

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

BRUNA SVIERCOSKI SCHMITZ

**A PROVA NO PROCESSO CIVIL: DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS E INICIATIVA
PROBATÓRIA DO JUIZ**

CURITIBA

2016

BRUNA SVIERCOSKI SCHMITZ

**A PROVA NO PROCESSO CIVIL: DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS E INICIATIVA
PROBATÓRIA DO JUIZ**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de bacharel em Direito
pela Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Eduardo Talamini

CURITIBA

2016

*“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei
para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser,
mas graças a Deus, não sou o que era antes”.*

Marthin Luther King.

RESUMO

A presente monografia faz um apanhado sobre relação da verdade com o convencimento judicial a fim de perceber o propósito da prova no processo civil. Para isso, toma como premissa a concepção de Francesco Carnelutti de que o processo tem como objetivo aplicar o direito para uma resolução justa e certa da lide, relacionando-o com a necessidade de se buscar a verdade no processo civil. Estuda as hipóteses processuais em que a verdade acaba se localizando em segundo plano para a decisão judicial e suas respectivas teorias. Analisa o papel das partes e do juiz na produção probatória, dando ênfase ao princípio da cooperação trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, adentrando, ainda, na regra de distribuição do ônus probatório no processo civil e a necessidade de sua inversão. Por fim, examina a atividade probatória do juiz, expondo as opiniões a favor e contra a produção probatória *ex officio* e demonstrando qual delas atualmente impera no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: processo civil; prova; verdade; princípio da cooperação; ônus da prova; inversão do ônus da prova; convencimento judicial; poderes instrutórios do juiz.

ABSTRACT

This monograph gives an account of the relation of truth to judicial conviction in order to understand the purpose of the evidence in the civil procedure. To this end, it takes as a premise the conception of Francesco Carnelutti that the purpose of the process is to apply the right to a righteous and correct resolution of the dispute, relating it to the need to seek truth in civil procedure. It studies the procedural hypotheses in which the truth ends up being located in the background for the judicial decision and their respective theories. It analyzes the role of the parties and of the judge in the probative production, emphasizing the principle of cooperation brought by the Code of Civil Procedure of 2015, also entering into the rule of distribution of the burden of proof in civil proceedings and the need for its reversal. Finally, it examines the probative activity of the judge, exposing the opinions for and against the judge's probative production and demonstrating which of them currently prevails in the Brazilian legal system.

Keywords: civil procedure; proof; truth; principle of cooperation; burden of proof; reserve burden of proof; judicial conviction; judge's power on proof procedure.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. A PROVA NO PROCESSO CIVIL	8
2.1. A RELAÇÃO DA PROVA COM A VERDADE	10
2.1.1. VERDADE SUBSTANCIAL E VERDADE FORMAL	12
2.2. O CONVENCIMENTO JUDICIAL E SUA RELAÇÃO COM A PROVA... 15	
3. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO.....	20
3.1. O DEVER DE COOPERAÇÃO DO JUIZ.....	21
3.2. O DEVER DE COOPERAÇÃO DAS PARTES	23
3.3. O DEVER DE COOPERAÇÃO NA PRODUÇÃO PROBATÓRIA.....	24
4. O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL	27
4.1. ÔNUS DA PROVA E SUAS DIFERENÇAS ENTRE A TEORIA DA VEROSSIMILHANÇA PREPONDERANTE E A REDUÇÃO DO MÓDULO DE PROVA	28
4.2. ÔNUS SUBJETIVO E ÔNUS OBJETIVO	33
4.3. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO	34
5. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ	38
6. CONCLUSÕES	44
7. REFERÊNCIAS.....	46

1. INTRODUÇÃO

Tem-se como a máxima do processo a busca pela verdade, a qual tem como escopo propiciar um julgamento justo da demanda apresentada pelos litigantes e, por consequência, apresentar uma efetiva tutela jurisdicional. O meio pelo qual se faz uma reconstrução fática verossímil e se estabelece uma “verdade” no processo é por meio da produção de provas.

A produção de provas possui diferentes caracteres: atividade, como ato jurídico; meio, pelo qual se pretende demonstrar a realidade dos fatos; fim, através do qual se pretende formar o convencimento do juiz. É certo que da produção de provas depende o resultado do processo e daí decorre a importância de se estudar tal tema.

A existência de uma regra que estabelece a quem incumbe produzir a prova sobre o que se alega é de fundamental importância para a sistemática do processo civil. A partir dela é que as partes podem pensar suas estratégias processuais e o juiz tem parâmetros de julgamento, pois, em caso de prova insuficiente, estabelece qual das partes deve arcar com a consequência negativa decorrente dessa insuficiência.

Contudo, a questão sobre a incumbência de produção da prova não é simples. A regra geral é estabelecida nos incisos I e II do art. 373 do Código de Processo Civil de 2015, mas existem possibilidades de se inverter a distribuição do ônus probatório.

Tal distribuição depende de várias questões, como, por exemplo, a implicação jurídica do fato alegado e se, no caso concreto, tal prova é possível de ser produzida pela parte e a sua produção é exigível, considerando as regras ordinárias de experiência. Ainda, tal inversão só será admissível quando se verifique a impossibilidade de julgamento pela verossimilhança preponderante.

Nos casos em que as partes não produzem qualquer prova ou as provas produzidas são insuficientes para a formação do convencimento, o juiz está impedido de pronunciar o *non liquet*, conforme determinação do art. 140 do CPC, e deve julgar a demanda de acordo com as regras de distribuição do ônus probatório. Excepcionalmente, o juiz pode, de ofício, determinar a produção de provas (art. 370 do CPC).

Sobre essa questão, é obscura a compreensão sobre quando aplicar a regra processual de ônus da prova e quando determinar a produção *ex officio*, o

que adentra na discussão sobre o papel passivo ou ativo do juiz e na relação entre os papéis das partes e do juiz no processo civil.

A filosofia do individualismo é observada diariamente na prática forense, na medida em que muitas vezes as partes não têm interesse em colaborar com o andamento do processo e com a resolução da controvérsia; lhes importa apenas vencer, como num jogo.

Em *O processo como jogo*, Piero Calamandrei¹ coloca que, uma vez conhecidas as regras teóricas de um jogo, o que mais importa para bem jogar é vivenciar como essas regras são compreendidas na prática, como as pessoas efetivamente – tanto advogados como juízes – observam tais regras, quais resistências há a se enfrentar, que reações e que tentativas de desrespeito à regra podem ocorrer. É nesta ótica que o presente trabalho opera.

Buscou-se, então, através do estudo doutrinário e jurisprudencial, bem como através das noções práticas do cotidiano forense, fazer uma análise sobre as regras pertinentes à produção probatória para, ao fim, compreendê-las de uma maneira mais aprofundada em relação ao que se aprende em sala de aula.

¹ CALAMANDREI, Piero. O processo como um jogo. Tradução de Roberto Del Claro. **Revista Gênese**: Curitiba, n. 23, 2002. p. 191-290.

2. A PROVA NO PROCESSO CIVIL

Para se compreender a relevância que a prova detém no processo civil, importa, primeiramente, destacar a finalidade do processo, considerando-o, neste trabalho, como a atividade jurisdicional. Sabe-se, todavia, que o processo não se restringe à atividade jurisdicional, estando presente também na esfera privada, podendo-se citar como exemplo a mediação e a arbitragem. Porém, considerando o tema a ser desenvolvido no presente trabalho, nos interessa olhar para o processo como a atividade jurisdicional, ou seja, o processo essencialmente desenvolvido perante o Poder Judiciário.

Feita esta consideração, passa-se ao conceito de processo. O doutrinador italiano Francesco Carnelutti² aponta-o como um procedimento que objetiva a aplicação do direito para uma resolução justa e certa da lide:

[Processo é] um conjunto de atos dirigidos à formação ou à aplicação dos preceitos [...], um método para formação ou para a aplicação do direito que visa garantir o bom resultado, ou seja, uma tal regulação do conflito de interesses que consiga realmente a paz e, portanto, seja justa e certa.

Carnelutti faz também uma colocação sobre o litígio e o processo: explica que processo não significa litígio, mas, sim, o litígio é intrínseco ao processo; podendo o processo ser também considerado a representação do litígio perante o Judiciário.³

Ainda sobre o conceito de processo, Chiovenda o relaciona com o conceito de jurisdição, concebendo-o como o instrumento de atuação da jurisdição:

É a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio de substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade concreta da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.⁴

Diante do litígio apresentado pelas partes através do processo, o juiz,

² CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Ed. Lejus, 1999. p. 72.

³ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. São Paulo: Classicbook, 2000, v. II, nº 119, p. 26.

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: v. 2: as relações processuais: a relação processual ordinária de cognição. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 3.

como representante da jurisdição, deve apresentar a elas a solução justa e certa para o caso. À essa solução podemos chamar decisão judicial final⁵.

Na percepção de Calamandrei⁶, “o objetivo do processo é garantir a observância prática do direito objetivo”, portanto, a decisão judicial final deve ser pautada pelas regras de direito objetivo incidentes sobre o caso em análise.

Conforme Wambier e Talamini⁷, as regras de direito objetivo – também denominadas de normas materiais –, tratam das relações jurídicas da vida cotidiana, antes e independentemente de haver um processo. Portanto, é nítida a relevância destas relações jurídicas para o processo, pois é a partir delas que se analisará qual é a norma material aplicável.

Embora o CPC, em seu art. 319, inciso III, assinale a necessidade da petição inicial conter os fundamentos jurídicos da tutela jurisdicional que se requer através do processo, sob pena de indeferimento da petição inicial⁸, é certo que é sobre os fatos que envolvem as relações jurídicas que o Estado é chamado a manifestar-se.

Também neste aspecto, importa citar a regra posta pelo CPC de que o juiz está adstrito aos pedidos formulados pelas partes, pautada nos artigos 141 e 492 do referido diploma; não estando obrigatoriamente vinculado aos fundamentos jurídicos. Com isso, é plenamente possível que juiz conceda a tutela jurisdicional pretendida considerando o pedido e a causa de pedir, mas aplicando, de outra sorte, fundamento jurídico diverso do apresentado. Sendo mais importante, em vista disso, que o juiz conheça dos fatos em que se baseiam o pedido e a causa de pedir.

De encontro a esta ideia pode-se mencionar dois brocardos jurídicos que indicam uma superior importância da narração dos fatos em relação à

⁵ Cumpre informar que o presente trabalho não tratará da prova em relação à cognição sumária, concentrando-se apenas aos aspectos que importam à cognição exauriente, portanto, fala-se em decisão judicial final.

⁶ CALAMANDREI, Piero. **Límites entre jurisdicción y administración**. In: **Estudios sobre el proceso civil**. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945, p. 22.

⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil [livro eletrônico]**: teoria geral do processo, v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 5ª edição. E-book baseada na 16ª edição impressa. p. 16.

⁸ Vale lembrar que o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, regulamentado pela Lei nº 9.099/95, é uma exceção à regra. Posto o princípio da informalidade, a petição inicial nos Juizados Especiais não tem como requisito obrigatório os fundamentos jurídicos em que se baseia o pedido.

importância de se expor a norma material aplicável: *ihī factum, dabo tibi jus* (dá-me o fato, que eu te darei o direito) e *jura novit cúria* (o juiz conhece o direito).

Esta importância dada aos fatos advém da premissa de que o processo deve ser pautado na verdade substancial, melhor dizendo, há uma questão teleológica de que se o processo é a realização da justiça, então analisar os fatos efetivamente ocorridos no plano empírico não pode ser deixado de lado na atuação jurisdicional.

2.1. A RELAÇÃO DA PROVA COM A VERDADE

A prova não é uma percepção exclusiva do mundo jurídico. Buscando-se a palavra no dicionário, encontramos a seguinte definição: “O que serve para estabelecer a verdade de um fato ou de asserção.”⁹ Nota-se, portanto, que tal conceito é de utilização comum a várias ciências, posto que fundamental para a compreensão e validação de teorias empíricas.

