



Universidade do Minho
Escola de Direito

Amanda Mara da Silva

Princípio do Dispositivo *versus* Princípio do Inquisitório: Quem deve produzir as provas?

abril de 2019



Universidade do Minho
Escola de Direito

Amanda Mara da Silva

Princípio do Dispositivo *versus* Princípio do Inquisitório: Quem deve produzir as provas?

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Judiciário
(Direitos Processuais e Organização Judiciária)

Trabalho efetuado sob a orientação do
Professor Doutor Marco Filipe Carvalho Gonçalves

abril de 2019

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos. Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações
CC BY-NC-ND

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Agradecimentos

Desejo exprimir os meus sinceros agradecimentos à todos, que de alguma forma, contribuíram para que essa dissertação se concretizasse.

Primeiramente agradeço a Deus, que permitiu o início e término deste ciclo.

À minha mãe que sempre acreditou na minha capacidade, mesmo quando restava-me dúvidas. Ao meu pai, o mais generoso de todos os pais. Obrigada mamãe e papai pela confiança, apoio, amor incondicional e por compreenderem essa distância momentânea. Amo vocês.

Aos meus irmãos, Aline e Vinícius, vocês são os melhores irmãos dos mundo, amo vocês.

Ao Lúcio Ferraz, meu amor, porto seguro e maior apoiador. Obrigada pelo companheirismo, amor, paciência, sabedoria e incentivo constante. Amo você.

Meu muito obrigada à Universidade do Minho, que proporcionou novos conceitos de ensino, conhecimentos e descobertas.

Muito obrigada, à Escola de Direito, agradeço à todos os professores que de alguma forma contribuíram para a construção deste estudo. Agradeço ainda, a Escola de Direito, por eleger-me ao Prémio de Mérito Escolar 2016/2017 do Mestrado em Direito Judiciário.

Agradeço imenso ao meu orientador, profissional exemplar, Dr. Marco Filipe Carvalho Gonçalves, qual a contribuição foi de suma importância na concretização deste estudo.

À Universidade da Coruña, através do programa *Erasmus*, na pessoa do Dr. Augustín Jesús Pérez-Cruz Martín, meu muito obrigada pela atenção e dedicação.

Obrigada aos familiares e amigos que ficaram no Brasil, emanando energias positivas, almejando logo o retorno. Obrigada aos amigos Brasileiros conquistados em Portugal, bem verdade, nos tornamos uma grande família.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Princípio do Dispositivo *versus* Princípio do Inquisitório: Quem deve produzir as provas?

A ciência jurídica tem evoluído e trazido para o Direito novos conceitos, desafios e soluções. Não há dúvidas de que a prova é o oxigênio do processo e que esta condiciona a disciplina processual, bem como a atividade das partes e do juiz no processo. O tema que constitui objeto de investigação da presente dissertação retrata a problemática clássica de quem deve produzir as provas, sob a ótica dos princípios do dispositivo e do inquisitório. Desta feita, será analisado o instituto do ônus da prova no processo civil, sua rigidez e estaticidade no ordenamento jurídico português e brasileiro, como a regra geral da distribuição do ônus da prova, tema a que, ao longo dos anos, a doutrina e a jurisprudência têm reservado atenção especial. Nesta oportunidade, abordar-se-à a inversão do ônus da prova no ordenamento português, tópico de grande relevância, haja vista as diferenças em relação à legislação brasileira. Sem o intuito de esgotar o assunto, tratar-se-à neste estudo a teoria da dinamização do ônus da prova prevista no Novo Código de Processo Civil Brasileiro e também a complexa questão da *probatio diabolica*, que ainda hoje, mesmo após estudos sobre o tema, não está passível de ser esgotada. Desse modo, amparado pelas legislações e doutrinas nacionais e internacionais e nas decisões colegiadas dos tribunais é que a presente dissertação se desenvolve, com olhar crítico e comparado, com vistas a contribuir com enriquecimento jurídico científico. Esta é a questão a que se dedica.

Palavras-Chave: Distribuição do Ônus da Prova, Ônus da Prova, Princípio da Cooperação, Princípio do Dispositivo, Princípio do Inquisitório.

Principle of the Device versus Principle of the Inquisitorial: Who Should Produce the Evidence?

Legal science has evolved and brought to the Law new concepts, challenges and solutions. There is no doubt that the proof is the oxygen of the process and that this conditions the procedural discipline, as well as the activity of the parties and the judge in the process. The subject that is object of investigation of the present dissertation portrays the classic problematic of who must produce the proofs, from the point of view of the principles of the device and of the inquisitorial. This will analyze the institute of the burden of proof in the civil process, its rigidity and staticity in the Portuguese and Brazilian legal order, as the general rule of distribution of the burden of proof, subject to which, over the years, doctrine and jurisprudence have reserved special attention. In this opportunity, the inversion of the burden of proof in the Portuguese order, a topic of great relevance, given the differences in relation to the Brazilian legislation, will be addressed. In order to exhaust the subject, this study will deal with the theory of the dynamization of the burden of proof provided for in the New Code of Brazilian Civil Procedure and also the complex question of *probatio diabolica*, which even today, even after studies on the subject, can not be exhausted. Thus, supported by national and international laws and doctrines and collegial decisions of the courts, this dissertation develops, with a critical and comparative view, in order to contribute with scientific legal enrichment. This is the question that is dedicated.

Key Words: Distribution of Burden of Proof, Burden of Proof, Principle of Cooperation, Principle of the Device, Principle of the Inquisitorial.

Índice

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....	x
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I - PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO	3
1.1. Breve Incursão Histórica	3
1.2. A Doutrina Contemporânea do Princípio do Dispositivo	7
1.3. Dos Direitos Disponíveis e Indisponíveis.....	9
1.4. O Princípio do Dispositivo e a Jurisprudência	10
1.5. Manifestações.....	12
1.5.1. Quanto à Matéria de Fato	12
1.5.2. Fatos Essenciais.....	13
1.5.3. Fatos Complementares ou Concretizadores.....	14
1.5.4. Fatos Instrumentais	16
1.5.5. Fatos Notórios	16
1.6. O Princípio do Dispositivo, ainda hoje, fundamental importância direito Luso-Brasileiro	17
CAPÍTULO II - PRINCÍPIO DO INQUISITÓRIO.....	19
2.1. Âmbito	19
2.2. Manifestações	20
2.3. Reforço dos poderes do juiz	20
CAPÍTULO III - A PROVA NO PROCESSO CIVIL	24
3.1. Incursão histórica da utilização da prova no processo civil.....	24
3.2. Concepções contemporâneas	30
3.3. Conceito Jurídico.....	33

3.4 Objeto	34
3.5. Destinatários	35
3.6. Princípios correlatos à prova processual.....	36
3.6.1. Princípio da Igualdade das partes	36
3.6.2. Princípio do Contraditório	37
3.6.3. Princípio da aquisição processual	39
CAPÍTULO IV – ÔNUS DA PROVA.....	40
4.1. Contextualização histórica.....	41
4.2. Âmbito	42
4.3. Distinção entre ônus, obrigação e dever.....	43
4.4. “Visão estática” – natureza dos fatos e posição ocupada pelas partes.....	47
4.5. Problemas decorrentes da visão estática de distribuição do ônus da prova	48
4.6. A inversão do ônus da prova no Direito Português.....	50
4.6.1. Inversão do ônus da prova em ações de responsabilidade civil por erro médico nos termos do art. 344º, n.º 2, do Código Civil Português	52
4.6.2. Inversão do ônus da prova em ações de investigação de filiação sob amparo do art. 344º, n.º2, do Código Civil Português.....	55
4.7. A Inversão do ônus da prova no Direito Brasileiro.....	57
4.8. A dinamização do ônus probatório no direito brasileiro.....	59
4.9. A prova difícil ou impossível - <i>Probatio diabolica</i>	66
4.10. A prova bilateralmente diabólica e as prováveis soluções para a resolução da prova dos fatos difíceis.....	68
CAPÍTULO V - ÔNUS DA PROVA E ARTICULAÇÃO COM OS SISTEMAS PROCESSUAIS	71

5.1. O princípio do dispositivo e o ônus da prova.....	71
5.2. A iniciativa probatória do juiz	73
5.3. A preclusão e a iniciativa probatória do juiz.....	78
5.4. Limites do poder instrutório do juiz	78
5.5. A busca da verdade material.....	80
5.6. Quem dever produzir as provas?	83
CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	90

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. / Acs. – acórdão / acórdãos

AREsp – Agravo em Recurso Especial

Cf/cfr. – conferir/confrontar

CC BR – Código Civil Brasileiro, Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002

CC PT – Código Civil Português, Decreto Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro

CDC – Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078 de 11 de Setembro de 1990

CPC – Código de Processo Civil Português, Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho

CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

Dj. – Diário da Justiça

Dje – Diário da Justiça Eletrônico

Ed. – edição

EDcl – Embargos de Declaração

Min. – Ministro (a)

n.º / n.ºs – número / números

NCPC – Novo Código de Processo Civil Brasileiro, Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015

p./ pp. – página / páginas

Proc. / Procs. – Processo / Processos

Rel. – Relator (a)

REsp – Recurso Especial

Séc. – século

ss. – seguintes

STJ BR – Superior Tribunal de Justiça Brasileiro

STJ PT – Supremo Tribunal de Justiça Português

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vol. – volume

INTRODUÇÃO

O tema que constitui objeto de investigação da presente dissertação retrata a problemática clássica de quem deve produzir as provas. Considera-se um dos temas mais vastos e complexos do processo civil, visto sob à luz da mais recente evolução doutrinal.

Nos últimos anos, a busca pela eficiência processual tem sido o maior desafio dos estudiosos da ciência processual e a incidência dos princípios¹ no processo civil é tema que, há tempos, tem aflingido alguns juristas, por repercutir no limite da atuação das partes e do juiz. Verifica-se maiores embates no campo do direito probatório, haja vista a associação da ideia da busca da verdade à concessão de maiores poderes probatórios ao juiz.

A antiga concepção do processo era baseada no impulso processual inicial do autor e subsequente do réu, através do pedido e da defesa. As partes decidiam pelo tema a ser discutido, poderiam pôr termo ao processo e ainda determinavam o conteúdo da sentença de mérito. Questões como fatos materiais da causa e produção de provas eram atributos exclusivos das partes.

Por outro lado, o juiz apresentava um comportamento inerte e passivo quanto aos pedidos e em relação à atividade probatória e a sentença buscava declarar apenas a verdade meramente formal. Pode-se dizer que era um processo baseado no brocardo “dá-me os fatos que eu dou-te o direito”. Encontra-se superada essa concepção de processo haja vista a evolução dos sistemas processuais, dos princípios e da autonomia do juiz na condução do processo.

Ultrapassados os tempos remotos, pretende este estudo analisar a iniciativa probatória sob duas vertentes: aqueles que preferem deixar nas mãos das partes, com exclusividade, o ônus da prova das alegações dos fatos, lado outro, aqueles que entendem que cabe também ao juiz iniciativa probatória própria.

Naturalmente que, atendendo a especificidade deste estudo que será dividido em cinco capítulos, não poderá ter outro começo que não seja uma abordagem histórica acerca dos dois principais princípios atinentes a atividade probatória: o dispositivo e o inquisitório. Ainda neste capítulo, dedicar-se-á a breve análise da doutrina contemporânea e da jurisprudência aplicada ao princípio do dispositivo e sua aplicabilidade perante os direitos disponíveis e indisponíveis, as manifestações do princípio quanto a

¹ No decorrer do estudar será analisado os princípios do dispositivo e inquisitório, utilizar-se-á o termo princípio não no sentido de “espécie normativa”, mas sim de “fundamento”, “orientação preponderante” conforme ensinado por (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2015, p.122) “[A]ssim quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas a condução e instrução do processo, diz que está respeitando o denominado princípio do dispositivo; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o princípio do inquisitivo o processo será.” Com o advento do princípio da cooperação, ocorre uma remodelação essencial do papel do juiz na condução do ação, e o processo passa a ser uma grande atividade cooperativa entre as partes e o juiz.

matéria de fato e por fim, será trazido à baila a importância ainda hoje atribuída ao princípio do dispositivo no direito Luso-Brasileiro.

O segundo capítulo versará sobre o princípio do inquisitório e seu âmbito de aplicação, sobre as manifestações e reforço dos poderes do juiz. Note-se que os dois primeiros capítulos são introdutórios e têm por objetivo adotar uma postura crítica construtiva quanto a problemática proposta.

O terceiro capítulo, dedica-se, por sua vez, a trilhar um percurso sobre o estudo da prova no processo civil, desde a incursão histórica às concepções contemporâneas, conceito, objeto, destinatários e principais princípios atinentes à prova.

A estruturação dos capítulos anteriores foi concebida com o intuito de amparar os conhecimentos jurídicos trazidos pelos quarto e quinto capítulos, vitais para responder aos questionamentos do presente estudo e aportar contributos jurídicos e científicos a que se espera de uma investigação para obtenção do grau de mestre. Nestes termos estes capítulos serão dedicados ao estudo do ônus da prova e sua articulação com os sistemas processuais, respectivamente.

O objeto a ser desenvolvido neste estudo tem o intuito de, em síntese, encontrar respostas para os seguintes questionamentos:

- 1) Embora o impulso oficial pertença as partes, cumpre ao juiz providenciar o andamento regular e célere do feito promovendo oficiosamente as diligências necessárias à direção do processo?
- 2) A prova dos fatos da causa, no atual processo civil, deixou de constituir um monopólio das partes, sendo assim, a quem cabe a produção das provas?
- 3) Ao realizar a dinamização do ônus probatório, o juiz torna evidente o risco de arbitrariedade e manipulação?

Sendo a matéria manifestamente controversa em sede doutrinária e jurisprudencial, verificada a atualidade e relevância acadêmica e prática do tema – capaz de entusiasmar doutrinadores, aplicadores de direito e demais afeccionados do ramo processual civil – verificam-se presentes todas as condições necessárias para o presente estudo. Conforme em síntese explanado, segue estudo aprofundado do tema.

CAPÍTULO I - PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO²

Relativamente ao arcabouço que tem escrito sobre o princípio do dispositivo, grande parte da doutrina³ destaca a sua contraposição em relação aos outros princípios, em especial, ao princípio do inquisitório⁴, qual abordam as questões relativas às partes e técnicas processuais.

Sem pretensões de realizar um levantamento histórico pormenorizado, uma vez que não é o ponto central deste estudo, não há como negar a necessidade de apresentar uma breve incursão histórica com o intuito de possibilitar a compreensão sobre os princípios do dispositivo e do inquisitório no âmbito do processo civil.

1.1. Breve Incursão Histórica

Em breve linhas, pode-se pontuar que, no direito canônico⁵, o princípio do inquisitório visava a busca da verdade absoluta e, muitas das vezes, a pessoa do acusado poderia se tornar um meio de prova, fornecendo instrumentos para que o julgador pudesse efetivamente descobrir a verdade dos fatos, seja por meio da confissão ou até mesmo do arrependimento. Era considerado um método unilateral, com características específicas⁶ – a forma escrita e a preservação do segredo absoluto, praticado pela inquisição. A grosso modo, pode-se dizer que o princípio do inquisitório, o fenômeno da inquisição e o direito canônico estão estritamente relacionados.

Em decorrência do especial interesse em obter-se a confissão, a tortura era um método aceitável para que alcançasse a prova que almejava, por isso, a busca pela verdade real era sempre obtida por meio de provas excessivamente impiedosas. (ALBUQUERQUE, 2014, p.98).

O inquisitório era o único método em que, por meio da investigação, se chegava à verdade real. Pois bem verdade, ao magistrado era concedido poderes ilimitados, e ao acusado só lhe restava o dever

² Na sugestiva expressão (GOUVEIA, 2013, p.603) “é um princípio que existe em todos os ordenamentos jurídicos processuais ocidentais democráticos.” Usa-se, aqui, a expressão no sentido tradicional, o princípio dispositivo como fundamento da norma.

³ Moacyr Amaral dos Santos, Vicente Greco Filho, Frederico Marques, Arruda Alvim, Humberto Theodoro Junior.

⁴ O renomado processualista (BEDAQUE, 2013, p.94) assevera que “a questão referente aos poderes instrutórios do juiz está intimamente ligada ao chamado ‘princípio do dispositivo’. Pelo menos assim tem entendido a maioria dos processualistas, que estabelece nexos entre esses dois fenômenos, ao afirmar que o princípio do dispositivo, entre outras restrições impostas à atividade do julgador, impede que tenha ele iniciativa probatória.”

Durante anos a doutrina dedicou muito aos estudos e artigos sobre o aumento dos poderes instrutórios do juiz e, proporcionalmente pouco foi escrito sobre a defesa deste princípio que valoriza a participação das partes no processo, principalmente quanto a coleta e apresentação de provas. De fato, o que se encontra nos artigos e literaturas somente reforça a tese já superada dentro de um regime probatório cujo objetivo é alcançar a verdade real.

⁵ Neste sentido, (REZENDE, 2017, p.241) ensina que “[A] influência que o Direito Canônico exerceu no direito europeu num geral, sobretudo através dos glosadores do Código de Justiniano, acabou também por emprestar a lógica do princípio do inquisitivo a processualidade europeia da modernidade. Assim, é possível falar em um “sistema inquisitório” de processo, que decorre diretamente do ideário nucleado pelo princípio do inquisitivo e que se reflete, por derradeiro, em vários instrumentos processuais.”

⁶ Já em Portugal, em 1769, o legislador atribuiu a “lei da boa razão” ao Marquês de Pombal e, “libertou os juizes da obrigação escrita de seguirem as opiniões de Acúrsio e Bártolo e a *communis opinio doctorum* segundo as regras que tinham sido prescritas pelas Ordenações Filipinas.” (DAVID, 1996, p.48). Isso significa que as opiniões devem ser seguidas por uma sã razão, ou seja, naquela de onde o direito divino e direitos humanos extraíram as regras morais e cívicas da cristandade.

Relativamente as características peculiares do princípio do inquisitório (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p.58) ensina que “apresenta as seguintes características: é secreto, não contraditório e escrito. Pela mesma razão, desconhece as regras da igualdade ou da liberdade processuais; nenhuma garantia é oferecida ao réu, transformado em mero objeto do processo, tanto que até torturas são admitidas no curso deste para obter a “rainha das provas”: a confissão.”

de dizer a verdade. Contudo, não perdurou *ad aeternum* este sistema, qual o juiz era visto como o inimigo da sociedade ante as crueldades realizadas para chegar à prova legal.

Com a evolução do processo civil, passou-se a dar mais ênfase a concepção liberal⁷ da economia, o direito de propriedade e a liberdade da empresa em um mercado livre e, foi nesta época que o cidadão começou a ter iniciativa em ajuizar ou não uma demanda, visando resguardar seu direito subjetivo e, nasce então o princípio do dispositivo em sentido estrito.

Ao juiz já não cabia mais a direção material no desenvolvimento do processo, portava-se de maneira imparcial, e o objetivo era garantir às partes uma solução para o litígio. Quanto à instrução probatória, as partes eram donas do processo, de forma a iniciá-lo e a sentença limitava-se ao que havia sido pedido por estas, assim (ALBUQUERQUE, 2014, p. 99) de maneira objetiva nos ensina “esse era o sentido do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*, por isso o juiz não podia: aportar fatos ao processo, ou seja, não poderia determinar provas – qualquer tipo de prova –, não poderia determinar provas cujo ônus incumbisse às partes, posto que se assim procedesse, significava que havia se tornado auxiliar da parte favorecida por este meio.”

No final do séc. XIX e início do séc. XX, em alguns países europeus e americanos, surgiram severas reações e críticas quanto ao “princípio do dispositivo e privatístico” tradicional, decorrentes do processo francês revolucionário e do *Code de Procédure Civile* de 1806, que sob o amparo do liberalismo político do séc. XVIII, atribui as partes um autêntico “monopólio” sobre a relação jurídica substancial e processual e, neste contexto, o juiz desenvolveu um papel passivo e neutral no judiciário (VAZ, 2002, pp.314-315).

De forma ininterrupta até meados do séc. XX, o princípio do dispositivo usufruiu de domínio absoluto em diversos sistemas jurídicos, especialmente no sistema germânico primitivo e posteriormente no sistema romano⁸.

Às partes era atribuído não somente o poder para dar início à demanda, mas também a exclusividade probatória, restringindo-se ao juiz à direção formal do processo. Com o objetivo de garantir a manutenção da imparcialidade e a passividade do juiz, o liberalismo processual estabeleceu os sistemas processuais alicerçados em princípios técnicos liberais, quais sejam a igualdade entre os cidadãos, a escritura e o princípio do dispositivo (NUNES, 2008, p.73).

Característica essencial do modelo liberal de processo é a expressa vontade das partes, que traduzia em um domínio quase que absoluto dentro do processo civil, na sugestiva expressão de (FREITAS,

⁷ Sob o ponto de vista liberal limitar os poderes do juiz era uma forma de proteger os cidadãos contra as arbitrariedades cometidas pelo julgador.

⁸ Nos países latinos como Itália, Espanha e Portugal o direito romano tornou-se naturalmente o “direito comum” e representava o costume geral, contudo, estes países estavam expostos a um perigo comum denominado “esclerose do direito”, que nas palavras de (DAVID, 1996, p.48) foi uma reação contra os processos mecânicos que “impunham que se seguisse a *communis opinio doctorum*.”

2013, p.155) “o séc. XIX era dominado por uma concepção liberal do processo”⁹, qual as partes atuavam como protagonistas da demanda, iniciavam o processo e determinavam o objeto e, ainda determinavam o teor da sentença conforme carregavam para o pleito. Por outro lado, o juiz desempenhava um papel extremamente passivo.¹⁰

Em face as intensas críticas, processualistas de variadas nações lideraram movimentos doutrinários e legislativos em prol do sistema da oralidade para reforçar os poderes do juiz e torná-lo mais ativo no processo civil moderno.¹¹

Após os movimentos contrários ao processo “liberal e privatístico”, inicia-se um novo período processual “social e publicístico” qual (BAUR apud VAZ, 2002 p.315) classifica como “viragem ideológica do ‘*Rechtsstaat*’ (Estado de direito) para ‘*sozialer Rechtsstaat*’ (Estado social de direito) seguido por FASCHING¹² e CAPPELLETTI.”

Na concepção socialista do processo, os litigantes foram impedidos de determinar de maneira independente o andamento processual, como esclarece (SOUSA, 1997, p.59) “do lado oposto ao liberalismo clássico, o modelo autoritário ou social–democrático, determinou, ao menos, a coparticipação do juiz no processo.”

Neste momento, o processo já não é orientado com uma visão privatística, ou seja, em que o juiz é um mero “convidado de pedra”¹³, nomenclatura utilizada por RODRIGUES URRACA na América Latina (VAZ, 2002, p.315).

Esse momento foi crucial: o juiz deixou o cargo de mero espectador e assumiu mais poderes, percebeu-se pela primeira vez um equilíbrio entre as partes e o judiciário e, neste sentido completa (MOREIRA, 1985, p.145) “equaciona-se em novos termos o capital problema da ‘divisão de tarefas’ entre as partes e o órgão de jurisdição.”

Neste contexto, o modelo liberal de processo, o chamado de processo privatístico, não era condizente com a organização política da ditadura que vigorou em Portugal de 1926¹⁴ a 1974, assim

⁹ Foram influentes neste período, entre outras, as obras de VON CANSTEIN e WACH.

¹⁰ A respeito do assunto, completa o renomado autor (FREITAS, 2013, p. 155) “o juiz era reduzido ao papel de *árbitro* dum jogo que, com determinadas regras, se desenrolava entre as partes e o princípio do dispositivo exprimia já a possibilidade que estas tinham *dispor do processo*, em termos equivalentes àqueles em que lhes era lícito dispor da relação jurídica material.” Essa comparação é ainda realizada por uma corrente mais recente, a qual o princípio da autonomia da vontade e o princípio do dispositivo encontram-se, ambos, na liberdade de exercício e de disposição de direitos privados.

¹¹ O movimento liderado por eminentes processualistas como KLEIN, CHIOVENDA, TISSIER, JAPIOT dentre outros, culminou na reforma processual mais progressiva realizada no séc. XX, auxiliando o aperfeiçoamento da Administração da Justiça em todo o mundo.

¹² FASCHING é uma denominação sarcástica utilizada por alguns autores, como CHIOVENDA e ALBERTO DOS REIS inclusive BAUR, que atribui ao juiz no período do liberalismo, um papel meramente passivo, era visto como espectador, fantoche e marioneta do processo. (VAZ, 2002, p.315)

¹³ Alguns juristas como Montero Aroca, Alvarado Veloso e Franco Cipriano, intitulados como “garantistas” acreditam que o aumento dos poderes dos juizes ocorreu em alguns países europeus por motivos políticos sob o domínio da ideologia fascista e totalitária que imperava.

¹⁴ O modelo processual civil que antecede às reformas dos anos 20 (em especial a operada pelo Decreto Lei 12.353 de 22 de Setembro de 1926) é reconhecido como liberal. A respeito do tema em comento, (GOUVEIA, 2007, p.48), destaca como “característica essencial desse modelo liberal de processo é o absoluto império da vontade das partes em todos os momentos da tramitação.”

Todavia, foi com o DL. 12.353 de 22 de Setembro de 1926, que ocorreu a revolução do processo civil português e, foram três principais princípios que orientaram a reforma: a oralidade, a concentração conjugada a atividade do juiz. Aquele que a pouco era visto com um convidado de pedra, passivo e inerte,

(GOUVEIA, 2007, p.49) aduz “logo no primeiro ano do novo regime político é alterado este paradigma, consagrando-se o perfil ideológico que fazia sentido - autoritarismo”¹⁵, permitindo ao juiz a coparticipação no processo e contendo a autonomia das partes em face ao andamento do processo.

No Brasil, somente a partir da segunda metade do séc. XX, em busca de uma decisão mais justa relativamente às políticas públicas e sociais, o processo civil transcendeu os limites impostos pelo princípio do dispositivo¹⁶.

É preciso cautela e não convém relacionar o modelo dispositivo ao regime não autoritário e o modelo inquisitório ao regime autoritário ou qualquer outro. Por exemplo, o dispositivo não é sinônimo de um processo democrático e inquisitório tampouco de um processo autoritário, como explica (DIDIER JR, 2011, p.216) “é certo que dados culturais certamente influenciarão a conformação do processo, método de exercício de poder, não há relação direta entre aumento do poder do juiz e regime autocráticos, ou incremento do papel das partes e regime democrático.”¹⁷

Foi com a revisão de 1995-1996 do CPC Português que o princípio do inquisitório acentou-se mais (em termos que o CPC Português de 2013 mantém), haja vista que a lei anterior limitava quanto a determinados meios de prova e, com a revisão, o juiz adquiriu os seguintes poderes: determinar a junção de documentos ao processo, estejam eles em poder da parte contrária, de terceiros ou de organismo oficial (art.436°); ordenar a realização de prova pericial (arts. 477° e 487°, n.º2); ordenar a inspeção judicial, cuja decisão cabe somente ao juiz (art.490°,nº.1); inquirir testemunhas no local da questão (art.501°); ouvir as pessoas que entenda ou ordenar outras diligências probatórias, ainda após as alegações sobre a matéria da causa (art.607°,nº1). Somente a partir de 1995-1996 que passou a ter iniciativa do depoimento de parte (art.452°,n.º1) até então esta iniciativa era exclusiva das partes; além de ordenar o depoimento testemunhal de pessoa que tem conhecimento dos fatos para a decisão da

investiu-se de “poderes necessários para conduzir rapidamente o litígio a uma solução conforme à justiça”. Com o DL. o juiz assumiu uma posição mais ativa, qual permitia dirigir a instrução, intervir na preparação da causa, em ordem e assegurar um processo com julgamento em tempo rápido e justo. A propósito (CUNHA, 2012, p.78) corrobora ao ensinar que “as bases orais da legislação processual e as reformas levadas a efeito ao longo dos anos reforçam o papel diretor do juiz e ampliaram seus poderes, de modo a conferir ao processo uma tendência socializante, afastando-o um pouco do perfil liberal. A concepção atual passa, enfim, pela atribuição de mais poderes ao juiz e pela exigência de cooperação entre o órgão julgador e as partes.”

¹⁵ Na opinião de (GOUVEIA, 2007, p.49) “o processo autoritário caracteriza-se pela maximização da função do juiz no processo, fazendo dele o sujeito processual mais relevante. Isto é operado através da atribuição de poderes não só em aspectos formais da causa, como o saneamento de exceções dilatórias, mas também em matérias objectivas, como poderes oficiosos na investigação dos factos da acção.” Conclui-se que o modelo de governo não vincula o modelo de processo porque quando há instauração de um governo autoritário, a busca pelo fortalecimento ocorre, normalmente, no órgão executivo e não no judiciário.”

¹⁶ No Brasil, o Código de Processo Civil foi aprovado sob o Estado Novo de Getúlio Vargas, a reforma processual foi aliada a um projeto de Estado autoritário e uma visão publicista de processo. Nessa fase, em busca de maior efetividade, constitucionalmente assegurou aos cidadãos um prazo razoável para a tramitação processual. Tal medida foi associada a instrumentalidade do processo. De igual forma (BEDAQUE, 2013. p.15) observa com razão “ora, se assim é, as normas devem, na medida do possível, ser atuadas corretamente. Essa é a finalidade básica da jurisdição, como função estatal. Ai está a instrumentalidade que se pretende existente.”

¹⁷ Insta ressaltar que os estes termos são frequentemente utilizados como meios controversos e retóricos para apoiar ou rejeitar ideologias específicas do processo civil, como aduz (TARUFFO, 2014, p.108) “[E]m verdade, utilizam-se esses rótulos, na maioria dos casos, sem que haja uma correspondência efetiva com a realidade dos sistemas processuais. Portanto, deveríamos abandoná-los especialmente ao discutir problemas acerca da prova. De fato, nunca existiu qualquer sistema realmente inquisitorial de processo civil – isto é, um sistema no qual as partes não cumprem qualquer papel e tudo é relegado ao juiz – e tampouco existe em lugar algum atualmente. (...) em todos os sistemas processuais modernos reconhecem-se e se garantem os direitos das partes.”

causa (art.526º,n.º1), até então detinha o poder discricionário de fazer só quando a inquirição de outra pessoa fosse manifesto interesse do depoimento (FREITAS, 2013, p.176).

No sistema inquisitivo puro, o juiz é colocado com a figura central do processo, no campo da instrução do processo cabe a iniciativa e às partes cabe o dever de colaborar na descoberta da verdade, a liberdade na atuação do juiz é ampla e irrestrita e, o papel do juiz-arbitro encontra-se ultrapassado. Ao que tange a organização do processo (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p.120) aponta que “não prescinde de uma distribuição das funções que devam ser exercidas pelos sujeitos processuais. Cada um deles exerce um papel, mais ou menos relevante, na instauração, no desenvolvimento e na conclusão do processo”.

Com o cunho de traçar uma comparação¹⁸ entre os princípios do inquisitório e do dispositivo clássico, (THEODORO JUNIOR, 2017, p.70) ensina que “caracteriza-se o princípio do inquisitório, teoricamente, pela liberdade da iniciativa conferida ao juiz, tanto na instauração da relação processual como no seu desenvolvimento. Por todos os meios a seu alcance, o julgador procura descobrir a verdade real, independentemente de iniciativa ou colaboração das partes. Já no princípio do dispositivo, quando observado por inteiro, atribui às partes toda a iniciativa, seja na instauração do processo, seja no seu impulso. As provas só podem, portanto, ser produzidas pelas próprias partes, limitando-se o juiz à função de mero espectador.”

O objetivo sempre foi o de proteger os cidadãos do abuso do Estado ante o aumento dos poderes do juízes. Ultrapassado as considerações preliminares históricas do modelo dispositivo que será alvo de debate deste capítulo e ainda será lembrado em outros, abordar-se-á sua vertente contemporânea.

1.2. A Doutrina Contemporânea do Princípio do Dispositivo

O princípio do dispositivo é um dos princípios basilares do direito processual civil e está previsto no arts. 3º, n.º 1¹⁹ e 5º, n.º1²⁰, ambos do Código de Processo Civil Português, traduzindo o respeito pela iniciativa privada e a liberdade das partes transacionarem, além de limitar ao juiz o julgamento do que lhe foi pedido e não do que lhe apetece. No NCPC Brasileiro percebe-se contornos do princípio dispositivo nos arts. 2º, 141º, 312º e 490º²¹.

¹⁸ Ao se referir a dicotomia entre os princípios, (DIDIER JR., 2011, p.209) esclarece que “ a dicotomia do princípio inquisitivo-princípio dispositivo está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de “inquisitividade”; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a “dispositividade”.

¹⁹ Dispõe o art. 3º,n.º1 do CPC Português: “O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.”

²⁰ Dispõe o art. 5º,n.º1 do CPC Português: “Às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas.”

²¹ Neste sentido, dispõe os arts. do NCPC Brasileiro:

art.2º : “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.”

As legislações atuais apontam algumas limitações impostas ao princípio, que bem verdade tem o cunho de salvaguardar a verdade material, em detrimento da forma, objetivando a celeridade e eficácia aos meios processuais.(AMARAL, 2013, pp.14-15)

Há na doutrina imensa dificuldade em determinar com exatidão o conceito da expressão “princípio do dispositivo”²², trata-se de um termo altamente equivoco, pois a doutrina processual costuma empregá-lo com o objetivo de expressar coisas diversas.

Uma vez que este princípio está estruturalmente abarcado no âmbito da disposição das partes no processo, (GOUVEIA, 2013, p.602) ensina que “o princípio do dispositivo é a tradução processual do princípio constitucional do direito à propriedade privada e da autonomia da vontade. Subjacente ao processo civil está um litígio de direito privado, em regra disponível, pelo que são as partes que têm o exclusivo interesse na sua propositura em tribunal”, No mesmo sentido, o renomado processualista (MOREIRA, 1989, pp.35-36) ensina que “na linguagem brasileira, tal como na de outros países latinos, é habitual falar de “princípio dispositivo” para designar a ideia que estaria na base de semelhante tendência [de reservar às partes um papel dominante com a exclusão das interferências do juiz], sem que se tenha em regra, a preocupação de estabelecer distinções: usa-se a denominação à guisa de rótulo genérico, indiferentemente aplicável a qualquer aspecto da temática em foco.”

Ao que tange a configuração ideológica do princípio (CASTILLEJO MANZANARES; NOYA FERREIRO; RODRIGUÉZ ÁLVAREZ, 2017, p.25) destaca “ideologicamente a la concepción liberal de la sociedad que se basa, a sua vez, en el plano económico en la distinción entre intereses públicos y privados.”

De todos os conceitos já expostos, o princípio do dispositivo existe, sobretudo, nas palavras de (CINTRÁ; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p.88) “para salvaguardar a imparcialidade do juiz”²³, ou seja, para estabelecer limites na decisão do juiz, que com a evolução do processo civil deixou de assumir a posição

art.141º: “O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.”

Art.312º:“Considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada, todavia, a propositura da ação só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 240 depois que for validamente citado.”

art.490º :“O juiz resolverá o mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes.”

²² Ao classificar o princípio do dispositivo (FREITAS, 2013, pp.156-157) ensina que “*Stricto sensu* ou na expressão alemã, *Dispositionsmaxime*, traduz-se na liberdade de decisão sobre a instauração do processo, sobre a conformação do objeto e das partes na causa e sobre o termo do processo, assim como, muito mitigadamente, sobre a sua suspensão. Também é usual incluir no princípio do dispositivo o *Verhandlungsmxime*, relativo ao monopólio dos fatos e meios de provas.” Cumpre ressaltar que ao conceituar o princípio do dispositivo em *strito sensu*, o retocitado autor o divide em disponibilidade da instância em si mesma e disponibilidade da conformação da instância. A primeira está diretamente atrelada ao impulso processual da parte, a partir do momento que aciona o judiciário. Já a conformação da instância tem a ver com a conformação do objeto do processo. O objeto do processo é formado pelo pedido e pela causa de pedir.

É importante trazer o ensinamento de (PEREZ- CRUZ MARTÍN, 2008, p.317) que refere-se como “la disponibilidad que los litigantes tienen sobre el interés privado y sobre la conveniencia o no de acudir ao órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción.”

Verifica-se por este princípio, no CPC Português, que aos litigantes cabem a iniciativa da ação e o impulso necessário para prosseguimento, bem como pôr termo ao processo, ambas as partes, por meio da transação – art.283º, n.º2; o autor desistindo do pedido, art.283º, n.º1– ou desistindo da instância- art. 288º, n.º1; o réu, confessando o pedido – art. 284º, não aplicável aos direitos indisponíveis conforme art. 289º, nº1, com exceção do divórcio e de separação de pessoas e bens art. 289º, n.º2.

²³ A respeito do objetivo do princípio do dispositivo (CINTRÁ; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 88) comenta que “princípio é de negável sentido liberal porque a cada um dos sujeitos envolvidos no conflito *sub judice* é que deve caber o primeiro e mais relevante juízo sobre a conveniência ou inconveniência de demonstrar a veracidade dos fatos alegados. Acrescer excessivamente os poderes do juiz significaria, em última análise atenuar a distinção entre o processo do dispositivo e processo inquisitivo.”

inerte que ocupava e, ganhou contornos mais ativos, uma vez que a concepção publicista do processo não permite manter o juiz como espectador, com o objetivo de observar sempre o desenvolvimento da atividade para não ocorrer de forma arbitrária ou improvisada e, neste contexto completa (AMARAL, 2013, p.13) “o tribunal só poderá resolver conflitos de interesses se essa resolução lhe for solicitada.”

Destaca-se que decorre deste princípio as regras mais importantes já citadas como: a necessidade do pedido das partes para a atividade judicial ter início; às partes cabe a fixação do objeto do processo²⁴; a limitação da decisão dos tribunais de acordo com os limites das pretensões formuladas (MONTERO AROCA, 2006, p.70). Dentro desta limitação se admite a decisão, por autonomia das partes, findar o processo caso acordem neste sentido.

Por meio do princípio referido, é possível notar que o pedido fixa os limites objetivos da demanda. Deste modo, o juiz não pode decidir nem aquém do pedido (sentença *cita petita*), nem além do pedido (sentença *ultra petita*) e tampouco fora do pedido (sentença *extra petita*). A sentença deve manter-se, nomeadamente, quanto ao conteúdo, dentro dos limites da pretensão requerida pelo autor.

A atuação das partes e do juiz, ou seja, a “dispositividade” e a “inquisitividade”, pode manifestar-se sob temas variados como a instauração de processo, produção de provas, objeto do litígio, análise sobre questões de fatos e direito (DIDIER JR., 2011, p.209).²⁵

Nota-se que independentemente da natureza do direito a ser discutido, à parte cabe a iniciativa do processo.

1.3. Dos Direitos Disponíveis e Indisponíveis

As normas do direito substantivo são norteadoras para a determinação do direito, bem como para saber a admissibilidade de um ato, uma vez que dispõe de critérios que distingue as situações jurídicas absolutamente indisponíveis daquelas que são relativamente.

Autores como (MOREIRA, 2003, p.53) defende que é “preferível que a denominação *princípio dispositivo* seja reservada tão-somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim,

²⁴ No que tange a disponibilidade do objeto do processo é importante analisar a distinção entre disponibilidade do pedido e a disponibilidade das questões e dos fatos necessários à decisão desse pedido. Relativo a disponibilidade do pedido, o CPC Português prevê: o art. 661º, do CPC restringe a atividade do tribunal, pela pretensão do demandante: a sentença não pode condenar em quantidade superior ou objecto diverso do que se pedir. Relativo a disponibilidade das questões e dos fatos necessários à decisão, o art. 660º, n.º2, do CPC infere que a sentença deve resolver todas as questões que as partes tenham suscitado, sem prejuízo de algumas ficarem prejudicadas pelas soluções de outras. Já o art. 664º, do CPC dispõe que o juiz só poderá utilizar os factos articulados pelas partes, sem prejuízo do art. 264º, do CPC.

