set. 2004. DJe 10 nov. 2004. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=PRINC%C3%8DPIOS+DISPOSITIVO+E+INQUISITIVO>. Acesso em 25 de março de 2016.
- CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. **Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. A prova**. In: **Doutrinas essenciais, Processo Civil, Atividade probatória, Volume IV, coordenado por Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. III. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. **A instrumentalidade do Processo**. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FERREYRA, Roberto Vázquez. **Prueba de la culpa médica, Buenos Aires**. Hammurabi, 1991.
- LOPES, João Batista. **A prova do direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O principio do Contraditório**. In: **Princípios Processuais Cíveis na Constituição, coordenado por Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2008.

- MICHEU, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. **A prova. In: Doutrinas essenciais, Processo Civil, Atividade probatória, Volume IV, coordenado por Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal.** 11. Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.
- PEYRANO, Jorge W. **Aspectos procesales de la responsabilidad profesional – Libro Homenaje al Dr. Luis O. Andorno. Coord. Augusto M. Morello e outros.** La Plata: LEP, 1992.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. **Direito material e processual em tema de prova. A prova. In: Doutrinas essenciais, Processo Civil, Atividade probatória, Volume IV, coordenado por Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. **O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático. In: Doutrinas essenciais, Processo Civil, Atividade probatória, Volume IV, coordenado por Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I / Humberto Theodoro Júnior.** 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Reflexões sobre o ônus da prova. A prova. In: Doutrinas essenciais, Processo Civil, Atividade probatória, Volume IV, coordenado por Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.