Para a teoria que nos interessa no momento, qual seja, a teoria processual, a prova pode ser considerada o objeto que conduz o juiz ao conhecimento dos fatos ocorridos no mundo empírico. Sobre a prova no âmbito processual, apontam Wambier e Talamini¹⁰: “As provas referem-se a um aspecto essencial da atividade desenvolvida pelo órgão jurisdicional, a fim de ele cumprir sua função.”

Conforme já mencionado anteriormente, o objetivo do processo pode ser considerado a aplicação do direito para a resolução do litígio de maneira justa e certa; para isso, imprescindível o conhecimento sobre a realidade histórica das relações jurídicas em discussão no processo, o que se dá através de uma reconstrução fática satisfatória.

Como satisfatória reconstrução fática podemos considerar a reconstrução dos fatos que mais se aproxime do critério realista da verdade¹¹,

⁹ *Dicionário de Português*, Dicionário do Aurélio Online, 2016. Disponível em: <<https://dicionarioaurelio.com/prova>>. Acesso em 10 de setembro de 2016.

¹⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil [livro eletrônico]**: teoria geral do processo, v.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 5ª edição. E-book baseada na 16ª edição impressa. p. 106.

¹¹ O critério realista da verdade concebida por Aristóteles é primeira definição de verdade na cultura humana, baseada na seguinte concepção: “Falso é dizer que o ser não é ou que o não-ser é; verdadeiro é dizer que o ser é e que o não-ser não é. Consequentemente, quem diz de uma coisa que é ou que não é, ou dirá o verdadeiro ou dirá o falso.” (ARISTÓTELES. **Metafísica**. Livro Gama, passagem 1011b, 15. São Paulo: Edições Loyola, 2002.)

ou seja, uma reconstrução que consiga demonstrar os fatos pretéritos efetivamente ocorridos, pois a legitimação da decisão judicial final, a princípio, advém da concepção de que esta foi embasada em fatos verídicos; seria impensável uma decisão judicial certa e justa baseada em fatos falaciosos. Em vista disso, pode-se dizer que a adequada reconstrução fática é um dos objetivos essenciais do processo, que deve ser executado pelo magistrado e pelas partes conjuntamente.

A atividade probatória do juiz terá mais enfoque adiante, por ora cabe mencionar que se considerarmos o juiz como destinatário da prova¹², então cabe a ele estabelecer uma verdade no processo a partir das alegações e provas apresentadas e dar a decisão judicial final a partir delas. Assim, após a busca da verdade, o papel do juiz será a de realizar a subsunção do fato à norma de modo estritamente imparcial. Esta noção é própria dos ideais iluministas, na qual o juiz deveria ser apenas a *bouche de la loi* (boca da lei)¹³.

Entretanto, a busca da verdade pelo magistrado nem sempre é observada no processo. Isto porque muitas vezes a verdade não importa ao processo. Tal frase pode soar estranha após as colocações anteriores sobre a necessidade de se encontrar a verdade para legitimar as decisões judiciais, e é exatamente neste ponto que se pretende chegar.

Efetivamente, o juiz poderá ir em busca da verdade dos fatos quando há uma controvérsia entre as partes, ou seja, deixa de lado os pontos incontroversos, independentemente de verdadeiros ou não¹⁴; ou quando as alegações de fato em que se fundam o pedido – seja de procedência ou improcedência – não estejam suficientemente comprovadas, uma vez que a

¹² Tal concepção advém da interpretação do art. 370 do CPC: Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

¹³ Conforme atenta Luiz Guilherme Marques: “A expressão “*bouche de la loi*” (boca da lei) foi muito utilizada na França após a Revolução Francesa (1789). Dizia-se, então, que os juízes deveriam ser “*bouches de la loi*” no sentido de que deveriam apenas aplicar, da forma mais mecânica possível, as leis editadas pelo Legislativo. Justificou-se esse cerceamento ao Judiciário com o fato dos juízes franceses terem extrapolado de suas atribuições, assumindo atitudes questionadoras frente ao Rei Luís XVI.” (MARQUES, Luiz Guilherme. Boca da Lei. Disponível em: <http://www.amb.com.br/indexphp.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=105#>. Acesso em 15 de setembro de 2016.)

¹⁴ De acordo com o art. 336 do CPC, o réu tem o ônus de alegar todas as matérias de defesa contra o pedido exordial, devendo, ainda, impugnar especificamente os fatos narrados pelo autor. Caso o réu deixe fazê-lo, torna incontroversos os fatos não impugnados.

utilidade da prova advém da existência de dúvida quanto aos fatos que importam à decisão judicial. Diante disso, nem sempre serão produzidas provas no processo judicial, não obstante a verdade real dos fatos não tenha sido desvendada.

2.1.1. VERDADE SUBSTANCIAL E VERDADE FORMAL

A verdade, da mesma forma, não é uma percepção exclusiva do mundo jurídico, sendo tema tratado principalmente pela filosofia. Dentre os principais filósofos que possuem teorias sobre o assunto, pode-se citar Platão¹⁵, Aristóteles¹⁶, São Tomás de Aquino¹⁷, Nietzsche¹⁸ e Habermas¹⁹.

Em relação ao processo, dois atributos dados à verdade importam maior investigação: o da verdade substancial e o da verdade formal. Sobre a verdade substancial, também conhecida como verdade real, pode-se dizer que é a que mais se aproxima do critério realista da verdade, é a verdade fática, que realmente ocorreu no mundo empírico; enquanto a verdade formal pode ser considerada a verdade refletida no processo.

Embora a verdade substancial seja basilar à legitimação das decisões judiciais, o encontro da verdade substancial no processo civil é claramente uma utopia, pois é infactível uma reconstrução perfeita dos fatos ocorridos no passado.

Todas as tentativas de reconstrução fática no processo, sem exceção,

¹⁵ Para Platão, a verdade precisa ser buscada constantemente, não sendo algo concreto. Segundo o filósofo, não se pode dizer da verdade “essa, a verdade” ou “a verdade das verdades”, sendo a verdade sempre relativa. (VERGEZ, André; HUISMAN, Denis. **História da Filosofia Ilustrada pelos Textos**. Rio de Janeiro: Freitas de Barros, 4.^a ed., 1980.)

¹⁶ Para Aristóteles, a verdade está no ser ou na coisa, não no pensamento ou no discurso produzidos sobre ela. (OLIVEIRA, Nelci Silvério. **A filosofia, os filósofos e a incessante busca da verdade**. Limeira: Editora do Conhecimento, 2015.)

¹⁷ São Tomás de Aquino possui uma concepção mais pragmática da verdade: “a verdade é aquilo que se vê”. (SILVA FILHO, Paulo Vicente Gomes. **O problema da verdade na filosofia de Santo Tomás de Aquino**. 2014. 86 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco. CFCH. Pós-Graduação em Filosofia. Defesa: Recife, 2014. p. 8.)

¹⁸ Para Nietzsche, “a verdade não é uma coisa que estaria lá a encontrar e a descobrir, – mas algo *que está por criar* e que dá o nome a um *processus*”. (CAMARGO, Gustavo Arantes. Sobre o conceito de verdade em Nietzsche. **Revista Trágica: estudos sobre Nietzsche**, 2º semestre de 2008, vol.1, nº 2, p.93-112.)

¹⁹ Habermas sustenta a ideia de verdade como “a opinião sustentada por todos”. (DUTRA, D. J. V. **Razão e consenso em Habermas: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia**. 2ed. rev. e ampl. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2005, p. 177.)

pressupõem a mediação humana, posto que as ocorrências são narradas e demonstradas pelas partes, eventualmente peritos, oficiais de justiça e demais serventuários da justiça, e são concebidas pelo magistrado, ou seja, sempre há a interferência de pessoas, as quais sempre possuirão percepções diferentes entre si. Principalmente em relação ao magistrado, é importante desmistificar a ideia de total imparcialidade aplicada à sua função; tal como qualquer ser humano, o juiz tem suas concepções pautadas em suas experiências de vida, sujeito às valorações subjetivas do mundo que o cerca. O princípio processual da imparcialidade significa, na prática, muito mais a condição de *não parte*²⁰ do magistrado do que a sua efetiva neutralidade em julgar a demanda.

Além disso, a busca incansável pela verdade substancial tornaria o processo judicial demasiadamente moroso e oneroso, tanto para as partes litigantes quanto para o poder público. Portanto, na realidade forense que se tem, tal busca é inexecutável.

Segundo Marinoni e Arenhart²¹, a verdade é a coluna de sustentação da teoria da legitimação da decisão judicial e, sem ela, é necessária buscar essa legitimação em outro campo.

Considerando o inviável alcance da verdade substancial, Miguel Reale²²

²⁰ A imparcialidade como condição de não parte é defendida por Wambier e Talamini: "imparcialidade, mais do que retidão de conduta - o que também se aplica ao juiz - quer significar a sua condição de *não parte*, sua neutralidade, sua "assubjetividade" (toma-se a liberdade de empregar essa palavra, que a rigor não existe em português, para transmitir uma ideia bastante precisa em italiano: *asoggettività*). O juiz deve atuar com total independência, sem amarras ou vinculação a qualquer sujeito de direito, sem uma pauta política, enfim, sem qualquer outro objetivo que não o de aplicar corretamente o ordenamento jurídico." (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil [livro eletrônico]**: teoria geral do processo, v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 5ª edição. E-book baseada na 16ª edição impressa. p. 33.)

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**: de acordo com o CPC de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 3ª ed., rev., atual. e ampl. p. 46.

²² O jus-filósofo Miguel Reale concebeu a verdade formal como imprestável e inatingível, portanto, concluiu pela existência da *quase verdade*: "Se a verdade, numa síntese talvez insuficiente, não é senão a expressão rigorosa do real, ou, por outras palavras, algo de logicamente redutível a uma correlação precisa entre 'pensamento e realidade', tomando este segundo termo em seu mais amplo significado, e não apenas como 'realidade fatural', forçoso é reconhecer que a adequação entre o mundo dos conceitos e o da realidade, mesmo nos domínios das ciências consideradas exatas, deixa-nos claros ou vazios que o homem não pode deixar de pensar. No fundo é esta a distinção kantiana essencial entre 'conhecer segundo conceitos' e 'pensar segundo ideias', isto é, acrescento eu com certa elasticidade, 'pensar segundo conjecturas'. De mais a mais, discutem até hoje os filósofos e cientistas no que tange à definição de verdade, e os conceitos que se digladiam não são mais do que conjecturas, o que demonstra que a conjectura habita no âmago da verdade [...]. É que o pensamento, tanto como a natureza, tem horror ao vácuo, ao não explicado ou compreendido. VAHINGER, afirmando que toda verdade se reduz a uma 'ficção', a um como se (als ob) que o nosso espírito admite para compreender e dominar uma série de situações problemáticas, atendendo, assim, a

elaborou o conceito de *quase verdade*, uma verdade fictícia. Neste sentido, o Estado-juiz, pela opção política do legislador, deve então se satisfazer com a verdade que é apresentada pelas partes no processo, “sem que tenha que fazer uso de toda a sua energia no sentido de apurar *ex officio* a veracidade dos fatos”, como bem coloca Marco Antonio de Barros²³.

O legislador, no momento de escolha entre a celeridade processual e a legitimidade da decisão, optou pela segunda opção. Assim, ao processo civil, nas palavras de Marinoni e Arenhart²⁴, “passou a interessar mais a forma que representava a verdade do que se este produto final efetivamente representava a verdade”.

O Código de Processo Civil traz algumas regras que regulam a concepção das alegações e das provas trazidas pelas partes, de modo a tecer um procedimento específico de julgamento que leve o magistrado à resolução da demanda mesmo que a verdade substancial não seja alcançada. Tais regras serão objeto de análise do próximo capítulo.

Diante disso, como o principal meio de se buscar a verdade no processo, a produção da prova ganhou um viés diferenciado, muito mais dedicado à técnica jurídica do que ao alcance da verdade, concebendo-se a ideia da verdade formal.