²⁵ O Autor ainda defende que nada impede que o legislador, em relação a um tema, encampe o princípio do dispositivo e, em relação o outro, o princípio do inquisitório e, cita o exemplo que ocorre no NCPC Brasileiro: no direito processual civil brasileiro a instauração do processo e a fixação do objeto litigioso, são, em regra, atribuições das partes (arts. 2º, 141º e 492º NCPC). Já em relação à investigação probatória, o NCPC admite que o juiz determine a produção de prova *ex officio* (art.370º do NCPC).

tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido).”^{26 27}

Se analisarmos o cerne da palavra “dispositivo”, verifica-se que está atrelada a disponibilidade, ou seja, aos direitos disponíveis. E nesta toada, (BEDAQUE, 2013, p.99) ensina que “os indivíduos podem “dispor” dos direitos indisponíveis e o Estado, de direitos disponíveis.”

E ainda, nesta perspectiva (MOREIRA, 1989, p.8) indaga se “será verdade que, ao excluir para o órgão judicial a possibilidade de proceder *ex officio*, está a lei obedecendo a uma sorte de imposição lógica resultante do caráter disponível da relação material?”

A respeito do questionamento acima, o brilhante jurista (BEDAQUE, 2013, p.122) ensina que “qualquer outra limitação à atividade do juiz, quer no tocante à propositura da demanda, quer no curso do processo, não decorre da natureza do direito substancial. Constitui equívoco afirmar, por exemplo, que a impossibilidade de o juiz dar início ao processo é consequência do caráter disponível da relação material. Nele incorre, aliás, a maioria da doutrina. O monopólio da parte sobre a iniciativa do processo existe independentemente da natureza do direito litigioso.”

1.4. O Princípio do Dispositivo e a Jurisprudência

No acórdão de 14 de maio de 2015²⁸, o Supremo Tribunal de Justiça apreciou uma situação concreta, com contornos do princípio do dispositivo, colocada pelos recorrentes à apreciação do Tribunal: no caso relatado, os autores não formularam na petição inicial, nem em ulterior ampliação, pedido de juros de mora a partir da citação e coube ao tribunal esclarecer sobre essa questão de direito, se pode o tribunal conceder juros de mora, quando tais juros não foram solicitados pelo autor na petição inicial?

Mais importante do que a decisão proferida neste acórdão, para nós, é a linha de argumentação despendida. Considerando que a petição inicial é um negócio jurídico e o pedido é uma declaração de vontade, o Supremo conclui pela impossibilidade de conceder ao autor mais do aquilo que requereu, se o contrário fizesse estaria desrespeitando a vontade real de quem pede. Nota-se que, no presente caso, “a questão não tem a ver propriamente com o início da contagem dos juros (*o dies a quo*) e, assim, se

²⁶ Com esta mesma linha de pensamento (BEDAQUE, 2013, p.99) entende que “trata-se um princípio relativo à relação material, não à processual.”

²⁷ No mesmo sentido, relativamente ao tema abordado (FREITAS, 2013, p.160) ensina que “a lei admite que, no campo do direito disponível (art.289º, n.º1), as partes unilateralmente (confissão e desistência do pedido) ou bilateralmente (transação), disponham das situações jurídicas que são objeto da pretensão, por termo no processo ou, fora dele, por documento autêntico ou particular, conformando os respetivos direitos ou extinguindo-os (arts. 284º e 285º n.º1), com independência das situações jurídicas reais precedentes.

Nomeadamente, o ramo do direito de família, no direito civil, a indisponibilidade é, em regra, *relativa* (MENDES, 1985, p. 210). Um exemplo claro que pode-se trazer ao conhecimento, é quanto as ações de paternidade, problema largamente discutido, estendendo-se atualmente às ações de investigação de maternidade, é preciso saber a partir da análise do direito substantivo em que ponto a indisponibilidade de uma situação jurídica se encontra e, quais os negócios de autocomposição são permitidos ou vedados. Relativamente indisponível também é o direito a alimentos, contudo, a transação e a confissão do pedido são admissíveis, mas a desistência do pedido só pode ter como objeto as prestações vencidas e não as vincendas.

²⁸Cfr. Acórdão do STJ PT, de 14 de maio de 2015, Proc. n.º 1520/04.3TBPBL.C1.S1-A, Rel. PINTO DE ALMEIDA. Disponível em <<https://bit.ly/2Cxq8fd>>, consultado em 11.02.2018.

estes são devidos desde a citação ou da decisão actualizadora, no entanto, mais do que isso, o que se discute é se o tribunal podia condenar em juros de mora sem ter sido formulado o respectivo pedido na petição inicial.”²⁹

Relativamente à impossibilidade de atribuir ao autor algo que ele não requereu, ensinava (ANDRADE, 1956, p.372) que “o processo só se inicia sob o impulso da parte, mediante o respectivo pedido; as partes é que circunscrevem o *thema decidendum*. O juiz não tem de saber se, porventura, à situação das partes conviria melhor outra providência que não a solicitada, ou se esta poderia fundar-se noutra *causa petendi*. Alguns (Calamandrei) falam aqui de *correspondência entre o requerido e o pronunciado*.”³⁰

Ao autor cabe definir sua pretensão ao requerer ao tribunal o meio de tutela adequado para satisfazê-la. Nos termos do art. 552º, n.º1, e) do CPC cabe ao autor formular os pedidos na petição inicial, de maneira exata o que pretende do tribunal e, o respectivo efeito jurídico que busca obter na ação.

Uma vez formulado os pedidos, o tribunal está vinculado quanto ao conteúdo da sentença, que deverá ater-se aos limites da pretensão inicial, assim, considerada “como núcleo irredutível do princípio do dispositivo.” (ANTUNES, 2004, p.657).

O tribunal está adstrito a essa pretensão, ainda que haja outro meio alternativo legalmente previsto. No presente caso, se não foi formulado pedido de condenação em juros de mora, o tribunal não pode, oficiosamente, condenar o réu, pois a condenação vai além dos pedidos elencados.

Constrangido pelo princípio do pedido, o Supremo não pode dar à parte mais do que aquilo que pedira, ainda que o resultado do ato postulativo seja a vontade de obter a condenação do réu em tudo quanto seja possível. Neste sentido, afirma (SILVA, 2003, p.263) “o acto (postulativo) tem não só uma eficácia vinculante para o tribunal, como também uma função delimitadora da actuação do tribunal”; esse acto tem uma “função constitutiva insubstituível.”

O Supremo decidiu que se o autor não formulou o pedido de juros de mora na petição inicial, o tribunal não pode condenar o réu ao pagamento deste juros. Portanto, assim como o exposto, para a realização da justiça deve ser observado os princípios estruturantes do processo civil ocidental e democrático, como o princípio do dispositivo que é trave mestra do princípio fundamental do processo equitativo previsto no artigo 20º, n.º 4, da CRP, a sua retirada do arcabouço jurídico seria prejudicial a todos. Permitiria ao juiz julgar o que apetece e o que não foi pedido.

²⁹ *Idem*.

³⁰ No mesmo sentido, Cfr.(GERALDES, 1997, pp.52 e ss); (FREITAS, 2013, pp.155 e ss).

O princípio do dispositivo deve atuar de forma a neutralizar os exageros e abusos da atuação judicial. Relaciona-se a liberdade de propor a demanda, cabendo as partes alegar os fatos relacionados a defesa de seus direitos, todavia, não afasta o dever de todos alcançar um resultado efetivo, com a devida produção de prova necessária à causa.

1.5. Manifestações

1.5.1. Quanto à Matéria de Fato

A alegação da matéria de fato tem importância crucial na resolução dos litígios, uma vez que os pontos de convergências e divergências são alcançados por meio da descrição pormenorizada, por cada uma das partes, a partir da sua respectiva versão para posterior integração jurídica.

Neste tópico abordar-se-á os fatos processualmente relevantes³¹ e, conforme ensinamento de (ANDRADE, 1992, p.21) “facto jurídico é todo o facto em sentido comum (acontecimento natural ou acção humana, que produz consequências jurídicas”, trata-se dos acontecimentos da vida comum que tem repercussão na esfera jurídico-processual.

A propósito, qual o momento e o modo como os fatos podem ser considerados pelo julgador na sua decisão final, visando não só o momento da alegação, bem como o modo que são informados no processo, seja por meio da alegação das partes, testemunhas, perito ou até mesmo através do conhecimento do juiz?³²

Sob este prisma, questiona se é desejável que o juiz conheça fatos ainda não alegado pela partes?

Para o Autor, a petição inicial é o momento oportuno para alegar os fatos essenciais ou principais. Para o réu, a contestação é o momento oportuno para se posicionar sobre os fatos que constituem a causa de pedir invocadas pela autor e, admite-se provisoriamente os fatos instrumentais, caso não sejam impugnados.

Mesmo após a reforma de 2013, o processo civil português continua a priorizar o momento das alegações de fatos – nos articulados, dando menos relevância ao momento do julgamento ou da produção de provas. Com frequência, ouve-se nas audiências que o que não foi alegado não pode ser

³¹ Os fatos processualmente relevantes são aqueles determinados pelas consequências jurídicas que lhe podem ser atribuídas. No processo civil assumem relevância os fatos que as partes apresentam como objeto da suas demandas e exceções, em respeito ao princípio do dispositivo, na sua forma *Dispositionisme*, que atribui as partes o poder de determinar o objeto e não ao juiz. (CAPACETE, 2016, p.36)

³² Este estudo está em consonância com a Autora (GOUVEIA, 2013, p.600) qual partilha do pensamento que “deveria admitir-se a alegação ou aquisição dos factos até o fim do julgamento.(...) o melhor sistema processual é aquele que considera na decisão todos os factos que resultam da produção de prova e não apenas aqueles que, além de serem resultado da produção de prova, foram alegados nos articulados.” No regime atual é admitida a possibilidade relativo aos fatos instrumentais, entretanto, aos fatos que implicam alguma alteração da causa de pedir é vedado.

provado, excluindo a possibilidade da decisão dos fatos, que embora tenham sido provados na audiência final, não constam nos articulados ou nas bases instrutórias (GOUVEIA, 2013, p.601).

Conforme exposto no art. 5º, n.º3 do CPC Português, os fatos que constituem a causa de pedir e exceções devem ser alegadas pelas partes. Portanto, não é desejável o juiz conhecer de fatos não alegados. E mais, é nula a sentença que conheça de questões que não podia tomar conhecimento ou pedido diverso do deduzido pelas partes.

Cabe a quem recorre ao judiciário, antes de delimitar o objeto da lide, fazer as alegações de facto que servirão de fundamento para a pretensão, seja ela procedente ou improcedente. (RODRIGUES, 2013, pp.74-75).

Cabe ao autor, na petição inicial, expor os fatos essenciais que constituem a causa de pedir e as razões de direito que servem de fundamento à ação. Ao réu, na contestação deverá expor as razões de fato e de direito pelas quais se opõe à pretensão do autor e os fatos essenciais em que se baseiam as exceções que deduzir.

A ausência das alegações relevantes no processo pode gerar as partes, autor e réu, graves prejuízos, ademais, o juiz não pode tomar conhecimento de fatos que a parte não alegou (art. 615º, n.º1, al.d, do CPC), sem prejuízo de dever conhecer do fatos notórios, que não carecem de alegação nem de prova (art 412º do CPC).

A partir da revisão do CPC Português de 1961, ocorrendo alguma insuficiência ou imprecisão na exposição ou concretização da matéria de fato, o juiz pode convidar as partes para aperfeiçoar os articulados, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido, nos termos do arts. 590º, nº 2-b e 4, e 591º,1-c, ambos do CPC Português.

1.5.2. Fatos Essenciais

Observa-se no art. 5º, n.º 1³³, do CPC Português regras relativas ao princípio do dispositivo, ao determinar que cabe às partes alegarem os fatos essenciais³⁴ que constituem, no essencial, a causa de pedir – e sem a qual a petição seria inepta nos termos do art. 186º do CPC Português e quanto às exceções invocadas. Contudo, não basta que as partes meramente aleguem os fatos, tornando necessário que façam prova dos mesmos.

³³ Ao classificar como fatos essenciais os arts. 5º, n.º1 e 552º, n.º 1,d, (FREITAS, 2013, p.71), ensina que “todos eles integram (necessariamente) a causa de pedir (art.62-b). Prefiro designá-los como facto principais (infra, nº II.6.4.1), reservando o qualificativo “essencial” para aqueles, de entre eles, que cumprem a função individualizadora da causa de pedir.”

³⁴ No mesmo sentido, nota-se que (LOPES DO REGO, 1999, p.200) define com perfeição e os classifica como “factos essenciais são os que concretizando, especificando e densificando os elementos da previsão normativa em que se funda a pretensão do autor ou do reconvinente, ou a excepção deduzida pelo réu como fundamento da defesa, se revelam decisivos pra a viabilidade ou procedência da acção, da reconvenção ou da defesa por excepção, sendo absolutamente indispensáveis à identificação, preenchimento e substanciação das situações jurídicas afirmadas e feitas valer em juízo pelas partes”

Destaca-se o caráter preclusivo dos fatos essenciais que devem ser alegados na fase dos articulados – se não alegado inicialmente, impede alegação posterior, determinando a matéria a ser discutida na ação, ou seja, o objeto do processo³⁵.

São trazidos ao processo, enquanto os que circundam estes são os secundários. Dentro dos fatos essenciais encontram-se os principais, que são obrigatórios para a ação. Existem ainda aqueles que não possuem caráter obrigatório para a ação, apenas para a procedência da ação, denominados como complementares ou concretizadores.

Neste sentido, (TARUFFO, 2012, p.227) ensina que “os fatos simples ou secundários possuem relevância por constituírem premissas de interferência probatória relativas aos fatos essenciais”, ainda que integrem o rol dos fatos não obrigatórios ao processo. Enquanto os fatos principais³⁶ individualizam a causa de pedir os demais fatos essenciais corroboram com a causa de pedir.

Uma importante corrente doutrinária alemã defende que o monopólio das partes na alegação dos fatos principais da causa não encerra a ideia de disposição³⁷. Significa dizer que ninguém melhor do que as partes podem trazer ao conhecimento do tribunal, mediante o contraditório, os fatos relevantes no âmbito das relações jurídicas que fazem parte. (FREITAS, 2013, p.167).

Desta forma, conclui-se que, o monopólio da alegação é concedido às partes para o exercício dos poderes dispositivos, como meio para alcançar a verdade e, cabendo às partes o ônus pela criação do material fáctico da causa³⁸, cujo efeito lhe é favorável.

1.5.3. Fatos Complementares ou Concretizadores³⁹

Os fatos complementares ou concretizadores, previstos no art. 5º, n.º1, al. b, do CPC, são, conforme ensina (SOUSA, 1997, p.71) “imprescindíveis à procedência da ação ou exceção”.

³⁵ Constitui-se por dois elementos, segundo a doutrina portuguesa majoritária, quais sejam: o pedido e a causa de pedir, assim ensina (CAPACETE, 2016, p.37) “[D]eve, assim, ser considerado bilateralmente, nele participando a causa de pedir, não só para delimitar a matéria de facto a considerar pelo juiz, mas também para possibilitar a correspondência da individualização do objeto do processo com a fundamentação do objeto da sentença.” Lado outro, (FREITAS, 2013, pp.55-56), considera a pretensão como objeto do litígio e, quanto ao pedido “resta o pedido em si, que determina o conteúdo da decisão. Ele é o objeto do processo.”

³⁶ Segundo o processualista (FREITAS, 2013, p.166) “com a revisão de 1995-1996, tornou também possível a consideração de factos principais que, completando ou contratando os alegados nos articulados, se tornem patentes na instrução da causa, mas tão-pouco na introdução destes novos factos pode o juiz substituir-se às partes: a parte neles interessada, isto é, aquela que, a serem os factos verdadeiros, beneficia com o efeito constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo que deles decorra, deverá manifestar a vontade de deles se aproveitar, alegando-os.”

³⁷ No mesmo sentido, (FREITAS, 2013, p.167) aduz que “[B]aseada na constatação de que o acordo das partes sobre a realidade dos factos da causa ou a admissão, por uma delas, dos factos alegados pela parte contrária pode ter, por via de produção dos efeitos do facto assim provado, um efeito *indireto* semelhante ao da disposição do direito a que os factos se referem, faz equivaler o princípio da controvérsia ao princípio do dispositivo para o efeito de entender ambos como paralelos ao princípio da autonomia privada, todos radicando na liberdade geral de exercício e disposição dos direitos privados.”

³⁸ Tanto o autor quanto o réu, podem alegar os fatos da causa, todavia, a ausência da alegação dos fatos constitutivos do direito do autor, gera a ausência ou a carência da causa de pedir, dando lugar à absolvição do réu, ao passo que a ausência da alegação dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos em que funda-se a exceção ou contraexceção arguida, gera a improcedência desta, como consequência pode ter à condenação do réu no pedido. Frise-se que toda a defesa do réu deverá ser deduzida na contestação e, após este momento, só podem ser deduzidas as exceções supervenientes, as que lei expressamente admita passado este momento ou aquelas de que se deva conhecer oficiosamente. Neste último caso, os fatos quais a exceção se funda, deverá ter sido objeto de alegação nos articulados, haja vista que o conhecimento oficioso da questão de direito não dispensa a introdução dos fatos pelas partes. (FREITAS, 2013, p.169)

³⁹ Parte da doutrina como Miguel Teixeira de Sousa, Lebre de Freitas, Rui Pinto, Abrantes Geraldês entendem que os fatos complementares e concretizadores são fatos principais. São fatos que incluem na previsão da norma – fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos de direito. Lado outro, Mariana

Os fatos complementares são completadores de uma causa de pedir ou de uma exceção complexa e são essenciais ao sucesso da pretensão formulada. A sua ausência não impede o prosseguimento do processo, uma vez que já existe a causa de pedir.

Ambos os fatos, essenciais ou complementares, são indispensáveis e fundamentais para a procedência da ação. Com a inexistência dos fatos essenciais, conseqüentemente, ocorrerá a inépcia da petição inicial, e com a ausência dos fatos complementares acarreta a improcedência da ação.

Ainda que os fatos complementares não individualizem a causa de pedir, segundo (SOUSA, 1997, p.70), eles “participam da causa de pedir”, cuja função é fundamentar a pretensão. Já os fatos concretizados são aqueles que concretizam os fatos essenciais e, a sua falta, bem como ocorre com os complementares, não inviabiliza a ação ou exceção, mas somente, a tendencial improcedência da pretensão.

Relativamente aos fatos em comento, pode-se ingressar ao processo por meio do convite de aperfeiçoamento, da audiência prévia e até da possibilidade de o tribunal conhecer de ofício o fato no momento da instrução da causa, ou seja, até ao momento da instrução probatória.⁴⁰

Ao que tange a audiência preliminar, dificilmente haverá necessidade dos juízes exercerem os poderes de cognição sobre os fatos complementares não alegados, haja vista que até a marcação da audiência pressupõe que as insuficiências já tenha sido sanadas e completadas. O legislador deixou essa lacuna para formar melhor o convencimento em busca da verdade.

Aparentemente, os fatos complementares e concretizadores são iguais, ainda que o primeiro *deriva de uma pura insuficiência, de uma pura falta*, conforme afirma (MACHADO, 2001, p.351) e completa o autor “os fatos concretizadores são mais específicos. Não há, propriamente, uma pura falta de um facto. O que sucede é que o fato alegado não se mostra exposto de forma concreta, nem precisa, nem exacta.”

Um outro ponto de distinção é relativo à pormenorização da questão fática exposta que ocorre com os fatos concretizadores e não ocorre com os complementares, que apenas acrescentam e completam.

França Gouveia entende a divisão ocorre entre fatos principais e não principais. Os primeiros são aqueles que constam na previsão normativa aplicar os fatos constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos. Já o segundo são todos os outros. Ainda destaca que essa distinção entre fatos principais e não principais é meramente para delimitar os poderes dos juízes ao operar o princípio do dispositivo. E por fim conclui que pode ser que exista uma diferença entre os fatos instrumentais e complementares/concretizadores ou até mesmo entre esses fatos e os fatos principais.(GOUVEIA, 2013, p.614)

⁴⁰ O termo instrução probatória é tratado pela doutrina portuguesa com sentido e alcance restrito. Assim (VARELA, 1985, pp.430-431) ensina que “refere-se apenas o momento da instrução probatória, não compreendendo todo o momento da atividade probatória desenvolvida no processo, como é o caso das provas documentais, estas que devem ser apresentadas ainda na fase dos articulados. Não obstante, em casos excepcionais.” Vide, neste mesmo sentido, (MACHADO, 2001, p.356). Lado outro, (GOUVEIA, 2013, p.616) defende que “ não altere o objecto do processo (facto complementares ou concretizadores) podem também ser alegados até o fim do julgamento, mas não podem ser oficiosamente adquiridos.”

1.5.4. Fatos Instrumentais

Haja vista a sua natureza, não carecem de alegação e por isso são officiosamente considerados na decisão de facto, conforme disposto no art.5º, n.º2, al. a, do CPC Português.

Tem como função permitir atingir a prova dos fatos essenciais e, neste caso, a prova é direta⁴¹ quando o julgador for diretamente confrontado com o facto principal a provar (FREITAS, 2013, p.172). Como são fatos secundários e probatórios, indicam se realmente os fatos essenciais, complementares e concretizadores ocorreram, além de serem considerados fatos que permitem inferir a existência dos fatos essenciais, mas que por si só não chegam para a procedência da pretensão.

Nos termos do art. 574º, n.º2 do CPC Português, os fatos instrumentais alegados na petição inicial apenas ficam provisoriamente provados, caindo tal prova, caso outra seja produzida em sentido contrário. Existindo claramente a possibilidade de alegar estes fatos em momento posterior e, conforme afirma (GOUVEIA, 2013, p.608) “excluindo de vez qualquer efeito preclusivo pela não alegação ou não impugnação dos factos instrumentais.”

São fatos que não necessitam de alegações das partes, podendo o tribunal conhecer de officio e determinar a produção dos meios de provas previstos em lei⁴², são fatos investigados livremente durante as audiências e, muitas das vezes, são factos conhecidos pelo juiz naquele momento, por exemplo, através do depoimento da testemunha.

Enfim, são factos que não podem fundamentar a decisão, mas são imprescindíveis para o resultado. Contudo, a parte se somente contar com os factos instrumentais para convencer o tribunal da veracidade dos fatos essenciais, poderá não alcançar resultados que pretende por tratar de factos “laterais”, conforme afirma (MACHADO, 2001, p.193).

1.5.5. Fatos Notórios

Previsto no art. 5º, n.º2, al. c, do CPC Português, são fatos de conhecimento geral, de tão modo que não há motivos para duvidar da sua ocorrência. A concretização do conceito varia de acordo com a

⁴¹ A respeito do tema em comento, entende-se que a prova direta *pode* acontecer na inspeção judicial e, na lição esclarecedora de (FREITAS, 2013, p.172) “*pode e não deve*, na medida em que se trata de prova sujeito à livre apreciação do julgador.” Pode ser controvertida referente a identidade do julgador quando está em causa um meio de prova que esteja sujeito a livre apreciação judicial. O julgador é confrontado por uma pessoa ou coisa, cuja a finalidade é não haver margens de dúvidas acerca de qualquer fato que interesse a decisão da causa, haja vista que a inspeção judicial visa a percepção direta dos fatos pelo tribunal. Utiliza-se o exemplo retrato pelo supracitado autor. “Suponhamos que um juiz se desloca a uma prédio urbano para verificar a sua composição e aí se dá diretamente conta de que ele tem 10 andares, cada um com 2 fogos de 5 divisões assoalhadas. Este facto tanto pode ser um facto principal da causa (por hipótese, pretende-se anular, por erro, a promessa de compra e venda desse prédio, por ter sido declarado que tinha 11 andares ou que cada fogo tinha 6 divisões assoalhadas) como ser um facto instrumental (através dele pretende-se por hipótese, chegar a uma conclusão sobre o valor do prédio, este, sim, um facto principal). Só no primeiro caso a inspeção é prova direta do facto principal da causa, sem prejuízo de o ser sempre do facto que, através dela é objeto da percepção judicial.” Salienta-se que além da prova direta, tem-se a prova indireta que é constituída por todos outros meios de prova e, através deles, chega-se a realidade do fato principal por dedução.

⁴² É importante ressaltar que não são todas as causas que o juiz deve interrogar sobre a existência dos fatos instrumentais, casuisticamente, ou seja, caso a caso, em face aos elementos fornecidos pelo processo (um documento ou depoimento testemunhal), verificar se eles existiam ou não, e se mostrar necessário para a prova dos fatos essenciais alegados pela parte, partirá para a investigação officiosa.(MACHADO, 2001, p.137)

localização do litígio: por exemplo, um fato notório em Braga não é necessariamente em Portugal inteiro; um fato notório no Brasil pode não ser em Portugal ou na Espanha.

O art. 412º do CPC Português estabelece que, sendo reconhecida a notoriedade, o fato em si não carece de prova, e é insuscetível de prova contrária. Nas suas sábias palavras, (FREITAS, 2013, pp. 170-171) ensina que “o facto notório não se confunde com as *máximas de experiência* de que o juiz se serve nas operações de prova, dado o carácter indireto que esta reveste”.

As máximas de experiências estão relacionadas ao raciocínio dedutivo tem natureza geral, lado outro que o fato notório é concreto e de conhecimento geral e, estão sujeitas a regime semelhante dos fatos notórios ao que refere-se à dispensabilidade de prova e a inadmissibilidade de prova contrária.

1.6. O Princípio do Dispositivo, ainda hoje, fundamental importância direito Luso-Brasileiro

Após as reformas ocorridas nos Códigos de Processo Civil e nas bases orais da legislação luso-brasileira, em especial, com a reforma do CPC Português em 2013 e em 2015 no NCPC Brasileiro, a ausência de menção ao princípio faz-se crer que deixou de ser um dos princípios estruturantes, entretanto, tal assertiva é equivocada e, continua sendo de suma importância.

Concernente a cada país e momento histórico, o processo civil é influenciado pelo modelo econômico adotado pelo ordenamento jurídico e, desta forma não seria diferente com o princípio do dispositivo.

Em Portugal, assim como no Brasil – Estados Democráticos de Direito⁴³ –, o livre exercício da iniciativa econômica privada, o direito da propriedade privada, bem como a organização econômico social conferem a atuação da autonomia da vontade e permitem aos particulares o poder de disporem dos seus interesses e liberdade para decidirem o que lhe é conveniente, podendo dispor das relações jurídicas materiais que contraem, uma vez que dispõem de liberdade de as celebrar ou não, de pôr termo conforme sua vontade, salvo quando a lei dispuser o contrário.

Conforme exposto, as jurisprudências atuais estão alinhadas com esta afirmativa, qual pode-se extrair do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Português de 07 de maio de 2015, “o princípio dispositivo é ainda prevalente no processo civil”⁴⁴, portanto, continua sendo um dos pilares do direito processual luso-brasileiro, cujo fundamentos são encontrados ligeiramente na CRP e na CRFB/1988,

⁴³ O princípio do dispositivo é o princípio do Estado Democrático de Direito, jamais poderia ter sido retirado do CPC, uma vez que resguarda o direito privado das partes e impede que o juiz decida além das pretensões formuladas.

⁴⁴ Cfr. Acórdão do STJ PT, de 07 de maio de 2015, Proc. n.º 4572/09.6YYPRT-A.P2.S1, Rel. ORLANDO AFONSO. Disponível em <<https://bit.ly/2zuSto1>>, consultado em 05.06.2018

atribuindo para a esfera processual civil o reconhecimento e a proteção constitucional à propriedade e à iniciativa privada.

Modernamente, há autores⁴⁵ que defendem a inexistência de um sistema puramente dispositivo ou inquisitório, inclusive, (NEVES, 2016, p.274) que defende que o sistema brasileiro é um “sistema misto, com preponderância do princípio do dispositivo. Ao menos na jurisdição contenciosa é correto afirmar que esse sistema misto é essencialmente um sistema dispositivo temperado com toques de inquisitorialidade.” Este Autor usa este argumento pois no art. 2º, do NCPC Brasileiro, prevê a necessidade de provocação da parte interessada para que o processo exista (princípio do dispositivo) e o desenvolvimento do processo através do impulso oficial (princípio inquisitório).

O sistema que vigora em Portugal e no Brasil é o cooperativo, segundo o qual o juiz e as partes devem trabalhar em conjunto, devendo o juiz dirigir o procedimento e atuar ativamente, permitindo que as partes apresentem suas impressões sobre o processo de forma a manifestarem conjuntamente nas decisões e rumos a serem traçados, inclusive com previsão processual no art. 7º do CPC Português e art. 6º do NCPC Brasileiro.

Fato é que o princípio do dispositivo já moldou o processo civil luso-brasileiro, traduzindo-se na liberdade de decisão sob a instauração do processo, cabendo ao autor predominantemente essa iniciativa e estabelecendo limites na decisão do juiz.

⁴⁵ Sob o argumento de que embora caiba a parte a iniciativa da abertura do processo, o impulso é oficial, ou seja, pertence ao juiz, que tem o poder-dever de promover o andamento do feito até o provimento final, independentemente da provocação dos interessados, assim (THEODORO JUNIOR, 2017, p.71) defende que não existe um sistema puramente dispositivo ou inquisitório, em sua pureza clara, “que hoje as legislações processuais são mistas.”

CAPÍTULO II - PRINCÍPIO DO INQUISITÓRIO

2.1. Âmbito

Se no princípio do dispositivo o juiz é visto como mero acolhedor do material probatório, lado outro, no princípio do inquisitório, além de ter amplos poderes a fim de organizar o material probatório, pode também, para formação do convencimento, fazer uso de outros meios de prova que não foram indicados pelas partes. Todavia, não significa dizer que as partes estão livres do ônus da produção da prova.

O princípio do inquisitório ou inquisitivo não é um princípio soberano e tampouco tem o cunho de aniquilar o princípio do dispositivo. Neste sentido (FREITAS, 2013, p.175) entende que o inquisitório é a comprovação de que “a prova dos factos da causa deixou, no processo hodierno, de constituir monopólio exclusivo das partes.”

Ao definir o princípio do inquisitório⁴⁶, (RODRIGUES, 2013, p.88) classifica como “o princípio segundo o qual o juiz deve: a) Providenciar pelo andamento regular e célere do processo, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação e recusando o que for impertinente ou meramente dilatório; b) Providenciar pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis da sanação, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando para praticá-los; c) Adotar mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam justa composição do litígio em prazo razoável.”

Na versão da lei atual, o princípio do inquisitório, antes de ser um poder conferido ao juiz da direção do processo, é um dever de boa gestão processual, ao exigir do juiz uma postura mais ativa na condução do processo, diligenciando o andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao deslinde da lide e recusando o que for meramente dilatório ou impertinente, a fim de alcançar a justa composição em prazo razoável. (RODRIGUES, 2013, p.88).

⁴⁶ Ao realizar uma definição de caráter terminológico concernente ao uso do termo ‘inquisitório’ (TARUFFO, 2013, p.58) brilhantemente ensina que “[E]sse termo é tão carregado de implicações retóricas que o tornam enganoso ou – na melhor das hipóteses – inútil. As implicações retóricas estão em que este é normalmente utilizado – invocando mais ou menos explicitamente o espectro da Santa Inquisição, cujos processos não admitiam qualquer direito de defesa do acusado perante um tribunal onipotente – com escopo de acarretar uma valoração negativa sobre tudo aquilo que lhe é associado. O termo «inquisitório» é enganoso, portanto, porque nunca existiu e ora não existe em nenhum ordenamento um processo civil que possa ser considerado realmente inquisitório: isto é, no qual as partes não têm direitos ou garantias e que todo o processo seja iniciado e conduzido de ofício pelo juiz.” O autor entende que é mais favorável falar em modelos mistos para indicar os ordenamentos processuais, que é atualmente é prevalência. O que poderá variar são os ordenamentos que preveem mais ou menos poderes instrutórios judiciais, observando a atuação das partes ao que tange as provas e verificação dos fatos.

2.2. Manifestações

Previsto nos arts. 6^o⁴⁷ e 411^o⁴⁸ do CPC Português, cabe ao juiz realizar ou ordenar oficiosamente as diligências necessárias ao apuramento da verdade. O legislador cuidou de reservar ao juiz iniciativas importantes, assim como nas decisões relativas ao material fático-jurídico previamente debatido pelas partes e na organização do processo, sendo expressamente vedado a prolação de sentença-surpresa por força do exercício do contraditório.

2.3. Reforço dos poderes do juiz

Historicamente se estende a tendência de reforçar os poderes do juiz, baseada no interesse público existente em todo o processo, consistente na solução adequada da crise verificada no plano substancial e trazida para o exame do Poder Judiciário, teve seu marco inicial na reforma do processo austríaco de 1896, liderada por Franz Klein.

Sob a domínio da postura antiga e arraigada, inspirada em critérios dispositivos, o magistrado julgava a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes, de sorte que lhe era vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tivesse sido postulada pelas partes. (THEODORO JUNIOR, 1999, p.3)

Em Portugal, somente após o DL. 12.353, de 22 de Setembro de 1926⁴⁹ que iniciou um ciclo de reforço dos poderes do juiz, momento em que o princípio do dispositivo já não se encontrava na sua forma clássica e sim na sua versão contemporânea.

O processo civil moderno procurou conciliar os princípios do dispositivo e inquisitório, mantendo a inércia do judiciário quanto à abertura do processo, deixando por exclusiva iniciativa das partes a formação processual e a definição do objeto litigioso. Contudo, como garantia de acesso à justiça o direito

⁴⁷ Dispõe o art. 6º do CPC Português: "1 - Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável. 2 - O juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanção, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanção dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo."

⁴⁸ Dispõe o art. 411º do CPC Português: "Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer."

⁴⁹ Antes do DL 12.353 de Setembro de 1926, ao juiz era atribuído o papel de decidir o que lhe era perguntado, nunca intervindo para além do que lhe era pedido. A partir do DL, momento em que a organização política da ditadura instaurou em Portugal, fez com que o papel do juiz ganhasse mais destaque e relevância, além dos poderes que lhe foram atribuídos. Assim, ensina (GOUVEIA, 2007, p.50) "até 26 vigorou o processo liberal, cujas concepções estão erradas e foram devidamente afastadas; desde então até hoje o papel do magistrado é determinantes no processo civil, sendo-lhes atribuídos poderes em diversos níveis; a esta ideia de centralidade do juiz no processo acresceu uma máxima de colaboração do juiz, com as partes e estas entre si, retirando ao magistrado alguma da sua autoridade, mas mantendo-o como diretor do processo." Segundo a autora, o Código de 61 foi uma mera reforma do Código de 39 e, somente apenas com o Código de 95/96 que o paradigma autoritário foi alterado em Portugal, pois neste Código o princípio da colaboração foi inserido como princípio enformador do Código. Entretanto, a respeito do tema há duas correntes, àqueles que defendem que o Código de 95/96 é verdadeiramente novo e outros que o identifica com uma evolução do Código de 61. Este estudo está em consonância com a Autora que defende que é "um novo arquétipo de processo civil", qual acentuou os deveres de cooperação entre as partes e magistrados.

positivo teve que reforçar os poderes dos juízes na condução da causa, no desenvolvimento, bem como no deslinde da causa para apurar a verdade real em tornos dos fatos que estabeleceu o litígio.

A tendência moderna é reforçar os poderes⁵⁰ de direção e impulso do juiz, com vistas a obtenção de um processo justo. Assim, o juiz deve averiguar e ir em busca da verdade instalada no conflito entre as partes, além de coibir manobras procrastinatórias das partes, indeferindo e evitando diligências inúteis, priorizando a duração razoável do processo.

Relativamente aos reforços dos poderes do juiz, (RODRIGUES, 2013, p.88) objetivamente ensina “[P]ara além de ser reforçarem os poderes de direção do processo pelo juiz, conferindo-se-lhe o poder-dever de adotar uma posição mais interventora no processo e funcionalmente dirigida à plena realização do fim deste, eliminam-se as restrições excepcionais que certos preceitos do Código em vigor estabelecem, no que se refere à limitação de meios probatórios, quer pelas partes, quer pelo juiz, a quem deste modo, incumbe realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente e sem restrições, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade justa composição do litígios, quanto aos factos que lhe é lícito conhecer.”

Os poderes inquisitoriais do juiz são imprescindíveis para ao processo justo, com cunho de assegurar duas garantias básicas, sejam elas, a efetividade da tutela jurisdicional, sem a qual não há acesso à justiça e a duração razoável do processo, de cuja inobservância decorre inevitável denegação da justiça e, assim (HUMBERTO TEODORO, 2017, p.71) assevera “justiça tardonha não é justiça, mas pura e deplorável *injustiça*.”

Diferentemente do princípio do dispositivo clássico qual atribua as partes toda a iniciativa, seja na instauração do processo ou no impulso e, inclusive na produção de provas, que só podem ser produzidas pelas próprias partes, limitando o julgador a um mero espectador, o princípio do inquisitório permite que julgador busque por todos os meios a seu alcance, descobrir a verdade real, independentemente da colaboração das partes.

Neste sentido, (GOUVEIA, 2007, p.48) ensina que “o princípio do dispositivo, na sua versão pura, estabelece que o processo é campo exclusivo das partes. Fundando-se na ideia de que o litígio civil é privado, que faz parte da autonomia privada, a intervenção do magistrado não pode nunca envolver-se naquilo que só a estas pertence. Já o inquisitório pressupõe também que o interesse público está em causa no litígio privado, quer na proteção da parte mais fraca, quer na efectiva aplicação do direito, ou melhor, da justiça. ”

⁵⁰ Utiliza-se aqui o termo poder do juiz, tal como define (GOMES, 1997, p.41) “[O] juiz participa do poder enquanto órgão que desempenha a função de julgar. Tal poder conferido ao juiz denomina-se jurisdição.”

Como função primordial, destaca-se a garantia da justa composição de litígios, que deve ser feita segundo o princípio da imparcialidade⁵¹, obedecendo sempre o contraditório e igualdade das partes, de modo a assegurar a paz social. Pode-se dizer que a meta do processo civil moderno é a investigação, de modo que dentro dos seus princípios fundamentais nenhum seja tão mais relevante e decisivo quanto aquele que regula o papel do juiz na condução do processo.

Cabe ao juiz assegurar a igualdade entre as partes, seja no exercício da atuação, no meio de defesa, no ônus da prova, bem como na aplicação de cominações ou sanções, uma vez que o processo tem por objetivo primordial a justiça, que não se alcança sem a verdade. Excetuadas algumas situações, em que o juiz atua mediante provocação, cabe a este observar os limites da demanda conforme fixados pelo autor.

No âmbito da instrução do processo cabe ao juiz, a iniciativa e as partes o dever de colaborar⁵² na descoberta da verdade, submetendo as inspeções necessárias e praticando os atos que lhe forem atribuídos, o papel do juiz-árbitro já encontra superado. Cabe ao juiz no saneamento do processo delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova e, ainda, delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito.

A respeito da participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas necessárias para esclarecimentos dos fatos aduzidos pelas partes, em nada afeta a sua imparcialidade, a uma porque agindo desta forma demonstra que o magistrado está atento aos fins sociais do processo; a duas porque a visão publicista deste exige um juiz comprometido com a efetividade do direito material – a qualquer momento o juiz pode determinar produção de provas necessárias para formar seu convencimento. (BEDAQUE, 2013, p.123)

A propósito, é importante destacar a «teoria da torta», nomenclatura utilizada por (TARUFFO, 2013, p.80) “ que consiste em conceber o conjunto dos poderes da iniciativa probatória como uma torta que o legislador por vezes divide entre as partes e o juiz, com a consequência que quando os poderes instrutórios são atribuídos ao juiz, isso implicaria proporcional redução dos poderes probatórios das partes. ”

⁵¹ Um dos argumentos que a doutrina dominante utiliza contra a iniciativa probatória do juiz na colheita de prova, está pautada na necessidade de preservar a imparcialidade do julgador, que deve conduzir o processo sem favorecimento de qualquer das partes. Isso não ocorreria se a ele fosse conferida a possibilidade de determinar a realização de uma prova, cujo resultado viesse a beneficiar uma delas. Nesse caso, haveria quebra da imparcialidade. Para resguardá-la, ainda que adotando os poderes instrutórios, teria o legislador procurado afastá-lo ao máximo dessa atividade. Há quem argumente a necessidade da participação do Ministério Público em todos os processos, cuja função seria procurar a verdade real, o que afastaria de certo modo o perigo da postura ativa do juiz diante da prova. (BEDAQUE, 2013, p.118)

⁵² Ressalvado as exceções dispostas no art. 417º, n.º3 do CPC Português, a recusa de colaboração implica na condenação em multa, haja vista que trata de um dever e, valorização judicial da conduta da parte para efeitos probatórios. Conforme disposto no art. 344º, n.º 2 do CC PT, a inversão do ônus da prova poderá ser aplicada à parte que culposamente tenha tornado impossível a prova de um fato que lhe cabia provar.