A verdade formal não precisa refletir absolutamente os fatos ocorridos, mas ser *juridicamente* verdadeira. Para Marinoni e Arenhart²⁵, o conceito de verdade formal identifica-se mais com uma “ficção” da verdade”:

Obedecidas as regras do ônus da prova e decorrida a fase instrutória da ação, cumpre ao juiz ter a reconstrução histórica promovida no processo como completa, considerando o resultado obtido como verdade – mesmo que saiba que tal produto está longe de representar a verdade sobre o caso em exame. Com efeito, as diversas regras existentes no Código de Processo Civil tendentes a disciplinar

exigências biológicas, e, mais amplamente, existenciais. A teoria da verdade reduzir-se-ia, desse modo, a uma teoria das ficções conscientes e úteis, em função dos esquemas ideais com que o homem encapsula o real e o ordena segundo os seus próprios fins vitais, constituindo, ao mesmo tempo, uma lógica naturalista e operacional”. (REALE, Miguel. **Verdade e conjectura**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983. p.17-18.)

²³ BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 4ª ed. p. 23.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**: de acordo com o CPC de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 3ª ed., rev., atual. e ampl. p. 36.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**: de acordo com o CPC de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 3ª ed., rev., atual. e ampl. p. 35.

formalidades para a colheita das provas, as inúmeras presunções concebidas *a priori* pelo legislador e o sempre presente temor de que o objeto reconstruído no processo não se identifique plenamente com os acontecimentos verificados *in concreto* induzem a doutrina a buscar se satisfazer com outra “categoria de verdade”, menos exigente que a verdade substancial.

Em relação à verdade formal no processo pode-se citar o brocardo jurídico “o que não está nos autos não está no mundo”, porquanto mesmo que o juiz saiba que as provas produzidas são insuficientes para alcançar a verdade substancial, deve toma-las como fidedignas para decidir.

Nota-se, pelo exposto, que o processo, mesmo através a produção probatória, nunca chegará à verdade absoluta; apenas poderá buscar elementos que indicam a provável verdade, em outras palavras, um indício da maneira como os fatos pretéritos ocorreram. Quando se fala em probabilidade da verdade, entra-se no tema da verossimilhança, atributo de notória importância no estudo das decisões judiciais.

2.2. O CONVENCIMENTO JUDICIAL E SUA RELAÇÃO COM A PROVA

A busca pela verdade, como anteriormente mencionado, pressupõe a existência da dúvida, ambas as partes no processo acreditam ter razão diante dos fatos por elas apresentados. Ocorre que, comumente, os fatos narrados divergem entre si e é normal que isso aconteça, pois as partes possuem concepções tendenciosas: elas tendem a ver os acontecimentos do modo que lhes favoreça. Diante disso, instaura-se uma controvérsia no processo.

Implementada a controvérsia e considerando a impossível constatação da verdade substancial, é preciso, então, invocar a verossimilhança. Sobre esta, importa conceituar que verossímil é o que não é comprovado e nem certo, encontra-se no campo do possível e do provável, conforme ensina Gadamer²⁶.

²⁶ Coloca Hans-Georg Gadamer: “O evidente é sempre algo dito: uma proposta, um plano, uma suposição, um argumento etc. Com isso está sempre dada a ideia de que o evidente não está demonstrado nem é absolutamente certo, mas se faz valer a si mesmo como algo preferencial, dentro do âmbito possível e do provável. Inclusive podemos admitir sem dificuldade que um argumento tem algo de evidente, quando o que pretendemos com ele é apreciar um contra-argumento. Deixa-se em aberto como isso poderia ser compatível com o conjunto do que nós mesmos temos por correto, e diz-se tão-somente que é evidente “em si mesmo”, isto é, que há coisas que falam em seu favor.” (GAMADER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 701.)

Calamandrei²⁷, em seu clássico ensaio *Verità e Verosimiglianza nel Processo Civile* de 1955, mesmo não buscando diretamente fazer uma análise sobre a verdade no processo, através de sua grande sensibilidade com a prática forense, fez uma brilhante colocação:

Mesmo para o juiz mais escrupuloso e atento vale o limite fatal de relatividade da natureza humana: o que vemos é apenas o que nos parece que vemos. Não verdade, mas verossimilhança: aparência (que pode também ser ilusão) de verdade.

A lição de Calamandrei nos faz pensar que a condição para decidir posta no processo civil refere-se a uma aparência e probabilidade, uma verdade quase que intuitiva advinda da experiência, considerando o que geralmente acontece em uma situação correlata. Ante esta definição, pode-se dizer que inverossímil são os fatos alegados que, mesmo podendo ser verdadeiros, não aparentam verdadeiros diante da observação da experiência. Sendo a experiência um parâmetro da verossimilhança, observa-se nela uma alta dose de subjetividade, que varia conforme a pessoa responsável pelo julgamento.

Conforme demonstrado, o alcance da verdade substancial é uma ilusão na prática forense; independentemente do quanto as partes e o magistrado tenham se dedicado a encontrar a verdade substancialmente ocorrida, a decisão judicial, de acordo com o ensinamento de Calamandrei²⁸, nunca será mais do que um juízo de verossimilhança. Todavia, não por isso pode-se deixar de lado o objetivo de se atingir a real verdade no processo; a busca pela verdade substancial sempre será benéfica ao processo.

²⁷ CALAMANDREI, Piero. *Verità e Verosimiglianza nel Processo Civile*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1955. p. 170.

²⁸ Neste sentido ensina Calamandrei: “Pode dar-se que assim o judicante, após ter feito tudo aquilo que lhe era possível para encontrar a verdade, consiga com o sentimento pôr-se em paz com sua consciência; mas isto não tolhe que a conclusão do juiz, mesmo se ele com o seu ato de fé consiga senti-la como tranquilizante certeza, permaneça, quando seja racionalmente valorado, apenas um juízo mais ou menos aproximativo. Assim é fácil concluir que a margem de aproximação varia de caso a caso, segundo os meios de prova de que o juiz pode servir-se para chegar à decisão”. (CALAMANDREI, Piero. *Verità e Verosimiglianza nel Processo Civile*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1955. p. 166.)

Ainda, sobre a verossimilhança como única forma de conhecimento fala Luiz Guilherme Marinoni: “A verossimilhança, quando compreendida na linha da teoria do conhecimento, não pode ser colocada no mesmo plano da convicção, pois existe convicção de verdade e convicção de verossimilhança, ainda que ambas, na perspectiva gnoseológica, somente possam resultar em verossimilhança.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova, convicção e justificativa diante da tutela antecipatória*. In: **Revista Jurídica**. Porto Alegre, n. 328, p.9-28, fevereiro de 2005.)

Não havendo como se fazer uma reconstrução perfeita dos fatos pretéritos, reconhece-se, deste modo, que o processo ou qualquer outro instrumento que busque a real verdade está fadado ao fracasso. Diante disso, não podendo ser a verdade a coluna de sustentação da legitimidade da decisão judicial, esta legitimação, conforme ensinam Marinoni e Arenhart²⁹, vem então da oportunidade de participação conferida às partes, de modo a possibilitar ao julgador o máximo conhecimento dos fatos pertinentes à decisão judicial; esta oportunidade de participação advém de uma dimensão ampla e moderna do princípio do contraditório.

Segundo o professor da Faculdade de Direito do Recife, Leonardo Carneiro da Cunha³⁰, a versão tradicional do princípio do contraditório limitava-se ao

a) o direito de ser ouvido; (b) o direito de acompanhar os atos processuais; (c) o direito de produzir provas; (d) o direito de ser informado regularmente dos atos praticados no processo; (e) o direito à motivação das decisões; (f) o direito de impugnar as decisões.

Modernamente, porém, o princípio do contraditório ganhou novas facetas com a ampliação do seu conceito. Ainda segundo Cunha³¹, o princípio do contraditório passou a ser considerado uma “garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do magistrado”. Deste modo, o princípio do contraditório se mostra estreitamente relacionado com a concepção de isonomia, de modo que devem as partes ter a oportunidade de contribuir com todos os elementos processuais relevantes para o mérito da causa, por exemplo, no relato e na discussão dos fatos, na apresentação dos argumentos jurídicos e na produção das provas e, a partir disso, influenciar na decisão judicial.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**: de acordo com o CPC de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 3ª ed., rev., atual. e ampl. p. 98.

³⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. . O princípio do contraditório e a cooperação no processo. **Revista Brasileira de Direito Processual (Impresso)**, v. 79, p. 147, 2012.

³¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. . O princípio do contraditório e a cooperação no processo. **Revista Brasileira de Direito Processual (Impresso)**, v. 79, p. 148, 2012.

O princípio do contraditório também deve ser observado pelo magistrado, este, porém, será melhor explicitado no próximo capítulo, o qual tratará sobre o princípio da cooperação.

Sobre princípio do contraditório relacionado à formação do convencimento judicial afirma José Roberto dos Santos Bedaque³²:

[...] não se concebe contraditório real e efetivo sem que as partes possam participar da formação do convencimento do juiz, mesmo tratando-se das questões de ordem pública, cujo exame independe de provocação.

Não podendo o magistrado ter acesso à verdade substancial, ele deve, ao menos, estar convicto da verdade para julgar. Neste sentido, Calamandrei³³ diz que “a natureza humana não é capaz de alcançar verdades absolutas”, todavia, “é um dever de honestidade acentuar o esforço para se chegar o mais perto possível dessa meta inalcançável”. Esta busca da verdade no processo civil é viabilizada através da prova.

Em relação à prova, Salvatore Satta e Carmine Puzzi³⁴ a definem em dois aspectos distintos: estático e dinâmico. Em relação ao aspecto estático, a prova é considerada o meio relevante para a certeza de um fato, propriamente ligada ao direito material; quanto ao aspecto dinâmico da prova, este se refere à efetiva verificação de um fato, ou seja, possui um enfoque processual. Nota-se, portanto, o caráter multifacetário da prova. De qualquer modo, os dois conceitos são importantes para o processo e independentemente do qual que se utilize, é explícita a relação tênue entre a prova e o convencimento judicial.

No ordenamento jurídico brasileiro vige o sistema da persuasão racional da prova, também chamado de princípio do livre convencimento motivado, calcado no art. 371 do CPC, o qual dispõe: “Art. 371 O juiz apreciará a prova

³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

³³ CALAMANDREI, Piero. Verità e Verosimiglianza nel Processo Civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1955. p. 190.

³⁴ SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. **Diritto processuale civile**. 12 ed. Padova: Cedam, 1996, p. 219. (apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 3ª ed., rev., atual. e ampl. p. 70.)

constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

Tal artigo determina que na apreciação da prova pelo juiz estará, a princípio, desvinculada de qualquer elemento, mas o juiz deverá apontar na decisão os motivos que lhe foram pertinentes para decidir no sentido em que estiver julgando. O citado artigo determina, ainda, que o juiz deve julgar de acordo com as provas que se encontram nos autos, sendo vedada a possibilidade de o juiz utilizar-se de informações extra autos, ou seja, informações que tiver conhecimento privadamente.

Assim, considerando a importância que a prova – que geralmente é produzida pelas partes – possui para a decisão judicial final, nota-se uma construção compartilhada da decisão. Neste sentido entendem José Maria dos Reis e Francis Vanine de Andrade Reis³⁵:

O procedimento nessa linguagem passa a estar num espaço legalmente instituído para argumentação jurídica participativa em que as partes são tratadas com simétrica paridade em tempo de discursividade, e, assim, a prova deixa de ser um simples elemento, mas passa a ser a própria visibilidade da argumentação jurídica da parte, como verdadeiro instituto jurídico formado por princípios próprios.

³⁵ REIS, Francis V. A.; REIS, José Maria dos. **A Teoria da Metamorfose do Ciclo da Prova na Construção da Decisão Judicial**: reflexões sobre o instituto da prova nas proceduralidades do CPC de 1973 e do Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Amagis Jurídica*, v. 7, p. 117-136, 2012. p. 5.

3. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

O Código de Processo Civil, em vigor desde 18 de março de 2016, trouxe algumas inovações no seu sistema principiológico, trazendo um enfoque na aplicação constitucional da norma. Parece óbvio, mas, infelizmente, a tradição processual brasileira é de não observância dos princípios elencados na Constituição Federal. O novo Código de Processo Civil, portanto, veio com o intuito de, além de modernizar, constitucionalizar o processo civil no nosso país, superando muito do formalismo até então vigente à luz de valores constitucionais, fazendo da Constituição o centro gravitacional do sistema jurídico. A isso dá-se o nome de neoprocessualismo ou formalismo valorativo³⁶.

Da leitura do novo código, vemos já no seu primeiro artigo a disposição expressa sobre a constitucionalização do processo civil brasileiro. Mas não apenas os princípios já existentes na Constituição Federal alicerçam a constitucionalização realizada pelo CPC de 2015. O novo diploma também traz princípios inovadores, que não encontram correspondência em qualquer outra norma jurídica, os quais são baseados numa aplicação e interpretação constitucional do processo civil. Como exemplo pode-se citar os princípios da cooperação – ao qual se dará atenção neste trabalho –, da vedação das decisões surpresa e da isonomia pelo julgamento de demandas pela ordem cronológica.

Em relação ao princípio da cooperação, também chamado de princípio da colaboração, este remonta ao processo civil europeu, tendo a doutrina apontado a origem do instituto ao direito alemão, mas também amplamente usado na França e em Portugal.³⁷ Este princípio pode ser considerado como um avanço do princípio do contraditório, o que melhor se abordará no subcapítulo a seguir.

³⁶ Sobre neoprocessualismo ver Eduardo Cambi em artigo intitulado *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em 30 de setembro de 2016.)

³⁷ Sobre o histórico do princípio da cooperação nos ordenamentos processuais ver Lucio Grassi de Gouveia em artigo intitulado *O Dever de Cooperação dos juízes e Tribunais com as partes - Uma análise sob a ótica do Direito Comparado*. (GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes - uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). **Revista da ESMape**, Recife-PE, v. 5, n.11, p. 247-273, 2000.)

Embora o princípio da cooperação não seja propriamente uma novidade ao ordenamento jurídico brasileiro, posto que já no Código de Processo Civil revogado havia a disposição de que a parte não poderia litigar com má-fé, ou seja, intencionalmente com deslealdade/corrupção (artigos 17 e 18 do CPC de 1973), o novo Código reforça a atenção dada a este tema, fortalecendo o princípio da boa-fé no dever de cooperação; foi com o CPC de 2015 que o princípio veio a ser explicitamente empregado na legislação.

Tal princípio se apresenta no art. 6º do CPC: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Trata-se do reconhecimento de que todas as partes do processo, juiz e mandatários judiciais estão inseridos dentro de uma mesma relação jurídica e devem cooperar entre si para que essa relação se desenvolva de modo que o processo atinja a sua finalidade da melhor forma possível. Com isso, busca-se afastar o individualismo e a noção de disputa dentro do processo, tornando-o um diálogo entre os sujeitos processuais.

Resumindo a ideia posta, Leonardo Carneiro da Cunha³⁸ coloca que:

(...) a cooperação impõe deveres para todos os intervenientes processuais, a fim de que se produza, no âmbito do processo civil, uma ‘eticização’ semelhante à que já se obteve no direito material, com a consagração de cláusulas gerais como as da boa-fé e do abuso de direito.

3.1. O DEVER DE COOPERAÇÃO DO JUIZ

O dever de cooperação do juiz desdobra-se em quatro pontos: (i) dever de esclarecimento, (ii) dever de consulta, (iii) dever de prevenção e (iv) dever de auxílio.³⁹

Com relação ao dever de esclarecimento, este se refere à obrigatoriedade de que todas as manifestações no processo sejam realizadas de forma clara, sendo assim, deve o juiz questionar as partes quanto às obscuridades nas suas manifestações e pedir que as partes especifiquem os

³⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. . O princípio do contraditório e a cooperação no processo. **Revista Brasileira de Direito Processual (Impresso)**, v. 79, p. 147-159, 2012.

³⁹ Classificação elaborada pelo professor português Miguel Teixeira de Sousa em livro intitulado “Estudos sobre o novo processo civil”, publicado em 1997. (SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65-67.)

pedidos feitos de forma genérica; também deve o juiz manifestar-se com inteligibilidade, abrangendo, neste ponto, o dever de fundamentação de suas decisões, em consonância com o princípio da motivação das decisões. Tal princípio tem o escopo de garantir tanto ao juiz quanto às partes segurança e transparência no processo.

Não é raro vermos na prática forense decisões dúbias ou de difícil entendimento. Muitas vezes tais decisões advêm de pedidos genéricos ou mal formulados. Estas situações são exemplos de atribuições que o dever de esclarecimento pretende encerrar.

O dever de consulta, também chamado de dever de diálogo, refere-se ao dever do juiz de não só permitir o diálogo entre as partes, mas também permitir o diálogo das partes com ele próprio. É neste aspecto que se pode falar que princípio do contraditório adentra, pois o magistrado deve, ele mesmo, observar tal princípio e estabelecer o diálogo entre ele e os jurisdicionados.

Com isso, o juiz não pode proferir as denominadas “decisões-surpresa”, que surpreendem as partes por uma decisão tomada de ofício sem que haja oportunidade das partes se manifestarem sobre o tema. Por exemplo, uma decisão que reconhece uma nulidade processual absoluta ou determina a inversão do ônus da prova sem oportunizar a manifestação das partes sobre o assunto não é mais possível; antes do juiz decidir sobre alguma matéria que ele possa conhecer de ofício, deve intimar as partes para que se manifestem sobre ela. Tais disposições estão previstas no art. 9º e art. 10 do CPC.

Há críticas a esse dever de consulta, apontando que o juiz estaria adiantando aquilo que pretende decidir em seguida, deixando de lado a sua imparcialidade pois relevaria em que sentido está percebendo a lide. Todavia, pelo contrário, a ideia de reforçar o debate entre todos os sujeitos processuais reforça a imparcialidade do juiz, posto que ele terá mais informações de ambos os lados para assentar a sua decisão. Além do mais, nada obsta que depois de ouvir as partes o juiz mude sua impressão anterior.

Em relação ao dever de prevenção, este se refere ao dever do juiz em mostrar às partes todos os riscos e deficiências que suas manifestações e estratégias processuais apresentam, de modo em que estas possam corrigir os defeitos e aperfeiçoar a estratégia adotada. Um exemplo que se pode dar em relação ao dever de prevenção é quando verificado pelo juiz que a petição inicial

deve ser emendada: neste caso, é dever do magistrado indicar com precisão os pontos que necessitam de correção (art. 321 do CPC).

Sobre o dever de prevenção, há inúmeras críticas apontando que tal dever afeta a imparcialidade do juiz, pois consideram que o juiz, ao aplicar o seu dever de prevenção, estaria “advogando para a parte”, na medida em que mostraria a ela os riscos dos quais ela deveria ter conhecimento e, se não tem, isto deveria fazer parte do jogo processual, no qual ganha quem tem mais experiência e conhecimento. Mas, pelo contrário, não se estaria ajudando qualquer das partes, mas dando a elas informações úteis e necessárias ao deslinde da demanda, a fim de se alcançar uma decisão de mérito justa e eficiente. É necessário, ainda, que se supere a ideia de que a lide é um jogo, bem como deve ser superada a noção de que o juiz não pode intervir no processo para auxiliar as partes; posto que tal dinâmica é necessária para que a finalidade social da prestação jurisdicional seja realmente atingida.

Por fim, o dever de auxílio, também chamado de dever de adequação, refere-se à obrigação do juiz em auxiliar as partes a superarem qualquer dificuldade ou impedimento para o exercício de suas faculdades processuais. Pode-se citar como exemplo da aplicação desse dever a distribuição dinâmica do ônus da prova, prevista no art. 373, § 1º do CPC ou a ampliação de prazos nos casos em que houver dificuldade para o cumprimento da diligência determinada no prazo imposto pela lei (art. 139 e art. 437, § 2º do CPC).

3.2. O DEVER DE COOPERAÇÃO DAS PARTES

A observância do princípio da cooperação pelas partes talvez seja o ponto mais criticado, pois a tradicional ideia de processo que se tem é de que as partes estão em posições antagônicas e que a lide é como uma guerra, na qual vencerá quem tem razão. Assim, muitos apontam que a cooperação entre as partes é uma utopia, pois cooperar seria fornecer munição à parte contrária e seriam as partes mero instrumento a serviço do juiz na busca da almejada justiça.

Neste sentido, Marcelo Pacheco Machado, professor da Faculdade de Direito de Vitória/ES, faz uma irônica crítica ao dever de cooperação das partes:

(...) parece mesmo que estaríamos a conceber um processo civil no qual o autor seguiria de mãos dadas com o réu e com o juiz no caminho

do 'arco-íris processual': um processo efetivo e célere e capaz de produzir resultados justos.⁴⁰

Um dos maiores argumentos em desfavor do dever de cooperação entre as partes faz alusão ao Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994). Tal lei esclarece em seu art. 2º, § 2º que o objetivo direto da atuação do advogado não é a justiça, mas a postulação de decisão favorável ao seu constituinte.

Todavia, obviamente não é nesse "arco-íris processual" que o dever de cooperação entre as partes pretende resultar. Cooperação não significa confissão ou "sincericídio", a parte pode até omitir algum fato que lhe prejudique, todavia, tal omissão não pode contaminar toda a narrativa. O que se deve sempre observar é a boa-fé, utilizando-se de uma estratégia processual limpa, sem quaisquer artifícios que tenham por objetivo distorcer os fatos e/ou retardar a entrega da prestação jurisdicional.

Sendo assim, o que se espera do dever de cooperação das partes é uma atuação conjunta em alguns momentos processuais, mesmo que longe de se atingir a plenitude da colaboração. Dentre esses momentos, dar-se-á ênfase na produção das provas.

3.3. O DEVER DE COOPERAÇÃO NA PRODUÇÃO PROBATÓRIA

Pelo que já se expôs, é certo que o dever de colaboração na instrução processual é uma imposição decorrente da necessidade de que a decisão judicial seja a mais apropriada considerando o objetivo de se alcançar uma resolução justa e certa da lide.

Em relação à instrução processual, o dever de colaboração está explícito no art. 77, I e III, do CPC, o qual impõe que as partes, seus procuradores e todos que de alguma forma participam do processo, exponham os fatos em juízo conforme a verdade e não produzam provas ou pratiquem atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito. Em consonância à disposição do inciso I do mencionado artigo, o art. 378 disciplina que: "Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade."

⁴⁰ MACHADO, Marcelo Pacheco. **Novo CPC, princípio da cooperação e processo civil do arco-íris**. Disponível em: < <http://jota.info/novo-cpc-principio-da-cooperacao-e-processo-civil-do-arco-%C2%ADiris>>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

O dever de colaboração, todavia, encontra plausíveis obstáculos na proteção de outros interesses que, sopesados com o dever de cooperação, são considerados mais relevantes na situação concreta. São exemplos: o direito da parte de não produzir prova contra si mesmo (art. 379, *caput*, CPC), de não depor sobre fatos que criminosos que lhe forem atribuídos ou sobre os quais deva guardar sigilo ou, ainda, que causem desonra ou coloquem em perigo o depoente ou sua família (art. 388 do CPC); outro exemplo é o do art. 448, no qual a testemunha não é obrigada a prestar depoimento sobre fatos que acarretem grave dano a si próprio ou aos seus familiares, e sobre fatos cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo⁴¹.

Especialmente sobre o saneamento e a organização do processo, o § 3º do art. 357 do CPC traz a possibilidade de saneamento compartilhado nos casos em que houver complexidade de fato ou de direito:

Art. 357 § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência **para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes**, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações. (grifei)

Sobre a audiência de saneamento, escrevem Wambier e Talamini:

A audiência de saneamento é, na verdade, um momento extremamente relevante, pois viabiliza o contato direto do magistrado com as partes e (ou) seus procuradores, justamente na fase processual em que, ausentes ou saneados os defeitos do processo, são definidos os limites dentro dos quais deve permanecer a discussão, fixando-se os pontos controvertidos sobre os quais incidirá a atividade probatória.