A 'teoria da torta' não tem aplicabilidade no direito luso-brasileiro, pois trata de ordenamentos nos quais não há dúvida de que estão previstas garantias inerentes a defesa e o direito que compete as partes é reconhecido e assegurado. Essa teoria da torta é "inconsistente e infundada" como reconhece o autor.

Por derradeiro, (DINAMARCO, 1998, p.287) traz à baila a figura do juiz ativo e assevera que "a escalada inquisitiva, no processo civil moderno, corresponde a crescente assunção de tarefas pelo Estado contemporâneo, o qual repudia a 'teoria dos fins limitados'. (...) Nos sistemas políticos constitucionais marcados pela busca do bem-comum e nos de conotação socialista, o processo recebe influxos publicistas que impõe a presença do juiz atuante. É assim o nosso sistema processual da atualidade, onde a todo momento é preciso enfatizar que os juízes são condutores do processo e o sistema não lhes tolera atitudes de espectador."

Perante tais considerações, é preciso refletir que o processo civil moderno procura um equilíbrio entre o princípio do inquisitivo e o princípio do dispositivo na instrução, bem como a manutenção da imparcialidade do juiz. Assim, mais uma vez (DINAMARCO, 1998, p.54) ensina que "[É] preciso, de um lado, reprimir a inquisitorialidade que dominou o processo penal autoritário; e, de outro, abandonar o comportamento desinteressado do juiz civil tradicionalmente conformado com as deficiências instrutórias deixadas pelas partes no processo."

A partir do momento em que os poderes instrutórios foram atribuídos aos juízes, estes deixaram de ser meros espectadores dos atos processuais das partes e tornam-se protagonistas, atuando de forma ativa na busca de elementos para sua própria instrução. Visto isto, é possível verificar a irreversibilidade da ampliação dos poderes do juízes, em especial quanto à iniciativa probatória, uma vez que a permanente evolução em busca do ideal de justiça eficiente e qualificada, tem feito com que o juiz moderno esteja cada vez mais em consonância com os anseios sociais.

CAPÍTULO III - A PROVA NO PROCESSO CIVIL

Ultrapassado os debates acerca dos princípios do dispositivo e do inquisitório, a considerar o contexto histórico, contemporaneidade e manifestações, é o momento de investigar sobre a prova no processo e suas ramificações.

3.1. Incursão histórica da utilização da prova no processo civil

Abordar a questão relativa à prova no contexto da antiguidade tardia, em consonância com as principais transformações sociais, significa, num primeiro momento, lançar um olhar retrospectivo da prova nos processos judiciais desde a Idade Média, sobretudo, para demonstrar que, ao longo da história do direito, a prova passou por vários processos até se constituir como meio de descoberta da verdade.

Com origens nas civilizações do Oriente, ainda que o ponto de partida mais recente seja o Direito Romano em razão da sua sistematização como conjunto jurídico-civilizacional, é possível identificar três principais momentos históricos que remontam o desenvolvimento do sistema probatório. (MORAES, 2008, p.29)

Em um primeiro momento, a sociedade não se reconhecia como uma organização jurídica. Existiam grupos de pessoas sem organização formal, a figura do magistrado inexistia e a justiça era baseada na vingança privada. Portanto, provar um fato era desnecessário ante o cenário descrito. A propósito, a respeito da prova judiciária na vida do homem primitivo, (SANTOS, 1961, p.23) ensina que nas “organizações rudimentares predominava uma força intangível – a religião sem a qual seria impossível a persistência da vida em comum.”

Ainda que as fontes sejam escassas e não permitam concluir com precisão qual a natureza dos procedimentos usados antes das XII Tábuas, pode-se afirmar que, com a organização dos povos em sociedade, a vingança desapareceu e deixou espaço para a composição de conflitos, apesar de influenciada por fatores preponderantemente religiosos. (ALBUQUERQUE, 2014, p.64).

Em um segundo momento, o sistema de provas era restrito as ordálias⁵³, ao duelo judicial e ao juramento, que consistiam nos meios típicos de provas com caráter altamente religioso. Com a lição esclarecedora (CALHEIROS, 2015, p.33) diz-nos “[S]e recuarmos até a Idade Média, verificamos como o teocentrismo, que então dominava as sociedades europeias, se revelava uma influência determinante para múltiplos aspectos do seu quotidiano e da sua organização. Os processos judiciais não eram uma exceção. Num tempo histórico em que a humanidade considerava a revelação um meio privilegiado de

⁵³ A bibliografia portuguesa utilizada ambas expressões: ordálios e ordálias.

acesso à verdade é, sem surpresa, que vemos instituir como meios de prova os ordálios e o duelo judicial.”

Os primeiros registros das ordálias ou juízos de Deus vêm desde o Código de Hamurabi e o Código de Manu. Entretanto, a prática tornou-se mais conhecida durante a Idade Média, considerada um retrocesso ao sistema de leis, que consistia na submissão do acusado a uma multiplicidade de soluções de provas, com origens germânicas e utilizada em toda a Europa, podendo ser uma prova de fogo ou água, cujo objetivo era demonstrar a inocência ou culpa do acusado que, geralmente, acabava morrendo e, por fim, a divindade interviria no julgamento.

Relativamente aos duelos, a Igreja, inicialmente, não se opunha à prática. Todavia, em período posterior, passou a afastá-lo quando obteve poder suficiente e desestimulou a aplicação do modelo probatório ordálico, percebendo que a prática através dos ordálios poderia vincular negativamente a imagem da Igreja e, então a sociedade passaria a associar a percepção de Deus às injustiças realizadas, quando o homem já não se contentaria mais com a falta de justificativa. Ao que tange aos juramentos, estes poderiam ser comparados a depoimentos, tinham caráter religioso.

A entidade divina limitava o papel do juiz e determinava o resultado da prova que não tinha o objetivo de formar o convencimento do juiz, mas de mostrar a vontade de Deus perante o caso concreto. Assim, houve aqui o fortalecimento das autoridades judiciais e evidente influência do procedimento inquisitorial como modo de apuração da verdade. A aplicação desta prática perdurou por muito tempo e formas mais cruéis continuaram sendo empregadas.⁵⁴

De forma a compreender o sistema probatório da época⁵⁵, segundo (MORAES, 2008, p. 246) “[A]s referidas práticas probatórias, embora tenham sido, com o tempo, influenciadas pelo processo natural de adaptação – e conformação institucional, lastreado, principalmente, nos paradigmas provenientes das experiências processuais romanas anteriores, acabariam por receber os influxos adicionais de um outro

⁵⁴ Diante de uma dúvida de ocorrência ou não de algum fato, realizava-se os Juízos de Deus e utilizavam elementos da natureza para declarar a culpabilidade ou não do acusado. Formas cruéis como pegar com as mãos uma barra de metal aquecida ou envolver-se em um duelo, eram práticas comuns. Em casos menos relevantes, o indivíduo poderia se fazer substituir por um animal ou escravo. Em casos graves, como a feitiçaria, utilizavam da prova ordálica ainda que ocorresse a confissão, pois o entendimento era que somente o juízo de Deus poderia eliminar o “espírito maléfico” que guiava o feiteiro. (RICHTER, 2015, p.8)

Outra forma cruel que foi comumente utilizada foi a prova pela sorte. Quando se ignorava o culpado pelo crime, os magistrados designavam sete pessoas que deviam livrar-se da suspeita com o juramento duodecimano. Então se faziam duas sortes, com dois pedaços pequenos de madeira, em que um era assinalado com uma cruz, ambos envolvidos em lã e colocados no altar. O sacerdote ou um menino tiravam a sorte. Caso retirassem o pedaço de madeira que estava assinalado com uma cruz, os acusados eram absolvidos e os juramentos eram tidos como verdadeiros. Se porventura não acontecesse o contrário, utilizavam sete pedaços pequenos de madeira e escrevia o nome dos acusados e o sorteio novamente ocorria, sendo considerado culpado aquele que a sorte indicasse; a prova pelo fogo, outra prática pernicioso, qual o acusado era obrigado a passar entre duas sarças, vestido com a camisa embebida em cera; já a prova da cruz era uma prática de resistência, colocavam os acusados eretos e com os braços abertos em forma de cruz, enquanto rezavam o Evangelho. Perdia o pleito primeiro aquele que deixasse os braços cair ao longo do corpo.(SANTOS, 1961, p.26)

⁵⁵ É preciso salientar que o homem medieval tinha uma mentalidade distinta do homem contemporâneo, assim, ensina (MORAES, 2008, p.248) “[S]ua interpretação para a busca de coerência em mundo tumultuado que lhe é não apenas apresentado, porém fisicamente sentido em tantos aspectos, após a traumática fase de dissolução do Império Romano, passará a ser lastreada e amparada com base nos referenciais disponíveis, em especial as construções religiosas oferecidas, que passam a enfatizar e articular, entre outros, a possibilidade de uma vida segura, ao menos no alegado plano espiritual, como alternativa a um mundo presente incoerente e hostil, desde que obedecidos os dogmas religiosos, que pouco a pouco passariam a ser ideologicamente conformados, de forma a viabilizar a reprodução das referidas construções religiosas.”

agente transformador, quais sejam, as construções oriundas do canonismo.” Verifica-se a todo tempo que a igreja corroborou para as práticas das ordálias, exercendo um papel central e dominante da ideia e ideal de religiosidade, excluindo aquele que divergisse das suas diretrizes.

Os meios de provas do juízos de Deus, segundo (RITCHER, 2015, p.2) “eram compatíveis com a mentalidade do homem medieval, totalmente dependente do Ser onisciente para lhe dizer a verdade”. Deste modo, a prova era mais baseada na fé do que na razão.

Ao tecer um parecer sumário sobre a prova processual, em uma fase preponderantemente religiosa, materializado na igreja, (RITCHER, 2015, p.7) aduz que “[N]ada acontece sem que esteja relacionado a Deus, que estaria sempre disponível para dirimir controvérsias quando Lhe fosse solicitado. O homem não teria meios efetivos de descobrir a verdade através do seu limitado raciocínio, assim, os Juízes de Deus ou ordálias, transcendiam a fiabilidade humana.” Emerge a tendência, como prova da influência, pelo direito canônico dos Juízos de Deus ou ordálios, qual dever ser interpretado sob a ótica de uma impactante religiosidade.

Quanto a existência dos ordálios no direito português (CALHEIROS, 2015, p.42) aduz “por influência das tradições germânicas na península, existe constância em diversas fontes históricas como o caso dos forais⁵⁶, dos costumes municipais e dos livros de linhagem.”

Fala-se no “*Direito Foraleiro*”, qual abarcava o conjunto de normas jurídicas pertencentes ao documento, ou seja, nos forais, de forte traço consuetudinário, em especial relativo à prova. Coexistiam distintos meios de provas como testemunhal ou juramento usado somente quando o autor não pudesse provar diretamente o seu direito; prova documental utilizada em matéria de natureza civil pelos juízes municipais com o cunho de dar solenidade aos contratos; inquéritos – utilizavam as “enquistas” ou “inquisas”, como forma de conduzir um inquérito as testemunhas, seja pelo chamamento para depor em tribunal ou pelos inquiridores que eram enviados ao local pra averiguar os fatos; o juízos de Deus praticado com a prova de ferro em brasa ou a prova candente que consistia pegar um ferro em brasa⁵⁷, praticavam também o duelo ou desafio.

As ordálias foram abolidas pelo Papa Inocêncio III em 1215 e, por derradeiro o sistema de provas cujo os europeus acreditavam ser o significado de justiça e forma adequada da aplicabilidade do direito

⁵⁶ Segundo (MORAES, 2008, p.321) “[O] foral, palavra que se originou do latim “*forum*”, revela-se em geral, como sendo um documento escrito, concedido mais frequentemente, porém não exclusivamente, pelos monarcas, desde as suas primeira deambulações pelo reino, em benefício de determinadas comunidades ou populações locais, regulando, em especial, aspectos jurídicos relacionados com reconhecimento e outorga de direitos e prerrogativas.” Com o avanço da Reconquista, uma fase emblematicamente marcada por uma instituição típica do direito peninsular ibérico, os forais, podem ser interpretados com um esforço dos monarcas na tentativa de estimular o povoamento e agricultura. O foral, também poderia ser concedido por uma autoridade senhorial, laica ou eclesiástica. Inicialmente, os forais tinha o cunho de regulamentar matéria jurídica relativa ao domínio de terra, fixando encargos e obrigação para cada membro da comunidade e, era considerado um pacto inviolável entre a autoridade e o membro da comunidade beneficiada.

⁵⁷ Quanto ao meio de prova ferro a brasa ou candente, (HERCULANO *apud* CALHEIROS, 2015, p.45) diz-nos “[A] provocação consistia em pegar numa ferro em brasa e caminhar com ele nove passos, depondo-o aos pés de um sacerdote. A mão era, então, coberta com cera e enfaixada. Três dias depois procedia-se ao exame, interpretando-se a existência de queimadura como sinal da culpa.”

foi abolido. Ao considerar as análises históricas, seria arbitrário e irracional aos olhos da sociedade atual estabelecer a verdade sobre um fato, utilizando-se de métodos extremamente cruéis com o objetivo de obter a justiça divina.

Em um terceiro momento, iniciou-se um sistema eminentemente jurídico com a introdução do sistema da prova legal⁵⁸ ou sistema de prova tarifada, qual houve a substituição do juízo divino pelo juízo dos homens, que nas palavras de (REIS *apud* RUÇO, 2016. p.9) “a prova passou a ser regulada minuciosamente por um conjunto de regras formais relativas aos meios de provas admissíveis, ao modo como deviam desenvolver-se e à influência que haveriam de exercer sobre o espírito do juiz.”

Caracterizando-se pela ausência de arbitrariedade do juiz, uma vez que de antemão a lei fixa os meios probatórios, tendo como as duas principais provas o testemunho por duas pessoas credíveis e a confissão, ambas com o respectivo valor de convencimento, ao juiz era vedado julgar segundo a sua consciência ou livre convicção, prerrogativa concedida apenas ao soberano, como proclamado nas Ordenações Afonsinas (1456) (Livro III, Título LXVIII). O julgador tinha um papel de mero aplicador da lei, devendo respeito ao tabelamento das provas previamente fixado em lei, a prova se converte em matéria de domínio do legislador e converte-se em uma questão literalmente jurídica.

Ao discorrer sobre os aspectos da prova legal, destaca (CALHEIROS, 2015, p.39) que diferentemente do juízo divino, apresenta a vantagem de “se nutrir da experiência acumulada pela prática judiciária quanto a avaliação do comportamento do Homem.” Há de se observar que as vantagens e desvantagens de cada sistema, não se mede apenas pela forma como conduzem a verdade, mas também pela conduta do julgador perante ao caso concreto.

Em Portugal, as Ordenações Afonsinas constituíram um modelo de prova legal, tratava de um processo escrito qual estabelecia que o juiz deveria julgar segundo as provas existentes no processo, valoradas previamente na lei. Embora as testemunhas fossem indicadas por ambas as partes, não eram produzidas em observância ao contraditório. O processo civil regulado no Livro III, conferia as partes o direito de expor suas razões, seguindo as fases em que as partes indicavam as testemunhas e, se fosse o caso, as provas eram por escrituras públicas. A inquirição era feita por um inquiridor e o depoimento registrado por um tabelião. Uma vez concluídas as inquirições, as partes eram dadas a conhecer, poderiam alegar o direito e posteriormente proferida a sentença. Pode-se afirmar que as Ordenações

⁵⁸ Ao traçar uma comparação entre a prova legal e a prova livre, (Sousa, 1995, p.119) as diferencia assim: “[A] prova livre desvia a administração da justiça da verdade formal mas exige meios específicos de controlo da decisão; a prova legal afasta a administração da justiça da verdade material mas encerra uma decisão facilmente verificável.” Ao juiz, cabe na prova legal, um papel de verificador de formalidades, assim como acontecia no sistema dos ordálios. O princípio da livre apreciação das provas, em determinadas situações, cede em face ao princípio da prova legal, sobretudo nos casos da prova por confissão, da prova por documento autêntico e dos autenticados e particulares devidamente reconhecidos.

⁵⁹ Embora seja um critério antigo e ultrapassado (CÂMARA, 2015, p.227) afirma que “ainda pode ser encontrado, em caráter absolutamente excepcional, no Direito brasileiro. É o que se dá, por exemplo, com o contrato de depósito voluntário, que só se prova por escrito (art. 646º, do CC), caso em que só se admite prova testemunhal se houver começo de prova escrita, emanada da parte contra quem se pretende produzir a prova (art.444º, do CC).”

Afonsinas constituem um exemplo de prova legal, pois estabelecia-se nelas que o juiz poderia julgar segundo as provas existentes no processo, valoradas previamente na lei, ainda que a consciência lhe ditasse ou dissesse o contrário. (RUÇO, 2016, p.11)

O sistema de provas em Portugal vigorou do séc. XIX até a remodelação do processo civil e penal. Com a Revolução de 1820 surgiram as ideias liberais, cujo primeiro grande destaque foi a Constituição de 1822 e, ao regime liberal coube realizar a tarefa de codificação.

De resto, no continente europeu, a evolução das regras do processo caminhou para uma gradativa redução à escrita de todo o processado judicial, em particular no processo civil, ainda que persistissem na prova escrita, o que via de regra ocasionou uma preocupação com a segurança jurídica. (CALHEIROS, 2015, p.41)

O Brasil, mesmo após a conquista da independência política, herdou da legislação lusitana as normas processuais contidas nas Ordenações Filipinas⁶⁰ e algumas leis extravagantes posteriores, continuidade assegurada pelo decreto de 20 de Outubro de 1823.

Em última análise, sob influência da Revolução Francesa, surge o sistema da prova livre, com a falência do modelo jurídico-probatório da prova legal. Sua inspiração assenta no modelo inglês dos jurados, no qual o julgamento era feito por cidadãos livres e racionais, que valoravam livremente a prova sem ter necessidade de revelar as razões que levaram a decisão.

Transpondo este modelo dos jurados para os juízes profissionais, estes poderiam apreciar livremente a prova de forma que fixasse os meios probatórios e a sua respectiva valoração. Uma vez que a valoração da prova pertence ao foro interno do julgador, o acesso ao seu conhecimento não seria possível e nem haveria exigência de motivação das decisões tomadas sobre a matéria de fato. Nas palavras de (RUÇO, 2016, p.13) a “convicção é resultado de um processo que decorre no foro interno do juiz e, por isso mesmo, inacessível ao restantes das pessoas, sendo por natureza um processo oculto, opaco, considerado primitivamente como insindicável, sendo, pois, apropriada a denominação íntima convicção do julgador.”

De acordo com este princípio que se contrapõe ao princípio da prova legal, as provas são livremente valoradas, sem qualquer grau de hierarquia e, tampouco o julgador se preocupava quanto à natureza de qualquer delas. Assim, (RODRIGUES, 2016, p.19) diz-nos “a livre apreciação da prova - que não se confunde com uma qualquer arbitrária análise dos elementos probatórios, mas antes uma conscienciosa ponderação desses elementos e das circunstâncias que os envolveram – pressupõe ainda

⁶⁰ Nas Ordenações Filipinas, em seu livro III disciplinaram o processo civil, dominado pelo princípio do dispositivo movimentado apenas pelo impulso das partes, o procedimento era sob forma escrita. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p.134)

a observância dos princípios da imediação, oralidade e concentração, por dever ter lugar em contacto mais directo possível com as pessoas e coisas utilizadas como instrumento de conhecimento e por a produção dos meios de prova pessoal se deve fazer de forma continuada no tempo.” Desta forma, a prova livre é aquela apreciada com inteira liberdade pelo julgador, não pode-se dizer que é uma prova arbitrária.

Com o objetivo de conter a excessiva liberdade, surge a exigência de fundamentação da decisão. Assim, tal como ocorre na íntima convicção, não existe uma lei que atribua o valor de cada prova, possuindo o julgador liberdade para valorar e formar a sua convicção, mas impende sobre ele o dever de fundamentação, baseado na experiência adquirida, conhecimentos científicos e técnicos, além de regras da lógica e da razão. Portanto, através dos fundamentos da decisão deve fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram a decisão.

Com a evolução das leis e os anseios sociais, houve a necessidade cada vez mais latente de os juízes fundamentarem as decisões, o que tratava de um dever antigo desde as Ordenações Manuelinas em 1521, Título L, do Livro III, segundo (CARDOSO *apud* RUÇO 2016, pp.22-23) “[M]as cumpre ter presente que as Ordenações, de acordo com o sistema de prova legal, proibiam o julgamento por livre convicção, pelo que os motivos exigidos pela norma transcrita são os motivos legais”.

Em Portugal, o sistema da prova livre foi adotado na primeira metade do séc. XIX, com a introdução do tribunal do júri criminal e civil, segundo o qual o juiz julgava segundo a sua consciência e livre convicção. O dever de fundamentação das decisões é antigo, mas a sua exigência teve início com a aplicação das leis relativa aos fatos. Em termos históricos é recente a decisão que considera os fatos provados ou os fatos não provados.

Os arts. 277º e 278º, da Novíssima Reforma Judiciária, bem como o Código de Processo Civil de 1876, art.96º e 1939 art. 158º, já previam o dever do juiz em conservar de forma escrita, fundamentar e assinar a sentença. E com a Reforma do CPC Português de 1961 manteve o preceito e a versão atual do CPC no art.154º, manteve a redação e acrescentou o art.2º, que são os casos excepcionais, como explica (RUÇO, 2016, p.24) “[T]ratar-se-á, nos casos excepcionados, de uma fundamentação tão evidente quanto à lei aplicável e tão clara relativamente ao seu sentido, designadamente face a reiterada prática forense, que a fundamentação resulta evidente, pelo que uma fundamentação escrita e desenvolvida seria redundante.”

Inclusive, ainda hoje, nos termos do art. 607º, n.º5, do CPC Português, o juiz é livre para apreciar as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada fato. Todavia, entende-se que há limitações

que podem ser compreendidas nos arts. 358º, n.º1; 370º, n.º 1 e 2; 371, n.º1; 376º,n.º1 e 2, todos do CC PT.

O sistema conhecido no Brasil como livre convencimento motivado ou persuasão racional foi expressamente adotado no processo civil brasileiro ao tempo da codificação de 1973, o qual atribuiu ao juiz o poder de estabelecer as provas que são ou não capazes para formar seu convencimento.

O Estado Democrático de Direito⁶¹ é incompatível com escolhas discricionárias. Por isso o sistema processual luso-brasileiro superou o critério da prova livre ou do livre convencimento, ainda que haja resquícios no diploma legal. Como instituto processual fundamental para a formação da mais plena convicção judicial, (CHIOVENDA *apud* MORAES, 2008, p.17) com esclarecedora lição ensina que "[P]rovar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo." O dever de fundamentar as decisões existe há séculos, contudo, tal dever respeitava apenas ao aspecto jurídico da sentença, não englobava a decisão relativa aos fatos constitutivos da base factual, o que somente seria aplicado logicamente em um sistema de livre convicção. Ultrapassado o contexto histórico, abordar-se-á a concepção contemporânea da prova processual e, posteriormente seu conceito, objeto, destinatários e princípios atinentes.

3.2. Concepções contemporâneas

É possível afirmar que o tema prova, *lato sensu*, é um dos mais antigos da história do direito, quiçá mais antigo do que o próprio direito, o que está diretamente ligado ao tema da justiça. Como se pode verificar no estudo acima tratado, para que a justiça pudesse ser distribuída, era necessária a demonstração, ainda que essa ocorresse por mãos divinas.

Nas palavras de (TARUFFO, 2014, p.55) "a prova é um fenômeno multifacetado, cuja natureza e definição variam de acordo com distintos fatores históricos, culturais e jurídicos." Desde a época dos romanos, os sistemas probatórios vêm sofrendo constantes mudanças. Isto torna-se um ponto positivo, pois segundo a interpretação dominante do princípio da relevância, qualquer coisa que tenha algum significado ou determinada utilidade para a busca da verdade dos fatos em litígio pode ser usado como elemento de prova.

A origem da expressão prova advém do latim, especificamente, do termo *probatio*, que significa verificação, exame, que decorre do verbo *probare*, que significa persuadir, demonstrar, examinar. Neste prisma, (ALBUQUERQUE, 2014, p.65) ensina "[N]o sentido jurídico, o vocábulo é empregado em várias

⁶¹ Sobre o assunto em comento, (CÂMARA, 2015, p.228) ensina que a "diferença parece pequena, mas não é. Enquanto a legislação processual anterior falava em "apreciar livremente a prova", a legislação atual estabelece incumbir ao juiz "apreciar a prova". Pois o desaparecimento, do texto normativo, do advérbio *livremente* tem de ser considerado pelo intérprete na busca da forma correta de entender-se o sistema.(...) Incumbe ao juiz, ao proferir a decisão, apresentar uma valoração discursiva da prova, justificando seu convencimento acerca da veracidade das alegações, e indicando os motivos pelos quais acolhe ou rejeita cada elemento do conjunto probatório. Em outros termos, cabe ao juiz, na valoração da prova, encontrar a verdade que tenha sido demonstrada no processo através dos elementos de prova a ele carreados."

acepções; pode significar a produção dos atos ou meios quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados, ou ainda, favorecer os meios afirmativos dos fatos alegados em juízo.”

Ainda que vários temas sobre a prova são tratados na lei civil luso-brasileira, nos termos dos arts. 341º a 348º do CC PT e arts. 212º a 232º do CC BR, trata-se de uma autêntica matéria processual (arts. 410º e ss, do CPC Português e arts.369º a 480º, do NCPC Brasileiro), uma vez que falar sobre provas está intimamente ligado a pensar na formação do convencimento do juiz. Para efeitos processuais, deve definir-se a prova conforme a função desempenhada no processo, qual visa essencialmente convencer o juiz da veracidade das informações realizadas pelas partes e que serão relevantes para o julgamento

Ao longo dos anos tanto a doutrina quanto a jurisprudência tem reservado uma atenção especial a este tema e, bem observa (RODRIGUES, 2016, p.13) que “[O] primeiro e maior embaraço que no direito se coloca em relação á prova é, pois, o de possuí-la e demonstrá-la.” Não há dúvidas de que a prova é o oxigênio do processo, portanto, as provas condicionam a disciplina processual, bem como a atividade das partes e do juiz no processo.

A ciência jurídica tem evoluído e trazido para o direito novos conceitos e soluções, sobretudo para acompanhar a evolução da sociedade na esfera do conhecimento humano. Nomeadamente aos sistemas processuais modernos, assevera (TARUFFO, 2014, p.15) “não se espera encontrar a «verdade» adivinhando, lançando a sorte, interpretando folhas de chá, duelando judicialmente ou por qualquer outro meio irracional e incontrolável (como os juizes de Deus ou outro tipo de ordálios medieval), mas com base em meios de prova, que devem ser apropriadamente oferecidos, admitidos e produzidos.”

Diante de uma sociedade dinâmica as mudanças nas relações sociais ocorrem de forma exponencial e, assim como o direito, o tema prova está sujeito a este dinamismo e é preciso adequar aos anseios populares. A questão da necessidade da prova ainda é pouco consciencializado pelo cidadão comum, porque este, quando sente que seu direito foi afetado, esquece-se, todavia, que não basta ter razão, é necessário demonstrá-la.

Em linhas gerais, é impossível definir e analisar a prova e as questões que dela derivam, em especial a busca da verdade dos fatos no processo, restringindo tais objetos ao âmbito jurídico. Isto significa dizer que o tema prova transpõe a órbita jurídica e projeta-se para fora desta, indo de encontro com outros estudos interdisciplinares como a lógica, a epistemologia e a psicologia⁶².

⁶² É bem verdade, que hoje os juristas tem necessidade e a oportunidade de agregar no conhecimento, contributos de outras áreas que envolvem o domínio da prova, tais como a genética, a psicologia, a informática e muitas outras. Desta forma, (CALHEIROS, 2015, p.21) ensina que “a prova é um objeto de estudo interdisciplinar não só porque várias disciplinas são instrumentais em relação a esta, mas também porque o *fenómeno* da prova só pode ser compreendido de modo interdisciplinar.”

A importância da prova dentro do processo civil é de tal modo inigualável que a doutrina procura distingui-la em dois diferentes sentidos, um subjetivo e um objetivo. Em sentido subjetivo tem-se a convicção final do julgador acerca do fato; no sentido objetivo tem-se o instrumento ou meio hábil a fim de demonstrar a existência de um fato.⁶³ Desta forma, pode-se afirmar que a prova é a alma do processo de conhecimento, somente através dela que o juiz pode reconstruir os fatos da causa e produzir uma decisão que seja correta para o caso concreto, sempre permitindo a participação em contraditório de todas as partes do processo.

Pelo exposto, conclui-se que existe uma relação intrínseca entre a prova e o princípio do contraditório, pois é através da prova que a parte produz, que lhe é permitido participar da formação da decisão judicial com influência na formação do resultado. Diz-se influência no sentido do direito ao contraditório, uma vez que a produção de prova é manifestação do direito de influir na decisão do juiz.

Assim, pode-se afirmar que sem a sua efetividade não seria possível ter acesso à garantia constitucional do direito ao processo, assim (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p.427) ensinam “[A] imensa importância da prova na experiência do processo erigiu o direito a ela em um dos mais respeitados postulados inerentes à garantia política do devido processo legal, a ponto de se constituir em um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo.”.

Ainda que o direito à prova não esteja assegurado constitucionalmente, por não ser um direito absoluto, é parte integrante das garantias ao devido processo legal e ao contraditório e, como todos os direitos fundamentais encontra limites na observância de outros direitos e no próprio direito à prova e à contraprova da outra parte, a partir desta premissa, pode explicar a existência de limites constitucionais ao direito à prova. Lado outro, por razões intraprocessuais, o direito à prova também pode ser limitado, com o cunho de assegurar a idoneidade e validade em relação a sua veracidade.

Inserida no campo da instrução probatória, tem como objetivo demonstrar a realidade dos fatos produzidos nos articulados e com a finalidade de fornecer ao juiz elementos necessários a fim de controlar a veracidade das afirmações das partes. Como atividade probatória é designada para instrução a fim de demonstrar a realidade dos fatos apresentados em juízo; como resultado probatório é a demonstração efetiva que a realidade de um fato corresponde à veracidade da afirmação; como meios

⁶³ Assim, explica (CÂMARA, 2015, p.221) “[D]o ponto de vista subjetivo, a prova é convencimento de alguém sobre a veracidade de uma alegação. É neste sentido que se pode, então, dizer que em um determinado processo *existe prova* de que o pagamento aconteceu. Quem diz isso está, na verdade, a afirmar que se convenceu de que o pagamento foi feito. Trata-se de um percepção subjetiva da prova. De outro lado, em seu sentido objetivo, prova é qualquer elemento trazido ao processo para demonstrar que uma afirmação é verdadeira. Assim, por exemplo, quando uma das partes diz que com o documento trazido aos autos faz prova do alegado, pretende-se afirmar que tal documento é trazido ao processo para demonstrar a veracidade da alegação. Aqui, a prova é percebida com um dado objetivo.”

de prova representa os meios de natureza diversa que contribuíram para investigar a verdade ou falsidade dos fatos alegados em juízo. (RANGEL, 2000, p.19)

Ademais, convém analisar se a prova consiste em um dever, um direito, um ônus ou se é possível analisar seu conceito a partir da posição advinda da relação jurídica processual que a parte ocupa. Convém averiguar se a prova pode assumir, no contexto da relação jurídica processual, concepções diversas seja de forma simultânea ou isolada, o *status* de direito, de dever ou de ônus.

Para concluir esta breve incursão sobre o panorama contemporâneo da prova, impende destacar o direito à prova como garantia de todo cidadão, além de significar uma forma de efetivar o acesso à Justiça permitindo ao demandante apresentar para o juiz os meios necessários para confirmar sua versão e ter seu pleito atendido.

3.3. Conceito Jurídico

Embora o presente estudo incida sobre a problemática do ônus da prova, por razões de sistematização e de melhor compreensão dos seus mecanismos de funcionamento, é importante suscitar algumas questões relacionadas com a prova e buscar o conceito jurídico⁶⁴ mais adequado e aplicável à sua função e objeto.

Diversos são os conceitos de prova pela doutrina, entre os juristas não há unanimidade na conceituação do termo “prova”, assim (RANGEL, 2000, p.20), define a prova no domínio processual como “a actividade ou conjunto de operações destinadas à formação da convicção do juiz, sobre a veracidade dos fatos controvertidos que foram carreados para o processo pelas partes e que se encontram seleccionados na base instrutória. Ela visa fornecer todos os elementos ao julgador sobre a realidade dos factos controvertidos, sanando, na medida do possível, as dúvidas existentes na sua mente sobre os factos carecidos de prova”.

De maneira objetiva e com maestria, o italiano (TARUFFO, 2009, p.59) refere que “la prueba es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidade de sus afirmaciones, y de cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad ou falsedad de los enunciados fácticos.”

Por sua vez, (CÂMARA, 2015, p.221) ensina que prova “é todo elemento trazido ao processo para contribuir com a formação do convencimento do juiz a respeito da veracidade das alegações

⁶⁴ O conceito jurídico de prova acolhido é aquele que é visto à luz do processo, como designa (RANGEL, 2000, p.20)

concernentes aos fatos da causa (...) Fala-se da prova como um elemento trazido ao processo (dado objetivo) e se alude a sua capacidade de contribuir para a formação do convencimento (dado subjetivo).”⁶⁵

Discorrendo sobre o assunto (SOUSA, 1995, p.95) assim se manifesta “prova é a actividade realizada em processo tendente à formação da convicção do tribunal sobre a realidade dos factos controvertidos, isto é, a actividade que permite formar a mente do julgador a convicção que resolve as dúvidas sobre os factos carecidos de prova.”

O conceito utilizado por (NEVES E CASTRO *apud* CALHEIROS, 2015, p.90) tem o intuito, *lato senso*, de abranger todos os meios pelos quais se possam averiguar e estabelecer a verdade dos fatos probando, desta forma, o autor concluir que “a prova pode entender-se num sentido lato, enquanto meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade; ou num sentido jurídico mais restrito, como demonstração da verdade dos fatos alegados em juízo.”

São inúmeras as definições doutrinárias de prova. Todavia, não cabe neste estudo enunciar exaustivamente todas elas. Todos os conceitos formulados sobre a prova estão diretamente atrelado à verdade, não há como dissociar o estudo da prova do problema da verdade no processo civil. Os doutrinadores buscam com o conceito processual e estrutural da prova associá-la à justiça, ou seja, deixar a cargo do juiz a formação da convicção quanto à existência de um fato ou veracidade alegado pelas partes, por isso a prova tende a ser valorada com zelo afim de que as partes convençam o juiz de suas pretensões.

3.4 Objeto

Provavelmente o aspecto mais relevante ao discorrer sobre o instituto da prova gira em torno do objeto da prova, ou seja, sobre aquilo que deve ser provado no processo. Neste contexto, constituem como objeto da prova os fatos. Mas, apenas, são objeto da prova os fatos controvertidos e relevantes.

A prova é fundamental, a falta ou insuficiência poderá gerar dúvidas sobre os fatos alegados em juízo. Isso importa em afirmar que deve ser objeto da prova aquilo que for necessário para formar o convencimento do magistrado ao que tange a matéria alegada pelas partes e que tenha relevância jurídica para o processo.

⁶⁵ O Autor cita o seguinte exemplo para aclarar a definição sobre prova, vejamos “[a]o longo do processo as partes vão apresentando alegações sobre fatos. Pode-se afirmar que um contrato foi celebrado, que um acidente ocorreu por estar uma das partes conduzindo seu veículo em alta velocidade, que um pagamento foi efetuado, que se exerce atividade profissional insalubre, que um produto foi adquirido com defeito etc. É absolutamente incontável a quantidade de diferente alegações sobre fatos que as partes podem fazer ao longo de todo o processo. Ocorre que ao juiz incumbe estabelecer, ao decidir a causa, quais destas alegações são ou não verdadeiras e, para isso, é preciso que ele forme seu convencimento. E para que tal convencimento possa formar-se, é preciso que sejam trazidos ao processo elementos que contribuam com sua formação. Pois, tais elementos, são as *provas*.” Para todos os exemplos citados, basta associá-los aos meios que formariam a convicção do juiz, seja o registro do contrato, o laudo pericial que indica a velocidade que o veículo trafegava na via, um recibo de quitação, uma testemunha que descreve que a atividade da parte ou mesmo um vídeo que comprove que o produto não funciona adequadamente. São elementos carregados aos autos para formação do convencimento do juiz, são portanto, as provas.

Feita essa advertência, é preciso destacar que não são todos os fatos que podem ser objeto da prova⁶⁶, há casos que apesar de controvertidas as alegações, dispensam a atividade probatória, a exceção ocorre nos seguintes casos: no CPC Português, art. 412º, que trata dos fatos notórios; os fatos de conhecimento funcional art.413º e 5º e, ainda dos fatos de conhecimento oficioso. No NCPC Brasileiro previsto no art.374º, I a IV, não dependem de prova os fatos notórios; fatos afirmados por uma parte e confessados pela outra; admitidos no processo como incontroverso e aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

3.5. Destinatários

Quanto aos destinatários, a doutrina tradicional entende que a prova serve para influenciar o convencimento da verdade dos fatos, e, portanto, destinava-se somente ao juiz. Essa afirmativa requer um pouco de cuidado e é preciso esclarecer que o juiz não é o único destinatário da prova.

A prova tem por destinatários todos os sujeitos do processo. Assim (TARUFFO *apud* CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p.434) entendem que também devem ser incluídas as partes e a sociedade, “para que se possa acompanhar o raciocínio do juiz em sua valoração, o exame acurado das provas e, sobretudo, para que se cumpra a função política da motivação.”

Os destinatários da prova são aqueles que dela podem fazer uso, sejam as partes ou demais interessados, os juizes, não sendo a sua única função influir eficazmente na convicção do juiz. Portanto, pode-se considerar o juiz como destinatário direto da prova, enquanto as partes e demais interessados são os destinatários indiretos.(CÂMARA, 2015, p.225)

Como destinatário direto, o juiz, busca com a prova trazer alguma contribuição para a formação do seu convencimento. Noutra giro, a prova quando produzida para os destinatários indiretos, estes têm de se convencer, pela prova produzida, de que uma determinada decisão que tenha sido proferida deva ser considerada correta. Neste caso, as partes consideram se vale ou não a pena recorrer contra alguma decisão.

Sendo o juiz e as partes destinatários da prova, a todos eles é reconhecida a existência de poderes de iniciativa instrutória. O modelo processual cooperativo adotado pelo CPC Português e pelo NCPC Brasileiro permite ao juiz determinar de ofício ou a requerimento das partes, as provas necessárias para julgamento do mérito e às partes postular a produção de provas que lhes pareçam relevantes, pois cabe a estas o direito material em debate e, por isso, são titulares do interesse em produzir provas.

⁶⁶ Também não podem ser objeto de prova fatos negativos, ante a dificuldade de provar algo que não ocorreu. A doutrina pondera que somente os fatos absolutamente negativos não são passíveis de prova, já os relativamente negativos podem ser provados.