Portanto, nítido o fortalecimento da oralidade e a aplicação do princípio da cooperação neste momento processual, especialmente em relação ao dever de consulta do magistrado, pois na audiência de saneamento os pontos controvertidos devem ser debatidos, bem como a produção da prova deve ser decidida em consenso. Não sendo possível, todavia, o consenso entre os sujeitos processuais, prevalece o entendimento do juiz.

A noção de colaboração na instrução processual não se evidencia apenas

⁴¹ Sobre o sigilo, este se refere à necessidade de resguardar certas informações decorrentes de determinadas profissões (médicos e advogados) ou estados (religioso) que imponha à pessoa o dever de guardar sigilo, por se tratar de uma relação de confiança. A violação do sigilo, todavia, pode ser autorizada nos casos de interesse público.

como um dever de lealdade para que o processo atinja seus objetivos, mas também como ônus probatório. É facultado às partes a participação na coleta das provas e na formação do convencimento do magistrado; caso as partes mantenham-se inertes ou sejam negligentes neste aspecto, cabe a elas suportar as consequências negativas deste comportamento, pois não se pode exigir do juiz uma decisão baseada em informações e detalhes que não foram apresentados pelas partes durante o processo.

4. O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Como já visto, a produção probatória é de fundamental importância para a formação da convicção de verdade do julgador. Durante o processo as partes e o magistrado devem ter produzido todas as provas possíveis e pertinentes ao caso, mas, ao fim do procedimento, existe a possibilidade de o magistrado não ter formado a sua convicção de verdade, ou seja, ele pode ainda possuir dúvidas quanto aos fatos narrados.

Neste momento, o juiz, considerando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, está impedido de pronunciar a cláusula romana *non liquet* (não está claro). Entretanto, não sabendo quem tem razão, não se poderia simplesmente jogar à sorte a decisão, sem qualquer amparo legal. Diante disso, o ônus da prova vem justamente para viabilizar este impedimento, proporcionando o julgamento legítimo⁴² mesmo nos casos de ausência de convicção de verdade.

Sobre o conceito de ônus da prova, por muito tempo a doutrina o considerou como um dever⁴³. Atualmente, entretanto, impera uma concepção mais avançada, a qual abrange o ônus também como uma escolha, uma decisão da parte que geralmente é apoiada na sua estratégia processual. Para melhor elucidar este conceito moderno de ônus da prova, distanciando-o do conceito de dever, cito Eduardo Talamini⁴⁴:

Ônus e dever são figuras jurídicas distintas em pelo menos dois aspectos: (i) o dever implica um correlato direito de outro sujeito, ou seja, é uma conduta que a lei prescreve no interesse de outrem, enquanto que o ônus é estabelecido no interesse do próprio onerado; (ii) o descumprimento do dever pode implicar a incidência de uma sanção, ao passo que a inobservância do ônus apenas faz com que o onerado eventualmente perca a chance de desfrutar de uma situação melhor.

Sendo constatada a insuficiência de provas, há uma consequência

⁴² Neste aspecto, julgamento legítimo seria um julgamento com amparo legal, bem como justificado pela razão ou bom senso.

⁴³ Sobre o ônus da prova como dever, pode-se citar o entendimento de Cândido Dinamarco em “Instituições de direito processual civil” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009, v. 3, p. 71.) e de Francesco Carnelutti em “Teoria geral do direito” (CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Trad.: Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000.)

⁴⁴ TALAMINI, E. . **Ônus da prova**. Migalhas, www.migalhas.com.br, 09 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235364,31047-Onus+da+prova>>. Acesso em 27 de outubro de 2016.

negativa que deve ser arcada por uma das partes. Caso não se desincumba do ônus que lhe é atribuído, a parte poderá responder pelas possíveis consequências negativas da ausência da prova. Marinoni e Arenhart⁴⁵ apresentam uma sucinta compreensão de ônus:

É possível sintetizar conceito de ônus como espécie de poder da parte que possibilita o agir, segundo interesses próprios, não obstante a existência de norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízos à própria parte onerada.

4.1. ÔNUS DA PROVA E SUAS DIFERENÇAS ENTRE A TEORIA DA VEROSSIMILHANÇA PREPONDERANTE E A REDUÇÃO DO MÓDULO DE PROVA

A regra geral de distribuição do ônus da prova está prevista no art. 373 do CPC e determina que cabe ao autor provar os fatos que constituem o direito alegado e cabe ao réu provar os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito alegado pelo autor. Tal regra advém da racionalidade de que não se pode exigir da parte que alega o direito a prova de que não há qualquer impedimento em relação a sua pretensão, tal incumbência deve, portanto, recair sobre quem deseja que tal pretensão seja julgada improcedente.

Assim, no caso de o juiz ter dúvidas quanto à existência de fato constitutivo do direito, a consequência negativa deve recair sobre o autor, recebendo decisão desfavorável; todavia, se a dúvida recair sobre fato que impeça, modifique ou extinga o direito alegado pelo autor, a consequência negativa recairá sobre o réu. Essa regra está expressa no brocardo *onus probandi incumbit ei qui dicit* (o ônus incumbe a quem alega).

Conclui-se, num primeiro momento, que o sujeito processual que deixa de se desincumbir do ônus que lhe é atribuído estará propenso a receber uma decisão desfavorável. Importa esclarecer, todavia, a existência do princípio processual da aquisição processual, também chamado de princípio da comunhão de prova, o qual estabelece que a prova produzida não pertence ao sujeito processual que a produziu, mas pertence ao processo, sendo, portanto,

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**: de acordo com o CPC de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 3ª ed., rev., atual. e ampl. p. 105.

irrelevante saber quem a produziu⁴⁶. Diante disso, produzir uma prova não significa necessariamente que ela vá beneficiar o sujeito que a produziu, como também deixar de produzir a prova não significa que a parte está fadada à perda da ação.⁴⁷ Tal concepção é chamada de ônus imperfeito⁴⁸.

A regra do ônus da prova é questionada por alguns estudiosos, os quais defendem que não se pode imputar ao autor as consequências negativas de não ter convencido o magistrado caso tenha demonstrado nas suas alegações com um certo grau de verossimilhança, considerando, nestes casos, injusto o julgamento segundo o ônus probatório.

Dentre eles, Marinoni e Arenhart⁴⁹ citam a doutrina escandinava, a qual propõe que seria possível um julgamento baseado na verossimilhança, em que o juiz deve estabelecer o grau de prova suficiente, determinando o grau de verossimilhança necessário considerando o caso concreto; após, deve valorar as provas apresentadas atribuindo a elas o grau de verossimilhança ostentado. Apenas na hipótese de não se alcançar o grau anteriormente estabelecido é que o juiz estaria autorizado a julgar conforme a regra do ônus probatório.⁵⁰

Pode-se citar, ainda, a doutrina sueca que foi mais longe e trouxe a ideia de que o julgamento conforme o ônus da prova só deveria ser aceito se não houvesse nem o mínimo de preponderância da prova. Sobre isso, explicam Marinoni e Arenhart⁵¹:

⁴⁶ Tal princípio advém da interpretação do art. 371 do Código de Processo Civil de 2015: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

⁴⁷ CAMBI, E. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 321.

⁴⁸ Sobre ônus imperfeito ensina Eduardo Talamini: “Existem ônus perfeitos e imperfeitos. Perfeito é o ônus cuja inobservância gera necessariamente consequência negativa para o onerado (ex.: ônus de apelar, em regra). Imperfeito é o ônus pode vir a gerar um resultado desfavorável para a parte: provavelmente gerará, mas eventualmente não (ex.: contestar: nem sempre incide o efeito principal da revelia – art. 345). O ônus de provar é um ônus imperfeito. A parte que não produz prova que lhe cabia não será, necessariamente, derrotada.” (TALAMINI, E. . **Ônus da prova**. Migalhas, www.migalhas.com.br, 09 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235364,31047-Onus+da+prova>>. Acesso em 27 de outubro de 2016.)

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**: de acordo com o CPC de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 3ª ed., rev., atual. e ampl. p. 101-102.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**: de acordo com o CPC de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 3ª ed., rev., atual. e ampl. p. 102-103.

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**: de acordo com o CPC de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 3ª ed., rev., atual. e ampl. p. 103-104.

[...] se a posição de uma das partes é mais verossímil do que a da outra, *ainda que minimamente*, isso seria suficiente para lhe dar razão. Nessa lógica, ainda que a prova do autor demonstrasse com um grau de 51% a verossimilhança da alegação, isso tornaria a sua posição mais próxima da verdade, o que permitiria *um julgamento mais racional e mais bem motivado do que aquele que, estribado na regra do ônus da prova, considerasse a alegação como não provada*.

O entendimento acima exposto é o que se denomina de verossimilhança preponderante.⁵² Taruffo⁵³ defende que, para esta teoria, a partir do exame das duas versões fáticas e probatórias apresentadas no processo, é necessário se verificar qual é a mais aceitável, ou seja, diante das regras ordinárias de experiência verificar qual possui a maior probabilidade lógica.

No Brasil, o magistrado pode, excepcionalmente, utilizar-se da teoria da verossimilhança preponderante e proferir decisão com base em verossimilhança de convicção, deixando de lado a regra do ônus da prova se entender que existe um mínimo de verossimilhança das alegações de uma das partes.

Mostra-se pertinente a parcial reprodução de um prestigiado julgado do Superior Tribunal de Justiça⁵⁴ sobre a diferença vista na prática da aplicação da regra do ônus probatório e da teoria da verossimilhança preponderante:

[...] 3. De acordo com o disposto no art. 333 do CPC, ao autor incumbe provar os fatos constitutivos de seu direito; ao réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. 4. O ônus da prova, enquanto regra de julgamento – segundo a qual a decisão deve ser contrária à pretensão da parte que detinha o encargo de provar determinado fato e não o fez –, é norma de aplicação subsidiária que deve ser invocada somente na hipótese de o julgador constatar a impossibilidade de formação de seu convencimento a partir dos elementos constante dos autos. 5. Em situações excepcionais, em que o julgador, atento às peculiaridades da hipótese, necessita reduzir as exigências probatórias comumente reclamadas para formação de sua convicção em virtude de impossibilidades fáticas associadas à produção da prova, é viável o

⁵² Sobre verossimilhança preponderante, ler “Ônus da prova: teorias da redução do módulo da prova e das provas dinâmicas compartilhadas” de Vicente Higinio Neto. (HIGINIO NETO, Vicente. **Ônus da Prova: teorias da redução do módulo da prova e das provas dinâmicas compartilhadas**. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 95-96.)

⁵³ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução espanhola Jordi Ferrer Beltrán. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 37-38. Tradução de: La prova dei fatti giuridici. Milano: Giuffrè, 1992, p. 295-299.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.320.295. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1272790&num_registro=201101684320&data=20131129&formato=PDF>. Acesso em 17 de outubro de 2016.

juízo do mérito da ação mediante convicção de verossimilhança. 6. A teoria da verossimilhança preponderante, desenvolvida pelo direito comparado e que propaga a ideia de que a parte que ostentar posição mais verossímil em relação à outra deve ser beneficiada pelo resultado do julgamento, é compatível com o ordenamento jurídico-processual brasileiro, desde que invocada para servir de lastro à superação do estado de dúvida do julgador. É imprescindível, todavia, que a decisão esteja amparada em elementos de prova constantes dos autos (ainda que indiciários). Em contrapartida, permanecendo a incerteza do juiz, deve-se decidir com base na regra do ônus da prova. [...]

Vê-se, portanto, que a teoria da verossimilhança preponderante é plenamente aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, mostrando-se essencial para a resolução da lide quando, observado o caso concreto, houver um nível maior de verossimilhança em relação às alegações e provas apresentadas por uma das partes em detrimento das apresentadas pela outra parte.

Todavia, a teoria da verossimilhança preponderante não se trata necessariamente da circunstância em que o magistrado diminui o requisito da prova para atender as peculiaridades postas pelo caso concreto, a isto a doutrina denomina de redução do módulo da prova. Apesar da comum utilização das duas teorias em conjunto, a verossimilhança preponderante se atém apenas à preponderância da verossimilhança de uma parte sobre a outra.

A teoria da redução do módulo de prova foi elaborada por Gerhard Walter e também se relaciona com os juízos de verossimilhança. Nesta teoria, considerado o caso concreto e o direito material envolvido, busca-se uma proximidade maior com o ideal de justiça, reduzindo-se as exigências probatórias. Melhor dizendo, nos casos em que se verifique a excessiva dificuldade na produção da prova, o magistrado deve se contentar com a verossimilhança.

Walter⁵⁵ questiona se o mesmo módulo de prova seria válido para todas as demandas, argumentando que devem ser levados em conta vários aspectos para se estabelecer qual o módulo aplicável a cada caso, defendendo que não há um modelo unitário. Ele alega que para se estabelecer o módulo de prova devem ser observados os propósitos que levaram o legislador a estabelecer as normas jurídicas sobre determinado tema, principalmente quando existem leis

⁵⁵ WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Bogotá: Temis, 1985, p. 66-67. Tradução de: Freie Beweiswürdigung. Tübingen: J. C. B. Mohr; Paul Siebeck, 1979, p. 173-174.

que protegem algumas espécies de direito.

A redução do módulo de prova também é plenamente aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro. Embora não haja disposição legal neste sentido, não raramente a jurisprudência utiliza-se desta técnica⁵⁶, mesmo que implicitamente, pois é notório o entendimento de que muitas provas não poderiam ser produzidas diante das circunstâncias fáticas e das regras ordinárias de experiência.

As teorias acima mencionadas tentam solucionar o problema da dúvida do juiz e ajustá-la à uma decisão judicial “justa”, todavia, são regras de aplicação subjetiva, pois dependem da aplicação das regras ordinárias de experiência do magistrado, prevista no art. 375 do CPC, as quais se formam com base na observação daquilo que habitualmente acontece.

Muitas críticas são feitas a essa disposição⁵⁷, e com razão, pois tal subjetividade deixa a desejar em relação à segurança jurídica, pois não há como se medir a experiência do juiz, bem como se deve considerar que a experiência é algo intrínseco a cada pessoa, sendo, portanto, variável em relação à pessoa que está a julgar o caso.

Embora válidas todas críticas feitas à aplicação das regras de experiência na decisão judicial, não se pode radicalizar a crítica a ponto de reivindicar a extinção do seu uso. Importa esclarecer, primeiramente, que a aplicação das regras ordinárias de experiência não significa a aplicação do conhecimento do julgador sobre o caso concreto além do que consta nos autos, mas sim a aplicação do conhecimento do homem médio sobre a situação em que a lide está estabelecida. É imperioso reconhecer que a lei, por si só, é

⁵⁶ Pode-se citar os seguintes julgados: Apelação Cível nº 1523096-5 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 1523096-5, apelante: Copel Distribuição S/A, apelado: Luiz Agostinho Abramowski, recorrente adesivo: José Forcassim Sobrinho. Relator: Domingos José Perfetto. Curitiba, 25 de agosto de 2016. Disponível em: < https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12226605/Acórdão-1523096-5#integra_12226605>. Acesso em 2 de novembro de 2016.) e Recurso Especial nº 916.476 do Superior Tribunal de Justiça. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 916.476, recorrente: Pedro Leonel Pinto de Carvalho, recorrido: Estado do Maranhão. Brasília, 11 de outubro de 2011. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700070250&dt_publicacao=18/10/2011>. Acesso em 2 de novembro de 2016.

⁵⁷ Cita-se a crítica feita por Lenio Luiz Streck em “O NCPC e as esdrúxulas ‘regras de experiência’: verdades ontológicas?”. (STRECK, Lenio Luiz. **O NCPC e as esdrúxulas ‘regras de experiência’: verdades ontológicas?** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-abr-09/senso-incomum-ncpc-esdruxulas-regras-experiencia-verdades-ontologicas>>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

imperfeita e incapaz de abarcar todas as relações jurídicas e, diante disso, muitas questões judiciais dependem de juízos de valor. Para Barbosa Moreira⁵⁸, as máximas da experiência são úteis à apreciação jurídica dos fatos nestas situações. No mesmo sentido entende Vicente Greco Filho⁵⁹, o qual defende que as regras ordinárias da experiência são parte da premissa maior do silogismo da sentença.

4.2. ÔNUS SUBJETIVO E ÔNUS OBJETIVO

O ônus da prova pode ser definido como subjetivo ou objetivo. Em relação àquele, pode-se chamar de regra de procedimento; enquanto este se refere à regra de julgamento.

Se considerarmos que o ônus da prova tem como escopo proporcionar ao juiz o julgamento da demanda no caso de dúvida, há de se reconhecer que estamos nos referindo à regra de julgamento, que só será pertinente quando o juiz não tiver seu convencimento formado e precisar recorrer à regra do ônus probatório para proferir decisão juridicamente segura e legítima. Obviamente, o ônus da prova como regra de julgamento só importa após o magistrado ter realizado a análise em relação ao convencimento e, depois disso, concluir que pela ausência de convicção de verdade.

Já o ônus subjetivo, segundo Alfredo Buzaid⁶⁰, opera geralmente na ordem privada e “possui sua face voltada para os litigantes, indagando-se qual delas há de suportar o risco da prova frustrada”. O ônus como regra de procedimento tem caráter instrumental e diz respeito à faculdade que as partes possuem de produzir a prova sabendo da existência de uma possível sanção em caso de inércia.

Nesta ótica, o ônus subjetivo da prova pode ser considerado uma regra de conduta para as partes, posto que, a partir dela, as partes têm a opção de decidir sobre a produção ou não da prova de acordo com a sua vontade e/ou

⁵⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, *in*: **Temas de Direito Processual**: 2ª Série. São Paulo: Saraiva, 1988. 2ª ed. p. 61-62.

⁵⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2003. 16ª ed. p. 198.

⁶⁰ BUZAID, Alfredo. **Estudos de direito**: do ônus da prova. São Paulo: Saraiva. 1972, p. 66.

estratégia processual com a finalidade de convencer o juiz sobre a sua versão dos fatos.

Sobre estes dois diferentes conceitos de ônus probatório, Marinoni e Arenhart⁶¹ defendem que não há como fazer uma aplicação separada de ambos. Argumentam que mesmo que se pense no ônus da prova apenas em relação ao magistrado, o ônus da prova deve ser visto como regra de decisão e como regra determinante da formação do convencimento judicial, posto que na fase de convencimento, ou seja, antes do juiz ter concluído pelo estado de dúvida ou não, o juiz terá que considerar o direito material envolvido e verificar se a regra do ônus é aplicável à demanda.

Muitas vezes a regra geral do ônus probatório não corresponde às peculiaridades da causa, devendo tal ônus ser distribuído de modo diverso do estabelecido nos incisos I e II do art. 373 do CPC.

4.3. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO

O art. 373 do CPC que determina a regra do ônus probatório traz em seu § 1º a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova conforme as peculiaridades da causa em julgamento, chamado também de inversão do ônus da prova.

No refinado entendimento de Arenhart e Marinoni⁶², a inversão do ônus da prova “constitui uma regra que parte da premissa de que a formação da convicção não se desliga das circunstâncias dos casos concretos.” O juiz, portanto, considerando o direito material reclamado e principalmente as alegações de fato das partes, deve fazer uma avaliação prévia do objeto que se pretende descobrir e como se pretende descobri-lo, no sentido de verificar se o objeto *pode ser descoberto*. O nível de convencimento judicial a ser exigido pelo juiz depende dessa prévia análise, pois não se pode exigir o que não se pode produzir, devendo o módulo de prova ser diminuído ou o ônus probatório, redistribuído devido a incapacidade fática da parte de produzir determinada prova.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**: de acordo com o CPC de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 3ª ed., rev., atual. e ampl. p. 194-195.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**: de acordo com o CPC de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 3ª ed., rev., atual. e ampl. p. 196.

Assim, verificada a excessiva dificuldade ou a impossibilidade da parte em produzir a prova que lhe incumbe pela regra geral do ônus da prova, ou, ainda, se verificado que a produção da prova necessária para o deslinde da demanda seja mais simples e acessível à parte que não detém o ônus de sua produção, entra em cena a distribuição dinâmica do ônus probatório. Deve o magistrado atentar-se, todavia, sobre a proibição de fazer a inversão do ônus da prova caso isso implique em uma atribuição de dificuldade excessiva ou impossibilidade (art. 373, § 2º do CPC).

A inversão do ônus probatório não se trata, porém, de uma novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 ao ordenamento jurídico brasileiro. O Código de Defesa do Consumidor promulgado em setembro de 1990 dispõe em seu art. 6º, inciso VIII, que deve ser facilitada a defesa dos direitos do consumidor em juízo, inclusive com a inversão do ônus probatório, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Todavia, considerando se tratar de legislação consumerista, a inversão do ônus da prova anteriormente ao CPC de 2015 só era possível quando a relação jurídica entre as partes fosse de consumo⁶³. Assim, o Código de Processo Civil inovou na medida em que trouxe esta possibilidade para as relações jurídicas de natureza diversa da consumerista, desde que preenchidos

⁶³ Tendo em vista a regra de inversão do ônus da prova prevista no CDC ser aplicável somente às relações consumeristas, muito se debate na doutrina e jurisprudência sobre o conceito de consumidor (art. 2º do CDC). Existem três teorias que explicam tal conceito: (i) teoria finalista, a qual identifica como consumidor a pessoa física ou jurídica que se encontra na cadeia de consumo na posição de destinatário final, ou seja, quem retira definitivamente de circulação o produto ou o serviço comercializado; neste conceito, não se admite como consumidor a pessoa que utiliza do produto ou serviço para a continuidade de sua atividade econômica; (ii) teoria maximalista, a qual identifica o consumidor como toda a pessoa física ou jurídica que adquire o produto e se utiliza dele como destinatário fático, sem importar se o emprega para uso profissional, numa continuidade da sua atividade econômica; e (iii) teoria mista ou teoria finalista mitigada, a qual identifica como consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire o produto ou o serviço, admitindo-se a utilização do produto para continuidade da sua atividade econômica desde que fique comprovada a sua vulnerabilidade. (BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. 6ª ed.) O Superior Tribunal de Justiça vem adotando a teoria finalista mitigada, conforme se vê dos seguintes julgados: Recurso Especial nº 1.195.642. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.195.642. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1194152&num_registro=201000943916&data=20121121&formato=PDF>. Acesso em 31 de outubro de 2016.); e Recurso Especial nº 1.010.834. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.010.834. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=957385&num_registro=200702835038&data=20101013&formato=PDF>. Acesso em 31 de outubro de 2016.).

os requisitos constantes no § 1º do art. 373 e não se verifiquem os impeditivos lançados no § 2º da mesma disposição.

Cabe mencionar, ainda, que o CPC de 2015 trouxe a possibilidade de distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes, salvo se recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente onerosa a uma parte o exercício do direito (art. 373, § 3º), podendo o acordo ser celebrado antes ou durante a demanda (art. 373, § 4º), fazendo parte dos negócios jurídicos processuais⁶⁴ autorizados pelo art. 190 do novo diploma.

A legislação é omissa quanto ao momento processual adequado para a inversão do ônus da prova, tema de muita polêmica que dividiu a opinião dos juristas tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

As posições variavam entre a inversão do ônus da prova anteriormente à prolação da sentença e a inversão do ônus quando da sentença. Considerando que a inversão do ônus não deva ser na sentença, havia ainda divergência se ela deveria ocorrer no despacho inicial ou no despacho saneador.