Assim, é incompatível com o modelo cooperativo de processo um juiz acima das partes, mas tampouco que esteja abaixo delas. Todos os sujeitos processuais atuam com igualdade de condições com o intuito de obter um resultado final no processo.

3.6. Princípios correlatos à prova processual

O objetivo do presente título é traçar pontos de convergência entre os princípios correlatos à prova processual luso-brasileira, sem o intuito de esgotar o tema, considerando a melhor maneira de apresentar um estudo comparado entre os dois ordenamentos.

A atuação e participação das partes e juizes no processo são regidos por uma série de princípios processuais, cujo objetivo é guiar os legisladores na elaboração das normas, bem como os operadores do direito na aplicação das referidas normas. Os princípios dão forma aos sistemas processuais exercendo a função de integrar⁶⁷ as lacunas detectadas nas normas processuais e de propiciar ao juiz um julgamento equânime. (GERALDES, 1997, pp.20-21)

É bem verdade que os princípios são fontes basilares para qualquer ramo do direito, para o direito processual civil não seria diferente⁶⁸. Para (FREITAS, 2013, p.94), ainda que seja possível identificar os princípios em dois momentos, sejam eles, na formação e na aplicação das suas normas, “os seus princípios enformadores continuam a ser objeto de discussão e aperfeiçoamento”.

Entre os princípios gerais do processo civil há aqueles de cariz constitucional, entretanto existem aqueles que derivam de lei ordinária e são considerados *traves mestras*. Dentre os princípios correlatos à prova, o estudo estará pautado sob aqueles pertinentes ao tema e que desempenham função orientadora, destaca-se a igualdade das partes, o contraditório, a aquisição processual, além do dispositivo e inquisitório que já foram objeto de análise do presente estudo.

3.6.1. Princípio da Igualdade das partes⁶⁹

Com previsão constitucional no art.13º da CRP e no art.5º da CRFB/1988, garante a igualdade⁷⁰ entre os cidadãos. Ambas as partes deverão ter as mesmas possibilidades de alcançar a justiça a que

⁶⁷ Vide assento n.º 12/94, do STJ PT, de 26 de Maio de 1994 que, na interpretação do art. 193º do CPC Português, recorreu a instrumentalidade do direito adjetivo face ao direito material, destacando, entre outros, o princípio da economia processual.

⁶⁸ Em Portugal, já havia indícios do direito processual nas Ordenações Filipinas, propriamente dito no Livro III, enquanto da organização judiciária era tratada no Livro I, cuja finalidade era estabelecer a ordem pela quais os atos processuais eram produzidos (iniciando pela citação do réu e findando pela execução com a arrematação dos bens). (FREITAS, 2013, pp.93-94)

⁶⁹ Cfr. o entendimento do STJ PT, de 31 de Janeiro de 2012, Proc. n.º 875/05.7TBILH.C1.S1, Rel. NUNO CAMEIRA, ao que tange a uniformização de critérios e a necessidade de observar as exigências do princípio da igualdade: “os tribunais não podem nem devem contribuir de nenhuma forma para alimentar a ideia de que neste campo as coisas são mais ou menos aleatórias, vogando ao sabor do acaso ou do arbitrio judicial. Se a justiça, como cremos, tem implícita a ideia de proporção, de medida, de adequação, de relativa previsibilidade, é no âmbito do direito privado e, mais precisamente, na área da responsabilidade civil que a afirmação desses vectores se torna mais premente e necessária, já que eles conduzem em linha recta à efectiva concretização do princípio da igualdade consagrado no artº 13º da Constituição.” Disponível em <<https://bit.ly/2FrKpVQ>>, consultado em 01.10.2018.

⁷⁰ O princípio é consagrado constitucionalmente, mas também com expressão como um princípio processual tanto no CPC Português e no NCPC Brasileiro, prevê nos arts. 4º e 139º, al. I, respectivamente, a emanação direta do princípio constitucional da igualdade.

têm direito, devendo ser consideradas, ambas, detentoras dos mesmos direitos e oneradas com os mesmos deveres, como já previa o antigo brocardo *“Non debet actori licere, quod reo non permittitur”* [não deve facultar-se ao autor o que ao réu se não permite].

Obstáculos problemáticos relativos a este princípio irão surgir. Inclusive, o legislador já prevendo situações de desigualdade⁷¹ em determinados casos, estabeleceu a aplicação do princípio em situações que demonstre viável o tratamento equitativo. Relativamente ao processo, o juiz deve tratar com equidade situações semelhantes, independente da situação econômica ou social da parte, principalmente no que concerne à produção de provas, pois a parte sobre a qual recai o dever de provar determinado fato pode estar em uma posição mais desvantajosa do que a outra parte que nada tem que provar para a decisão lhe ser favorável, caso a primeira não satisfaça com o ônus probatório.

3.6.2. Princípio do Contraditório⁷²

É inquestionável que o contraditório é um dos princípios de maior relevância no mundo jurídico, por isso o legislador conferiu-lhe o estatuto de direito constitucionalmente garantido. No CPC Português está previsto no art. 3º, mas ao longo de todo o diploma legal é constantemente lembrado, dado a sua proeminência, já no NCPC Brasileiro está previsto nos arts. 7º, 9º e 10º.

Dispõe o art. 3º, n.º 3, do CPC Português que “[O] juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”, este preceito visa impedir a decisão surpresa⁷³, baseada em fundamentos que as partes não tenham considerado previamente,⁷⁴ assim (FREITAS, 2013, pp.102 e ss) ensina que “no plano das questões de direito, o princípio do

⁷¹ Sobre a transição do conceito primitivo de igualdade formal e negativa qual (qual a lei não deve estabelecer diferenças entre os indivíduos), para a contemporânea conceituação positiva (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p.78) ensina que “realça-se pelo conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais. A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças se atinja a igualdade substancial.” No processo civil as normas são legitimadas com vistas a garantir as partes que litiguem igualdade de armas, sempre que alguma causa interna ou externa ao processo ponha uma delas em condições superior ou inferior em face da outra.

⁷² Desde sempre associado ao brocardo latino de que *“nemo condemnat sine auditu”* (ninguém se condene sem ser ouvido). A finalidade deste princípio é proibir o tribunal de resolver quaisquer conflitos de interesses que lhe tenha sido colocado sem que primeiramente proceda a audição da parte contra a qual tal conflito venha a ser resolvido. (RODRIGUES, 2013, p.39)

⁷³ Desde o Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 dezembro havia a previsão no preâmbulo assegurando o contraditório a fim de prevenir o risco de serem proferidas decisões-surpresa. No mesmo sentido, quanto a proibição de prolação da decisões-surpresa (RODRIGUES, 2013, p.39) corrobora ao ensinar que “não sendo lícito aos tribunais decidir questões de facto ou de direito, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que previamente haja sido facultado às partes a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.” É importante ressaltar que a aplicação desta regra deve ser entendida não apenas em 1ª instância mas em todos os graus de jurisdição, inclusive quando trata-se de tramitação e julgamento de recursos.

⁷⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11 de abril 2018, Proc. n.º 10888/14.2T8PRT-A.P1, Rel. MIGUEL BALDAIA DE MORAIS: “O sentido útil do n.º 3 do artigo 3º do Código de Processo Civil é o de que, previamente ao exercício da liberdade subsuntiva do juiz no concernente à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito, deve este facultar às partes a dedução das razões que considerem pertinentes, perante um possível enquadramento ou qualificação jurídica do pleito, ou uma eventual ocorrência de exceções dilatórias, com que elas não tenham razoavelmente podido contar”. Mas, sob o enfoque da referida normatividade, o julgador apenas está constituído no dever de observar a contraditoriedade quando esteja em causa uma inovatória e inesperada questão de direito que não tenha, de todo, sido perspectivada pelos litigantes de acordo com um adequado e normal juízo de prognose sobre o conteúdo e sentido da decisão”. Disponível em < <https://bit.ly/2Tnv3e> >, consultado em 01.10.2018.

contraditório exige que, antes da sentença, às partes seja facultada a discussão efectiva de todos os fundamentos em que a decisão se baseie.”

O contraditório é indispensável para a implantação de um processo justo e efetivo, garantindo aos litigantes que tenham assegurado o direito de ser ouvidos em juízo bem como seja reconhecido e garantido o seu direito de participar ativa e concretamente do processo, assim (GERALDES, 1997, p.64) aduz “só a audição de ambas as partes interessadas no pleito e a possibilidade que lhes é conferida de controlarem o modo de decisão dos tribunais permitirão que a verdade seja descoberta e sejam acautelados os interesses dos litigantes.”

O direito tem que acompanhar os anseios da sociedade e hoje tem-se uma concepção mais ampla da contraditoriedade, fruto da garantia constitucional do *rechtliches Gehör* germânico, que garante as partes participação efetiva no desenvolvimento do processo, o que para (FREITAS, 2013, p.124) pode ocorrer “mediante a possibilidade de, em plena igualdade influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam relevantes para a decisão.”⁷⁵

Ponderando essa nova concepção⁷⁶ do princípio do contraditório, a defesa no sentido negativo de oposição deixou de ser o escopo principal, para passar a ser a influência no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento e êxito do processo. (FREITAS, 2013, p.125). É necessário permitir que a parte seja ouvida, mas sobretudo que participe ativamente do processo em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional.

Doutrinadores, como (RODRIGUES, 2013, p.39), compartilha o entendimento que o princípio do contraditório é conexo ao princípio da igualdade das partes, que essa similaridade decorre “necessariamente da característica da imparcialidade do órgão incumbido de administrar uma justa composição do litígio.”⁷⁷

No tocante às provas, como direito fundamental, bem ressalta (FREITAS, 2013, p.128) que o princípio do contraditório assegura às partes envolvidas, em igualdade, a faculdade de proposição “de todos os meios probatórios potencialmente relevante para o apuramento da realidade dos factos (principais ou instrumentais) da causa. ”

⁷⁵ Para (FREITAS, 2013, p.124) “[T]anto a doutrina como a jurisprudência germânicas atrelam o princípio do contraditório com ideias de participação e influência na decisão. Consideram, também, o processo como um sistema de comunicação entre as partes e o tribunal”.

⁷⁶ Com objetividade (RODRIGUES, 2013, p.40) esclarece a atuação sobre o princípio da contraditoriedade: “[N]o âmbito da dialética, de ataque – defesa, em que o processo se exercita, o princípio da contraditoriedade exerce uma função mais alargada que a de mera oposição, ou de resistência, a determinada pretensão, que a função de influir a boa composição da lide, em pé de igualdade ao da outra parte.”

⁷⁷ A propósito, sobre o assunto em comento leciona (AMARAL, 2013, p.17) “o princípio da igualdade e o princípio do contraditório estão intimamente associados: com efeito, o segundo deriva do primeiro, já que assegurará um tratamento igualitário das partes num processo, designadamente ao nível da admissão da prova e apreciação do seu valor.”

O direito luso-brasileiro tem considerações similares sobre este princípio de grande importância para o ordenamento jurídico e principalmente ao que tange à prova, assim pontua (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 42) “[O] direito a participação na produção de provas é garantia básica inerente ao princípio do contraditório. Não se pode admitir prova produzida secretamente, muito menos se permite a utilização de uma prova quem não participou da sua produção. ”

A consagração do princípio é caracterizada quando cada parte é chamada para apresentar suas razões de fato e de direito, a oferecer provas e contraprovas e, por fim, pronunciar-se sobre o valor resultado uma das outras. Portanto, todos os andamentos do processo têm que decorrer segundo as regras da contraditoriedade, principalmente quanto à produção ou proposição de meios de prova.

3.6.3. Princípio da aquisição processual⁷⁸

A prova produzida, por qualquer uma das partes fica incorporada e adquirida pelo processo, dele não podendo mais ser retirada ou desentranhada, (RODRIGUES, 2013, p.143) conceitua o princípio da aquisição processual como “o princípio segundo o qual todos os elementos de prova trazidos ao processo com relevo para a decisão devem ser tomados em linha de conta pelo julgador, independentemente de ter sido a parte a quem aproveitam a aduzi-los ou a parte contrária, por se reputarem adquiridos para o processo.”⁷⁹

O tribunal deve considerar todas as provas produzidas nos autos independentemente da parte⁸⁰ que alegou determinado fato ou daquela que apresentou o meio de prova, para efeitos da decisão de mérito da causa. A prova pertence ao processo uma vez que são destinadas a formar a convicção do julgador. Se as provas relativas aos fatos forem insuficientes para o juiz firmar seu convencimento, “suporta o risco a parte sobre a qual recaía o ônus da provas desses mesmos factos”, conforme afirma (RODRIGUES, 2013, p.145). Deste modo, havendo dúvidas⁸¹ para dirimir acerca de um fato e sobre a repartição do ônus da prova, resolverá contra a parte a quem o fato aproveita. Passamo-nos a analisar o cerne do estudo, o ônus da prova.

⁷⁸ Previsto no art. 413º do CPC Português e art. 371º do NCPC Brasileiro.

⁷⁹ Defendendo a mesma teoria, (REIS *apud* RODRIGUES, 2013, p.143) completa “[O] resultado das provas oferecidas ou produzidas por uma das partes aproveita não só ao litigante que as forneceu, como também ao seu adversário (...) as provas no processo consideram-se adquiridas para efeito da decisão do mérito da causa, pouco importando saber por via de quem elas foram trazidas para o processo.” O importante é que os fatos relevantes sejam apurados no processo, independente de quem forneceu a prova. O Ilustre professor entende que passa para o plano secundário o ônus subjetivo e para plano primário o ônus objetivo. O primeiro está associado a quem deve produzir a prova e o segundo está associado ao fatos que devem ser provados para que a decisão apresente determinado conteúdo.

⁸⁰ O juiz, quando decide a matéria de fato tem que considerar todas as provas constantes nos autos, seja por impulso da parte que pesava o ônus de as produzir ou pela parte contrária, inclusive, pela sua própria iniciativa. O juiz assume cada vez mais o papel ativo no processo com o advento do modelo processual da cooperação, no direito luso-brasileiro.

⁸¹ A dúvida sobre a qual o julgador pode-se ver confrontado ao decidir sobre a matéria de fato, pode referir-se a duas realidades distintas, assim explica (RODRIGUES, 2013, p.145) “ uma respeitante à realidade dos factos;(…), outra relativa ao ônus da prova.” Se a dúvida prevalecer sobre as duas realidades, primeiramente resolverá a relativa ao ônus, porque nos termos do art. 342º, do CPC Português, se produzida prova que deixe alguma margem de dúvida sobre a realidade do fato, se ele for constitutivo do direito invocado pelo autor resolve-se contra este, uma vez que o fato lhe aproveita. Se o fato for impeditivo do direito invocado pelo autor, resolve-se contra o réu, por o fato a este aproveitar.

CAPÍTULO IV – ÔNUS DA PROVA

Dentre os vários temas de direito processual civil relativos à atividade instrutória, poucos têm despertado tanto interesse e atenção da doutrina. Ao longo dos anos os processualistas têm concentrado as suas atenções à problemática do ônus da prova, inclusive com o intuito de rever seu conceito diante dos reais e complexos problemas que decorrem da dificuldade da sua aplicação prática, dando lugar a diferentes teorias que buscam explicar o instituto à luz do direito positivo.

Ainda hoje, não alcançamos um conceito satisfatório e, tampouco, uma teoria uniforme, clara e objetiva sobre as regras de aplicação do ônus da prova, o que torna uma tarefa árdua e um entrave para o julgador⁸² no momento em que tem que decidir diante de um caso concreto quais das partes deverá provar e o que deverá provar.

De fato, digna de consideração a hipótese que, a maior parte das situações subjetivas que dizem respeito às partes são interpretáveis como ônus em função da sua estrutura, inclusive quando expressas pelas normas⁸³ que disciplina, entretanto, não entenderemos aqui ônus como obrigação ou dever, mas como encargo atribuído a uma das partes.

Depois que a doutrina distinguiu em termos científicos, o princípio do dispositivo do princípio do inquisitório, tornou-se mais evidente a necessidade de definir as regras atinentes ao estudo da distribuição do ônus da prova, pois é no campo processual, mediante a atividade instrutória que a lide se desenvolve, impondo que todos os intervenientes cooperem mediante a boa fé objetiva e a boa fé subjetiva.

As referências realizadas nos capítulos anteriores retratando sobre os princípios do dispositivo e do inquisitório e o estudo da prova não foram em vão, porquanto, foram justas para trazer-nos até aqui neste caminhar. Sem dúvidas, a combinação destes princípios com o ônus da prova é uma das questões mais importantes que a ciência moderna se ocupa, como refere (RANGEL, 2000, p.96) “sem a combinação e o tempero misto em que assenta o nosso direito processual civil, neste domínio, os caminhos seriam ainda mais difíceis e tortuosos para compreender com clareza o que está em jogo.” Sob essa perspectiva surgem as seguintes indagações objeto deste estudo: quem tem o ônus de fazer prova de determinado fato? Qual o sentido da lei quando atribui este encargo a uma das partes? Como configuram as regras atinentes a este princípio? Quando e quais circunstâncias se opera a sua inversão?

⁸² É da cultura ocidental que os conflitos de interesse sejam resolvidos pelo Estado-juiz. Contudo, para emitir o provimento solicitado pelas partes, o juiz considerará os fatos alegados e provados no processo. (PEREIRA, 2006, p.376)

⁸³ Acerca da natureza jurídica do ônus da prova (THEODORO JUNIOR, 2015, p.1.128) ensina que “embora cogitado no direito processual de forma expressa e direta, é que suas regras não são exclusivas nem do direito material nem do direito processual. Trata-se de normas de natureza mista, uma vez que, embora sua aplicação ocorra no processo, tem vínculo indissociável com o direito substancial. Afinal, a prova reclamada pelo processo refere-se a fatos jurídicos, cuja regulamentação pertence ao direito material.”

Ao realizar a dinamização do ônus probatório, o juiz torna evidente o risco de arbitrariedade e manipulação?

Com o objetivo de enfrentar esses problemas, uma vez que nos capítulos I e II já foi trabalhado os sistemas processuais, qual buscou a distinção mais correta e menos carregadas de ideologias entre o sistema probatório centrado nas partes e aquele centrado no juiz, pode-se ver que nenhum sistema é puro: podem pender mais para um ou para outro lado, dependendo da forma como se definem e como combinam os papéis das partes e do juiz. (TARUFFO, 2014, pp.108-109). Por uma questão de ordem e método, começaremos por sua história.

4.1. Contextualização histórica

As teorias sobre o ônus da prova têm ramificações no direito material e desvendar a origem deste instituto jurídico não é um trabalho fácil, como refere (MICHELI, 1961, p.14) foi “no período formular romano” que o ônus da prova se revelou de forma mais expressa, sendo possível encontrar mesmo que de forma dispersa, textos do Digesto e do Código – *Corpus Iuris Civilis* – referências em títulos diversos sobre ônus da prova e sobre os fatos alegados em juízo, caracterizando o período de maior importância histórica para compreensão do *onus probandi*.

O processo civil romano dividiu-se em três períodos ou três estágios de evolução: o período pré clássico associado ao processo da *legis actions*, período clássico associado ao processo *formulario* e, por último ao processo de *la cognito*, correspondente a época pós clássica, de decadência do império. (RANGEL, 2000, p.77)

Alguns princípios romanos ainda hoje são usados, como o “*necessitas probandi incumbit ei qui agit*”, que significa o ônus de provar. Tempos mais tarde e observando a necessidade de mudanças surgiu o princípio “*reus excoepiendo fit actos*”, designando um sentido mais amplo. Por fim, para completar a trilogia de princípios no direito romano, utilizavam para a repartição do ônus da prova entre os litigantes sob o amparo do princípio “*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat e per rerum naturam negantis probatio nulla est*”.

Alguns dos princípios retrocitados encontravam-se em decisões, sentenças e consultas, que por largos anos serviram de base para a repartição do ônus da prova entre os litigantes. A propósito, compreende-se a existência de poucas regras no direito romano, como refere (BUZAID, 1962, p.118), “porque este fundara o seu sistema no princípio do livre convencimento judicial – cabendo às partes tanto formular as suas afirmações, quanto subministrar as provas tendentes a justificá-las.”

Ainda que a necessidade de apresentar prova coubesse à pessoa que ajuizasse a ação, o fato não era um princípio absoluto, uma vez que com a evolução do direito romano de forma equilibrada, em determinados casos o autor reclamava de um determinado crédito e o réu respondia afirmando já ter quitado a importância. Essa importante distinção entre as alegações que as partes podem fazer em juízo gera a repartição do ônus da prova e constitui a base que, no direito moderno permitiu a classificação entre os fatos constitutivos, modificativos e extintivos de direito. Passemos, agora, a debater sobre a essência do ônus da prova, uma vez que os pontos históricos mais relevantes foram esgotados.

4.2. Âmbito

O ônus da prova no processo é um tema que detém estreita conexão com a prestação jurisdicional, haja vista que o resultado final do processo, a sentença, é um elemento de interesse não somente dos litigantes bem como da administração da justiça e, sofre influência das regras e da forma como o encargo probatório é distribuído no caso concreto.

Etimologicamente, a palavra ônus advém do latim – *onus* – cujo significado é carga, fardo, peso, significado que não difere da acepção da palavra na língua portuguesa, em que é sinônimo de dever, obrigação. À Carnelutti deve-se a primeira tentativa de denominar o ônus como instituto do direito e, contribuir de forma decisiva para o aprofundamento da discussão e de estabelecer a distinção entre os institutos, como veremos.

Com efeito, o intuito das partes ao produzirem as provas sobre as suas alegações é convencer o julgador de que a versão apresentada é verdadeira e, conseqüentemente, vencer a demanda. Não obstante, a prova produzida pela parte pode não ser o suficiente esclarecedora dos fatos, neste caso o juiz poderá fazer o uso das regras que estabelecem os critérios sobre a repartição do ônus da prova, conforme previsto nos arts. 342º e ss⁸⁴ do CC PT e nos arts. 373º e ss⁸⁵ do NCPC Brasileiro, para auxiliar no seu convencimento e resolver a lide. O que faz-nos refletir se o ônus da prova é um dever, uma obrigação ou um direito.

A incorporação da prova no processo civil, conforme tratado no Capítulo III, tem por objetivo convencer o julgador da veracidade dos fatos apresentados por cada parte, e, por força do princípio do

⁸⁴ Dispõe o art. 342º do CPC Português: “1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado. 2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita. 3. Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito.”

⁸⁵ Dispõe o art. 373º do NCPC Brasileiro: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

dispositivo, o convencimento do julgador deverá estar limitado à matéria de fato alegada, uma vez que o magistrado não pode conhecer e convencer-se, dos fatos não alegados.(RANGEL, 2000, p.97)⁸⁶

Ainda que a doutrina Luso-brasileira seja majoritariamente uníssona quanto ao conceito de ônus jurídico, é necessário saber distingui-las para compreender o sentido em que ele é entendido neste estudo.

4.3.Distinção entre ônus, obrigação e dever

Por uma questão de rigor conceitual, a fim de entender melhor o que é o ônus⁸⁷ da prova, a melhor forma é explicar o porquê dizer ônus e não obrigação ou dever de provar. Frise-se que a tentativa de conceituação⁸⁸ foi objeto de debate entre os mais célebres expoentes do direito, devido a relevância que o ônus da prova tem para o processo civil, sendo reconhecido por juristas consagrados como Chiovenda, Carnelutti e Leo Rosenberg, dentre outros, que consideram o tema como “a espinha dorsal do processo”, conforme consagra (PACÍFICO, 2011, p.19)

Apesar de comumente confundidos, são institutos que possuem características próprias, distinguindo-os um do outro. O dever é algo imposto pelo legislador, qual a lei prevê uma sanção em caso de descumprimento, tendo como principal característica consistir no fato de realizar-se conforme afirma (ABDO, 2007, p.67), no “interesse alheio”, com cunho de privilegiar um interesse não necessariamente comungado pelo sujeito da situação subjetiva passiva.

De maneira semelhante, a inobservância de uma obrigação implica em uma consequência negativa, conforme refere (ALVIM, 2017,p.853) “a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento traz benefícios à parte que ocupa o outro polo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coertivamente obrigado pelo sujeito ativo.”

Já com relação ao ônus, o indivíduo que não o cumprir sofrerá, em regra, as consequências negativas do descumprimento, que recairão sobre ele próprio. O conceito de ônus teve diversas propostas

⁸⁶ Excetua-se os fatos notórios e àqueles que o tribunal tem conhecimento por via das suas funções. No processo civil dispositivo, qual não é a função prioritária do Estado-juiz de diligenciar e trazer provas ao processo, cabe as partes o ônus de provar as próprias alegações sob pena de elas não serem consideradas verdadeiras, a respeito do assunto (DINAMARCO, 2017, p.77) defende “[S]ó não seria assim em um imaginário sistema inquisitivo, em que deveria o dever judicial de buscar e realizar provas, não o ônus das partes. Para o processo civil dispositivo, assim como o fato alegado não pode ser tomado em consideração em um processo, assim também fato alegado e não demonstrado equivale a fato inexistente.” Este autor defende a influência do princípio do interesse das partes em provar suas próprias alegações, configurando essa atividade um autêntico ônus. Ainda afirma que é o princípio do interesse que conduz a lei a distribuir o ônus da prova conforme disposto no art.373º do NCPC Brasileiro, a uma porque o reconhecimento do fatos constitutivos aproveitará ao autor; a duas porque o réu sem prova daqueles, a demanda é julgada improcedente e, sem prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos, a defesa do réu, muito provável, não obterá sucesso.

⁸⁷ A princípio visa esclarecer que “ônus” não significa “obrigação, trata-se de um encargo atribuído a uma das partes, qual deve pronunciar-se acerca deste fato, sob pena de ter um pronunciamento desfavorável.

⁸⁸ Conforme ensina (PACÍFICO, 2000, p.21) “a depuração do conceito iniciou-se na Áustria e na Alemanha, em razão da dificuldade encontrada pela doutrina desses países em conciliar a noção romana herdada do direito comum, que identificava o ônus da prova com a necessidade de provar (*necessitas probandi*) com a realidade de um processo em que fossem reconhecidos amplos poderes instrutórios ao juiz e concedida uma extrema liberdade na valoração do resultado probatório. Posteriormente, esse conceito passou também a ser estudado em países como Itália e França, nos quais predominava o princípio dispositivo.”

ao longo da história, a propósito, (CARNELUTTI *apud* RANGEL, 2000, pp.88-89) buscou a distinção entre o ônus e a obrigação. “[F]ala-se de ônus quando o exercício de uma faculdade é colocado como condição para obter certa vantagem”. Obrigação, para este autor, “é o lado passivo a que corresponde, do lado activo, um direito subjectivo. O direito subjectivo aqui configurado não é mais do que “um interesse protegido mediante um poder de vontade ou um poder de vontade seguido para a tutela de um interesse”. A obrigação é, segundo Carnelutti, um interesse subordinado mediante um vínculo de vontade ou um vínculo de vontade imposto pela subordinação de um interesse.⁸⁹

Nesse passo, pode-se vislumbrar que o ônus é uma figura distinta do dever, trata-se de um comportamento que não é imposto pela lei e, cabe o indivíduo realizar ou não, devendo estar ciente que somente sua realização fará com que seu direito seja realmente exercido, o qual logrará êxito ou verá seu direito satisfeito. Diferente da obrigação que é um ato que pode ser coercitivamente imposto, e o descumprimento pode resultar em uma sanção.

Inexistindo obrigação ou dever de provar para a parte, o ônus se torna, em última análise, um critério de julgamento para o juiz. Ainda que não existe no ordenamento jurídico um dever de provar, não provar as alegações significa, na maioria dos casos, não lograr êxito em um processo. Isso, porque o êxito de uma ação não depende somente da quantidade de provas no processo. Uma vez provado o fato, pouco importará quem o fez e qual o resultado, a prova será apreciada pelo juiz, em face do princípio da livre apreciação das provas, qual decidirá a causa contra aquele a quem o sistema legal atribuir o ônus da prova, ou seja, contra o autor, se foi o fato constitutivo do seu direito, o não provado; contra o réu se o que faltou foi a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo invocado na sua defesa. Por isso o sistema permite a iniciativa probatória do juiz, sem que isso abale a sua imparcialidade. Se porventura, a parte produzir a prova que lhe compete, preencherá uma das condições para que a sua causa seja julgada favoravelmente.⁹⁰

⁸⁹Contrário ao entendimento de Carnelutti, Castro Mendes apresenta uma crítica ao conceito atribuído ao ônus. O processualista entende que trata de um mero interesse em provar, reflexo do interesse que a parte tem em que a afirmação seja confirmada para efeitos da decisão. O autor não o caracteriza como um verdadeiro ônus, mas sim como um ônus imperfeito, aquele em que há condições necessárias e não condição suficiente, que está diretamente ligado aos princípios da aquisição processual e da oficialidade, permitindo a obtenção de provas por outros meios que não a atividade do interessado, mediante a atividade da parte contrária e do juiz. (RANGEL, 2000, pp.92-93). Perfila-se do entendimento de Carnelutti, haja vista que no processo civil luso-brasileiro, as partes podem fazer uso desta faculdade, utilizando os meios de prova apresentados em juízo para benefício e interesse próprio sem qualquer sujeição ou coação.

⁹⁰ Quando o juiz não encontrar no processo provas que lhe dêem certeza suficiente sobre os fatos que servirão de fundamento para sua decisão, poderá lançar mão do ônus da prova que servirá como critério de julgamento, indicando ao magistrado como proceder e, determinará qual das partes interessa a prova de determinado fato, de forma a evitar consequências desfavoráveis para essa ou favoráveis para a outra parte. A fim de ampliar o conteúdo do estudo acerca do conceito de ônus da prova, busca colacionar alguns entendimentos dos célebres doutrinadores a debater sobre o assunto. Ao posicionar-se sobre o conceito do ônus da prova (ANDRADE, 1956, p.197) ensina “traduz-se, para a parte a quem compete, no encargo de fornecer a prova do facto visado, incorrendo nas desvantajosas consequências de se ter como líquido o facto contrário, quando omitiu ou não logrou realizar essa prova; ou a necessidade de, em todo o caso, sofrer tais consequências se os autos não contiverem prova bastante desse facto”. Para (ALVIM, 2003, p.266) “o ônus probatório corresponde ao encargo que pesa sobre as partes, de ministrar provas sobre os fatos que constituem fundamento das pretensões deduzidas no processo. Ônus não é sinônimo de obrigação e ônus de provar não é o mesmo que obrigação de provar [...] o ônus não é o mesmo que ‘dever jurídico’, mas um ‘encargo’. O dever é sempre em relação a alguém; há uma relação jurídica entre dois sujeitos, em que um deve uma prestação ao outro; a satisfação da obrigação é do interesse do sujeito ativo. O ônus, por seu turno, é em relação a si mesmo; satisfazer o ônus é interesse do próprio onerado”. Para (THEODORO JUNIOR, 2015, p.1.126) o ônus da prova é “atividade processual de pesquisa da verdade acerca dos fatos que servirão de base ao julgamento da causa.”

Como função principal, o ônus da prova permite “ao tribunal resolver o caso quando os fatos principais não forem provados”⁹¹, conforme afirma (TARUFFO, 2014, p.143). Sendo assim, as regras de distribuição do ônus da prova são o derradeiro expediente de que se vale o juiz para, diante de uma carência probatória acerca de fatos ou fatos relevantes, resolver a controvérsia veiculada ao processo.⁹²

Ainda, pode-se falar do ônus como uma faculdade de agir em benefício próprio quando colocado como condição para conseguir alguma vantagem pessoal, para situações como essas não existe sanção pelo descumprimento, uma vez que não trata de coação. Embora a obrigação e ônus tenham o vínculo da vontade como elemento comum, no elemento material diferem-se quando o interesse é alheio. O vínculo é imposto quando há obrigação e, se porventura existir o ônus, surge a tutela de interesse próprio. Desta forma, podemos considerar o ônus como autonomamente.⁹³

É importante frisar que as regras do ônus da prova não servem apenas para obstar o *non liquet*⁹⁴, mas também para evitar alegações de insuficiência de prova, pronunciamentos de conteúdo duvidoso, ou como afirma (AZÁRIO, 2006, p.30) “decisões que ainda que contenham um juízo lógico, não definam a matéria da controvérsia”, para estas situações completa a autora “se não houvesse aplicado as regras

Pode-se verificar que a doutrina luso-brasileira é uníssona quanto ao conceito de ônus da prova, que historicamente possui duas acepções diferentes, no sentido subjetivo e objetivo. Até meados de 1883, a doutrina não havia pensando em outro conceito e, a distinção surgiu pela primeira vez através dos trabalhos de JULIUS GLASER, distinguindo o ônus formal (ou subjetivo) e ônus material (ou objetivo) e, depois foi sistematizada por Rosenberg, que caminhou para o atual conceito dos institutos. (RANGEL, 2000, p.121). O ônus subjetivo está relacionado com a atividade probatória das partes e a necessidade da parte fazer prova em seu favor diante de um fato controvertido, a fim de obter uma decisão favorável às suas pretensões, entretanto, se a parte não obtiver êxito em provar os pressupostos fático, corre o risco de sucumbir-se e ver negado o efeito jurídico por ela aduzido. Atua como norte para os litigantes a respeito do que compete a cada um deles demonstrar. Por outro lado, entende-se por ônus objetivo quando o magistrado não está totalmente convencido do acontecimento do fato alegado, mesmo após a fase instrutória e, utilizará dos seus poderes instrutórios, observando a vedação ao *non liquet*, para realizar o julgamento. Segundo (MURIAS, 2000, p.20) “o instituto do ônus objectivo impõe ao aplicador do direito uma certa decisão de mérito perante a um *non liquet* de facto”. Do ponto de vista objetivo, é regra de julgamento, dirigida ao juiz da causa, que deve orientá-lo ao proferir uma sentença, com o cunho de sanar as dúvidas irreduzíveis, pois trata-se de saber quais fatos deverão ficar provados e não quem terá de os alegar e provar. São aspectos indissociáveis, pois ao indicar como o juiz deverá se orientar no julgamento, em caso de falta de provas, a lei também indica como cada uma das partes deverá comportar-se diante da instrução. O Autor (RANGEL, 2000, p.127), defende que o ônus subjetivo ocupa um papel secundário, enquanto o ônus objetivo se fundamenta na real e efetiva necessidade que os fatos se deem por provados e, por isso o ônus da prova é acentuadamente objetivo. No mesmo sentido a autora (FERNANDEZ, 2013, p.818) entende que não existe em Portugal o ônus da prova subjetivo, isto porque não há previsão que determine a monopolização das provas pela parte onerada com o ônus. Em suma, fato é que o legislador imputou o ônus de provar às partes, portanto, as mesmas regras que determinam a distribuição do ônus da prova de provar, devem servir de parâmetro objetivo para que ao decidir, o juiz, impute a consequência negativa de eventual ausência de prova, da alegação de um fato à parte, que desde o princípio tinha o encargo de prová-la. Nos dias de hoje o ônus da prova subjetivo tem um papel reduzido, pouco importa quem trouxe a prova ao processo, interessa apenas que finda a produção probatória, com a necessidade de decidir apesar da incerteza.

⁹¹ Por essa razão, as regras nas quais se articula o ônus da prova na Alemanha definem-se como *Hilfsmitteln* ou como *Operationsregeln*, previstas somente para o caso de falta de prova dos fatos. (TARUFFO, 2014, p.143).

⁹² Os Autores (LIMA; VARELA *apud* RANGEL, 2000, p.101) partilham do mesmo entendimento de TARUFFO que “a função essencial do ônus da prova é determinar o sentido em que o tribunal deve decidir, no caso de não se provar determinado facto.”

⁹³ Neste sentido, o doutrinador (FREITAS, 2000, p.90) entende que a “esmagadora maioria da doutrina considera o ônus da prova autonomamente. A ausência do elemento de coercibilidade e o facto de não existir um dever correlativo de exigir o cumprimento, afasta a ideia de obrigação.”

⁹⁴ A título de complementação informativa referente a utilização do princípio “*non liquet*” no direito brasileiro (PINHEIRO, 2014, pp.37-38) em sua brilhante explanação ensina-nos que embora o artigo 141º do NCPC Brasileiro “vede diretamente a utilização do princípio do “*non liquet*”, ao dispor que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei”, o CDC (Lei n.º 8.078/1990) autoriza o julgador, em seu artigo 103, I, a aplicar a velha cláusula romana do *non liquet*, ao possibilitar que, nas ações coletivas (de interesses ou direitos difusos) de que trata aquele código, possa ser o pedido julgado improcedente por insuficiência de provas. Estabelece, assim, o mencionado dispositivo: “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I – erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81 [...]”. O Código privilegia, assim, a chamada “coisa julgada secundum eventum litis” que também já vem sendo adotada em outras legislações e mesmo em outras áreas do direito brasileiro. Em sendo a ação julgada improcedente por insuficiência de provas, sobre a declaração contida na sentença não incide a coisa julgada material, podendo ser intentada novamente a mesma ação, sob o mesmo fundamento, desde que instruída com novas provas. Ao impedir a formação da coisa julgada material nesses casos, novamente vê-se a presença marcante da opção legislativa pela busca da verdade material.” Previsto na legislação Portuguesa nos arts.8º, n.º1 do CC PT; 152º, n.º1, do CPC Português e art.3º, n.º2, do Estatuto dos Magistrados Judiciais.

do ônus da prova, haveria omissão da pretensão jurisdicional, quer pela ausência da sentença, quer pela sentença inválida.”

Os conteúdos das regras determinam a quem incumbe o encargo de provar e se destinam aos litigantes do ponto de vista de como se devem comportar à luz das expectativas (ônus) que o processo lhes enseja, por causa da atividade probatória. Para as partes, as regras da distribuição do ônus da prova funcionam como uma distribuição de riscos, a regra determinará quem sofrerá as consequências negativas decorrentes da insuficiência probatória.⁹⁵

Neste sentido, uma vez que é proibida a aplicação do princípio *non liquet*, cumpre determinar qual será o conteúdo da sentença nos casos em que o magistrado ao final da atividade instrutória permaneça em dúvida. Assim (VARELA, 2004 p.447) ensina que “insuperável no plano psicológico (mercê da *inopia probationum*), o juiz tem que condenar ou que absolver (do pedido ou da instância)”, não poderá abster-se de realizar o julgamento, nos termos da lei.

Diante da dúvida o julgador converte o *non liquet* em um *liquet* em desfavor da parte a quem incumbe o ônus da prova, surge para o magistrado uma regra sob duas vertentes, uma que objetiva estabelecendo sobre quem recai o encargo ônus da prova e por outro lado, uma regra de julgamento, cujo conteúdo dita ao magistrado os teor da decisão a ser proferida.

Nas palavras de (REIS, 1985, p.270) a regra pode enunciar-se da seguinte maneira: “na falta ou insuficiência de provas, o julgador rejeita a pretensão deduzida pela parte à qual incumbia fazer a prova ou sobre a qual deva entender se que recaía, no caso concreto, o ônus *probandi*”. Uma vez que o ônus da prova dos fatos constitutivos incumbe ao autor, a falta ou insuficiência de provas resultará na improcedência da sua pretensão. Lado outro, o ônus da prova recaindo sobre o réu, diante da incerteza dos fatos, o juiz rejeitará a pretensão do mesmo.⁹⁶

As regras acerca do ônus probatório são consequências da insuficiência ou ausência de provas num processo, decorrendo em um quadro de incerteza fática (GODINHO, 2007, p.389). Destina-se a dirigir o comportamento das partes no que tange ao risco da ausência de prova e iluminar o juiz que chega o fim do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. É um indicativo para as partes

⁹⁵ Como refere (BUZUID, 1962, p.116), Autor qual este estudo adota o posicionamento, aduz “o instituto do ônus da prova se liga, assim, direta e fundamentalmente à atividade das partes, que invocam a aplicação do direito. Conjugam-se dois princípios na elaboração dessa doutrina. O primeiro é de que o juiz moderno não pode à maneira do juiz romano encerrar um processo dizendo simplesmente *non liquet*, e portanto, se esquivando de proferir uma sentença de mérito a favor de uma parte e contrária a outra. O segundo é de que estando a parte empenhada no triunfo da causa, ela toca o encargo de produzir as provas destinadas a formar a convicção do juiz na prestação jurisdicional.”