Sendo aplicada na sentença, a inversão do ônus da prova é considerada técnica de julgamento; quando aplicada anteriormente à sentença, pode-se dizer que é técnica de procedimento.

Em relação à inversão do ônus da prova como regra de julgamento, pode-se citar o entendimento de João Batista Lopes⁶⁵, o qual defende que

[...] é orientação assente na doutrina que o ônus da prova constitui regra de julgamento e, como tal, se reveste de relevância apenas no momento da sentença, quando não houver prova do fato ou for ela insuficiente. [...] somente após o encerramento da instrução é que se deverá cogitar da aplicação da regra da inversão do ônus da prova. Nem poderá o fornecedor alegar surpresa, já que o benefício da inversão está previsto expressamente no texto legal.

⁶⁴ Sobre negócios jurídicos processuais ensina Eduardo Talamini: “O negócio jurídico consiste em modalidade de ato jurídico (em sentido amplo) cujo conteúdo e específicos efeitos são delineados pela manifestação de vontade do sujeito que o celebra. A voluntariedade é relevante não apenas na prática do ato em si, mas na obtenção e definição das suas consequências. Ou seja, o conteúdo e consequentemente os efeitos do ato não são todos preestabelecidos em lei, mas delineados, quando menos em substancial parcela, pela vontade do(s) sujeito(s) que pratica(m) o ato.” (TALAMINI, E. . **Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais**. Migalhas, www.migalhas.com.br, 22 out. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>>. Acesso em 3 de novembro de 2016.)

⁶⁵ LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, 2ª ed. p. 51.

Em sentido contrário entende Barbosa Moreira⁶⁶, o qual defende que realizar a inversão do ônus probatório apenas na sentença vai de encontro aos princípios do contraditório: “Ao mesmo tempo em que estivesse invertendo o ônus da prova, o juiz estaria julgando, sem dar ao fornecedor a chance de apresentar novos elemento de convicção, com os quais pudesse cumprir aquele encargo.”

Diante da controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça decidiu através dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 422.778/SP que o momento processual adequado para a inversão do ônus probatório é o despacho saneador, considerando, portanto, a inversão do ônus da prova como regra de instrução, “devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida 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”.⁶⁷

Pode-se dizer que o STJ tomou uma posição acertada que levou em conta as disposições constitucionais sobre contraditório e ampla defesa, pois com a inversão no momento da sentença se estaria retirando da parte o direito de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Ainda, pode-se dizer que é uma decisão acertada na medida em que garante à parte segurança jurídica, e só diante da segurança jurídica é que se poderão estabelecer estratégias processuais. Caso contrário, o ônus da prova teria que ser tomado como um dever, perdendo sua substância, já que não restaria à parte contrária outra alternativa a não ser provar tudo que tiver ao seu alcance com o receio de que adiante a regra do ônus probatório fosse invertida.⁶⁸

⁶⁶ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, **Revista de Direito do Consumidor**, nº 22 abril-junho, 1997. Ed. Revista dos Tribunais.

⁶⁷ “A Segunda Seção, por maioria, decidiu que a inversão do ônus da prova de que trata o art. 6º, VIII, do CDC é regra de instrução, devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos. EREsp 422.778-SP, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti (art. 52, IV, b, do RISTJ), julgados em 29/2/2012.” (SECRETARIA DE JURISPRUDÊNCIA DO STJ. **Informativo n. 0492**, de 27 de fevereiro a 9 de março de 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=0492>>. Acesso em 3 de novembro de 2016.)

⁶⁸ HUMBERT, Georges. **Inversão do ônus da prova no CDC**: momento processual e adequação aos princípios constitucionais processuais. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI134098,71043->

5. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

No exercício de sua função jurisdicional, o juiz está adstrito, a princípio, à observância da lei. Não se pode ignorar, todavia, o aspecto criativo de que se reveste a função do magistrado. A decisão judicial não é e nunca foi uma aplicação automática da norma ao fato, pois a função do magistrado é solucionar os litígios de maneira justa e certa, o que, por si só, já é uma definição subjetiva. Ademais, o juiz ainda terá que enfrentar outras questões subjetivas, entre elas, toda a questão que envolve a divergência sobre os fatos objeto da demanda. Sobre isso, o juiz, por não possuir seu próprio conhecimento dos fatos, deve resolvê-la “através da mediação das provas”⁶⁹.

Muitas vezes o juiz depara-se com dúvidas quanto aos fatos narrados mesmo após as partes terem produzido todas as provas que acreditavam pertinentes ao deslinde da demanda. Diante disso, existe a possibilidade de o juiz determinar a produção probatória de ofício, a fim de suprimir a dúvida posta.

Barbosa Moreira⁷⁰ afirma que hoje há uma tendência global de ampliação dos poderes instrutórios do magistrado, a qual dialoga com direção do processo não apenas no sentido formal, mas também no sentido material. Desta forma, acredita existir uma propensão a eliminar boa parte das restrições tradicionais à iniciativa oficial na investigação dos fatos relevantes para o deslinde do processo. O mesmo autor defende que os poderes instrutórios do juiz “devem reputar-se inerentes à função do órgão jurisdicional, que, ao exercê-los, não ‘substitui’ às partes”⁷¹.

Por muito tempo a doutrina relutou em aceitar esta concepção proativa, que foi aos poucos superada. Atualmente, tanto a doutrina quanto a legislação

STJ+Inversao+ope+judicis+do+onus+deve+ocorrer+preferencialmente+no>. Acesso em 3 de novembro de 2016.

⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova, *in*: **Temas de direito processual**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988. 2ª ed. p. 179.

⁷⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O papel do juiz no processo civil, *in*: **Temas de direito processual**: segunda primeira série. São Paulo: Saraiva, 1998. 2ª ed. p. 11.

⁷¹ 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, *in*: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 52.

compartilham da concepção da ampla iniciativa probatória do juiz. Sobre isso, escreve Barbosa Moreira⁷²:

É a antiga visão do 'duelo' entre as partes, ao qual assistia o juiz como espectador distante e impassível, que cede o passo a uma concepção do processo como atividade ordenada, ao menos tendencialmente, à realização da justiça.

Assim, a legislação processual atual proporciona ao juiz a possibilidade de iniciativa probatória através do art. 370, *caput*, do CPC: “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.”

Raramente se vê na prática forense a produção probatória *ex officio*. Isto deve-se algumas vezes à sobrecarga de trabalho atribuído ao juiz e condições precárias em que este tem que laborar, sobretudo em relação aos juízes de primeiro grau; mas também deve-se imputar essa ausência de iniciativa probatória principalmente à ideia de que a atuação espontânea do juiz na produção da prova deriva de uma posição parcial deste no processo, em desrespeito ao princípio dispositivo em sentido processual⁷³.

Sobre isso, Barbosa Moreira⁷⁴ entende que a rigorosa observância do contraditório na atividade de instrução e o dever do juiz de motivar as decisões são suficientes para evitar o risco da parcialidade. Neste sentido entendem

⁷² MOREIRA, José Carlos Barbosa. As bases do direito processual civil, *in*: **Temas de direito processual**: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988. 2ª ed. p. 11.

⁷³ Mauro Cappelletti chama a atenção para o significado do princípio dispositivo, que possui duas concepções: a material, que se refere à iniciativa da instauração do processo, com a delimitação do seu objeto; a processual, por sua vez, refere-se à submissão do juiz à iniciativa das partes em relação ao desenvolvimento do processo, em especial, a escolha dos instrumentos para a formação da convicção do juiz. (CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**: Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Giuffrè, 1974.)

⁷⁴ “Podemos reconocer aqui el riesgo de una actuación parcial del juez, que se concentraría si él ejercitase sus poderes en el interés exclusivo de una de las partes. Mas el riesgo de la parcialidad ronda al juez, que es y no puede dejar de ser humano, a lo largo de toda su actividad; y la única manera de eliminarlo completamente sería confiar a una máquina la dirección del proceso. Atar las manos al juez em la investigación de la verdad es pagar um precio demasiado alto por la prevención de um peligro que, aún sin tal exorcismo, normalmente permanecerá em ‘estado de peligro’ y sólo em casos excepcionales se convertirá e daño actual.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial em matéria de prueba, *in*: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 80.)

também José Roberto dos Santos Bedaque⁷⁵ e Sérgio Alves Gomes⁷⁶, os quais repugnam o entendimento de que o juiz deve se ater à direção meramente formal do processo.

Importa colocar, todavia, que a iniciativa probatória do magistrado possui suas limitações e pressupostos. Nesta ótica, esclarece Barbosa Moreira⁷⁷:

Em matéria de prova, enfim, deveria ser claro que nenhuma intensificação da atividade oficial, por mais “ousada” que se mostre, tornará dispensável, ou mesmo secundária, a iniciativa dos litigantes.”

Significa dizer, portanto, que o papel das partes e do juiz são complementares; e é de reconhecer que é através da iniciativa probatória das partes que se obterá o maior subsídio para o convencimento judicial. Isto acontece porque o juiz não irá determinar a produção da prova sem antes dar a oportunidade das partes, elas mesmas, requererem a prova. Apenas na hipótese de constatado o desinteresse da parte em relação à produção da prova que o magistrado considera pertinente ao caso é que este irá determinar a sua produção de ofício.

Neste sentido, conforme já visto no capítulo sobre o princípio da cooperação, o processo civil brasileiro, a partir do Código de Processo Civil de 2015, apresenta uma concepção de processo pautada na boa-fé, dando efetiva importância ao diálogo e à colaboração entre os sujeitos processuais. Principalmente no que diz respeito à produção probatória, é de grande relevância uma postura participativa e comprometida tanto das partes como do juiz.

Considerando o princípio da cooperação na atividade do juiz, quando este entender pela produção de uma prova não requisitada pelas partes, deve o juiz se ater ao art. 10 do CPC e, primeiramente, solicitar que as partes se manifestem a esse respeito para que considerem sobre a oportunidade da prova.

⁷⁵ Sobre a posição de José Roberto dos Santos Bedaque quanto à iniciativa probatória do juiz, ver: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 3. ed. rev., atual. e ampl.

⁷⁶ Sobre a posição de Sérgio Alves Gomes quanto à iniciativa probatória do juiz, ver: GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense. 1995.

⁷⁷ 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, *in*: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 55.

Além disso, a determinação de produção de prova pelo juiz deve ser devidamente fundamentada. E em relação ao momento da produção da prova, deve haver a possibilidade de participação das partes. Posteriormente, as partes devem ter a oportunidade de se manifestarem sobre o resultado obtido. Deste modo, realça-se a noção de que a iniciativa probatória do juiz não fere a imparcialidade.

Ainda, quando o juiz determinar a produção da prova, dificilmente pode prever com segurança qual dos litigantes será beneficiado pela diligência. Caso o juiz quisesse privilegiar um dos lados, ele iria colocar em prática essa vantagem diretamente na sentença, sem precisar passar pela produção da prova. Mas mesmo que se considere que o juiz sabe de antemão quem será o privilegiado pela prova que determinou a produção, tal ação não deslegitima a decisão judicial, pelo contrário, posto que a prova tem como escopo a busca pela verdade e, portanto, irá beneficiar quem possuir razão.

Neste aspecto, Otacílio José Barreiros⁷⁸ faz brilhante defesa sobre a iniciativa probatória do juiz relacionada com o objetivo processual de apresentar uma resolução justa e certa da lide:

Dependendo do caso concreto, sustentamos, com base no caráter publicista do processo, que quando nenhuma prova foi realizada, em se deparando o juiz com a probabilidade de estar chancelando flagrante injustiça, nada impede, aliás, tudo recomenda, a utilização do permissivo do artigo 130, convertendo, se for o caso, o julgamento em diligência, para determinar as providências capazes de esclarecer ponto relevante para o julgamento justo, sem se importar qual das partes se beneficiará com a nova prova, podendo ser até mesmo a que não se desincumbiu do ônus probatório. De qualquer modo, numa ou noutra situação, alguém poderá se beneficiar: ou o réu sem razão, com o decreto de improcedência, pela carência probatória, ou o autor pela procedência da ação com o encontro da verdade real. Induvidosamente, a derradeira alternativa é a que efetivamente atende os escopos da jurisdição.