⁹⁶ Aplica-se a regra do ônus da prova como recurso para resolver a incerteza acerca da prova dos fatos principais, diante da incerteza, os fatos são considerados como inexistentes, como assevera (TARUFFO, 2014, p.144) “o princípio estabelece que uma vez não provado um fato principal, não se pode aplicar a norma substantiva que assume esse tipo de fato como uma premissa fática: por conseguinte, as pretensões calcadas nesse fato e na aplicação dessa norma devem ser rejeitadas pelo tribunal.” O autor entende que este princípio deve ser aplicado no momento da tomada da decisão final, quando o tribunal descobre que alguns fatos carecem de provas. Como consequência é que os efeitos negativos derivado pela ausência de prova de um fato são suportados pela parte que formulou uma pretensão baseada nesse fato e ao final não o demonstrou.

a respeito de quem pode se prejudicar com o estado de dúvida judicial e para o juiz se livrar do estado de dúvida.

Em seus termos gerais, a questão que deve-se responder agora é: quem tem o ônus de produzir a prova? Ou seja, quem se sujeita ao risco de uma decisão desfavorável caso não se prove determinado fato? Passemos agora a análise dos sistemas de distribuição do ônus *probandi*, quais sejam: distribuição estática e distribuição dinâmica.

4.4. “Visão estática” – natureza dos fatos e posição ocupada pelas partes

Com efeito, o ordenamento jurídico Português e Brasileiro, na esteira da legislação *civil law*, utilizam critérios fixos para distribuir o ônus da prova, que na visão clássica, baseiam-se na premissa que, visando o êxito da causa cabe à parte desenvolver perante ao magistrado e ao longo do procedimento uma atividade capaz de convencer o juiz do julgamento favorável.

Daí, advém o encargo que as partes têm no processo não só de alegar, bem como de provar. Notadamente, este sistema de distribuição evita o *non liquet*, garantindo que toda causa seja julgada, ainda, que as partes antevejam qual deverá ser sua atividade probatória. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p.434).

Denomina-se, estática⁹⁷ a distribuição do ônus da prova, prévia e abstrata, a qual parte do pressuposto que o encargo da prova de um determinado fato imputa àquela parte que teoricamente beneficiará com o fato alegado, impedindo que circunstâncias específicas em um caso concreto sejam consideradas, obstando uma distribuição coerente. Nas palavras de (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p.111) “a parte que alega deve buscar os meios necessários para convencer o juiz da veracidade do fato deduzido com base na sua pretensão/exceção”, logo, é a maior interessada no seu reconhecimento e acolhimento.

Haja vista que trata-se de uma norma genérica, qual o legislador não buscou considerar a peculiaridade de cada caso, eventualmente impedindo uma distribuição mais coerente, levou em consideração três fatores preponderantes: a posição das partes no processo (se autor, se réu); a natureza dos fatos que funda a sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo de direito); o interesse de provar o fato. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p.111)

Em regra, vigora, o critério estático de distribuição do ônus da prova, no *caput* do art. 342º do CC PT e no art. 373º, I e II, do NCPC Brasileiro.

⁹⁷ A distribuição do ônus da prova segundo (CAMBI, 2015, p.8) é estática “levando em consideração a posição da parte em juízo e a espécie do fato a ser provado.” Essa forma de distribuição está demasiadamente preocupada com a decisão judicial – aliás, com qualquer forma de decisão, já que se veda o *non liquet*, do que com a tutela do direito substancial lesado ou ameaçado de lesão.

O caráter fechado da regra deixa o juiz sem margem para construir outra disciplina diferente daquela positivada pela lei. O dispositivo consagra a teoria das normas, cujo postulado repousa na “técnica de descobrir a repartição do ónus *probandi* na sintaxe da lei,” como assevera (MÚRIAS, 2000 p.51).

Baseado nos três fatores, já referenciados, o juiz aplicará as regras estáticas do ônus da prova, de forma a onerar com o julgamento desfavorável a parte que não se desincumbiu de seu encargo. Ainda que se reconheça que este sistema visa alcançar a “segurança jurídica⁹⁸ e igualdade formal entre as partes”, conforme afirmam (BESSA;LEITE, 2016, p.134), a realidade é que em alguns casos será difícil ou até mesmo impossível demonstrar em juízo o direito material alegado por uma das partes.⁹⁹

Ao propor uma ação, o autor afirma ter ocorrido um determinado fato que, por vezes, pode até não condizer com a verdade. O réu, por sua vez, pode opor uma afirmação contrária, negar a veracidade de tais afirmações ou aduzir um fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito deste, cujo teor também pode não condizer com a verdade. Neste caso, caberá as partes levar a juízo elementos probatórios que convençam o julgador da verossimilhança das alegações, objetivando a obtenção do êxito.

A regra geral estabelece que incumbe ao autor fazer prova de fatos constitutivos (*v.g.* a sua propriedade e lesão, posse e turbação ou esbulho; locação ou infração, etc.), por outro lado, o réu fará prova dos fatos impeditivos (*v.g.* que não está em mora, porque sua prestação depende de prestação do autor), modificativos (*v.g.* a situação em que se baseia o autor se alterou) ou extintivos (*v.g.* pagamento, remissão, decadência) do direito do autor.

Essa importante distinção entre as alegações que as partes podem fazer em juízo gera a repartição do ônus da prova e constitui a base em que, no direito moderno, se assentou a classificação entre fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos. Toda proposição precisa de sustentação com base em provas, para ser considerada, ou seja, aquele que não oferecer provas e/ou argumentos não terá êxito na sua demanda, o pronunciamento não será favorável.¹⁰⁰

4.5. Problemas decorrentes da visão estática de distribuição do ônus da prova

Um dos motivos pelo qual a visão estática vem sofrendo críticas e perdendo forças em alguns ordenamentos jurídicos é devido à rigidez na regra do ônus do probatório, o que pode dificultar a

⁹⁸ As clássicas obras sobre o ônus da prova defendiam o critério estático como a melhor forma de distribuir os encargos probatórios no processo. A justificativa era baseada na segurança jurídica como medida de previsibilidade do direito. (BESSA;LEITE, 2016, p.134).

⁹⁹ Se aplicada nas chamadas provas diabólicas, ou seja, aquelas que a produção por uma das partes senão impossível é de difícil ocorrência. (COSTA JUNIOR, 2009, p.271).

¹⁰⁰ Neste sentido, (GODINHO,2007, p.299) ensina que “a ideia básica sobre o ônus da prova é, em síntese, o aproveitamento que a parte pode ter ao produzir a prova que, em princípio, traga-lhe benefício, servindo ao juiz para o julgamento da causa quando houver dúvidas sobre os fatos relevantes”.

adequação do regime da prova no caso concreto, acarretando manifesta injustiça. Embora a visão estática seja considerada adequada para parte dos processos, ela se mostra insuficiente como regra de alcance geral.

É importante destacar que não é o intuito deste estudo defender a extinção da distribuição estática do ônus da prova, mas sim demonstrar que a distribuição de acordo com a natureza dos fatos pode não se mostrar a mais justa e adequado em alguns casos.

O legislador criou a regra geral de distribuição estática baseada na distribuição do encargo probatório de acordo com a facilidade de quem poderia produzir a prova, além dos critérios de interesse das partes. Via de regra, baseado no interesse das partes é mais simples atribuir ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito, do que a prova do fatos modificativos ou extintivos do seu direito. Mas para toda a regra existe uma exceção.

Assim, devem ser analisadas as situações em que o reconhecimento do direito material pleiteada por uma das partes é de difícil ou impossível demonstração por esta, a rigidez deste sistema, inviabiliza o reconhecimento do direito material existente e, faz com que o juiz prolate uma sentença, que muitas das vezes, será desfavorável à parte que tinha o encargo de prova e não fez.

A distribuição estática já era opção eleita desde antigo Código de Processo Brasileiro, no art. 333º, desde já as críticas versavam sobre o fato de não ser analisada as peculiaridades do caso concreto e, conseqüentemente estabelecer uma regra geral que se tornaria injusta em algumas situações, por exemplo, quando a parte estava em condições de hipossuficiência probatória diante da outra ou quando a prova difícil ou impossível de ser produzida por aquele sobre quem recaísse o ônus de sua produção.

Outra crítica que tece à visão estática está associada à dificuldade de se estabelecer as categorias dos fatos constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos de direito. Não é seguro dizer sempre que o autor será responsável pela demonstração dos fatos constitutivos e o réu dos outros. Há casos, por exemplo, em uma ação declaratória, que cabe ao réu provar um fato constitutivo e não um fato impeditivo, modificativo ou extintivo, conforme prevê o ordenamento.¹⁰¹

Por fim, um outro ponto que tem sido alvo de crítica pela doutrina é o que tange a equivocada visão de igualdade formal das partes. A rigidez da norma privilegia a igualdade formal, mas deixam de

¹⁰¹ Em se tratando de serviços de telefonia, por exemplo, o ônus da prova nas ações declaratória de inexistência de débito, compete ao réu, a fim de demonstrar a existência de contratação e a regularidade das cobranças, comprovando a suposta relação jurídica ou origem da dívida. Conforme se extrai acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível 1.0431.13.001347-4/001, Rel. DOMINGOS COELHO, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 27/03/2019, Dje 03/04/2019, vejamos; "O ônus da prova, nas ações declaratórias negativas, não se distribui na forma prevista no artigo 373 do Código de Processo Civil/2015, pois o autor pode apenas negar o ato ou fato cuja inexistência pretende declarar, cumprindo à parte adversa a comprovação de sua existência, como fato constitutivo do direito atacado. Nestas ações, portanto, quem faz prova do fato constitutivo do direito é o réu, e não o autor, como de praxe." Disponível em <<http://twixar.me/PsZK>>, consultado em 03.04.2019.

lado a necessária igualdade substancial, deparando-se com nítido desequilíbrio das condições probatórias entre as partes.

Para resolver casos como estes¹⁰², surgem as teorias a favor da relativização da visão estática de distribuição do ônus da prova, sendo a principal a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ou teoria das cargas probatórias, que determina que o ônus da prova deve recair sobre a parte que tiver melhores condições de dele se desincumbir, à vista dos princípios da cooperação e da boa fé processual. Desta feita, o encargo, não seria distribuído antecipadamente e de forma abstrata, mas sim dinamizado.

Sob o amparo do NCCP Brasileiro, a doutrina e a jurisprudência passaram a admitir¹⁰³ a dinamização do ônus da prova, fora das relações de consumo. Este entendimento foi positivado no art. 373º, § 1º, do NCCP¹⁰⁴, o qual possibilitou e ampliou as possibilidades da dinamização do ônus da prova.

O fundamento da repartição do ônus da prova entre as partes é, além de uma razão de oportunidade e experiência, trata-se da noção de equidade, com fim de evitar decisões judiciais baseadas na insuficiência de provas, sendo prejudicial às partes. A tendência é flexibilizar a rigidez da norma, de forma a permitir que o julgador ajuste a distribuição do ônus da prova a cada caso concreto, pautada no princípio da proporcionalidade para assegurar que as garantias processuais das partes não sejam suprimidas. Assim, verificada a disparidade das condições probatórias entre as partes, o juiz estabelecerá que o ônus da prova recaia sobre a aquele que disponha das melhores condições de provar os fatos submetidos ao julgamento.

4.6. A inversão do ônus da prova no Direito Português

Com previsão no rol taxativo¹⁰⁵ do art. 344º, n.º 1, do CC PT, as regras dos artigos anteriores invertem-se diante das presunções estabelecidas pela lei, dispensa ou liberação do ônus da prova, ou convenção válida neste sentido e, de algum modo geral, sempre que a lei o determine. Inverter o ônus da prova significa distribuí-lo de forma diversa da regra geral prevista no art. 342º do CC PT.

¹⁰² Relativamente á estes casos, em que evidência a insuficiência do critério estático como regra na distribuição do ônus da prova, o autor cita um exemplo de um caso concreto, de uma ação indenizatória ajuizada por um paciente, sob o argumento que a cirurgia médica foi mal sucedida, como confere (BESSA; LEITE, 2016, p.135), “[S]egundo essa teoria, a prova do fato constitutivo da lesão cirúrgica seria mais facilmente produzida pelo médico, o qual possuía condições técnicas mais favoráveis para a sua obtenção.” Cfr. Acórdão do STJ BR, REsp 1667776/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/06/2017, Dje 01/08/2017. Disponível em <<https://bit.ly/2U4izMI>>, consultado em 01.03.2019.

¹⁰³ Como pode-se verificar, o acórdão de 2013 proferido pela Ministra Nancy Andrighi já previa a distribuição dinâmica do ônus da prova, de forma excepcional, entretanto, a teoria só foi recepcionada efetivamente no NCCP Brasileiro em 2015 e incorporou a lei, vejamos, "embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso" Cfr. Acórdão do STJ BR, REsp 1.286.704/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, Dje 28/10/2013. Disponível em <<https://bit.ly/2UPevDV>>, consultado em 01.03.2019.

¹⁰⁴ Dispõe o art. 373º § 1º do NCCP Brasileiro: “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.”

¹⁰⁵ Entende a doutrina que os casos de inversão do ônus da prova, configuram regras excepcionais. Assim conforme disposto no art. 11º, do CC PT, está vedada a aplicação analógica dos preceitos que invertem o ônus da prova.

Assim, o art. 344º, n.º 2, do CC PT, funciona como uma espécie de sanção a aplicar a uma das partes que por meio de conduta culposa, impossibilita a parte onerada, a prova realizar, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações.

A inversão do ônus da prova também pode ocorrer por via convencional, por acordo das partes, salvo algumas restrições. Desta feita, é nula a convenção que inverte o ônus da prova quando trata de direito indisponível ou quando a inversão torne excessivamente difícil a uma das partes exercer o direito. De certo, também é nula a convenção que exclua algum meio legítimo de prova ou admita algum meio diverso do legal, se as determinações legais relativas a prova tiver como fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em quaisquer circunstâncias.

Nas palavras de (RANGEL, 2000, p.178) “[A] inversão do ónus a prova importa uma modificação do *thema probandum*, na medida em que a prova que incumbe a cada uma das partes é a contrária daquela que pode ser imposta à contraparte.”

No ordenamento jurídico português, como refere (FERNANDEZ, 2013, p.830) “a redistribuição do ónus da prova casuisticamente operada pelo juiz configura uma consequência da violação culposa daquele dever processual pela parte não onerada com a prova.” Entende a Autora que apenas é admitida a inversão ou flexibilização das cargas probatórias quando a prova não é naturalmente difícil, mas sim diante da dificuldade da demonstração dos fatos pela parte onerada devido ao comportamento culposo e ilícito da parte não onerada, assumindo uma natureza sancionatória.

Acerca do instituto do ónus da prova no direito português, (FARIA, 2001, p.33), assevera que “em certas situações, entendeu-se que, por um motivo ou por outro, o ónus da prova deveria pesar exactamente sobre a parte contrária àquela que teria esse encargo de acordo com a aplicação das regras gerais de repartições. O mecanismo da inversão do ónus da prova permite introduzir uma maior equidade no sistema geral e abstracto de distribuição do ónus probatório. *Não há regra sem excepção*, nem seria justo que assim fosse.”

De certo que a inversão do ónus da prova visa proporcionar maior equilíbrio ao processo, dando apoio à parte com maior dificuldade no momento do julgamento. De forma a completar o pensamento, a mesma Autora expõe as razões, ao seu ver, pelas quais o legislador dividiu as situações de inversão do ónus da prova “no primeiro grupo, em razões de ordem particular e tutela de certas situações

subjectivas, e no segundo grupo têm lugar, razões de natureza pública, visando-se o alcance de uma mais eficaz prossecução da justiça pela função judicial.”¹⁰⁶

Com vistas a assegurar o acesso à justiça, faz com que, mesmo sobre a parte não onerada com a prova recaia dois deveres, quais são: o de colaboração e de diligenciar para conservar os prováveis meios de prova. Ainda que o legislador introduza regras de inversão, cuja justiça é questionável, fá-lo de forma geral e abstrata. Já o julgador, de forma hábil, pode tomar precauções de antemão, no que respeita à avaliação das provas no caso concreto, e através de presunções judiciais, inverter o ônus da prova de forma encoberta.

De todo o exposto, passemos a analisar o posicionamento dos tribunais portugueses sobre a inversão do ônus da prova em matéria de responsabilidade civil por erro médico e sobre a realização coercitiva do teste de ADN sob amparo do art. 344º, n.º 2, do CC PT.

4.6.1. Inversão do ônus da prova em ações de responsabilidade civil por erro médico nos termos do art. 344º, n.º 2, do Código Civil Português

Sem o intuito de esgotar o tema, tratar-se-á neste tópico a previsão do art. 342º, n.º 2, do CC PT, o qual opera a inversão do ônus da prova quando a parte contrária tiver culposamente [com dolo ou negligência] tornado impossível a prova do onerado.

Pois bem, é uma tarefa difícil decidir se a realização de determinado ato médico foi a mais correta e adequada diante das circunstâncias do caso concreto ou se, pelo contrário, violou as regras de ordem técnica e prudência que lhe deviam presidir. A respeito do assunto em comento, com clareza e objetividade (RAPOSO, 2013, p.109) ensina que “o princípio da proximidade da prova destina-se a inverter o ônus da prova quando o comportamento culposamente de uma das partes dificulta a demonstração de certos factos pela outra. ”

Situação como essa é comum de ocorrer nos processos de responsabilidade médica, assim explica (RAPOSO, 2013, p.109) “em que a posição do lesado depende em boa medida do conteúdo do seu processo clínico”, seja pelos diversos exames ou relatórios médicos que realizou. Essa regra tem o cunho de evitar que os documentos dos pacientes desapareçam, sejam adulterados ou destruídos, pois

¹⁰⁶ Relativamente aos objetivos de natureza privada, a fundamentação pela ocorrência da inversão é decorrente da ordem prática, ou seja, a dificuldade que uma das partes (aquela parte que de acordo com a teoria da distribuição dinâmica caberia o ônus de prova) de efetuar a prova de determinado fato, sendo uma prova fácil de ser realizada pela outra parte. Pode ocorrer quando trata de fatos constitutivos do direito do autor ou do réu sejam fatos negativos. É este o motivo que justifica o art. 343º, n.1º, do CC PT. Relativamente aos motivos de natureza pública, está pautado na necessidade de promover um processo equitativo, em que as partes podem ter as mesmas oportunidades de requer seu direito em juízo, que está constitucionalmente resguardado e, concretizado na lei mediante o princípio da cooperação.

há casos em que o médico oculta a ficha clínica do paciente ou casos extremos que o médico destrói a compressa que foi utilizada pelo doente, que seria de extrema necessidade para demonstrar certo fato.¹⁰⁷

A relação de fato entre médico e paciente é por regra desequilibrada, por mais acesso à informação que o doente detenha, jamais será o suficiente, pois não tem a ferramenta necessária, qual seja, o conhecimento científico. No âmbito do sistema jurídico, a doutrina e a jurisprudência têm flexibilizado as regras de aplicação do ônus da prova, tendo em vista a dificuldade que ambas as partes enfrentam nessas ações.

Destacam-se, aqui, dois requisitos primordiais para realizar a inversão do ônus da prova – o *comportamento* culposo da parte não onerada com a demonstração de um fato controvertido e da impossibilidade, por este fato, da respectiva prova. Nas ações de responsabilidade civil médica, em regra, cabe ao lesado demonstrar o preenchimento de todos os requisitos pertinentes a norma da responsabilidade delitual, nomeadamente, a verificação de um fato voluntário e ilícito, que o fato foi provocado mediante culpa¹⁰⁸ do agente, a existência de danos e o nexo causal entre os danos causados e o comportamento do agente, conforme previsto no art. 342º do CC PT, nas regras gerais de distribuição do ônus da prova.

Para (PEDRO *apud* VOUGA, 2018, p.71) o comportamento culposo “pode ser anterior ou concomitante ao período da pendência da acção em juízo, onde essa prova seria produzida.” Assim, completa a Autora, “parece que deverão ser relevantes, não só as condutas dolosas, mas também negligentes. ”

De fato, a lei é expressa ao contemplar apenas a impossibilidade e não a mera dificuldade de produção de prova. Não obstante, a mera falta de preparação técnica da parte onerada ou a especial dificuldade da prova devida não serão, a priori, argumentos suficientes para alterar ou inverter a repartição do ônus da prova. (PEDRO *apud* VOUGA, 2018, p.71)

Segundo a mesma Autora, “exemplos paradigmáticos de hipóteses subsumíveis àquele preceito serão, pelo contrário, as situações que a parte contrária destrói documentos, que seriam necessários para que aquele que invoca um direito pudesse fazer prova de um facto constitutivo do mesmo. ”

Ao nível da responsabilidade médica, a Autora aponta o caso da destruição dolosa pelo médico da ficha clínica do paciente, que por este deve ser elaborada, custodiada e conservada. Assim, (PEDRO

¹⁰⁷ Sob outra perspectiva (ZENO-ZENCOVICH *apud* RAPOSO, 2013, p.109), acredita que “o paciente é quem está mais próximo da prova, uma vez que ele conhece melhor os sintomas que padece, o estilo de vida ou se cumpriu ou desrespeitou as prescrições médicas”. Trata-se de uma teoria minoritária e que não prospera.

¹⁰⁸ Quanto ao grau de culpa, a doutrina tem entendido que basta mera culpa, uma vez que o art. 344º, n.º2, do CC PT, é mais do que um mecanismo sancionador do agente que dificulta a prova, pretende ser uma forma de auxiliar a situação daquele que se vê impedido de fazer prova dos fatos, independentemente de qual tenha sido o contributo culposo do outro par este desfecho. A entrega dos meios de prova não significa para o médico um mero ônus a fim de evitar a presunção de culpa. Sobre ele recai um dever de colaboração com a descoberta da verdade, assim, pode facultar ao tribunal todos os meios de prova que esteja ao seu alcance. (RAPOSO, 2013, pp.111-112).

apud VOUGA, 2018, p.72) aduz “[T]al comportamento culposo do profissional pode inviabilizar a actividade processual do doente, já que aquele documento reveste uma grande importância probatória – dele constam referências aos vários actos adoptados pelo médico, às reacções do paciente, permitindo reconstruir o iter seguido pelo médico e o raciocínio que se baseou a opção por uma dada terapia, a rejeição de outra e a razão de ser de uma inflexão num dado tratamento. ” Ocorrendo o ato destrutivo do médico à ficha clínica do paciente, ficará a seu cargo a prova de que agiu adequadamente.

No acórdão do STJ PT de 7 de outubro de 2010, Proc. n.º 1364/05.5TBBCL.G1¹⁰⁹, já se torna compreensível a inversão do ónus da prova por se tratar de uma obrigação de resultado, casos como este, o especialista em causa, deve ser civilmente responsabilizado: “a obrigação do médico é uma *obrigação de meios* (ou de *pura diligência*), cabendo, assim, ao lesado fazer a demonstração em juízo de que a conduta (acto ou omissão) do prestador obrigado) não foi conforme com as regras de actuação susceptíveis de, em abstracto, virem a propiciar a produção do almejado resultado. Já se se tratar de *médico especialista*, (v.g, um médico obstetra) sobre o qual recai um específico *dever do emprego da técnica adequada*, se torna compreensível a *inversão do ónus da prova*, por se tratar de uma *obrigação de resultado* – devendo o mesmo ser civilmente responsabilizado pela simples constatação de que a finalidade proposta não foi alcançada (*prova do incumprimento*), o que tem por base uma *presunção da censurabilidade ético-jurídica* da sua conduta. A utilização da técnica incorrecta dentro dos padrões científicos actuais traduz a chamada *imperícia* do médico, pelo que, se o médico se equivoca na eleição da melhor técnica a ser aplicada no paciente, age com culpa e conseqüentemente, torna-se responsável pelas lesões causadas ao doente.”

O Supremo Tribunal de Justiça Português, se valendo da cooperação entre as partes, manifesta no sentido: “[N]a responsabilidade contratual por negligência em ato médico, compete ao lesante provar a não culpa, mas a ilicitude da atuação deve ser provada pelo lesado. Ilícitude e culpa no ato médico danoso são conceitos diferentes, indicando o primeiro o que houve de errado na atuação do médico e o segundo se esse erro deve ser-lhe assacado a título de negligência.”¹¹⁰

Ainda que uma parte tenha o perigo de poder litigar contra si, tem o dever de fornecer ou produzir provas que facilitem a parte onerada com o encargo probatório, a demonstração de um determinado fato, ensina (FERNANDEZ, 2013, p.822) “[A] violação culposa deste dever pode conduzir, no mínimo, a medidas coativas e sancionatórias de natureza pecuniária, e, no máximo, pode determinar a livre

¹⁰⁹ Cfr. Acórdão do STJ PT, de 7 de outubro de 2010, Proc. n.º 1364/05.5TBBCL.G1, Rel. FERREIRA DE ALMEIDA. Disponível em <<https://bit.ly/20ju5JL>>, consultado em 06.02.2019.

¹¹⁰ Cfr. Acórdão do STJ PT, de 22 de setembro de 2011, Proc. n.º 674/2001 P.L.S1, Rel. BETTENCOURT DE FARIA. Disponível em <<https://bit.ly/2ToGwF8>>, consultado em 05.02.2019.

apreciação da recusa na colaboração, incluindo *in extremis* – quando tal recusa conduz à impossibilidade do ônus da prova por quem está onerado com este – à inversão casuística e judicial da repartição de encargos probatórios efetuada pelo legislador de modo abstrato e geral.”

Sem dúvidas, a possível solução para casos como estes seria a dinamização do ônus da prova, pois permitiria ao juiz decidir no caso concreto que a produção de prova esteja adstrita a quem tem maior facilidade de efetuá-la. Desta forma, os pacientes recorreriam ao judiciário com mais esperanças de ver sua demanda resolvida em um processo justo, haja vista que em casos de responsabilidade médica deixam de ajuizar ação porque não conseguem provas suficientes para a condenação do réu, consequentemente assim alcançariam a igualdade de armas no processo.

É sabido que o ordenamento jurídico Português não adota a teoria da distribuição dinâmica, reserva a si a inversão do ônus da prova e apenas permite que o juiz a modifique nos termos apertados do n.º 2 do art. 344º do CC PT (“quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado”).

4.6.2. Inversão do ônus da prova em ações de investigação de filiação sob amparo do art. 344º, n.º2, do Código Civil Português

Esse tópico tem como objeto a reflexão da problemática da inversão do ônus da prova quando aquele¹¹¹ que, culposamente, se recusa a se submeter a testes de ADN¹¹² em ação de investigação da paternidade em que é réu, ficando onerado com o encargo de provar, nos termos do art. 344º n.º 2, do CC PT.

¹¹¹ Nas ações de investigação de filiação, pode ser réu o pai, a mãe ou terceiros, que apresentem grau de afinidade genética com o pretense pai ou mãe. No caso em análise, acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de setembro de 2009, Proc. n.º 486/2002.L1-2. Rel. ONDINA CARMO ALVES, qual versa sobre ação de investigação de filiação, instaurada pelo Ministério Público representando o menor em desfavor do pretense pai, que faleceu dias depois de receber a citação. Assim, os terceiros que apresentem com aquele uma afinidade genética, nomeadamente, os pretensos avós do investigante, foram notificados a realizarem os testes de ADN. Ressalta que não compareceram na data designada e tampouco justificaram ausência. Foi ordenado comparência dos mesmos sob custódia e, nessa situação foram realizados os exames. Inconformados com a forçada submissão ao exame hematológico, recorreram da decisão justificando não terem a obrigatoriedade de realizar o exame por não serem parte no processo e herdeiros do primitivo réu. Vejamos o entendimento do STJ PT, nesse sentido: “No caso em análise o meio de prova em consideração – *exame hematológico realizado aos pretensos avós paternos do menor* – foi admitido no processo e, face à falta de comparência destes no INML, foi proferido o despacho constante de fls. 134 a 141, devidamente fundamentado, aí se tendo ordenado a detenção para comparência sob custódia dos visados no INML. Extrai-se do artigo 1801º do Código Civil o princípio da liberdade de prova, pelo que, no âmbito do processo de investigação da filiação, sempre será, não só admissível, como até, sempre que possível, exigível, a realização de testes de ADN. Decorre, por outro lado, do disposto no n.º 3 do artigo 265º do CPC que o juiz pode, oficiosamente, ordenar a realização de testes de ADN, por virtude dos amplos poderes instrutórios do julgador, o que pode ser determinado até ao encerramento da produção de prova. Daí se concluir que inexistente qualquer ordem na produção da prova pericial ou testemunhal, muito embora se admita que, em regra, aquela precede esta.” O pretense pai ou a pretensa mãe podem sim, serem substituídos, por indivíduos que apresentem afinidade genéticas com estes. Por isso, é possível analisar e comparar o ADN do filho com o ADN dos avós, tios ou irmãos. Para (SILVA, 2002, p.587) “[A] possibilidade de se recorrer a outros indivíduos, para além daquele que é investigado, a fim de realizarem os testes de ADN no âmbito de ações de investigação de filiação deverá ser sempre presente.” Se os familiares que possuem afinidade genética mostrarem dispostos a colaborar com a ação, poderão solucionar o problema de recusa de colaboração do demandado. Os efeitos da recusa do pretense progenitor podem ser totalmente anulados se alguém que tenha afinidades genéticas com estes, decidir colaborar. Disponível em <<https://bit.ly/2WiPUMd>>, consultado em 06.02.2019.

¹¹² O teste de ADN tem por escopo, determinar em um sistema de percentagem, qual a probabilidade de determinado indivíduo proceder biologicamente de outro, podem mostrar-se adequado para verificar uma maternidade ou uma paternidade. Como esclarece (SILVA, 2002, p.580) “os testes de ADN apenas poderão relevar em ações em que se discuta um vínculo de maternidade ou paternidade jurídicas quando essa maternidade ou paternidade devam coincidir com a derivação biológica.”

Todas as pessoas, sejam ou não parte na causa, têm do dever de prestar sua colaboração para a descoberta da verdade, se a não realização de um exame hematológico se deveu ao comportamento culposo do réu, ao faltar às marcações de recolha de sangue tornando impossível a realização da diligência probatória, este deverá arcar com as consequências da inversão do ônus da prova. Neste sentido¹¹³ o Tribunal da Relação de Coimbra¹¹⁴ manifestou: "[H]á inversão do ônus da prova, quando a contraparte tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, mormente em litígios em que estejam em causa direitos de personalidade, como aquele direito à identidade pessoal e genética, na vertente da paternidade. Sabendo-se que esses exames genéticos constituem hoje prova plena do ponto de vista científico da paternidade, quem (pretendo pai) culposamente impede a respetiva realização, recusando, sem justificação atendível, submeter-se a eles, assim prejudicando a descoberta da verdade, cai na previsão do n.º 2 do art.º 344º do CCiv., conjugado com o art.º 417º, n.º 2, do NCPCiv., se notificado com a legal cominação."

Em Portugal, à recusa da realização do teste "não corresponde uma consequência no nível do mérito da ação, será valorada para efeitos probatório", conforme afirma (SILVA, 2002, p.589), podendo nas circunstâncias previstas no art. 344º, n.º 2, do CC PT dar lugar à inversão do ônus de prova.¹¹⁵

Em caso de recusa, há que ponderar se o juiz deverá ou não aplicar os meios coercitivos¹¹⁶, ou seja, obrigar o réu a se apresentar perante o Instituto de Medicina Legal sob pena de ser conduzido sob custódia, impondo-se-lhe que seja submetido ao exame de ADN para análise.

O entendimento da doutrina e da jurisprudência não é uníssono sobre tal imposição, em Portugal adota-se a teoria mais eclética, que a condução coercitiva do réu não é considerada uma violação arbitrária, ainda que violasse a integridade física do indivíduo ou o seu direito à liberdade, é necessária para exercer o direito constitucional de outrem – o direito à identidade pessoal do investigador – previsto no art. 26º, n.º 1 da CRP, garantindo não apenas o direito ao nome, mas também o direito à historicidade

¹¹³ Cfr. Acórdão do STJ PT, de 03 de outubro de 2017, Proc. 737/13.4TMBML.G1.S1, Rel. PINTO DE ALMEIDA, vejamos "[S]e o réu, investigado, com a sua recusa ilegítima – de se submeter a exame laboratorial susceptível de fornecer prova directa da filiação biológica – inviabiliza a prova desta filiação, face à falência da prova indirecta através de testemunhas, deve, por aplicação do art. 344º, n.º 2, do CC, inverter-se o ônus da prova, passando aquele, que impossibilitou a prova, a ficar onerado com a demonstração da não verificação daquele facto, isto é, que o autor não é fruto de relações de sexo entre o réu e a mãe do autor e, assim, que este não é filho daquele." Disponível em <<https://bit.ly/2rL4C1x>>, consultado em 06.02.2019.

¹¹⁴ Cfr. Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra, de 06 de fevereiro de 2018, Proc. n.º.5525/16.3T8CBR.C1, Rel. VÍTOR AMARAL. Disponível em <<https://bit.ly/2USAJZS>>, consultado em 06.02.2019.

¹¹⁵ O entendimento do STJ PT é pacífico ao determinar que a recusa injustificada do réu em submeter-se à exames de ADN, poderá ensejar a inversão do ônus da prova, conforme dispõe o acórdão de 23 de fevereiro de 2012, Proc. n.º 994/06.2TBVFR.P1.S1, Rel. BETTENCOURT DE FARIA. "[E]m acção de investigação da paternidade, deve o réu ser notificado para se submeter, p. aos testes de ADN com a advertência de que a sua recusa injustificada implica a inversão do ônus da prova, nos termos do art.º 344º n.º 2 do C. Civil." Disponível em <<https://bit.ly/2rM7ISZ>>, consultado em 06.02.2019.

¹¹⁶ Para (SILVA, 2002, p.595) quando fala da aplicação dos meios coercitivos "pode estar a falar de duas coisas distintas. Por um lado pode estar a dizer-se que a parte deve ser obrigada a apresentar-se perante ao Instituto Médico Legal sob pena de aí ser conduzida sob custódia. Neste caso, o meio coercitivo será adequado a garantir a presença do indivíduo perante o instituto que realizará a perícia. Mas há depois um segundo momento em que pode-se falar de coacção. Haveria uma realização de teste de ADN com utilização de meios coercitivos se se impusesse ao sujeito a recolha de um qualquer produto do seu organismo a fim de que deste fosse extraído o ADN para análise." A única coerção que pode ser realmente útil seria impor ao réu a permissão da recolha de material genético. Acredita-se que a aplicação da medida coercitiva é consequência das faltas injustificadas e resistência da parte à comparecer ao instituto, por isso, o juiz, exercendo o poder instrutório que é cabível, deve ordenar que a parte compareça sob pena de inversão do ônus da prova.

pessoal, enquanto conhecimento da identidade dos progenitores, fundamento da ação de investigação de paternidade ou de maternidade.

Os poderes instrutórios permitem o juiz ordenar a realização de testes de ADN nos casos do art. 344º, n.º 2, do CC PT, na mesma esteira, impende a todas as pessoas, sejam ou não partes na causa o dever de colaboração, que implica, entre outras coisas, à submissão às inspeções necessárias para apurar a verdade. Para (SILVA, 2002, p.593) “havendo recusa e não sendo essa legítima, a parte ou terceiro serão condenados em multa independentemente de lhes serem aplicados ou não meios coercitivos.”

Desta forma, quando o único meio de prova idóneo e fiável, ou seja, o teste de ADN, for motivo de recusa ilegítima pelo réu inviabilizando a prova da filiação, inverte-se o ônus da prova, passando a parte que impossibilitou a prova a ficar onerada com a demonstração da não procedência do fato.

4.7. A Inversão do ônus da prova no Direito Brasileiro

Com o advento do CDC¹¹⁷, em 1990, o art.6º¹¹⁸, VIII, assegurou a facilitação da defesa do consumidor, em termos processuais, por meio da inversão do ônus da prova. A inversão do ônus da prova é uma técnica processual e parte do pressuposto de que o ônus pertenceria, à data da propositura da demanda, àquele contra quem foi feita a inversão.

À luz das circunstâncias do caso concreto é prevista no CDC, cujo objetivo é equilibrar – material e processual – o vínculo entre o consumidor e o fornecedor, invertendo o ônus da prova, quando constatar no caso concreto, a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança de suas alegações¹¹⁹ (BESSA;LEITE, 2016, p.136).

Não há que se confundir a inversão do ônus da prova com a teoria da distribuição dinâmica, ainda que ambas alteram os encargos probatórios, atuam de maneira diferente diante das suas características peculiares. Como já dito, a inversão transfere o encargo probatório de uma parte para

¹¹⁷ Cabe destacar que a normas previstas no CDC são públicas e de interesse social. Nas palavra de (BESSA;LEITE, 2016, pp.138-139) “suas determinações são cogente, de observância necessária. A inversão da ônus da prova situa-se no rol de direitos básicos do consumidor e medida processual de efetivação do princípio geral de facilitação da defesa dos seus direitos, havendo de ser deferida independente de requerimento específico no processo.”

¹¹⁸ Dispõe o art. 6º VIII, do CDC : “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossimil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.”

¹¹⁹ Considera-se como pressupostos elencados expressamente na lei para adoção concreta da inversão do ônus da prova: verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência. Verossimil é o que se apresenta como verdadeiro, reveste de aparência de verdade, aferida pelo juiz, considera-se critérios como sociais, técnicos, jurídicos e econômicos. Faz necessário traçar a diferença entre hipossuficiência e vulnerabilidade, o que pode causar confusão. Nos termos do artº,4º, I, do CDC, todos os consumidores são vulneráveis, está associada a condição material estabelecida pelo CDC. Já a hipossuficiência está atrelada a dificuldade de realizar prova de determinado fato, associado a condição processual, cuja presença depende do convencimento judicial. Muitas das vezes a hipossuficiência é identificada como ausência de condição econômica, que o consumidor não tem condições de arcar com os custos do processo. Todavia, este entendimento está equivocado, porque a falta de condições econômicas, por si só, não caracteriza a hipossuficiência do consumidor para realizar a prova, mas sim a verificação que a produção de prova constitutiva de seu direito será praticamente impossível devido as condições técnicas. Assim, as provas podem estar em poder do fornecedor, a quem resguarda o direito de não produzir provas contra seus próprios interesses, assim, sustenta (TUCCI, 1991, p.33) “em razão da dinâmica das relações de consumo – cujo poder de direção e conhecimento especialização pertencem, como regra, ao fornecedor –, a clássica regra da distribuição do ônus da prova 373º, do NCPC, pode tornar-se injusta no âmbito das relações de consumo, em razão das disparidade das armas entre o consumidor e fornecedor, a parte mais bem informada da relação de consumo.”

outra, em *situações específicas*, previstas na lei, atendo os requisitos necessários e previstos na legislação consumerista, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC. Por outro lado, a dinamização é uma forma de flexibilizar a distribuição do ônus da prova, qual será visto a seguir.

Por meio de uma leitura literal, entende-se que os pressupostos elencados no art.6º,VIII, do CDC, sugere que apenas um dos requisitos (hipossuficiência ou verossimilhança), seja o suficiente para proceder a inversão do ônus da prova, mas a doutrina majoritária ensina que “o legislador equivocou-se ao não colocar a partícula “e” no lugar da partícula “ou”. Os dois pressupostos são exigidos para que haja a inversão”, assim aduz, (ALVIM,1994, p.256).¹²⁰

A propósito, foi um grande avanço na legislação brasileira: rompe-se, assim, a ideia de que “bastam regras estáticas e abstrata para distribuir a responsabilidade da produção de prova no processo”, como assevera (GODINHO, 2007, p.9), havendo a necessidade de averiguar as particularidades do caso concreto, seja em razão da verossimilhança das alegações, em virtude da hipossuficiência da parte, cuja vulnerabilidade independe da sua situação econômica. Desta forma, permite-se a economia processual ao evitar a produção de provas desnecessárias ou inclusive um provável prejuízo pela ausência. Uma oportunidade do juiz estimular a prova por aqueles que melhores condições tem de provar.

O disposto no art. 6º, VIII, do CDC, é majoritariamente, conhecido pela doutrina como uma inversão *ope judicis*, acontece a partir do exame e determinação do magistrado. Logo, não é uma inversão legal e automática, mas sim uma análise objetiva do juiz face a presença pressupostos.

Lado outro, parte restrita da doutrina sustenta que “a norma em questão confere poderes ao juiz, apenas, para aferir, no caso concreto, a presença dos requisitos que determinam a inversão, porquanto, uma vez identificados, torna-se consequência necessária a decisão pela inversão do ônus da prova. Nesses termos, tratar-se-ia, de inversão *ope legis* – decorrente de determinação legal”, assim ensinam (BESSA;LEITE, 2016 p.138). Essa divergência doutrinária não tem relevância significativa na prática, independente do entendimento adotado, o juiz necessita aferir os requisitos dispostos no art.6º, VIII, do CDC, diante do caso concreto, a partir de parâmetros objetivos para que se aplique a inversão do ônus da prova.

A inversão do ônus da prova no CDC, possui caráter didático, corrigindo a atuação do fornecedor que deve agir no mercado com lealdade e respeito, deixando a cargo do magistrado buscar recursos nas

¹²⁰ Perfila-se do entendimento da ilustre doutrinadora, ainda que seja verossímil as alegações do consumidor, não se justifica a inversão do ônus da prova se não constata a hipossuficiência deste, do contrário estaria ferindo um dos princípios básicos, a paridade de armas no processo, não se justificando o tratamento favorecido ao consumidor, o que causaria um desequilíbrio no processo, violando as garantias da isonomia e do devido processo legal.

jurisprudências e na doutrina, ou na legislação especial, como o CDC, que autoriza expressamente a inversão da prova no caso da parte hipossuficiente (art.6º, VIII da Lei n.º 8078/1990).

Em relação ao momento adequado para inversão do ônus da prova, há na doutrina grande polêmica, para isso há três correntes a discutir o tema, assim (COSTA JUNIOR, 2009, p.276) explana “há quem entenda tratar-se de regra de procedimento e o momento adequado para a inversão seria no recebimento Inicial. Para outra corrente, embora concorde tratar-se de regra procedimental, o momento ideal seria no despacho saneador¹²¹. Por fim, há quem afirme tratar-se de regra de juízo, pelo que o momento da inversão dar-se-ia por ocasião do julgamento da causa.” Neste estudo, perfilha-se do entendimento, que a inversão do ônus da prova deve ser aplicada pelo juiz antes da fase instrutória, mais precisamente na fase do saneamento e organização do processo, baseado no modelo de processo cooperativo, que visa o princípio da não-surpresa, sendo assim as partes devem ser cientificadas antes de finalizadas a fase de produção de provas sobre a inversão do ônus, para que não incorra em prejuízo.

4.8. A dinamização do ônus probatório no direito brasileiro

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ou teoria da carga dinâmica, foi idealizada pelo jusfilósofo inglês Bentham, que já sinalizava que a obrigação de provar cabia a quem tivesse melhores condições de satisfazê-la (entendido este, como aquele que está em vantagem técnica e profissional), com menos inconvenientes. (COSTA JUNIOR, 2009, p.272). Tempos depois, foi reavivada e sistematizada pela doutrina argentina em 1981, com o artigo publicado por Jorge Walter Peyrano, que defende a necessidade de considerar as peculiaridades do caso concreto para verificar qual das partes revela melhores condições¹²² de produzir a prova.

O sistema rígido de distribuição do ônus da prova, com certa frequência, causa perceptível desigualdade processual, com o objetivo de corrigir algumas distorções ou injustiças provocadas pela

¹²¹ Cfr. Acórdão do STJ BR, REsp 802832/MG, Rel.Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011, vejamos: "RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e 6º, VIII, do CDC. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil. A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas." Disponível em <<https://bit.ly/2HxDFYM>>, consultado em 05.02.2019

¹²² Questiona-se, aqui, o que significa estar em melhores condições de produzir a prova e, para essa indagação (BARBERIO *apud* KNUJIK, 2006, p.947), brilhantemente ensina “o sujeito a quem se atribuiu a carga probatória revista uma posição privilegiada ou destacada em relação ao material probatório e em face da sua contraparte. É dizer que, em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar de posse da coisa ou instrumento probatório, ou por se o único que dispõe da prova, se encontra em melhor posição para revelar a verdade, e seu dever de colaboração acentua, a ponto de atribuir-lhe, uma carga probatória que, em princípio, segundo as regras clássica, não teria.” É o típico caso do médico, em poder de quem se encontra o prontuário, os exames ou os relatórios do que sucedeu na sala de cirurgia.

rigidez do sistema, surge a distribuição dinâmica do ônus da prova, expressamente prevista no art. 373, §1º, do NCPB Brasileiro¹²³, que pode ser feita dinamicamente, à luz das circunstâncias do caso, ora pelo juiz, ora pelas próprias partes.

A ideia básica dessa teoria é a facilidade para a produção de prova, embasada em três argumentos fundamentais: pressupõe uma visão cooperativa e publicista do processo; busca promover a igualdade, em sentido material, das partes; fundamenta-se nos deveres de lealdade e de colaboração das partes no processo civil (CAMBI, 2015, p.8).

Igualmente, é embasada em três grupos de hipóteses nas quais se permitem ao juiz a aplicação: a) os casos previstos em lei; b) a impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do art. 373, I e II; c) a maior facilidade de obtenção de prova do fato contrário. Em qualquer destas situações, tem o juiz o dever de justificar a medida tomada, por meio da fundamentação.

O estudo feito pelo magistrado deverá pautar-se na máxima experiência e no senso comum, baseado nos critérios já mencionados, no momento oportuno, por meio de decisão fundamentada, informará qual das partes possui mais facilidade em produzir provas, não imperando a máxima probatória de que o ônus compete que alega. Para a aplicação desta teoria independe a posição jurídica ocupada pela parte (autor/réu), bem como a natureza do fato que é objeto da prova (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo), o objetivo é obter o melhor alcance da efetividade e da justiça para os litigantes.

Eleger o caso concreto como referencial adequado para orientar o juiz na distribuição do ônus da prova, tem por escopo romper com o sistema rígido e estático de distribuição do ônus da prova e ousar compactar vários princípios processuais, acentuando o caráter cooperativo do processo, faz com que parte dos doutrinadores entendam que a referida teoria não deve ser considerada, absolutamente, como espécie de inversão do ônus da prova. Isso porque a parte contrária não assume totalmente o encargo de provar, mas somente de produzir aquela prova que lhe é mais fácil.

Em linhas gerais, a teoria tem o objetivo de atribuir um caráter dinâmico, ativo ao *ônus probandi*, ao considerar o processo em sua realidade material, por isso destaca-se: por estabelecer que o encargo probatório seja repartido casuisticamente e não de forma estática e abstrata; que a posição que a parte

¹²³ Um dos requisitos para aplicação da teoria da distribuição dinâmica, conforme descrito no artigo art.373º, § 1º do NCPB Brasileiro é a aplicação diante da impossibilidade ou dificuldade de produzir a prova por uma das partes. Ao mesmo tempo, o mesmo dispositivo prevê como outro requisito a aplicação quando houver a facilitação de obtenção da prova do fato contrário pela outra parte. Logo, cada um dos requisitos descreve a situação de uma parte na relação processual, ou seja, para uma é impossível, contudo, a parte adversa detém melhores condições de produzir a prova. Casos como estes, observado a peculiaridade de cada caso, "cabe ao magistrado distribuir o ônus a quem detém os elementos da prova", conforme afirma (BESSA;LEITE, 2016, p.142).

ocupa é irrelevante¹²⁴ e por fim, o que importa não é a natureza do fato (se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo) de direito, mas quem revela melhores condições de provar.

De se ver, portanto, que teoria da carga dinâmica possui forte substrato constitucional, calcada nos princípios da igualdade, lealdade, solidariedade, cooperação, devido processo legal, acesso à justiça e adequação do procedimento, constituindo mecanismos aptos para propiciar a concretização dos direitos em juízo, na maior medida possível. (COSTA JUNIOR, 2009, p .274).

Embora admita a teoria da dinamização do ônus da prova, adotada no Brasil no NCPC Brasileiro¹²⁵, (KNIJNJI, 2006. p.947), aponta que “devem ser impostos alguns limites, como a rigorosa análise sobre efetivamente quem esta melhores condições de produzir a prova, afastando a formação da *probatio* diabólica inclusive a reversa, e o respeito ao contraditório.” Perfila-se o entendimento do autor, mas são limites que devem ser impostos a qualquer teoria quando utiliza-se uma aplicação criteriosa da distribuição dinâmica do ônus da prova, sempre respeitando a Constituição. Um outro contraponto que pode ensejar a aplicação desta teoria está relacionado com a possibilidade do desvirtuamento de quem possui melhores condições de produzir a prova, não obstante, se houver a observância de um processo que esteja preocupado com os direitos fundamentais e os princípios orientadores da prova, o problema não irá ocorrer.

Com efeito, confere legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em ações indenizatórias cuja pretensão autoral está ancorada em possível erro médico, presumindo-se aquele contra quem o fato é imputado detém a melhores condições e os melhores meios de promover as provas essenciais ao deslinde do caso, mormente por se tratar de suposto erro de ato praticado no exercício da atividade médica, neste sentido, a décima câmara cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu: “[N]o Código de Processo Civil de 2015 o legislador previu a possibilidade de distribuição do ônus da prova de forma variada, conforme as peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo por uma das partes. Demonstrada a hipossuficiência técnica e informacional da parte agravada para produzir prova acerca dos fatos e tendo em vista as melhores condições do agravante para demonstrar que realizou o procedimento dentro das técnicas

¹²⁴ O processo como instrumento para obtenção do direito material, requer um olhar panorâmico da relação jurídica, assim explica (BESSA; LEITE, 2016, p.133) “[O] ônus da prova, como instituto do direito processual, deve ser analisado com o direito material deduzido em juízo. A visão de que o ônus da prova utiliza como critério somente a posição jurídica da parte no processo está superada há tempos.” Cabe ao magistrado analisar de maneira contextualizada e não ater-se somente ao fato se a parte é autora ou ré.

¹²⁵ Mesmo antes de ser recepcionada pelo NCPC Brasileiro em 2015, a dinamização do ônus da prova já era acolhida pela jurisprudência e também pela doutrina brasileira, principalmente em matéria de responsabilidade civil por erro médico e contratos bancários. Sua inserção no NCPC, art. 373, § 1º, trouxe inovações capazes de proporcionar maior celeridade aos processos judiciais e assegurar os direitos fundamentais estabelecidos no art. 5º da Constituição da República. O legislador preocupou com os direitos fundamentais, principalmente o de acesso à justiça, devido processo legal e igualdade, garantindo o contraditório. Na forma da jurisprudência, acórdão do STJ BR, Agravo de Instrumento no Agravo em REsp 1292086/RJ, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2018, DJe 13/09/2018 "embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso." Disponível em <<https://bit.ly/2Cxx6Br>>, consultado em 08.02.2019.

previstas pela literatura médica, deve ser mantida a decisão do juízo a quo que determinou a inversão do ônus da prova em desfavor do agravante, a qual foi fundamentada, proferida em momento anterior à prolação da sentença e sem que determinasse à parte contrária a produção de prova diabólica.”¹²⁶

A propósito, é uníssono o entendimento acerca do tema em comento. Em acórdão de embargos infringentes, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proferiu que profissional da saúde detém as melhores condições de oferecer a prova ao processo, como pode-se verificar: “A utilização da técnica de distribuição dinâmica da prova, que se vale de atribuir maior carga àquele litigante que reúne melhores condições para oferecer o meio de prova ao destinatário que é o juiz, não se limita, no caso, apenas às questões documentais, como prontuários e exames, que se alega pertencem ao hospital, mas à prova do fato como um conjunto, ou seja, não se duvida que ao médico é muito mais fácil de comprovar que não agiu negligentemente ou com imperícia, porque aplicou a técnica adequada, do que ao leigo demonstrar que esta mesma técnica não foi convenientemente observada.”¹²⁷

Como visto, a doutrina e jurisprudência brasileira, com a qual perfilha o entendimento, defende que o profissional da saúde reúne melhores condições de produzir a prova, pois o processo civil moderno está cada vez mais em busca da verdade para obtenção de um processo justo e, na área de responsabilidade médica, evidentemente, os profissionais da medicina possuem as melhores, senão as únicas, possibilidade de demonstração dos fatos.

Lado outro, não se pode ignorar o posicionamento daqueles que defendem que casos como estes podem traduzir em uma situação de desigualdade, que transcende em relação as possibilidades probatórias, uma parte posiciona com dominante poder de apresentação de provas, diante de outra que está em posição inferior de produzi-la. Para (FERNANDES, 2013, p.813) “[S]ão igualmente perceptíveis as dificuldades probatórias dos factos que integram a culpa de um agente no exercício de uma profissão, designadamente a prova da culpa que passa necessariamente pela demonstração de que aquele sujeito não agiu de acordo com as regras que, em dado momento, lhe impunha, as *legis artis*.”

A distribuição dinâmica do ônus da prova, no direito brasileiro, também é aplicada em casos que se discute a revisão de contrato bancário. Sobre o tema, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais,

¹²⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento-Cv 1.0382.17.001325-6/001, Rel. CLARET DE MORAES, 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/12/2018, Dje 25/01/2019. Disponível em <<https://bit.ly/2UKSYQS>>, consultado em 09.02.2019.

¹²⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Embargos Infringentes nº 70017662487, Rel. ODONE SANGUINÉ, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 31/08/2007, Dje 08/10/2007. Disponível em <<https://bit.ly/2OjGRl5>>, consultado em 10.02.2019.

No mesmo sentido, acórdão do STJ BR, REsp 1667776/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 01/08/2017, perfilha o entendimento: "os únicos que poderiam realmente esclarecer acerca da verdade do ocorrido na sala de parto eram os médicos e o pessoal da área de saúde, que participaram do atendimento e do procedimento médico-hospitalar, mas deles não há depoimento. (...) Dessarte, verificando-se que era a parte recorrida, Município de Santo André, que possuía melhor condição de elucidar as circunstâncias fáticas por meio da produção de provas que estavam ao seu alcance, e considerando-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, as vítimas do evento não podem ser penalizadas pela incerteza quanto à existência de erro médico, mormente em vista da gravidade do dano." Disponível em <<https://bit.ly/2HRMZ9v>>, consultado em 01.03.2019.

manifestou: “[N]os casos em que a parte autora alega fato negativo, como por exemplo, a inexistência de débito negativado em seu nome, cuja prova é impossível ou extremamente difícil de ser produzida, deve o magistrado aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova, nos termos do art. 373º, §1º, do CPC, invertendo-o em desfavor daquele que se encontra mais capacitado para se desincumbir do ônus probante.”¹²⁸

No caso em apreço, considerando que a parte autora alegou a inexistência de débito negativado em seu nome, cuja a prova é extremamente difícil de ser produzida, o magistrado deve e fez a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, nos termos do art. 373º, § 1º, do NCPC Brasileiro, em desfavor da instituição financeira, que encontra-se mais capacitado para provar a existência do negócio jurídico firmado entre as partes e, por conseguinte, o débito que deu origem a negativação do nome da autora nos órgãos restritivos ao crédito.

O ônus dinâmico não pode ser aplicado simplesmente para compensar a inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado. Para (KNIJNIK, 2007, p.947) “tem o cunho de evitar a *probatio* diabólica, diante da impossibilidade material que recai sobre uma das partes”. De certo, a dinamização da prova permite afastar e impedir que ocorra a chamada prova diabólica, assim assevera (CARPES, 2008, p. 73) “[...] que está diretamente relacionada com a impossibilidade material, financeira, técnica e informacional da parte onerada em se desincumbir da carga processual atribuída.”

Com efeito, a distribuição dinâmica do ônus da prova não se confunde com a inversão do ônus da prova, pois não há uma verdadeira inversão, isso porque a parte contrária não assume totalmente o encargo de provar, mas somente de produzir aquela prova que é mais fácil “só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévio e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica da distribuição dinâmica que se dá no caso concreto.”, conforme afere (CAMBI, 2015, p.3).¹²⁹

Com poderes ainda amplos, o magistrado continua sendo o gestor da prova, desta feita, ao invés de aplicar o modelo clássico, previsto no art. 373º do NCPC Brasileiro, para depois inverter o ônus da prova, cabe verificar, no caso concreto, quem tem as melhores condições de produzir a prova e, posteriormente, distribuir este ônus entre as partes, conforme previsto no art. 373º, §1º do NCPC Brasileiro.¹³⁰

¹²⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.18.079497-6/001, Rel.JOÃO CÂNCIO, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 27/11/2018, Dje 29/11/2018). Disponível em <<https://bit.ly/2UWLYQQ>>, consultado em 10.02.2019

¹²⁹ Na doutrina brasileira, conforme assevera (MARIONI, 2017, p.274) “há autores que fazem distinção entre inversão do ônus da prova e a dinamização do ônus probatório. Para essa corrente, na primeira figura, o ônus é distribuído fixamente pelo legislador e e vicissitudes posteriores o levam à inversão do ônus da prova (por exemplo o art. 6.º, VIII, CDC). Na segunda, porém, o ônus da prova já nasce diante do direito material de forma diversa daquele preconizada pela *Normentheorie*. Outros autores descartam essa distinção, tratando todas essas figuras, indistintamente, como hipóteses de inversão, modificação ou dinamização do ônus da prova.”

¹³⁰ Para (CAMBI, 2015, p.4), “[N]ão há sentido misturar a técnica da distribuição do ônus da prova, com a da inversão da prova, pois, em sendo assim, a alteração é desnecessária, uma vez que se modificaria a lei para continuar na mesma situação anterior a ela.”

Diferentemente da inversão do ônus da prova que exige a prévia apreciação do magistrado (*ope judicis*) de critérios preestabelecidos como verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor, na teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova não se exige a apreciação do magistrado relativa à facilitação da prova para a tutela do bem jurídico.

A dinamização do ônus da prova pode ser legal, judicial ou convencional. É legal quando prevista na lei, ou seja, quando a lei cria presunção de existência ou veracidade. Como pode-se averiguar no art. 1.662º do CC BR: “[N]o regime da comunhão parcial, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior”. Neste caso, se um cônjuge pleiteia, na partilha, a divisão de um bem móvel, cabe ao outro o ônus de provar que o bem móvel não pertence à comunhão, uma vez que foi adquirido antes do casamento.

A distribuição dinâmica judicial ocorre quando a lei oferece ao juiz a possibilidade de dinamizar o ônus da prova, seja por meio da decisão judicial, em detrimento de um caso concreto. Requer atenção, pois, essa modalidade não se confunde com a legal, em que a inversão certamente acontecerá. Aqui, ao contrário, tem-se uma faculdade judicial, de modo que o juiz pode, ou não, valer-se de tal técnica.

Com o advento do NCPC Brasileiro, a dinamização do ônus da prova passou a ser possível em toda e qualquer causa, conforme dispõe o § 1º do art. 373º do NCPC Brasileiro, ampliando o rol de possibilidades, assim, a dinamização judicial do ônus da prova, permitindo que esta técnica seja empregada não apenas naqueles casos em que a lei prevê expressamente a hipótese, mas também em quaisquer outros casos, desde que estejam empregados os requisitos, como pode-se extrair da leitura da norma, o que possibilita afastar previsões processuais catastróficas de que o juiz estaria investido de poderes sobrenaturais.

Em síntese, o caso concreto deve ser “específico”, assim entendida aquela em que seja impossível ou excessivamente difícil cumprir o encargo na forma estática; ou existe maior facilidade de obter a prova do fato contrário. Por óbvio, a decisão judicial de dinamização deve ser fundamentada, além de precedida de prévio contraditório, permitindo à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus atribuído. Além disso, sobressai do § 2º do art. 373º do NCPC Brasileiro que a decisão de dinamização judicial “não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”¹³¹

¹³¹ Com base no modelo cooperativo de processo, o texto legal sugere uma alternatividade de requisitos (excessiva dificuldade ou maior facilidade de obtenção de prova), sendo perfeitamente aplicável à luz instituído. Caso haja a dificuldade na obtenção de provas por uma das partes, caracteriza-se, por si só, um requisito cabível para aplicação da teoria. Seria desnecessário e, por vezes, imprudente, o magistrado requer que a parte adversa manifestasse sobre a facilidade de obtenção da prova do fato contrário. Pensando nessa possibilidade, o legislador vetou a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova quando gere excessiva dificuldade também para a outra parte, conforme disposto no art. 373, § 2º do NCPC Brasileiro. É a chamada “prova diabólica”. A melhor interpretação é que o magistrado observe os encargos das duas partes, na tentativa de reequilibrá-las, e, para isso, há necessidade que os requisitos sejam analisados cumulativamente.

Relativamente a dinamização judicial, nos termos do art. 357º, III, NCPC Brasileiro exige-se expressamente que o juiz, na fase de saneamento, se pronuncie se e como dinamizará a distribuição da prova. Contra tal decisão cabe agravo de instrumento, art. 1.015, XI, NCPC Brasileiro. Admite-se que uma das mais importantes alterações do NCPC Brasileiro está inserida neste artigo, uma vez que preservado o devido processo legal e, rompe-se a conduta de alguns julgadores calcada na decisão surpresa, qual procediam à dinamização apenas no momento de sentenciar o feito, surpreendendo as partes.

Por fim, a distribuição dinâmica pode ser convencional, ou seja, decorrente de acordo entre as partes (negócio jurídico de natureza processual), antes ou durante o processo, conforme os §§ 3º e 4º do art. 373º do NCPC Brasileiro. Não se trata de uma novidade no nosso ordenamento jurídico, vez que o antigo Código de Processo Civil já a previa no parágrafo único do art. 333º. Ainda que não se veja muitos casos práticas sobre o uso da distribuição dinâmica consensual, acredita que com o NCPC Brasileiro tornar-se mais habitual, principalmente nos negócios jurídicos processuais, conforme art. 190.

Salienta-se que a convenção processual que redistribui o ônus da prova pode ocorrer antes ou durante o processo. Ao celebrar quaisquer contratos, as partes podem inserir uma cláusula disposta sobre eventual distribuição do ônus da prova a ele relativo, se porventura, ocorrer o ajuizamento de uma ação. Esta possibilidade que não é diferente de uma cláusula de foro de eleição, está prevista no art. 373º, § 4º, do NCPC Brasileiro.

Ainda que seja uma alternativa às partes é preciso impor determinados limites à distribuição convencional do ônus da prova, nos termos do art. 373º, § 3º, I, II, do NCPC Brasileiro é permitida a distribuição dinâmica convencional, exceto quando recair sobre direito indisponível da parte ou que torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Portanto, é preciso atentar-se as essas previsões, pois do contrário será nula e, portanto, não produzirá efeitos, retornando a aplicação da distribuição estática.

O cerne da aplicação do NCPC Brasileiro, associado ao modelo cooperativo de processo, está amplamente voltado para a questão da justiça no processo, colocando-a em prática nos casos em que apurar que uma das partes pode ser prejudicada diante da dificuldade em produzir determinada prova que a outra parte poderia produzir com maior facilidade. O que acontecia no antigo Código de Processo Civil era que a parte interessada pleiteava a distribuição dinâmica do ônus da prova, porém muitas das vezes o magistrado não decidia de plano, e as partes eram “pegas” de surpresa na sentença, e essa altura as provas já tinham sido produzidas.

Visando trazer melhoras exige-se do magistrado uma decisão fundamentada, dando oportunidade à parte se desincumbir do ônus a que lhe foi atribuído. Sendo assim, o magistrado não poderá deixar de apreciar ou decidir sobre o pedido de distribuição dinâmica do ônus da prova, antes da produção de provas ao sanear o processo, uma vez que a parte pode desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Deverá intimar as partes a respeito, fundamentando a sua decisão, assim poderá conciliar a dinamização com o princípio da segurança jurídica. Se o magistrado não o fizer neste momento, poderá conforme aduz (DINAMARCO, 2017, p.89) “fazê-lo depois mas sempre comunicando essa decisão as partes em tempo de permitir que a parte onerada por sua decisão possa provar fatos cuja prova não lhe incumbiria segundo as regras contidas nos incs. I e II do art. 373 do Código de Processo Civil. Surpreender a parte com uma inversão probatória realizada somente no ato de sentenciar seria uma infração à garantia constitucional do contraditório e ao disposto nos arts.9º e 10º do próprio Código de Processo Civil.”

Concluindo essa exposição, tratar-se-á no próximo tópico um problema que vem sendo usado com um dos argumentos mais fortes em favor da possibilidade de flexibilização das regras estáticas: o caso das provas difíceis ou impossíveis.

4.9. A prova difícil ou impossível - *Probatio diabolica*

A discussão sobre a prova diabólica é antiga, “já o processo civil romano clássico intentou obviar a chamada *probatio diabolica* por meio da ação publiciana¹³²”, como ensina (KNIJNIK, 2006, p.944). Prevista no art. 373, § 2º¹³³ do NCPC Brasileiro, àquela prova muito difícil¹³⁴ ou impossível de ser comprovada ou “odiosa”, conforme afirmam (BESSA; LEITE, 2016, p.142), comumente associada à atribuição da prova de um fato negativo.¹³⁵

A este respeito, como refere (FERNANDEZ, 2013, p.811) muitos são os exemplos dos factos impossíveis ou difíceis de provar. Elencaremos alguns exemplos que a Autora reúne nesta categoria: “os factos que se traduzem em estados internos, como a demonstração da intenção; os factos negativos

¹³² Visando afastar a *probatio diabolica* do suposto sucessor da posse, a ação publiciana era usada para proteger as pessoas que preenchia todos requisitos para pleitear o usucapião.

¹³³ Dispõe o Art.373º, § 2º do NCPC Brasileiro:“A decisão prevista no § 1- deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

¹³⁴ Para (SILVA; REIS, 2013, p.7) a prova “é difícil porque difícil de provar é o facto. Dito de outro modo, a demonstração da realidade é difícil porque difícil é demonstrar a realidade de um facto.”

¹³⁵ Nem toda prova diabólica se refere a fato negativo e nem todo fato negativo é impossível de ser provado.

como os constitutivos de direito¹³⁶; os factos futuros, como a demonstração do lucro cessantes¹³⁷; os factos antigos¹³⁸; os factos que ocorrem em situações de privacidade máxima; a prova do nexo de causalidade entre uma determinada ação e o dano; os factos que integram a culpa de um agente no exercício de uma profissão¹³⁹; factos decorrentes de assédio ou discriminação no trabalho; e, por fim, os factos que integram a simulação, em especial, do acordo simulatório.”

Em todos o exemplos elencados, o prejuízo que toca ao direito fundamental ao processo justo é decorrente da excessiva dificuldade ou até mesmo impossibilidade da parte onerada na produção de prova. Impor à parte um ônus impossível de ser cumprido, segundo (CARPES, 2008, p.94) “é o mesmo que vedar o acesso à jurisdição: a tutela do direito, ou a possibilidade de sua negação pela parte ré, não será possível.”

Pode ser, no entanto, que a prova seja insuscetível de ser produzida por aquele que deveria fazê-lo, de acordo com a lei, mas apta para ser realizado pelo outro, é o caso da prova unilateralmente diabólica, como referem (BESSA; LEITE, 2016, p.143) “o fato é impossível ou extremamente difícil de ser comprovado por uma das partes, mas viável para outra. Nesse caso, cabe ao juiz distribuir dinamicamente esse ônus, para que o fato seja comprovado por aquela parte que tem melhores condições de fazê-lo.”¹⁴⁰

Não obstante os tribunais brasileiros vêm, de modo geral, deslindando bem sobre o problema. A décima oitava câmara cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, teve a oportunidade de se deparar com o caso de negativação indevida do nome do autor no cadastro de inadimplentes, fixando o seguinte entendimento: “[N]egando o autor os fatos constitutivos da dívida inscrita em seu desfavor em cadastro de inadimplentes, não é exigível dele a "prova diabólica" da situação negativa (inocorrência daqueles

¹³⁶ Um bom exemplo sobre a prova diabólica, segundo (DIDIER JR., 2015, p.114) “é a do autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel (pressuposto para essa espécie de usucapião). É prova impossível de ser feita, pois o autor teria que juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóveis do mundo.”

¹³⁷ Cfr. Acórdão do STJ BR, REsp 1.549.467/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/9/2016, DJe 19/9/2016, vejamos: “Vê-se, portanto, na apuração dos lucros cessantes, um campo fértil à utilização de deduções e presunções, as quais, na maioria dos casos, serão imprescindíveis à prestação adequada da tutela jurisdicional devida. Com efeito, pretender-se chegar a uma conta exata do quanto se deixou de lucrar com uma atividade que não foi realizada por culpa do devedor, é o mesmo que se exigir a prova de fatos não ocorridos - prova diabólica e impossível. Essa exigência resulta assim, por via transversa, na negativa de reparação integral do dano judicialmente reconhecido em fase de cumprimento de sentença. Nesse contexto, a utilização de presunções não pode ser afastada de plano, uma vez que sua observância no direito processual nacional é exigida como forma de facilitação de provas difíceis.” Disponível em <<https://bit.ly/2TsHL6h>>, consultado em 09.02.2019.

¹³⁸ Para (SILVA; LEITE, 2013, p.11) considera-se “factos muito antigos, cuja prova deve ser realizado por depoimento testemunhal.” Destaca os autores, que igualmente difíceis de provar “são factos que ocorrem em ambientes fechados ou de acesso restrito.”

¹³⁹ Tema já abordado no tópico 4.8.

¹⁴⁰ Para as provas que são objetivamente difíceis ou apenas naturalmente difíceis para o sujeito onerado, outros ordenamentos jurídicos, como o alemão, encontrou “soluções interessantes, mas não isentas de problemas e críticas”, como refere (FERNANDEZ, 2013, pp.831-832). A Autora entende que a teoria reconhece que certos fatos são considerados típicos e por isso sobre ele se forma uma determinada aparência (*Anscheln*) cujo objetivo é determinar a inversão do ônus da prova, mais precisamente os casos que se refere ao estabelecimento do nexo de causalidade entre o dano e fato. Assim, em virtude da *Anscheln*, se fato alegado por uma das partes corresponde a um acontecimento típico e que ocorre com certa frequência, o magistrado alemão, inverterá o ônus da prova. São várias as situações que fazem com que haja a necessidade de recorrer a prova *prima facie*, seja pela natureza equitativa ou judicialista, quais o juiz considera justo e necessário reequilibrar as posições das partes com intuito de tutelar o exercício de um direito a um sujeito que, a princípio, se apresenta processualmente fraco. Uma outra alternativa que a teoria prevê é a possibilidade de atribuir o ônus da prova àquele que está mais próximo do fato. Por fim, noutras hipóteses, apenas considera não fazer sentido solicitar a uma das partes que prove o que é normal, sendo mais lógico que a parte que alega um fato anormal ou até excepcional passe a ter que evidenciá-lo. (FERNANDEZ, 2013, p.831).

fatos), competindo ao suposto credor comprovar o suporte fático controvertido, de sorte que, se não se desincumbe desse ônus probatório, prevalece a versão do consumidor, impondo a conclusão de que o apontamento desabonador questionado é indevido.”¹⁴¹

O problema da prova difícil é que haverá dúvidas que nunca poderão ser esclarecidas, e dizer que a prova de um fato é difícil equivale a dizer, como afirmam, (SILVA; REIS, 2013, p.7) “que é difícil provocar o mais elevado grau de persuasão possível no espírito do decisor quanto a determinado facto.” A implementação da teoria da distribuição dinâmica no NCPC Brasileiro, tem por escopo tentar resolver a questão da prova diabólica que não é resolvido na distribuição estática, devido a rigidez com a qual a prova é distribuída entre as partes, a prova é de quem alega. Portanto, quando torna-se excessivamente difícil para uma das partes, dinamiza o ônus da prova ou inverte, a depender do caso concreto.

4.10. A prova bilateralmente diabólica e as prováveis soluções para a resolução da prova dos fatos difíceis

O tema prova ganha especial relevância em razão da importância da discussão e da dificuldade, assim (SILVA; REIS, 2013, p.3) corroboram para essa afirmação “[S]e os temas de prova são, por regra, temas difíceis, particularmente difícil é o tema da prova difícil.” São preocupações que atingem não só as partes que podem sofrer com as regras estáticas do ônus a prova, mas também ao julgador, que se depara com alegação não cabalmente comprovada, mas cuja prova não é razoável exigir.

Haverá situações que a prova do fato é impossível ou muito difícil para ambas as partes, sendo bilateralmente diabólica. Os Autores (BESSA; LEITE, 2016, p.143) destacam que “ocorre um grande problema quando a prova é bilateralmente diabólica, ou seja, quando a prova do fato é impossível ou extremamente difícil para ambas as partes. Nessa hipótese não há possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova.” Em tais casos não cabe ao juiz manter o ônus da prova com aquele que alegou o fato, tampouco invertê-lo na fase de saneamento (ou probatória), para atribuí-lo a seu adversário. Para situações como essas, afirma (DIDIER JR., 2015, p.116) que “ao fim da instrução, o juiz pode não chegar a um grau mínimo de convicção, e uma das partes deverá arcar com as consequências gravosas deste seu estado de dúvida – afinal, é vedado o *non liquet*.”

Quando o magistrado estiver diante de uma prova duplamente diabólica algumas soluções podem ser adotadas, dentre essas soluções pode-se utilizar a prova indiciária, a prova por amostragem ou ainda a chamada *probatio levior*, muito semelhante à prova *prima facie*, assim ensinam (SILVA; REIS, 2013, p.14.) “[O]tro instrumento de reacção à prova difícil é trazido pela degradação ou abaixamento

¹⁴¹ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível 1.0363.15.003546-9/001, Rel.VASCONCELOS LINS, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 12/02/2019, Dje 15/02/2019. Disponível em <<https://bit.ly/2TSihnj>>, consultado em 09.03.2019.

do grau de convicção necessário acerca da correspondência entre o relato e a realidade de um facto para que a decisão o passa aceitar como verificado para, com base nessa conclusão decidir. Estamos em cheio no domínio da *probatio levior*." Significa dizer em outras palavras, que estaria o magistrado autorizado a realizar "o abaixamento do grau de convicção", diante de certos fatos cuja a prova é difícil, reputá-los ocorridos com base num juízo de aparência, calcado nas máximas de experiência. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p.115)

A fim de definir a regra de julgamento (ônus objetivo), cabe ao juiz verificar ao fim da instrução qual das partes assumiu, segundo (MARINONI, 2005, p.122) o "risco da inesclarecibilidade", submetendo-se a uma decisão desfavorável. Para este autor, nestes casos, o juiz não poderia escolher manter o ônus da prova com a parte inicialmente onerada, tampouco inverter para onerar o adversário. Estaria o magistrado sujeito a uma situação em que não teria argumentos favoráveis à adoção de nenhuma das posturas. Ainda que não forme a sua convicção, o *non liquet* é vedado e, uma das partes suportará as consequências do seu estado de dúvida.

Se o fato insuscetível de prova for constitutivo do direito do autor: a) e o autor assumiu o risco inviabilidade probatória (inesclarecibilidade), o juiz, deverá na sentença aplicar a regra geral do ônus da prova – regra de julgamento (art. 373º do NCPB Brasileiro) e dar pela improcedência; b) mas se foi o réu que assumiu o risco, o juiz deve, no momento depois da instrução e antes da sentença inverter o ônus da prova e intimá-lo (o réu) para que se manifeste, para, só então, dar pela procedência. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA,2015, p.116).

Nos moldes do direito vigente, a Autora (FERNANDEZ, 2013, pp. 832-833) entende que "a garantia do direito à tutela judicial efectiva e a imperiosa necessidade de os tribunais não se demitirem da tarefa de compor o litígio de forma justa exigem que, perante as descritas dificuldades probatórias estes admitam a atenuação do grau de prova exigível ao onerado para que determinado facto seja dado como provado. Quer isto dizer que, nestes casos, (prova objectiva ou subjetivamente difícil) exigir a produção de uma prova *stricto sensu* equivale a negar o direito à tutela efectiva à parte com ela onerada."

Desta forma, entende-se que exatamente porque a existência da prova diabólica é muitas das vezes o seu principal fundamento, a redistribuição do ônus da prova não pode implicar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber, conforme afirma (THEODORO JUNIOR, 2015, p.895) "[...] se uma das partes se acha em situação que lhe permite demonstrar as afirmações formuladas em sua defesa, sendo verossímil a narração dos fatos invocados pela parte contrária, é razoável que o juiz redistribua o encargo probatório afetando aquele que se acha em melhores condições de esclarecer o quadro fático da causa. Mas, se a dificuldade ou

impossibilidade atinge igualmente a ambas as partes, sua superação não poderá ser buscada pela técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova. Ao prevalecer semelhante critério, estar-se-ia imputando ao novo destinatário do encargo a chamada prova diabólica, pois de antemão se estaria decretando sua derrota processual, visto que desde logo se teria exigido dele missão impossível de ser cumprida."

As regras das distribuição dinâmica do ônus da prova não podem ser interpretadas como limitadoras ao poderes instrutórios do juiz, porque o direito processual moderno visa que o juiz exerça seus poderes instrutórios em prol de uma solução justa que satisfaça o direito material pretendido. Cabe ao juiz assumir a direção material do processo para que seja preservado a igualdade entre as partes e a efetividade processual. Ampliar os poderes instrutórios do juiz é a garantia de um juiz ativo na formação do conjunto probatório, conferindo efetividade as garantias constitucionais do processo.

O direito moderno visa a justa composição do litígio, é preciso uma solução diferente para cada caso, cabe ao juiz atuar de forma eficaz, assim assevera (CAVALCANTI, 2014, p.85) "[O] magistrado deve ser sensível à atenuação do grau de prova exigível ao onerado ou, até mesmo, inverter o ônus probatório quando a solução mostrar-se adequada para solucionar o conflito com retidão. Exigir a produção de prova diabólica, tendo levado a cabo a rígida e inflexível distribuição estática do art 342º do CC, é o mesmo que negar o direito à tutela jurisdicional efetiva à parte onerada, tolhendo o seu direito fundamental à prova, expressa garantia de um Estado social e constitucional de direito."

Por todo o exposto, sem a menor pretensão de esgotar este conteúdo e reiterando a necessidade de estudos mais aprofundados do tema em comento, se a prova for duplamente diabólica, impossível para ambas a partes, o juiz não poderá inverter ou dinamizar o ônus da prova. Todavia, o tribunal não poderá desistir precocemente de compor o litígio do modo mais justo possível, ainda que esteja diante de extrema dificuldade probatória. Inexistindo regra específica para o caso, a solução para a prova diabólica bilateral será regida pelo art. 373º do NCPC Brasileiro. O ônus incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e, ao réu incube o ônus da prova quanto a existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. As circunstâncias deverão ser avaliadas de acordo com as máximas da experiência, observando o caso concreto.

CAPÍTULO V - ÔNUS DA PROVA E ARTICULAÇÃO COM OS SISTEMAS PROCESSUAIS

5.1. O princípio do dispositivo e o ônus da prova

A versão clássica do princípio do dispositivo considera que cabe as partes a iniciativa do impulso processual, assim como o desenvolvimento do processo. Ao juiz cabe o julgamento da causa com base nos fatos provados e alegados pelas partes – *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*, sendo vedada a busca pelos fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes.

A propósito, a doutrina contemporânea¹⁴² tece severas críticas relacionadas ao princípio do dispositivo puro, como refere (CHACUR, 2004, p.13) “a dispositividade da prova pelas partes no processo leva-o à busca de uma verdade formal, não uma verdade real, já que o juiz, num sistema de princípio dispositivo puro, tem de ficar inerte quanto à produção das provas, aguardando sua produção pelas partes.” Observa-se que uma das limitações impostas ao poder-dever do julgador no princípio do dispositivo clássico é a iniciativa probatória, logo, as provas produzidas são aquelas que as partes indicarem, cabe ao juiz somente velar para que estas provas trazidas sejam completas e exatas para o deslinde do feito.

A contrário do que se imagina, o fortalecimento dos poderes do juiz ocorreu vagarosamente, devido ao enfraquecimento do princípio do dispositivo clássico, passando de mero expectador à obter uma postura mais ativa, cabendo-lhe o poder de determinar provas e conhecer de *ex officio* situações que dependiam das alegações das partes.

Neste contexto, como refere (CAPELETTI *apud* BARREIROS, 2001, p.137) “o processo deixou de ser ‘coisa das partes’ e aboliu-se o poder monopolístico das partes no campo probatório.” O resultado final é de interesse de todos, inclusive do Estado, analisando pelo ângulo publicista, ensina (BEDAQUE, 2013, p.72) “não só as partes devem ser concedidos os poderes instrutórios. Conclusão contrária resulta de uma concepção privatística dos institutos processuais, principalmente da ação e da defesa.”

A respeito do ônus da prova no princípio do dispositivo, (ALVIM, 2017, p.842) ensina “somente diante da incerteza da prova produzida ou da sua ineficiência para o julgamento da causa é que deverá o juiz interferir na esfera probatória. Esta insuficiência ou incerteza, no entanto, não pode decorrer da

¹⁴² Já a teoria contemporânea defendida por Capelletti, Bedaque e Barbosa Moreira, incentiva o fortalecimento dos poderes do juiz, bem como enfraquecimento do princípio do dispositivo. A evolução deste processo foi apontada por (DINAMARCO, 2001, p.52) “essa concepção radical tende no entanto ser superada, mitigando-se gradatamente a lógica do raciocínio privatista que lhe está à base, seja porque nem só de direitos disponíveis o processo civil trata, seja porque ao juiz de hoje cabe um comportamento dinâmico ao processo, não há mais clima para tanto predomínio do princípio do dispositivo que exclui os comportamentos inquisitivos do juiz no processo e na sua instrução.” Aquela ideia radical é espelho das premissas privatistas do processo civil, que hoje é reconhecidamente informada pela natureza de instituto de direito público. O NCPC Brasileiro no art.370, adota expressamente este entendimento.

inércia das partes em se desincumbir do ônus probatório. O ônus da prova, em nossa opinião é caminho normal para solução das lides.”

Para o princípio do dispositivo contemporâneo, o impulso processual e a atividade probatória continuam a pertencer às partes. O julgador não substitui a atividade das partes nesta área, pois cabe a estas o ônus de quem alega¹⁴³, cabe ao juiz providenciar o andamento regular e célere do processo, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatório. Neste sentido, (PEREIRA, 2006, p. 378) ensina “[S]omente após essa atividade dos sujeitos parciais, se o juiz, ainda assim, sentir-se inabilitado para decidir é que, verificando a necessidade de outras provas, além daquelas trazidas pela parte, poderá o magistrado agir de ofício”. Agindo desta forma, o juiz não colocará em risco a imparcialidade, o que constitui essencial ao ato de julgar.¹⁴⁴

A atuação mais presente do juiz no processo não tem o cunho de desvirtuar o princípio do dispositivo, mas adequá-lo à sistemática moderna do direito processual que tem por objetivo tornar efetivo o acesso à jurisdição, a manutenção da paz e a ordem jurídica. A nova vertente do princípio do dispositivo rompe a tradicional doutrina, traduzindo-se tão somente na liberdade que as partes têm, haja vista o direito subjetivo material, de dele dispor a qualquer tempo, iniciando ou não o processo, e dele desistir, caso já tenha iniciado, além da iniciativa das alegações e pedidos. Nesta nova vertente, no campo probatório, o juiz não é refém das provas levadas aos autos pelos litigantes, caso reconheça a necessidade pode proceder, de maneira adequada, de ofício às diligências devidas para esclarecer os fatos probatórios. De nenhuma maneira o juiz pode ignorar a repartição do ônus da prova imposto às partes, a quem cabe apresentar suas alegações e prová-las.

Tendo em vista todos os aspectos mencionados, a verdade é que todos os integrantes da relação processual têm interesse no resultado final do processo, não só as partes, que procuram trazer ao autos prova dos fatos que lhes favoreçam. Portanto, é aconselhável que o juiz também desempenhe a atividade instrutória de forma a esclarecer os fatos e, por completo a situação de direito material, não é limitando sua atividade probatória que estará resguardando a sua imparcialidade.

¹⁴³ A propósito, sobre o tema em comento, (RANGEL, 2000, p. 95) comenta “o instituto do ônus da prova encontra-se ligado, intimamente e de forma directa, à actividade das partes. Toda a actividade processual em litígio é fundamental para compreensão e correcta aplicação do ônus da prova.” A atividade das partes é essencial ao processo, uma vez que tentam, como os meios de provas disponíveis fazer a demonstração dos fatos alegados e convencer o juiz da razão de sua pretensão. Contudo, isto só poder ser visto e reconhecido devido a distinção científica que há entre os princípios do dispositivo e inquisitório, sendo possível o aprofundamento ao conhecimento do ônus da prova e seus limites.

¹⁴⁴ Neste mesmo sentido, ensina (VAZ SERRA *apud* RANGEL, 2000, p. 97) “o ônus da prova prende-se com a ‘disponibilidade de provas’, isto é, com a procura e a oferta da prova ao juiz, pois, uma vez colhido o material probatório, torna-se ele comum as partes.” Em observância ao princípio da aquisição processual caberá ao juiz a apreciação deste material prudentemente, salvo se a lei dispuser o contrário.

5.2. A iniciativa probatória do juiz

Com a evolução do direito processual civil, o magistrado vem desenvolvendo um papel mais ativo, já aceito e defendido pela maioria dos doutrinadores. E ao juiz, cabe, pois, a iniciativa da prova? Ao analisar o art.411¹⁴⁵ do CPC Português, entende-se que é permitido ao juiz ordenar diligências de prova, mesmo que oficiosamente, determinando a sua produção e com base na sua valoração, utilizará, se pertinente, na decisão final. O NCCP Brasileiro, no art. 370¹⁴⁶, traz uma única limitação a atividade do juiz em relação à atividade instrutória, é a que de a ele não é dado ir além do tema probatório, ou seja, da lide ou objeto litigioso, tampouco infringir o objeto do ônus (subjeto) da prova. (ALVIM, 2017, p. 842).

A doutrina moderna defende o fortalecimento dos poderes instrutórios do juiz e, por isso, não se admite a figura do juiz inerte, é preciso que o magistrado tenha efetiva atuação no processo, por ser interesse do Estado alcançar a justiça. Uma vez instaurado o processo, cabe ao juiz dirigi-lo, inclusive determinando a produção de provas, caso entenda necessário para formar seu convencimento. Deste modo, o juiz tem amplos e distintos poderes para organizar o material probatório, bem como utilizar outros meios de prova além dos indicados pela parte. Não significa dizer que as partes estão livres do ônus probatório. (SANTOS, 1961, p.115)

Como já visto, a doutrina minoritária tendenciosa ao princípio do dispositivo entende que o juiz não pode assumir a atividade das partes no campo probatório, pois a estas cabem o ônus da prova que alegam. Um outro argumento utilizado pela doutrina minoritária contra a iniciativa do juiz na colheita de prova diz respeito à necessidade de preservar a imparcialidade do julgador, que deve conduzir o processo sem o favorecimento de qualquer das partes. Porém, razão não assiste, ensina (BEDAQUE, 2013, p.119) “quando o juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, o resultado. O aumento do poder instrutório do julgador, na verdade, não favorece, qualquer das partes.” Sem dúvidas, a melhor maneira de preservar a imparcialidade do magistrado é submeter a sua atividade ao princípio do contraditório¹⁴⁷ e impor o dever de motivar as suas decisões.

Se a lei quer que o juiz julgue, tem que deixá-lo julgar desde que esteja com conteúdos robustos, não pode impedi-lo de informar-se e recorrer aos meios que tem acesso. Neste sentido (BEDAQUE, 2013,

¹⁴⁵ Dispõe o art.411º do CPC Português:”Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer.”

¹⁴⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento-Cv 1.0569.15.002099-2/001, Rel. ARNALDO MACIEL, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 27/11/2018, Dje 03/12/2018, vejamos: “Isso se dá pela nova roupagem que o artigo 370 do Código de Processo Civil 2015 confere ao Juiz, dando evidência ao poder de iniciativa na busca da verdade dos fatos relevantes para o desfecho da causa, tornando possível, assim, a alteração dos encargos probatórios definidos pela lei, ou seja, de uma distribuição estática para uma distribuição dinâmica do ônus da prova, o que pode ser requerido pela parte ou ser decretado, de ofício, pelo Juiz. Assim, ainda que o pedido seja feito de maneira genérica, pode o Magistrado, depois de verificados os requisitos objetivos previstos em lei, conceder a inversão. Disponível em <<https://bit.ly/2URFRNY>>, consultado em 25.02.2019.

¹⁴⁷ Não se pode esquecer que, se o juiz determinar a produção de provas, deverá dar oportunidade para que ambas as partes se manifestem, sob pena de ferir o princípio do contraditório.

p.15), observa, com razão “[Q]uanto mais o resultado da atividade jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social. Nessa medida, não se pode aceitar que o juiz, por submissão a dogmas já superados, aplique normas de direito substancial a fatos não suficientemente demonstrados, se ele tiver condições de, mediante iniciativa probatória, contribuir para a formação do conjunto probatório.”

Assim, é impossível aceitar a intransigente defesa que parte da doutrina faz da inércia judicial no tocante à investigação probatória. Nesta esteira (BEDAQUE, 2013, p.17) reitera “[S]e o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, com a consequente pacificação, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-los, pois somente se tal ocorrer, a jurisdição terá cumprido a sua função social. E como o resultado da prova é na maioria dos casos¹⁴⁸, fator decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional, deve ele assumir a posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas procurá-los, quando entender necessário.”

Deste feixe de relações jurídicas, sendo o juiz um dos destinatário da prova, àquele que fará o julgamento, é o mais adequado para decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova e poderá indicar quais os meios que necessita para formar seu convencimento, conforme se afere no trecho extraído do Recurso Especial 1.102.306/PR¹⁴⁹ “[A] iniciativa probatória do juiz, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. (...) deve-se admitir a iniciativa probatória do julgador, feita com equilíbrio e razoabilidade, para aferir a exatidão de cálculos que aparentem ser inconsistentes ou inverossímeis, pois assim se prestigia a efetividade, celeridade e equidade da prestação jurisdicional.”

No processo civil português, é possível notar o avanço da iniciativa probatória do juiz, conforme se extrai o trecho do acórdão do STJ, Proc. n.º 56277/09YIPRT.P2.S1¹⁵⁰, “[O] Processo Civil tem vindo a registar um progressivo destaque na possibilidade de intervenção do juiz erigindo-o como um elemento interventor não apenas enquanto julga, mas também na medida em que toma parte activa na aquisição processual e recolha do material probatório tendo em vista o apuramento da verdade material.”

Isso não significa dizer que o papel diligente das partes está esgotado. Pelo contrário, significa dizer que, em conjunto com as partes, nos termos dos arts. 6.º do CPC Português e 370.º do NCCP Brasileiro, cabe ao juiz a direção do processo e o providenciar o seu andamento célere, promovendo

¹⁴⁸ Diz-se maioria dos casos, porque se os fatos forem incontroversos ou versar sobre questão exclusivamente de direito, torna-se desnecessária, conforme art.355.º do NCCP Brasileiro.

¹⁴⁹ Cfr. Acórdão do STJ BR, REsp 1.102.306/PR, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2009, Dje 07/05/2009. Disponível em <<https://bit.ly/2Tqu3k9>>, consultado em 25.02.2019.

¹⁵⁰ Cfr Acórdão do STJ PT, de 09 de novembro de 2017, Proc. n.º 56277/09.1YIPRT.P2.S1, Rel. TAVORA VICTOR. Disponível em <<https://bit.ly/2Fgzih6>>, consultado em 25.02.2019.

oficiosamente as diligências necessárias para o normal deslinde do processo. Entre as doutrinas que apregoam a atividade probatória *ex officio* pelo juiz, há três correntes doutrinárias que discutem sobre o assunto.

A primeira corrente tradicional entende que a atividade instrutória oficial só pode ser complementar a atividade da parte, jamais substitutiva¹⁵¹.

Embora a segunda corrente seja favorável ao fortalecimento dos poderes do juiz, atuando de forma moderada, alerta que ela afasta a imparcialidade do juiz, e desta forma seria prudente criar um procedimento de competências funcionais escalonadas, sendo assim, determinada a prova de ofício pelo magistrado, este deveria afastar-se do caso, remetendo os autos para que outro julgador apreciasse o mérito.

A terceira corrente admite a iniciativa oficial, mas afirma que a sua amplitude depende da análise da relação jurídica controvertida – maior amplitude quando se trata de direitos indisponíveis; menor ou nenhuma quando se trata de direitos disponíveis. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p.89).

A melhor interpretação que se pode dar a essa situação é aquela que privilegia o meio termo: o juiz tem o dever de buscar a verdade e colher elementos que lhe permitam prestar uma tutela jurisdicional justa, deve-se comprometer com a justiça, procurando sempre que possível formar seu convencimento com base nas provas produzidas no processo, todavia, se as provas que constam no processo não forem suficientes para o convencimento do juiz, poderá fazer uso de seus poderes instrutórios. É preciso ver a atividade probatória como uma atividade de cooperação entre as partes e o magistrado, não pertence somente as partes e tampouco supletivamente do órgão jurisdicional. Para que o processo seja efetivo e eficaz, todos os sujeitos processuais envolvidos no litígio devem cooperar, para que a pacificação seja atingida.

As regras do ônus da prova têm aplicação subsidiária. Logo, esgotada as atividades probatórias, inclusive a oficial, assim elas terão lugar. A nova concepção de processo entende que a produção de provas não está limitada exclusivamente às partes. Sob o aspecto subjetivo, a distribuição do ônus é realizada entre as partes cabendo a cada uma delas provar o alegado, a fim de convencer o juiz. Sob o aspecto objetivo, dirigido ao juiz, com cunho de auxiliá-lo no processo. Somente quando houver dúvida insanável o julgador deverá recorrer ao ônus da prova, já que não pode proferir o *non liquet*, a fim de evitar decisões prejudiciais as partes.

¹⁵¹ Segundo (DIDIER JR., 2015, p.90) a atividade instrutória oficial “só poderia ser substitutiva da atividade das partes em caso de vulnerabilidade (econômica ou técnica).” Assim, o autor cita um exemplo que a iniciativa oficial deixaria de ser complementar: em processos societários (envolvendo sociedades empresárias), é praticamente nenhum o poder instrutório.

Assim, quando a aplicação da teoria estática de distribuição do ônus da prova não for aplicável ao caso, deverá recorrer a dinamização do ônus da prova. Desta forma, conclui que as regras de distribuição do ônus da prova não constituem limites aos poderes instrutórios do juiz, inclusive, as regras são aplicáveis às partes e não à atividade probatória do juiz.

Inclusive, relativamente ao direitos indisponíveis, o juiz tem o poder-dever, ante os elementos suficientes e robustos, para solicitar a conversão do feito em diligência e requerer por exemplo um novo exame de ADN em uma ação negatória de paternidade, a fim de colher provas suficientes para formar seu convencimento, conforme acórdão REsp 1.629.844¹⁵².

Nas palavras do mestre (BEDAQUE, 2013, p.119) “a doutrina tradicional não nega a possibilidade da iniciativa probatória do juiz quando a demanda verse sobre direito indisponíveis. É caso de se perguntar, se, nessas hipóteses, seria admissível a figura do juiz parcial. Ademais, quando o juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber de antemão o seu resultado.” Não é possível no ordenamento jurídico a figura do juiz parcial, inclusive, compete ao juiz agir de forma imparcial e primar pelo bom funcionamento do mecanismo processual e, se verificar por qualquer motivo, que provas importantes para esclarecimentos dos fatos não foram apresentadas, deve *ex officio*, determinar a sua produção.

No mesmo sentido, o acórdão do REsp 222.445/PR¹⁵³ informa-nos que a propósito, “tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando está diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontra em estado de perplexidade ou, ainda, quando há significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes”.

O entendimento do STJ Brasileiro é consolidado, ainda que a investigação de paternidade fundase em direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, “impõe-se um papel ativo ao Juiz, que não deve medir esforços para determinar a produção de provas em busca da verdade real.”¹⁵⁴

Além do mais, a finalidade da instrução é proporcionar ao juiz meios de alcançar um processo justo para os litigantes. De fato, é imprescindível a imparcialidade do julgador, bem como a importância da diligência necessária a fim de que o grau de probabilidade seja o mais alto possível para ir à procura

¹⁵² Conforme extrai do texto do Embargos de Declaração opostos contra acórdão STJ BR, REsp 1.629.844/MT, Rel. Min.LÁZARO GUIMARÃES, QUARTA TURMA, julgado em 28/11/2017, Dje 04/12/2017, vejamos: “A propósito, tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando está diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontra em estado de perplexidade ou, ainda, quando há significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes”. Disponível em <<https://bit.ly/2TWcvBt>>, consultado em 25.02.2019.

¹⁵³ Cfr. Acórdão do STJ BR, REsp 222.445/PR 1999/0061055-5, Rel. Min.SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/03/2002. Dje 29/04/2002. Disponível em <<https://bit.ly/2FtOglq>>, consultado em 25.02.2019.

¹⁵⁴ Cfr. Acórdão REsp 1.629.844/MT.

da verdade e tentar descobri-la. Portanto, é preciso ter cautela para que a vontade dos litigantes não seja um obstáculo a atividade instrutória.

O que determina a impossibilidade ou a possibilidade do juiz fazer uso do da iniciativa probatória relativamente aos direitos indisponíveis está no interesse do julgador em fazer a correta aplicação da lei no caso concreto, cuja parte obterá a justiça e não somente na busca incessante por parte do juiz em alcançar a verdade, ainda que tenha o dever de descobrir a verdade, independente das diligências requeridas pelas partes.

Relativamente às regras do ônus da prova, imagine-se que em um determinado processo as provas requeridas pelas partes tenham esgotado, sem que o juiz pudesse esclarecer o fato. Neste caso, se nenhuma outra coisa puder ser feita, ele terá que valer-se das regras do ônus¹⁵⁵ da prova, julgando contra aquela que no caso tinha o ônus. E se houver, porém, alguma prova, não requerida, que possa esclarecer os fatos. O juiz deve determiná-la de ofício? A resposta é afirmativa. As regras do ônus da prova devem ser utilizadas em último caso, se houver alguma prova que contribuir para a formação do convencimento do juiz, deverá determinar de ofício.¹⁵⁶

Havendo a necessidade da prova para formar a sua convicção, ao juiz é permitido, lícitamente, adentrar a atividade probatória, fazendo sempre imparcialmente, sem ignorar as disposições concernentes ao ônus da prova e a paridade das partes, além do contraditório e devido processo legal.

Os poderes instrutórios atribuídos ao juiz são decorrentes da necessidade que o Estado tem para dispor de meios juridicamente adequados para atingir a pacificação social. Para alcançar o objetivo social que é a eliminação de conflitos e fazer justiça, é preciso superar alguns empecilhos que podem ameaçar a qualidade da prestação jurisdicional, para isso o juiz tem que ser um protagonista ativo e não um mero espectador. Sendo assim, é necessário que o juiz tenha um papel participativo na busca de elementos que auxiliarão sua instrução. (ALMEIDA, 2001, p.99)

Em paralelo, consolida-se o entendimento de que, ao lado dos dois modelos já consagrados de estruturação de processo – o dispositivo e o inquisitório – existe um terceiro modelo – o cooperativo –, baseado no princípio da cooperação, adotado no direito Português e Brasileiro, qual busca uma condução cooperativa, sem destaque para qualquer dos sujeitos – ou com destaque para todos eles. Devendo as

¹⁵⁵ Neste sentido, manifesta o STJ BR em julgamento: "[...] 'o ônus da prova é da parte (art. 333, CPC), sendo o juiz destinatário, incumbe-lhe verificar da sua necessidade, ou não, e suficientemente demonstrados os fatos, aptos à aplicação do direito, como titular do poder instrutório pode antecipar o julgamento da lide (art. 330, I, CPC), sem a configuração do cerceamento de defesa' [...]" (AgRg no REsp 1526659/RJ, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 03/09/2018). Disponível em <<https://bit.ly/2OjWTSb>>, consultado em 28.02.2019.

¹⁵⁶ Parte da doutrina e jurisprudência, como Bedaque e Moreira, coadunam com o que foi explanado, assim como este estudo. Entretanto, Moacyr Santos, entende de forma contrária, conforme aduz (GONÇALVES, 2017, p.123) "para ele, a regra é de que se cumpre as partes requerer as provas necessárias para a comprovação do que alegaram, sendo atividade instrutória do juiz apenas supletiva."

partes e o juiz despenderem esforço comum, necessário para que seja proferida uma sentença justa e adequada.

5.3. A preclusão e a iniciativa probatória do juiz

Sabe-se que o não exercício de uma faculdade ou não cumprimento de um ônus processual no momento adequado, em princípio, implica na perda de fazê-lo. Observando essa premissa, indaga-se se seria possível o magistrado determinar a oitiva de uma testemunha não arrolada tempestivamente pela parte interessada. A preclusão poderia afastar por completo essa possibilidade?

Para casos como estes, diante da omissão das partes, o magistrado deverá valer-se dos elementos constantes nos autos para formar sua convicção. Contudo, se forem insuficientes, pode e deve o juiz, justificadamente, determinar a produção de outras provas, inclusive, ouvindo até as testemunhas que não foram ouvidas no momento oportuno.

Neste sentido, (BEDAQUE, 2013, p.21) brilhantemente ensina “as regras processuais referentes à preclusão destinam-se apenas a possibilitar o desenvolvimento normal da relação processual. Não devem prevalecer, porém, sobre o poder-dever do juiz de tentar esclarecer os fatos, aproximando-se o quanto possível da verdade, pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente ocorrerá quando se a decisão resultar da atuação da norma a fatos efetivamente verificados.”

O direito existe para atender os anseios daqueles que dependem da justiça e, ainda que a parte não poderá mais exigir a produção de provas, uma vez que a preclusão afasta essa possibilidade, ao juiz é conferido o poder dever de determinar, de ofício, a realização de provas, que, ao seu ver, contribuirão a justiça do provimento final.¹⁵⁷

5.4. Limites do poder instrutório do juiz

Não havendo poderes absolutamente irrestritos no processo, a atuação do juiz na atividade instrutória não é ilimitada, existem limites intransponíveis dos quais cita-se três: os elementos objetivos da demanda, a obrigatoriedade da motivação e a rigorosa observância do contraditório.

A princípio, pode-se dizer que os elementos objetivos da demanda constituem a primeira limitação. À luz do princípio da correlação, a sentença deve ater-se ao pedido e à causa de pedir. Logo,

¹⁵⁷ Crf. Acórdão STJ BR, REsp 192.681-PR, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 2/3/2000, Dj. 24/03/2003, p.223, vejamos: “Na investigação de paternidade, a autora postulou a realização da prova pericial mas, informada do valor, desistiu, alegando que não possuía condições financeiras para tal. A Turma, por maioria, de acordo com a visão mais publicista que se tem atribuído ao processo, entendeu que, apesar de configurada a preclusão para a autora, o mesmo não se pode dizer em relação ao Juiz, que tem iniciativa probatória, quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como o estado de perplexidade do julgador diante das provas produzidas, no caso de significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes ou diante de causa que tenha por objeto direito indisponível. Asseverou, também, que a prova poderia ser produzida na instância recursal ordinária, como pleiteado.” Disponível em <<https://bit.ly/2CvY908>>, consultado em 28.02.2019.

o juiz não pode buscar provas relativas a fatos não submetidos ao contraditório. (BEDAQUE, 2013, p.165). O objetivo é fornecer às partes segurança jurídica, assegurando que não sejam surpreendidas com o não reconhecimento de seus direitos, ainda que, em decisão fundamentada, sobre algo que não tinham conhecimento ou não tiveram oportunidade de manifestar, ferindo o contraditório e a ampla defesa.

Como limite à atividade probatória do juiz, destaca-se, ainda, a obrigatoriedade da fundamentação da sentença, o que afasta o risco do autoritarismo e assegura a observância do devido processo legal.¹⁵⁸ Para (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p.92) “[N]a linha do pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vista a possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma.” Modernamente, prevalece a função política¹⁵⁹ da motivação das decisões judiciais, cujo destinatários não são apenas as partes e o juiz, mas qualquer um do povo, a fim de aferir a imparcialidade, a legalidade e a justiça das decisões.

O juiz poderá apreciar livremente as provas, porém, deve indicar na sentença os motivos que levaram o seu convencimento¹⁶⁰. Não está adstrito à alegação das partes e às suas provas, deve e é preciso que instrua o processo até ao limite necessário para decidir sobre o pedido. Sendo ele um dos destinatário da prova, cabe-lhe a coordenação dos poderes instrutórios, seja relativo a iniciativa probatória ou o indeferimento de diligências desnecessárias ou meramente protelatórias.¹⁶¹

Todavia, há limites impostos pela técnica processual, no caso da revelia, aduz (BEDAQUE, 2013, p.166) “o aparato rigor legal vem sendo abrandado pela doutrina e jurisprudência, mediante interpretação sistemática e teleológica do sistema processual.” Assim o autor entende que, nada impede que determine o juiz, mediante decisão fundamentada, a produção de provas se, apesar da revelia, os fatos narrados pelo autor forem inverosímeis. Se em razão da revelia, não foram examinadas as provas produzidas pelo réu, que comprometiam a verossimilhança dos fatos constitutivos do direito do autor, conclui pela anulação da sentença. Neste caso, o magistrado optará pela efetividade, primando por um tutela rápida, em detrimento da segurança jurídica.

¹⁵⁸ Assim, não haverá violação do garantismo processual, aquele que tem por cunho defender os cidadãos dos abusos do Estado, muitas das vezes caracterizado pelo aumento dos poderes do juiz. No Brasil, já foi denominado como neoprivatismo processual.

¹⁵⁹ Explicam (PAULA; CABRAL; VAS, 2015, p.6) que o “dever de fundamentar as decisões é, acima de tudo, uma forma do Poder Judiciário possuir legitimidade ante a sociedade.”

¹⁶⁰ Com base no seu livre convencimento, pode o magistrado indeferir ou deferir as provas que considera dispensável ou não a solução da lide. Neste sentido, pronúncia o STJ BR, no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 231.171/CE, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 25/11/2016: “Caso em que, ancorado no “amplo poder instrutório do juiz” e no “princípio do livre convencimento motivado”, a Corte a quo afastou eventual nulidade no julgamento antecipado da lide por entender que “o julgador é livre para dispensar as provas que entende desnecessárias para o deslinde da causa”, considerando que, na hipótese, a prova testemunhal era “de todo dispensável, diante da farta prova documental anexada”, bem como da “elaboração de três laudos técnicos por diferentes peritos judiciais durante o decorrer do feito.” Disponível em <<https://bit.ly/2TpVKcT>>, consultado em 28.02.2019

¹⁶¹ Neste sentido, o STJ Brasileiro tem o entendimento que “a avaliação sobre este ponto está inserida no que se convencionou chamar de “poderes instrutórios do magistrado”, que, a seu juízo, defere ou indefere a produção de provas que julgar, segundo seu íntimo convencimento motivado, necessárias ou despidências, respectivamente (art. 130 do Código de Processo Civil - CPC), ficando sujeito o seu entendimento à revisão própria.” EDcl no REsp 806.235/ES, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Rel. p/ Acórdão Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 19/12/2018. Disponível em <<https://bit.ly/2U0tMsF>>, consultado em 27.02.2019.

Por fim, o princípio do contraditório é também um limitador à atividade probatória, pois obriga ao juiz submeter a sua atividade probatória ao conhecimento das partes. O juiz deve permitir que as partes litiguem em paridade de armas, assim não agir de forma arbitrária, a cada deferimento ou indeferimento de produção de provas ou caso venha ser realizada de ofício, deve conceder as partes a oportunidade de manifestar-se sobre ela. Embora a doutrina reconheça a relevância do contraditório para “a regularidade do processo e de produção de prova”, conforme afirma (BEDAQUE, 2013, p.170), cabe ao juiz no momento de agir, consultar sua consciência, e obviamente, sem infringir a lei, verificar o limite para estabelecer atenuações e compreensões observando o contraditório, e se convença que é o menor dos males. A exigência do contraditório não pode exigir que o juiz busque a solução justa para o caso concreto. Deverá agir, com prudência e bom senso.

A preocupação é de ordem geral a fim de assegurar um processo justo, eficaz e efetivo, possibilitando a todos os sujeitos processuais envolvidas garantias e técnicas para alcançar os escopos do processo. De uma certa maneira é recente o poder atribuído aos juízes, por isso, se vê uma tímida atividade probatória oficial. É preciso mais do que a mudança no texto de lei, efetivamente é latente uma mudança no pensamento dos magistrados, para que coloquem em prática o potencial probatório que a lei deixa a alcance das suas mãos.

5.5. A busca da verdade material

Com efeito, o objetivo do presente estudo não é aprofundar no tema sobre a verdade e, tampouco, designar o conceito mais adequado, uma vez que “há diferentes compreensões contemporâneas sobre o significado da verdade”, como afirma (CALHEIROS, 2015, p.66). Entre tantas verdades, tem-se a certeza que a verdade absoluta é inalcançável e inatingível, não só na esfera do direito, mas em todos os aspectos que envolvem a humanidade.

Durante muitos séculos o processo foi visto como um jogo em que as partes eram protagonistas e o juiz espectador: assim, a vitória caberia aquele que tivesse apresentado a melhor prova. Consagrava uma tarifiação nada lógica e adotava outros critérios instituídos à base de privilégios, atualmente, intoleráveis e inadmissíveis. O juiz não buscava averiguar a verdade propriamente dita, mas apenas apurar qual dos litigantes “sobreviveria” aos complicados jogos processuais. Como resultado estabelecia uma verdade puramente formal e, conseqüentemente, os julgamentos eram acometidos de altas doses de injustiça.

Os poderes instrutórios do juiz foram paulatinamente aumentados, passando de espectador inerte à parte ativa na evolução do processo, formando seu convencimento com base nas provas

carreadas nos autos, momento em que a disputa entre os litigantes passou a ser por meio de um debate lógico. Nesse processo moderno, com caráter notadamente publicístico, o interesse é tanto das partes quanto do juiz, todos agem em nome da pacificação social e em busca da eliminação de litígios.

O juiz não se deve contentar com a verdade formal, ou seja, aquela que advém unicamente das alegações e documentos apresentados pelas partes. Deve buscar ao máximo aproximar-se da verdade real ou material¹⁶², isto é, como realmente os fatos ocorreram. Embora, o juiz moderno não mais se limite a permanecer inerte perante a produção de prova, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa probatória, na maioria dos casos que envolve direitos disponíveis, pode satisfazer-se com a produção da prova por iniciativa das partes, limitando acolher o que estas levaram ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p.89)

Entre as dificuldades que tem enfrentado a doutrina para estabelecer a conexa ligação entre prova, verdade e processo, o que se verifica é que a distinção entre verdade formal e verdade real vem sendo rechaçada pela doutrina moderna. Já não se aceita a suposta vinculação que ao processo civil cabe a denominada verdade formal, lado outro, a verdade real está associada ao processo penal. Esse pensamento deve ser banido da ciência processual e, assim ensina (BEDAQUE, 2013, p.10) que a “verdade formal é sinônimo de mentira formal pois ambas constituem as duas faces do mesmo fenômeno: o julgamento feito à luz de elementos insuficientes para verificação da realidade jurídico-material.”¹⁶³

Por meio da instrução probatória verifica-se uma constante busca a fim de formar o convencimento do juiz sobre a veracidade das alegações de fatos apresentados, para que ao proferir a decisão certa esteja ciente que foi justo. Neste sentido, em recurso especial o STJ Brasileiro proferiu o seguinte entendimento: “[O] magistrado, ao presidir a instrução probatória, possui poderes para avaliar a necessidade ou não da produção da prova, e de decretar a inversão do ônus probatório, não estando adstrito à manifestação de vontade das partes quando, da análise do caso concreto, aferir a necessidade da utilização do meio de prova para se alcançar a verdade real.”¹⁶⁴

¹⁶² Para (CALHEIROS, 2015, p.65) a distinção entre verdade formal e verdade material “é uma das estratégias, empregue no domínio jurídico, para procurar discernir, e explicar, o sentido específico da ideia de verdade aplicada nos processos judiciais, e no conhecimento dos factos que, pelo seu intermédio, tem seu lugar. A verdade material seria, pois, nessa acepção, uma verdade mais autêntica porque empírica e próxima da realidade, por contraposição à verdade formal, por excelência a processual, incompleta e fragmentária, senão quase convencional.”

¹⁶³ A lição de (GRINOVER *apud* BEDAQUE, 2013, p.20), “Vê-se daí que não há qualquer razão para continuar sublinhando a distinção entre ‘verdade real’ e ‘verdade formal’, entendendo a primeira própria do processo penal e a segunda típica do processo civil. O conceito de verdade, como já dito, não é ontológico ou absoluto. No processo, penal ou civil que seja, o juiz só pode buscar a verdade processual, que nada mais é do que o estágio mais próximo possível da certeza. E para que chegue a esse estágio deverá ser dotado de iniciativa probatória. Por isso mesmo, o termo ‘verdade real’ no processo penal e no processo civil indica uma verdade subtraída à exclusiva influência que as partes por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela. E isso vale para os dois processos em matéria probatória.”

¹⁶⁴ Cfr. Acórdão do STJ BR, REsp 1.765.772/PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 17/12/2018. Disponível em <<https://bit.ly/2YcTWHX>>, consultado em 03.03.2019.

A verdade é condição necessária à justiça das decisões, um procedimento no qual os tribunais nem sequer tentar chegar à verdade é manifestamente um processo injusto. O juiz em observância ao princípio da imparcialidade deve ir à procura da verdade, a fim de tentar descobri-la, pois nenhuma decisão pode ser considerada justa baseada na insuficiência dos fatos. Por isso não pode admitir que a vontade dos litigantes seja um entrave à atividade instrutória oficial. Para (ALBUQUERQUE, 2014, p.96) “os meios de controle da imparcialidade do juiz não exigem sua inércia diante da iniciativa da busca da verdade real e eles consistem em um efetivo contraditório das partes, por obra do próprio juiz, que sempre dará as partes oportunidade de se manifestarem acerca das provas apresentadas.”

O juiz, no processo moderno, não pode permanecer ausente da pesquisa da verdade material, merece destaque a lição de (BAUR *apud* THEODORO JUNIOR, 2017, p.72) “[A]ntes fica autorizado e obrigado a apontar às partes as lacunas nas narrativas dos fatos e, em casos de necessidade, a colher de ofício as provas existentes.” A ativização do juiz visa proporcionar às partes uma rápida solução do litígio, bem como encontrar a verdade material. No entender do autor, “não devem reverter em prejuízos destas o desconhecimento do direito, a incorreta avaliação da situação de fato, a carência em matéria probatória; cabe ao juiz sugerir-lhes que requeiram as providências necessárias e ministrem material de fato suplementar, bem como introduzir no processo as provas que as partes desconhecem ou lhes sejam inacessíveis.”

O juiz deve procurar uma verdade real ou algo que se aproxime dela, deve ir em busca de uma verdade possível. Assim, O STJ Português já manifestou sobre o tema: “[O] princípio da verdade material significa que o processo deve tender à reconstituição dos factos e da situação jurídica tal como efetivamente se verificaram ou verificam (cfr. Castro Mendes, Do Conceito de Prova em Processo Civil, pág. 165), e para tal admite a direta intervenção do juiz na produção das provas, não se limitando a investigação da verdade à disposição dos meios probatórios que é feita pelas partes, tudo com vista ao apuramento de factos importantes para a boa decisão da causa, nomeadamente possibilitando-se a inquirição de pessoa que presumidamente tem conhecimento desses factos, entroncando portanto aqui o princípio do inquisitório que se prende com a atitude do juiz perante os factos.”¹⁶⁵

A verdade não pode ser tratada de maneira diferente, haja vista que é uma só. É de indiscutível importância o estudo da verdade dentro dos modelos probatórios que existem nos ordenamentos jurídicos atuais, para que se possa aferir até que ponto o juiz pode – e se pode, avançar na busca da verdade real, sem perder a imparcialidade e sem violar o contraditório. (ALBUQUERQUE, 2014, pp.93-94).

¹⁶⁵ Cfr. Acórdão do STJ PT, de 30 de março de 2017, Proc. n.º 135/11.4TTCCSC.L1.S1, Rel. ANTÓNIO LEONES DANTAS. Disponível em <<https://bit.ly/2Ydc6sR>>, consultado em 03.03.2019.

Por tudo que foi exposto, acredita-se que a verdade deve estar amparada sobre princípios constitucionais processuais, sobretudo o contraditório. Se o processo existe para tutelar os direitos, deve conceder ao juiz um papel ativo, efetivo e dinâmico para que possa cumprir a sua tarefa.

5.6. Quem dever produzir as provas?

Se, de um lado, há quem considere (PONTES DE MIRANDA, 1978, p.514) que as partes¹⁶⁶, com exclusividade, têm o ônus de provar os fatos e que “conferir ao juiz poderes para determinar a produção de prova testemunhal ou documental significa ‘quebrar toda a longa escadaria’, que se subiu, através de cento e cinquenta anos de civilização”, lado outro, há quem defenda (BEDAQUE, 2013, p.13) que “o juiz deve ter iniciativa probatória a fim de alcançar a verdade processual, sem as limitações impostas pelos litigantes.”

Se no princípio do dispositivo a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes e no princípio do inquisitório cabe o protagonismo judicial, então, passemos à indagação, propulsora do desenvolver do estudo: Quem deve produzir as provas?

A resposta para esse questionamento está pautada em um movimento pendular que oscila entre os princípios do dispositivo e do inquisitório¹⁶⁷, atingindo seu equilíbrio em um ideal cooperativo de processo, distribuindo os poderes entre os sujeitos de forma equilibrada, findando o duelo entre os modelos clássicos.

O princípio da cooperação determina como o processo civil deve se estruturar no direito Português¹⁶⁸ (art. 7º do CPC) e Brasileiro¹⁶⁹ (art. 6º do NCPC). Para (DIDIER JR, 2015, p.125) enquanto

¹⁶⁶ A teoria clássica processual civil que determina o juiz como mero apreciador de provas tem apoio de prestigiada doutrina como Liebman, Pontes de Miranda, bem como (LESSONA, 1928, p.56), entende que “a iniciativa probatória não pode pertencer ao juiz, salvo previsão expressa em lei, pois provar significa tornar conhecidos do julgador os fatos duvidosos e discutidos. Como tais fatos se referem-se as partes, elas que conhecem os meios idôneos para demonstrá-los.” No mesmo sentido os doutrinadores espanhóis Juan Montero Aroca e Andrés de La Oliva Santos defendem a limitação da iniciativa judicial quanto à produção de provas e concordam com a Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, em vigor na Espanha desde janeiro de 2001, em que há expressa menção à necessidade de provocação da atividade jurisdicional pelo interessado.

¹⁶⁷ Defende (MITIDIERO, 2012, p.69) que há duas perspectivas relacionadas a análise histórico-dogmática da tradição processual que demonstra como a cooperação ganhou forma no contexto processual brasileiro, “resulta da superação histórica – e, pois, cultural – dos modelos de processo isonômico e processo assimétrico. Há quem caracterize a cooperação, ainda, a partir das conhecidas linhas do processo dispositivo e do processo inquisitório.”

¹⁶⁸ Já era previsto no ordenamento jurídico Português desde a reforma da lei processual, Decreto-Lei n.º 329-A/1995, de 12 de Dezembro vejamos: “Consagra-se o princípio da cooperação, como princípio angular e exponencial do processo civil, de forma a propiciar que juizes e mandatários cooperem entre si, de modo a alcançar-se, de uma feição expedita e eficaz, a justiça do caso concreto, e procurando plasmar, mais uma vez, como adiante melhor se irá especificando, tal princípio nos regimes concretamente estatuidos (v. g., audiência preliminar, marcação de diligências, averiguação de existência de bens penhoráveis). Tem-se, contudo, plena consciência de que nesta sede se impõe a renovação de algumas mentalidades, o afastamento de alguns preconceitos, de algumas inusitadas e esotéricas manifestações de um já desajustado individualismo, para dar lugar a um espírito humilde e construtivo, sem desvirtuar, no entanto, o papel que cada agente judiciário tem no processo, idôneo a produzir o resultado que a todos interessa - cooperar com boa fé numa sã administração da justiça. Na verdade, sem a formação desta nova cultura judiciária facilmente se poderá pôr em causa um dos aspectos mais significativos desta revisão, que se traduz numa visão participada do processo, e não numa visão individualista, numa visão cooperante, e não numa visão autoritária.”

¹⁶⁹ Almeija-se com o princípio da cooperação um processo judicial mais equânime e com maior participação das partes. Vejamos o posicionamento do STJ BR: “O princípio da cooperação é desdobramento do princípio da boa-fé processual, que consagrou a superação do modelo adversarial vigente no modelo do anterior CPC, impondo aos litigantes e ao juiz a busca da solução integral, harmônica, pacífica e que melhor atenda aos interesses dos litigantes.” (Recurso em Habeas Corpus 99.606/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 20/11/2018). Disponível em <<https://bit.ly/2Ts9Muq>>, consultado em 06.03.2019.

modelo¹⁷⁰ de organização de processo “caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes.” O contraditório deixa de ser visto como uma regra formal que deve ser observada para validade da decisão e passa a ser valorizado como meio imprescindível a fim de aprimorar a decisão judicial.

Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem qualquer destaque para os sujeitos processuais, assim parece-nos ser o modelo mais adequado para uma democracia. A observância do direito ao processo justo é condição necessária e indispensável, embora nem sempre suficiente, para obter decisões justas. Neste prisma, (NUNES, 2008, p.215) sugere um modelo participativo de processo, proposta pelo formalismo-valorativo¹⁷¹, como técnica de construção de um processo civil democrático em conformidade com a Constituição, em que “a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo.” Visa a contribuição de todos para a formação de um processo justo e, conseqüentemente, uma decisão justa.

O juiz idealizado pelo modelo cooperativo é aquele que está em constante busca do diálogo – dever do debate – com as partes, a fim de evitar ao final do processo decisões-surpresas, considerando sempre que possível as razões das partes, assim, todos contribuem para a formação da sentença, com uma decisão completa. Ressalta, entretanto, que as partes não decidem com juiz no momento da decisão, não há paridade, haja vista que é uma função exclusiva daquele. A paridade processual acentua-se na fase da instrução probatória, momento em que o juiz é imparcial. Sob essa perspectiva, o juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua decisão e assimétrico apenas quando impõe suas decisões, assim (MITIDIERO, 2012, p.67) sugere que o órgão jurisdicional assume um duplo papel na condução do processo, quais sejam, “paridade no diálogo e assimetria apenas no momento da decisão”.

O princípio da cooperação visa a cooperação do juiz para com as partes no processo de forma equilibrada e, inclusive, a cooperação entre as partes, pautada no Estado Constitucional.¹⁷² Assim, compreende a expressão “divisão do trabalho”, frequentemente utilizada por (MOREIRA, 1989, p.35),

¹⁷⁰ A cooperação pode ser vista sob dois enfoques no direito processual civil, como modelo e como princípio. Este estudo está voltado sob a vertente do princípio. Enquanto modelo processual (MITIDIERO, 2012, p.68) diz-nos que “é um modelo que visa a organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando como uma verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), em que privilegia o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes (*prozessualen Zusammenarbeit*). Em outras palavras: visa a dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os participantes. Como modelo, a colaboração rejeita a jurisdição como pólo metodológico do processo civil, ângulo de visão evidentemente unilateral do fenômeno processual, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo como centro da sua teoria, concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática insita ao Estado Constitucional.”

¹⁷¹ Por formalismo compreende-se (OLIVEIRA, 2010, p.28) “delimitação dos poderes, faculdade e deveres dos sujeitos processuais, coordenação da sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo.”

¹⁷² O doutrinador (MITIDIERO, 2012, p.71) entende que “não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange a sorte do litígio.”

porque agora o juiz não conduz o processo ignorando ou minimizando o papel das partes, ou expressão usada por (SOUSA, 1997, pp.64-66) “comunidade de trabalho”, mas sim atua em uma posição paritária, com diálogo e equilíbrio.

É a luz deste princípio que se compreende o dever de cooperação entre as partes do processo, como se pode verificar no CPC Português, por exemplo, o dever de o executado indicar bens seus para serem penhorados sob pena de sanção pecuniária compulsória (art. 750º, n.º 1)¹⁷³ e o dever de uma parte apresentar documentos destinados a demonstrar fatos que lhes são desfavoráveis sob pena de inversão das regras do ônus da prova (art. 417º, n.º 2)¹⁷⁴ ou entre as partes e o juiz designadamente no que tange as regras sobre a marcação de diligências (art. 151º)¹⁷⁵ (RESENDE, 2016, p.22).

No NCPC Brasileiro, tem-se os deveres: que cabe as partes, os procuradores e todos aqueles que de qualquer forma participem do processo tem que exercer (art. 77º)¹⁷⁶, colaboração com o Poder Judiciário para descobrimento da verdade (art. 379º, II)¹⁷⁷, indicação de bens à penhora (art. 774º, V)¹⁷⁸.

Com o advento do princípio da cooperação tornou-se possível, pelo menos, no texto normativo, o trabalho mútuo e de alcance geral, entre todas as personagens do processo a fim de que contribuam igualmente para a busca de uma decisão justa. Pode-se afirmar que não há mais a condução inquisitorial do processo, com protagonismo do judiciário e tampouco as partes detêm o monopólio na condução do processo.

¹⁷³ Dispõe o art. 750º, n.º 1 do CPC Português: “Se não forem encontrados bens penhoráveis no prazo de três meses a contar da notificação prevista no n.º 1 do artigo 748.º, o agente de execução notifica o exequente para especificar quais os bens que pretende ver penhorados na execução; simultaneamente, é notificado o executado para indicar bens à penhora, com a cominação de que a omissão ou falsa declaração importa a sua sujeição a sanção pecuniária compulsória, no montante de 5 % da dívida ao mês, com o limite mínimo global de 10 UC, se ocorrer ulterior renovação da instância executiva e aí se apurar a existência de bens penhoráveis.”

¹⁷⁴ Dispõe o art. 417º, n.º 2 do CPC Português: “Aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ônus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil.”

¹⁷⁵ Dispõe o art. 151º do CPC Português: “1 -A fim de prevenir o risco de sobreposição de datas de diligências a que devam comparecer os mandatários judiciais, deve o juiz providenciar pela marcação do dia e hora da sua realização mediante prévio acordo com aqueles, podendo encarregar a secretaria de realizar, por forma expedita, os contactos prévios necessários. 2 - Quando a marcação não possa ser feita nos termos do número anterior, devem os mandatários impedidos em consequência de outro serviço judicial já marcado comunicar o facto ao tribunal e identificar expressamente a diligência e o processo a que respeita, no prazo de cinco dias, propondo datas alternativas, após contacto com os restantes mandatários interessados. 3 - O juiz, ponderadas as razões aduzidas, pode alterar a data inicialmente fixada, apenas se procedendo à notificação dos demais intervenientes no ato após o decurso do prazo a que alude o número anterior. 4 - Logo que se verifique que a diligência, por motivo imprevisto, não pode realizar-se no dia e na hora designados, deve o tribunal dar imediato conhecimento do facto aos intervenientes processuais, providenciando por que as pessoas convocadas sejam prontamente notificadas do adiamento. 5 - Os mandatários judiciais devem comunicar prontamente ao tribunal quaisquer circunstâncias impeditivas da sua presença. 6 - Se ocorrerem justificados obstáculos ao início pontual das diligências, deve o juiz comunicá-los aos advogados e a secretaria às partes e demais intervenientes processuais, dentro dos trinta minutos subsequentes à hora designada para o seu início. 7 - A falta da comunicação referida no número anterior implica a dispensa automática dos intervenientes processuais.”

¹⁷⁶ Dispõe o art. 77º do NCPC Brasileiro: “Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.”

¹⁷⁷ Dispõe o art.379º do NCPC Brasileiro: “Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: (...)II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária”.

¹⁷⁸ Dispõe o art.774 do NCPC Brasileiro: “Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: (...)V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.”

O único objetivo é a condução cooperativa, sem protagonismos, com as partes e o judiciário em posição paritária. As partes litigantes devem ter ciência de que, seja a sua participação grandiosa ou ínfima, poderão influenciar na decisão final, sendo necessário cumprir os deveres de colaboração. Por isso, o tribunal deve auxiliá-las a colaborar para a descoberta da verdade material¹⁷⁹. No mesmo sentido, o órgão jurisdicional assume um novo papel ao lado das partes, uma autorresponsabilização probatória, que fundamenta a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova. Assim, deve o juiz fazer uso dos poderes instrutórios que detém, diante das peculiaridades do caso concreto e atendendo às circunstâncias do processo, flexibilizar as regras estáticas e dinamizar o ônus da prova. Feito isso, o juiz poderá cumprir sua difícil missão, que é o julgar o processo com justiça. (CAVALCANTI, 2014, p.107)

Diante dos aspectos analisados, conclui-se que a resposta para a pergunta que nos foi pertinente no início deste debate não é tão simples como se imaginava e tampouco definitiva: tanto as partes quanto o juiz podem e devem produzir as provas necessárias para deslinde do feito, com único objetivo, alcançar uma decisão justa. Entretanto, é preciso ter cautela nessa afirmação, uma vez que primeiramente cabe às partes trazer as provas necessárias, para então o magistrado definir quais são as demais provas que precisam ser produzidas. Às partes cabe o ônus da prova, inclusive porquê as regras de distribuição do ônus da prova estão direcionadas à elas. Ao juiz, sendo um dos destinatários da prova, pode e deve determinar provas de ofício, se caso restar dúvidas sobre a certeza dos fatos, sempre observando a imparcialidade. Vale ressaltar que a decisão do juiz acerca da produção de provas deve ser fundamentada, razão pela qual deve cientificar as partes da iniciativa probatória de ofício, sob pena de proferir decisões-surpresa, procedimento vetado pelo ordenamento jurídico. Dentro dos limites impostos, deve o magistrado usar os poderes instrutórios para auxiliá-lo na busca da verdade, assumindo um comportamento ativo e cooperativo no processo.

¹⁷⁹ Sob o ponto de vista ético, o processo pautado pela cooperação, como refere (MITIDIERO, 2012, p.70) "é um processo orientado pela busca, tanto quanto possível, da verdade, e que, para além de emprestar relevo a boa fé subjetiva, também exige de todos os seus participantes, a observância da boa-fé objetiva, sendo igualmente seu destinatário o juiz." A boa fé objetiva demonstra um comportamento merecedor de fé, que não frustra a confiança do outro.

CONCLUSÃO

Quando esta dissertação de mestrado assumiu como objetivo analisar o tema prova, nomeadamente quem deve produzir as provas, pautou-se na análise sob dois aspectos: da distribuição do ônus da prova entre as partes e na atividade probatória do juiz. Após a construção do estudo, nos permite concluir que:

- a) A nova concepção de processo entende que a produção de provas não está limitada exclusivamente às partes, impõe-se ao juiz moderno uma postura mais ativa, que não deve medir esforços para determinar a produção de provas, em busca da verdade material. Exige-se a cooperação entre o órgão julgador e as partes. O processo tem como finalidade alcançar meios que proporcione aos litigantes um processo justo, com o objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça;
- b) O direito tem que acompanhar os anseios da sociedade e as mudanças que ocorrem, se antes o juiz era visto como um árbitro, atualmente é-lhe conferido o poder-dever de adotar uma postura de maior intervenção no processo, de modo a ultrapassar as restrições referentes à limitação ao uso dos meios probatórios, ordenar ou realizar, mesmo que oficiosamente e sem restrições, as diligências necessárias para apuração da verdade real no que diz respeito à licitude dos fatos, cabe-lhe impedir o seguimento do que for impertinente ou dilatatório, a fim de formar o seu convencimento e alcançar uma justa composição do litígio em tempo hábil.
- c) Ao assumir o papel ativo, o juiz carrega para si uma auto responsabilização probatória, deverá fazer uso dos poderes instrutórios e aplicar no caso concreto a flexibilização das regras estáticas, dinamizando o ônus probatório. As regras de distribuição do ônus da prova devem ser utilizadas em último caso, se houver alguma prova que contribuirá para a formação do convencimento do juiz. Por isso, é permitido ao juiz adentrar a atividade probatória sempre imparcialmente, observando o princípio do contraditório e o princípio do devido processo legal;
- d) O juiz pode apreciar livremente as provas, entretanto, tem o dever de indicar na sentença a motivação do seu convencimento, pautado no princípio da legalidade. Bem verdade é que, somente se alcança a garantia do direito das partes quando a sentença judicial estiver em consonância entre a prova e a verdade. Desta forma, o convencimento do juiz, deve estar associado a busca pela verdade, devendo basear-se entre os elementos probatórios extraídos do processo;
- e) O modelo cooperativo de processo no Brasil foi inspirado no modelo processual Português. A aplicação do princípio da cooperação já era rica mesmo sem texto normativo e aplicada de forma reiterada,

inclusive pelo STJ Brasileiro. O NCPC Brasileiro traz inovações relevantes referente ao regramento sobre o ônus da prova, em especial sobre a possibilidade de dinamizar o ônus probatório, fato que já era aceito pela doutrina e jurisprudência. O código prevê expressamente a dinamização convencional entre as partes, anterior ou durante ao próprio processo. Frise-se que essa possibilidade já era prevista no código de processo civil brasileiro de 1973, no art. 333º, decorrente de acordo entre as partes. Acredita-se que a dinamização convencional tornará mais habitual, sob a égide do modelo cooperativo de processo, principalmente ao que tange aos negócios jurídicos processuais;

- f) A cooperação do juiz para com as partes e, entre estas, de forma equilibrada, sem destaque para quaisquer personagens do processo é característica do modelo cooperativo de processo, cujo objetivo é contribuir igualmente para a busca de uma decisão justa;
- g) O tribunal deve incentivar a colaboração das partes para a descoberta da verdade material. Na atualidade, ao juiz é atribuído mais poderes como a gestão do processo e, percebe-se cada vez mais, a exigência de cooperação entre o tribunal e as partes como meio de alcançar a verdade, e não é só a divisão de tarefas que se observa neste sistema, vai além, pressupõe a auto responsabilização de todos os sujeitos processuais. Não merece grandes críticas o sistema que faz recair sobre as partes o ônus de carrear para o processo os fatos que, após análise no direito material e formal, permitirá ao juiz a aplicabilidade do direito e a conseqüente decisão ao caso concreto;
- h) A junção do poder instrutório do juiz, a colaboração e participação ativa das partes alcança melhores objetivos relativos a produção de provas. No campo do processo civil, percebe-se claramente a atuação ativa do juiz que, hoje, não se limita a assistir a produção de provas de maneira inerte, uma vez que em principio pode e deve assumir a iniciativa destas, entretanto, pode satisfazer-se com as provas que foram produzidas por iniciativa das partes e, limitar-se a acolher aquelas que são relevantes ao processo;
- i) O juiz exerce um poder instrutório subsidiário, cabe as partes primeiramente a produção de provas, se o juiz julgar necessário alguma outra prova relevante e que será necessária para formar seu convencimento, pode realizar de ofício. Relativamente a prova, não tem relevância quem a trouxe para o processo, o objetivo é findar a instrução probatória com a necessidade de decidir apesar da incerteza, haja vista a proibição do *non liquet*. O juiz deve julgar, de acordo com as provas que tem no processo. Entretanto, é preciso que o juiz tenha cautela, porque se a parte interessada na lide não produziu àquela prova essencial para o seu êxito, é o risco que suporta de uma provável improcedência. Assim cabe o juiz julgar com o que ele tem em mãos. Se o juiz não sentir confortável nessa situação para julgar procedente, então que julgue improcedente. Com o advento do principio da cooperação criou-se uma “utopia do juiz diligente”, enquanto “na realidade o juiz está por detrás de milhares de processos”, que

dependem de julgamento por meio uma decisão de mérito justa e efetiva, dentro de um prazo razoável. Por isso é importante a cooperação entre todas as partes que compõe este feixe de inúmeras relações jurídicas. Contudo, é de suma importância que o juiz exerça, se possível, a iniciativa probatória que lhe é pertinente, de forma a esclarecer os fatos e a situação material por completo, visto que não será ao limitar a sua atividade instrutória que estará resguardada a sua imparcialidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros e periódicos:

ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Seffair Lins de. **O princípio do dispositivo, a instrução probatória e os poderes do juiz**. Dissertação Mestrado em Direito USP, São Paulo, 2014. Disponível em <<https://bit.ly/2Fogpcc>>, consultado em 02.08.2018.

ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. **Os poderes instrutórios do juiz no processo civil e a instrumentalidade do processo**. Revista de Informação Legislativa, v. 38, n. 152, pp. 89-101, out./dez. 2001. Disponível em <<https://bit.ly/2FwelAt>>, consultado em 27.02.2019.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento**. 17.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVIM, Teresa Arruda. **Noções gerais sobre processo no Código de Defesa do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 10, 1994.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito processual civil**. 11.ed. Coimbra: Almedina, 2013.

ANDRADE, Manuel Domingues de. **Noções elementares de processo civil**. Coimbra: Almedina, 1956.
— **Teoria Geral da Relação Jurídica**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1992.

AZÁRIO, Márcia Pereira. **Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro**. Dissertação Mestrado em direito UFRS, Porto Alegre, 2006. Disponível em <<https://bit.ly/2FtPJYQ>> , consultado em 10.12.2018.

BARBERIO, Sergio José. **Cargas probatórias dinâmicas: que se debe proba rel que no puede probar?** In: PEYRANO, Jorge W. Cargas probatórias, 2004, p.101 *apud* KNIJNIK, Danilo. **As perigosíssimas doutrinas do onus dinamico da prova e da situacao do senso comum como instrumentos para assegurar o acesso a justica e superar a probatio diabolica**. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor Jose Carlos Barbosa Moreira*. Sao Paulo: RT, 2006.

BAUR, Fritz. **Il processo e le correnti culturali contemporanee**, in *Rivista di Diritto Processual*. Padova, 1972 p. 253, *ss apud* VAZ, Alexandre Mario Pessoa. **Direito processual civil do antigo ao novo código**. 2.ed., Coimbra, Almedina, 2002.

— **Transformações do processo civil em nosso tempo**. Revista brasileira de direito processual. Belo Horizonte, v. VII, p. 58-59 *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual, processo de conhecimento e procedimento comum – vol I**, 58.ed. rev., atual e ampl.- Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

— **Efetividade do processo e técnica processual**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. **A inversão do ônus da prova e a Teoria da Distribuição Dinâmica: semelhanças e incompatibilidades**. Rev. Bras. Polit. Públicas (Online), Brasília, v. 6, n° 3, pp. 140-155, 2016.

BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova**. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, vol.57, pp.113-140, 1962. Disponível em <<https://bit.ly/2UPPhJM>>, consultado em 30.08.2018.

CALHEIROS, Maria Clara. **Para uma teoria da prova**. Estudos CEJUR, Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, vol. I, 20.ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

CAMBI, Eduardo. **Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§1º e 2º do NCPC**. In:MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org). Processo de conhecimento:provas.Salvador: Juspodivm, 2015.

CAPACETE, José António. O princípio dispositivo e a aquisição dos fatos no processo civil. Centro de estudos judiciais (CEJ)- Balanço do novo processo civil, 2016. Disponível em <<https://bit.ly/2nNdMKn>> , consultado em 22.07.2018.

CAPELLETTI, Mauro. **La oralidade y las pruebas en el proceso civil**. Buenos Ayres: EJEA, 1972 *apud* BARREIROS, José Otacilio. **O papel do juiz no processo civil moderno**. São Paulo, 2001. Disponível em <<https://bit.ly/2HB8tli>>, consultado em 23.02.2019.

CARDOSO, Eurico Lopes. **Código de Processo Civil anotado**. 2.ed. Coimbra: Almedina, p.31, 1961, *apud* RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova e formação da convicção do juiz**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**. vol I, pp. 53 e ss *apud* RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. Coimbra: Almedina, 2000.

CARPES, Artur Thompsen. **Prova e participação no processo civil: a dinamização do ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais**. Dissertação de Pós graduação em direito UFRS, Porto Alegre, 2008. Disponível em <<https://bit.ly/2U3eqDr>>, consultado em 10.12.2018.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel; NOYA FERRREIRO, Lourdes; RODRIGUÉZ ÁLVAREZ, Ana. **Tratado sobre la disposición del proceso civil. Proceso civil y principio dispositivo**. Tirant Lo Blanch, Valência, 2017.

CAVALCANTI, Caio de Oliveira. **Por uma distribuição dinâmica do ônus da prova**. Dissertação Mestrado em Direito, na Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito. Disponível em <<https://bit.ly/2HTGXFp>>, consultado em 15.02.2019

CHACUR, Rachel Lopes Queiroz. **O princípio do dispositivo e a prova: “uma nova visão do processo civil”**. Colloquium Humanarum, Presidente Prudente, v.2, n.1, p.9-16, jan./jun., 2004. Disponível em <<https://bit.ly/2UOrSbw>>, consultado em 25.05.2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol. III, tradução J. G. Menegale, São Paulo: Saraiva, 1945, p.131 *apud* MORAES, José Rubens. **Sociedade e verdade – evolução histórica da prova**. Tese Doutorado em Direito Processual, Faculdade de Direito Universidade de São Paulo – FDUSP, São Paulo, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

— **Teoria geral do processo**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COSTA JUNIOR, Lucas Danilo Vaz. **A teoria da carga dinâmica probatória sob a perspectiva Constitucional de processo**. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 12, pp. 261-279, jan./jun. 2009. Disponível em <<https://bit.ly/2HLPLwJ>>, consulta em 18.01.2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e brasileiro**. Coimbra, Almedina, 2012.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho, 3. ed., São Paulo, Martins Fontes, 1996.

DIDIER JR, Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. Revista de Processo: RePro, v. 36, n. 198, pp. 207-217, ago. 2011. Disponível em <<https://bit.ly/2QpF9om>>, consultado em 21.07.2018.

— **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17.ed, v.1, Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie, BRAGA; Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10.ed, v.2, Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido. Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

— **Instituições de direito processual civil**. v.3. São Paulo: Malheiros, 2001.

— **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

— **Instituições de direito processual civil**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros, 2017.

FARIA, Rita Lynce de. **A inversão do ônus da prova no direito civil português**. Lisboa:Universidade católica editora, Lex, 2001.

FERNANDEZ, Elizabeth. **A prova difícil ou impossível : (a tutela judicial efetiva no dilema entre a previsibilidade e a proporcionalidade)**. Coimbra : Coimbra Editora, pp. 811-834. Separata de "Estudos em homenagem ao prof. doutor José Lebre de Freitas", 2013.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto**. 3.ed.,Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

- GERALDES, António Santos Abrantes. **Temas da reforma do processo civil**. Coimbra:Almedina, 1997.
- GODINHO, Robson Renault. **A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais**. De jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 8, pp. 384-407, jan./jun. 2007. Disponível em <<https://bit.ly/2HxTpv7>>, acesso em 18.01.2019
- GOMES, Sergio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro:Forense, 1997.
- GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GOUVEIA, Mariana França. **Os Poderes do Juiz Cível na Acção Declarativa em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão**. Revista Julgar n° 1: Associação Sindical dos Juizes Portugueses. Lisboa, 2007, pp. 47-65.
- **O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual**. Revista da Ordem dos Advogados, ano 73, vol.II/III, pp. 595-617, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31.ed, Malheiros:São Paulo, 2015.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, São Paulo, n. 21, p.7, 2002 *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- HERCULANO, Alexandre, **História de Portugal. Desde o começo da Monarquia até o fim do Reino de Afonso III**. Tomo IV, Lisboa, Bertrand, 1983, pp.496-497 *apud* CALHEIROS, Maria Clara. **Para uma teoria da prova – (Estudos CEJUR)**, Coimbra:Coimbra Editora, 2015.
- JAUERING, Othmar. **Direito processual civil**. 25.ed, Almedina, Porto, 2002.
- KNIJNIK, Danilo. **As perigosíssimas doutrinas do ônus dinâmico da prova e da situação do senso comum como instrumentos para assegurar o acesso a justiça e superar a probatio diabolica**. *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Sao Paulo: RT, 2006.
- LESSONA, Carlos. **Teoria general de la prueba em derecho civil**. Tradução José Maria Manresa y Navarro, vol. 1.Madrid: Réus, 1928.
- LIMA, Pires; VARELA, Antunes. **Código civil anotado**. I, 4.ed, 1987, p.306 *apud* RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. Coimbra:Almedina, 2000.
- LOPES DO REGO, Carlos Francisco de Oliveira. **Comentários ao código de processo civil**. Coimbra: Almedina, 1999.
- MACHADO, António Montalvão. **O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil**. 2.ed, rev. e atual. Coimbra: Almedina,2001.

MARINONI, Guilherme Luiz. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**. Revista de programa de mestrado em ciência jurídica da Fundinopi, 2005. Disponível em <<https://bit.ly/2Wg5rff>>, consultado em 10.02.2019

MENDES, João Castro. **Direito processual civil**. Lisboa:Associação Académica, 1985.

MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Ejea 1961.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol.II. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MITIDIEIRO, Daniel. **Processo justo, colaboração e ônus da prova**. Revista TST, vol.78, n.º1, jan/mar. Brasília, 2012. Disponível em <<https://bit.ly/2FkY53P>>, consultado em 06.03.2019.

MONTERO AROCA, Juan. **Proceso (civil y penal) y garantia**. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

MORAES, José Rubens. **Sociedade e verdade – evolução histórica da prova**. Tese Doutorado em Direito Processual, Faculdade de Direito Universidade de São Paulo – FDUSP, São Paulo, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo**. Revista de Processo, ano X, v. 37, 1985.

— **O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

— **Reformas processuais e poderes do juiz**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

NEVES E CASTRO, Francisco Augusto das. **Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis**. Porto/Braga:Livraria Internacional, 1880, p.12 *apud* CALHEIROS, Maria Clara. **Para uma teoria da prova**. Estudos CEJUR, Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba:Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um Formalismo-Valorativo**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O Ônus da Prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

— **O ônus da prova**. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PATRÍCIO, Ana Cristina do Amaral. **A inversão do ônus da prova, no caso de não colaboração de uma das partes**. Dissertação Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Católica, Lisboa, 2013. Disponível em <<https://bit.ly/2FkTwqk>>, consultado em 19.01.2019.

PAULA, Cyntia Assis de; CABRAL, Geraldo Divino; VAS, Leide Socorro Monteiro. **A função política da motivação das decisões**. v.7,n.9, 2015. Disponível em <<https://bit.ly/2TIMxIS>>, consultado em 04.03.2019.

PINHEIRO, Ítalo Barbosa Leôncio. **O ônus da prova do não cumprimento das obrigações de responsabilidade contratual**. Dissertação Mestrado em Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em <<https://bit.ly/2Omcscm>>, consultado em 15.12.2018

PEDRO, Rute Teixeira. **A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado**. Coimbra, 2008 *apud* VOUGA, Rui Torres, **A responsabilidade civil médica (decorrentes de actos médicos praticados em hospitais públicos)**, 1.ed.,2018. Disponível em <<https://bit.ly/2FokYTS>>, consultado em 13.02.2019.

PEREIRA, Rafael Caselli. **A compatibilidade do princípio do dispositivo e da imparcialidade com a iniciativa probatória do juiz**. Revista de Direito Processual Civil, Ano IX, Curitiba, 2006.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús. **Introducción al derecho procesal**. 1.ed. Santiago de Compostela: Tórculo Edicións, 2008.

— **Derecho procesal civil**. Tomo 1, 3.ed. Santiago de Compostela: Andavira Editora, 2012.

RAPOSO, Vera Lúcia, **Do ato médico ao problema jurídico:breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional – (VDA)**, Coimbra, Almedina, 2013.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. Coimbra: Almedina, 2000.

REIS, José Alberto dos. **Código de Processo Civil Anotado**. Vol. III, 4. ed.,reimpr. Coimbra:Coimbra Editora, 1985.

— **Código de processo anotado**. Coimbra,1980-1981, p.273 *apud* RODRIGUES, Fernando Pereira.

O novo processo civil: os princípios estruturantes. Coimbra: Almedina, 2013.

— **Código de processo anotado**. Coimbra,1987, p.568 *apud* RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova e formação da convicção do juiz**. 2.ed. Coimbra:Almedina, 2016.

RESENDE, Miguel. **Balanço do novo processo civil: O princípio da cooperação no processo civil – II**. 1.ed., Lisboa. 2017. Disponível <<https://bit.ly/2nNdMKn>>, consultado em 06.03.2019.

REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. **Mecanismos inquisitivos do processo administrativo disciplinar federal(Lei Federal nº. 8.112/1990)**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, V.274, 2017.

RITCHER, Bianca Mendes Pereira. **A prova através dos juízes de Deus na Idade Média**. Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo, S. B. do Campo, v.1, n.21, jan./jun. 2015. Disponível em <<https://bit.ly/2JzHZZp>>, consultado em 23.10.2018.

RODRIGUES, Fernando Pereira. **O novo processo civil: os princípios estruturantes**. Coimbra:Almedina, 2013.

— **Os meio de prova em processo civil**. 2. ed., rev e atual.Coimbra:Almedina, 2016.

RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova e formação da convicção do juiz**. 2.ed.,Coimbra:Almedina, 2016.

- SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. Vol.I, São Paulo: Max Limonad,1961.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. **Provas, direito probatório material**, in B.M.J, 1961, Novembro, 110º-111 *apud* RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ónus da prova no processo civil**. Coimbra:Almedina, 2000.
- SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Coimbra:Editora Coimbra, 2003.
 — A realização coercitiva de testes de ADN – Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Coimbra: Almedina, 2002.
- SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da probatio levior à inversão do ónus da prova**. Revista de processo, 2013. Disponível em <<https://bit.ly/2CvYgJ2>>, consultado em 19.02.2019.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. **As partes, o objecto e a prova na acção declarativa**, Lisboa:LEX, 1995.
 — **Estudos sobre o novo processo civil**. 2ª ed. Lisboa: LEX,1997.
- TARUFFO, Michele. **La Prueba. Artículos y Conferencias**. Santiago, Chile:Editora Metropolitana, 2009.
 — **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos, 1.ed. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012.
 — **Processo civil comparado: ensaios**. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2013.
 — **A prova**. tradução João Gabriel Couto. 1.ed. São Paulo:Marcial Pons,2014.
 — **Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos**. Mexico, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013 *apud* CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Prova. Princípio da verdade real. Poderes do juiz. Ônus da prova e sua eventual inversão. Provas ilícitas. Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)**.Revista Brasileira de Direito de Família, nº 3, do IBDFAM, outubro-dezembro/99, Síntese Editora, p. 05/23). Disponível em <<https://bit.ly/2WabBy2>>, consulta em 23.01.2019.
 — **Curso de direito processual civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**, Vol I, 56.ed. rev., atual e ampl.- Rio de Janeiro: Forense, 2015.
 — **Curso de direito processual civil –Teoria geral do direito processual, processo de conhecimento e procedimento comum**. Vol I, 58.ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Código do consumidor e processo civil: aspectos polêmicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. **Manual de Processo Civil**. 2.ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.
 — **Manual de Processo Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- VAZ, Alexandre Mario Pessoa. **Direito processual civil do antigo ao novo código**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- VOUGA, Rui Torres, **A responsabilidade civil médica (decorrentes de actos médicos praticados em hospitais públicos)**1.ed.,2018. Disponível em <<https://bit.ly/2FokYTS>>,consultado em 13.02.2019.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, **Una commedia degli Errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento**, 2008 *apud* RAPOSO, Vera Lúcia. **Do ato médico ao problema jurídico: breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional – (VDA)**, Coimbra, Almedina, 2013.

Jurisprudência

Acórdão do STJ PT, de 14 de maio de 2015, Proc. n.º 1520/04.3TBPBL.C1.S1-A, Rel. PINTO DE ALMEIDA. Disponível em <<https://bit.ly/2Cxq8fD>>, consultado em 11.02.2018.

Acórdão do STJ PT, de 07 de maio de 2015, Proc. n.º 4572/09.6YYPRT-A.P2.S1, Rel. ORLANDO AFONSO. Disponível em <<https://bit.ly/2zuSto1>>, consultado em 05.06.2018.

Acórdão do STJ PT, de 31 de Janeiro de 2012, Proc. n.º 875/05.7TBILH.C1.S1, Rel. NUNO CAMEIRA. Disponível em <<https://bit.ly/2FrKpVO>>, consultado em 01.10.2018.

Acórdão do TRP, de 11 de abril de 2018, proc. n.º 10888/14.2T8PRT-A.P1, Rel. MIGUEL BALDAIA DE MORAIS. Disponível em <<https://bit.ly/2Tny3e>>, consultado em 01.10.2018.

Acórdão do TJMG, Apelação Cível 1.0431.13.001347-4/001, Rel. DOMINGOS COELHO, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 27/03/2019, Dje 03/04/2019. Disponível em <<http://twixar.me/PsZK>>, consultado em 03.04.2019.

Acórdão do STJ BR, REsp 1667776/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/06/2017, Dje 01/08/2017. Disponível em <<https://bit.ly/2U4jzMI>>, consultado em 01.03.2019.

Acórdão do STJ BR, REsp 1.286.704/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, Dje 28/10/2013. Disponível em <<https://bit.ly/2UPeyDV>>, consultado em 01.03.2019.

Acórdão do STJ PT, de 7 de outubro de 2010, Proc. n.º 1364/05.5TBBC.LG1, Rel. FERREIRA DE ALMEIDA. Disponível em <<https://bit.ly/2Oju5JL>>, consultado em 06.02.2019

Acórdão do STJ PT, de 22 de setembro de 2011, Proc. n.º 674/2001 P.L.S1, Rel. BETTENCOURT DE FARIA. Disponível em <<https://bit.ly/2ToGwF8>>, consultado em 05.02.2019.

Acórdão do TRL, de 17 de setembro de 2009, Proc. n.º 486/2002.L1-2, Rel. ONDINA CARMO ALVES. Disponível em <<https://bit.ly/2WiPUMd>>, consultado em 06.02.2019.

Acórdão do STJ, de 03 de outubro de 2017, Proc. n.º 737/13.4TBMDL.G1.S1, Rel. PINTO DE ALMEIDA. Disponível em <<https://bit.ly/2rL4C1x>>, consultado em 06.02.2019.

Acórdão do TRC, de 06 de fevereiro de 2018, Proc. n.º 5525/16.3T8CBR.C1, Rel. VÍTOR AMARAL. Disponível em <<https://bit.ly/2USAJZS>>, consultado em 06.02.2019.

Acórdão do STJ PT, de 23 de fevereiro de 2012, Proc. n.º 994/06.2TBVFR.P1.S1, Rel. BETTENCOURT FARIA. Disponível em <<https://bit.ly/2rM7ISZ>>, consultado em 06.02.2019.

Acórdão do STJ BR, REsp 802832/MG, Rel.Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011. Disponível em <<https://bit.ly/2HxDFYM>>, consultado em 05.02.2019.

Acórdão do STJ BR, Agravo de Instrumento no Agravo em REsp 1292086/RJ, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2018, DJe 13/09/2018. Disponível em <<https://bit.ly/2Cxx6Bn>>, consultado em 08.02.2019.

Acórdão do TJMG, Agravo de Instrumento-Cv 1.0382.17.001325-6/001, Rel. CLARET DE MORAES, 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/12/2018, DJe 25/01/2019. Disponível em <<https://bit.ly/2UKSYQS>>, consultado em 09.02.2019.

Acórdão do TJMG, Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.18.079497-6/001, Rel. JOÃO CANCIO, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 27/11/2018, DJe 29/11/2018). Disponível em <<https://bit.ly/2UWLYQQ>>, consultado em 10.02.2019

Acórdão do TJRS, Embargos Infringentes nº 70017662487, Rel. ODONE SANGUINÉ, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 31/08/2007, DJe 08/10/2007. Disponível em <<https://bit.ly/2OjGRI5>>, consultado em 10.02.2019.

Acórdão do STJ BR, REsp 1667776/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 01/08/2017. Disponível em <<https://bit.ly/2HRMZ9v>>, consultado em 01.03.2019.

Acórdão do STJ BR, REsp 1.549.467/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/9/2016, DJe 19/9/2016. Disponível em <<https://bit.ly/2TsHL6h>>, consultado em 09.02.2019.

Acórdão do TJMG, Apelação Cível 1.0363.15.003546-9/001, Rel.VASCONCELOS LINS, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 12/02/2019, DJe 15/02/2019. Disponível em <<https://bit.ly/2TSihnJ>>, consultado em 09.03.2019.

Acórdão do TJMG, Agravo de Instrumento-Cv 1.0569.15.002099-2/001, Rel. ARNALDO MACIEL, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018. Disponível em <<https://bit.ly/2URFRNY>>, consultado em 25.02.2019.

Acórdão do STJ BR, REsp 1.102.306/PR, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 07/05/2009. Disponível em <<https://bit.ly/2Tqu3k9>>, consultado em 25.02.2019.

Acórdão do STJ PT, de 09 de novembro de 2017, Proc. n.º 56277/09.1YIPRT.P2.S1, Rel. TAVORA VICTOR. Disponível em <<https://bit.ly/2Fgzih6>>, consultado em 25.02.2019.

Acórdão do STJ BR, REsp 1.629.844/MT, Rel. Min. LÁZARO GUIMARÃES, QUARTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017. Disponível em <<https://bit.ly/2TWcvBt>>, consultado em 25.02.2019.

Acórdão do STJ BR, REsp 222.445 PR 1999/0061055-5, Rel. Min.SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/03/2002. Dje 29/04/2002. Disponível em <<https://bit.ly/2FtOGlq>>, consultado em 25.02.2019.

Acórdão do STJ BR, Agravo Regimental no REsp 1526659/RJ, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 03/09/2018. Disponível em <<https://bit.ly/2OjWTSb>>, consultado em 28.02.2019.

STJ BR REsp 192.681-PR, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 2/3/2000, Dj 24/03/2003, p.223. Disponível em <<https://bit.ly/2CvY908>>, consultado em 28.02.2019.

Acórdão do STJ BR, no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 231.171/CE, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 25/11/2016. Disponível em <<https://bit.ly/2TpVKcT>>, consultado em 28.02.2019.

Acórdão STJ BR , EDcl no REsp 806.235/ES, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Rel. p/ Acórdão Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 19/12/2018. Disponível em <<https://bit.ly/2UOtMsF>>, consultado em 27.02.2019.

Acórdão do STJ BR, REsp 1.765.772/PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 17/12/2018. Disponível em <<https://bit.ly/2YcTWHX>>, consultado em 03.03.2019

Acórdão do STJ PT, de 30 de março de 2017, Proc. n.º 135/11.4TTCCSC.L1.S1, Rel. ANTÓNIO LEONES DANTAS. Disponível em <<https://bit.ly/2Ydc6sR>>, consultado em 03.03.2019.

Recurso em Habeas Corpus, 99.606/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 20/11/2018. Disponível em <<https://bit.ly/2Ts9Muq>>, consultado em 06.03.2019.