A imparcialidade seria notória no caso contrário, na hipótese de o juiz ter o conhecimento que a prova poderia melhor elucidar a lide e, mesmo assim, decidir por não a produzir.

Também infundada é a concepção de que permitir ao juiz a apuração oficial da verdade dos fatos seja constituir um autoritarismo político. Pelo contrário, a produção de prova *ex officio* é fundada, na maioria das vezes, de

⁷⁸ BARREIROS, Otacílio José. O papel do juiz no processo civil moderno, **Revista Justitia**, n. 63(195), jul/set, 2001. p. 142.

desídia do representante da parte não por tacitamente estar renunciando ao seu direito de produzir a prova, mas sim pela lastimável imperícia do profissional. Deve-se reconhecer que, em qualquer área de trabalho, existem os bons e os maus profissionais. Estes, por óbvio, mais acessíveis economicamente. Desta forma, a iniciativa probatória do juiz vem para, nestes casos de desigualdade quanto à representação processual, efetivar o princípio da isonomia.

Raciocinando sobre o tema, pode-se indagar quais os meios de prova que o juiz estaria autorizado a produzir de ofício. O CPC não traz qualquer limitação neste sentido, mas há quem entenda que o juiz não pode se servir da prova testemunhal⁷⁹. Tal entendimento, todavia, se mostra equivocado na medida em que a determinação de prova testemunhal se mostra plenamente válida quando, por exemplo, a parte ou outra testemunha, quando do depoimento em juízo, cita outra pessoa que teria maiores informações sobre os fatos controvertidos. Diante desta hipótese, o juiz pode determinar a intimação da pessoa para interrogatório, mesmo que as partes não tenham interesse na sua oitiva; deste modo, o juiz estaria determinando a prova testemunhal *ex officio*.

Marinoni e Arenhart⁸⁰ sustentam uma posição mais realista, indicando que a produção da prova de ofício, ainda que bem-vinda, na prática não pode ser tomado como um remédio milagroso. Isto porque consideram que na maioria das vezes a prova que pode ser determinada de ofício é apenas a pericial, visto que o juiz não possui conhecimento sobre a existência de documentos ou testemunhas que sejam pertinentes ao deslinde da controvérsia.

Por fim, importa esclarecer que a iniciativa probatória do juiz não é excludente da inversão do ônus probatório. Ambas incidem quando o juiz estiver em situação de dúvida e, portanto, não puder decidir com firmeza, sob pena de estar cometendo uma injustiça com qualquer das partes.

A regra geral de distribuição do ônus probatório pode ser invertida quando constatada a extrema dificuldade da parte em produzir a prova conforme o ônus que lhe incumbe. Determinada a inversão, espera-se que a parte que recebeu tal ônus dele se desincumba produzindo a prova pertinente. Todavia,

⁷⁹ Deste modo entende Fritz Baur em seu ensaio *O papel ativo do juiz*. (BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 27, p. 186-199, 1982.)

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**: de acordo com o CPC de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 3ª ed., rev., atual. e ampl. p. 100.

pode acontecer da parte, mesmo tendo recebido o encargo de produzir a prova, manter-se inerte. A lógica, nesta situação, seria de que a parte que se manteve inerte recebesse a consequência negativa da não produção da prova. Acontece que o processo muitas vezes é mais complexo do que isso. Mesmo com a inversão do ônus probatório o juiz pode não se sentir à vontade para julgar sem a prova, principalmente quando se trata de demandas que têm por objeto matérias técnicas, sobre as quais o magistrado não possui conhecimento suficiente para construir uma lógica e julgar conforme a regra do ônus probatório.

6. CONCLUSÕES

Em face do que foi analisado neste trabalho, toma-se as seguintes conclusões:

1) O estudo sobre a prova é de grande relevância para a orquestra processual, pois é a partir dela que se forma o convencimento judicial e sua respectiva decisão; ter o conhecimento de como se opera a prova no processo civil é crucial para o desfecho da lide;

2) Mesmo que impossível de ser alcançada, o processo deve sempre ter como escopo a busca da verdade dos fatos. Na prática, todavia, deve-se fazer uma ponderação da necessidade dessa busca com a celeridade e onerosidade do processo, levando-se em conta, principalmente, o objeto da demanda e a importância que este possui na vivência dos jurisdicionados. Por exemplo, quando tiver por objeto questões patrimoniais, a celeridade e a economia processual podem sobrepor à verdade substancial; enquanto que ao lidar com direitos da personalidade a verdade é considerada mais importante;

3) A busca da verdade dos fatos deve ser um exercício de colaboração entre as partes. A função social do processo depende de uma visão menos rígida sobre a polarização do processo, sendo que o princípio da cooperação trazido pelo CPC de 2015 vem justamente para desmitificar a ideia de processo como um jogo e viabilizar a busca conjunta da solução mais adequada à lide;

4) Toda a convicção do juiz será baseada em verossimilhança, posto o impossível alcance da verdade substancial; a depender do nível de verossimilhança o julgamento se utilizará das técnicas de inversão do ônus probatório, verossimilhança preponderante ou até mesmo a produção de provas de ofício pelo juiz;

5) O magistrado está autorizado a produzir provas e nem por isso estará infringindo a sua parcialidade no julgamento. Os poderes instrutórios do juiz não são privilégios outorgados ao magistrado, mas são ferramentas processuais que colaboram com a realização da justiça e excluir ou limitar os poderes instrutórios do juiz afetaria o poder-dever que do juiz de proferir a decisão judicial certa e justa;

6) A posição proativa do magistrado na produção probatória não significa que as partes fiquem em segundo plano, pois estas devem participar

ativamente da produção da prova determinada pelo juízo, sendo-lhes assegurado o contraditório desde antes do juiz decidir pela sua produção;

7) A inversão do ônus probatório, conforme entendimento do STJ, é uma técnica de instrução processual, pois é de extrema importância a observação do contraditório quando da inversão. Ainda, conclui-se que a inversão do ônus probatório tem como escopo o princípio da isonomia e só deve ser utilizada quando não for constatado no processo o fenômeno da verossimilhança preponderante;

8) O CPC de 2015 acertou quando trouxe a possibilidade de inversão para todas as relações jurídicas, pois a dificuldade de produção da prova não se evidencia apenas nas relações consumeristas;

9) Por fim, toda decisão judicial estará submersa na subjetividade do julgador, o que, por um lado, pode ir de encontro à segurança jurídica; todavia, não há como fugir dessa tendência, posta a imperfeição da lei e a intrínseca necessidade do processo se adaptar ao caso concreto para que sua função possa ser atingida.

7. REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Livro Gama. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 3. ed. rev., atual. e ampl.

BARREIROS, Otávio José. O papel do juiz no processo civil moderno, **Revista Justitia**, n. 63(195), jul/set, 2001, p. 136-148.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 4ª ed.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 27, p. 186-199, 1982.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. 6ª ed.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.010.834. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=957385&num_registro=200702835038&data=20101013&formato=PDF>. Acesso em 31 de outubro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.195.642. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1194152&num_registro=201000943916&data=20121121&formato>

=PDF>. Acesso em 31 de outubro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.320.295. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1272790&num_registro=201101684320&data=20131129&formato=PDF>. Acesso em 17 de outubro de 2016.

CALAMANDREI, Piero. Límites entre jurisdicción y administración. *In: Estudios sobre el proceso civil*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945.

_____. O processo como um jogo. Tradução de Roberto Del Claro. **Revista Gênese**: Curitiba, n. 23, 2002.

_____. Verità e Verosimiglianza nel Processo Civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1955.

CAMARGO, Gustavo Arantes. Sobre o conceito de verdade em Nietzsche. **Revista Trágica: estudos sobre Nietzsche**, 2º semestre de 2008, vol.1, nº 2, p.93-112.

CAMBI, E. . **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**: Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Giuffrè, 1974.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**, Classicbook: São Paulo, 2000, v. II, nº 119.

_____. **Teoria geral do direito**. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus,

2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: v. 2: as relações processuais: a relação processual ordinária de cognição. São Paulo: Saraiva, 1969.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. . O princípio do contraditório e a cooperação no processo. **Revista Brasileira de Direito Processual (Impresso)**, v. 79, p. 147-159, 2012.

Dicionário de Português, Dicionário do Aurélio Online, 2016. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/prova>>. Acesso em 10 de setembro de 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009, v. 3.

DUTRA, D. J. V. Razão e consenso em Habermas: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. 2ed. rev. e ampl. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2005.

GAMADER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense. 1995.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes - uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). **Revista da ESMape**, Recife-PE, v. 5, n.11, 2000.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *In*: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, Vol. 2. São Paulo:

Saraiva, 2003. 16ª ed.

HIGINO NETO, Vicente. **Ônus da Prova**: teorias da redução do módulo da prova e das provas dinâmicas compartilhadas. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, 2ª ed.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Novo CPC, princípio da cooperação e processo civil do arco-íris**. Disponível em: < <http://jota.info/novo-cpc-principio-da-cooperacao-e-processo-civil-do-arco-%C2%ADiris>>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**: de acordo com o CPC de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 3ª ed., rev., atual. e ampl.

MARQUES, Luiz Guilherme. **Boca da Lei**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/index.php.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=105#>. Acesso em 15 de setembro de 2016.

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, *in*: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial em matéria de prueba, *in*: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Correlação entre o pedido e a sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 21, n. 83, p. 207-215, 1996.

_____. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, **Revista de Direito do Consumidor**, nº 22 abril-junho, 1997. Ed. Revista dos Tribunais.

_____. O juiz e a prova, *in*: **Temas de direito processual**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. O papel do juiz no processo civil, *in*: **Temas de direito processual**: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988. 2ª ed.

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, *in*: **Temas de Direito Processual**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988. 2ª ed.

OLIVEIRA, Nelci Silvério. **A filosofia, os filósofos e a incessante busca da verdade**. Limeira: Editora do Conhecimento, 2015.

REALE, Miguel. **Verdade e conjectura**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

REIS, Francis V. A.; REIS, José Maria dos . **A Teoria da Metamorfose do Ciclo da Prova na Construção da Decisão Judicial**: reflexões sobre o instituto da prova nas procedimentalidades do CPC de 1973 e do Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Amagis Jurídica*, v. 7, p. 117-136, 2012.

SECRETARIA DE JURISPRUDÊNCIA DO STJ. **Informativo n. 0492**, de 27 de fevereiro a 9 de março de 2012. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=0492>>. Acesso em 3 de novembro de 2016.

SILVA FILHO, Paulo Vicente Gomes. **O problema da verdade na filosofia de Santo Tomás de Aquino**. 2014. 86 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco. CFCH. Pós-Graduação em Filosofia. Defesa: Recife, 2014.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

TALAMINI, E. . Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz. **Cadernos Jurídicos - Série Especial: Novo CPC/OAB/PR**, Curitiba/PR, p. 4 - 6, 15 maio 2015.

_____. **Ônus da prova.** Migalhas, www.migalhas.com.br, 09 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235364,31047-Onus+da+prova>>. Acesso em 27 de outubro de 2016.

_____. **Um processo para chamar de seu:** nota sobre os negócios jurídicos processuais. Migalhas, www.migalhas.com.br, 22 out. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>> Acesso em 3 de novembro de 2016.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos.** Tradução espanhola Jordi Ferrer Beltrán. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 37-38. Tradução de: La prova dei fatti giuridici. Milano: Giuffrè, 1992.

TRENTO, Simone. **Efetividade da tutela jurisdicional matéria probatória:** standart e ônus da prova. 2012. 161 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2012.

VERGEZ, André; HUISMAN, Denis. **História da Filosofia Ilustrada pelos Textos.** Rio de Janeiro: Freitas de Barros, 4.^a ed., 1980.

WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba.** Bogotá: Temis, 1985, p. 66-67. Tradução de: Freie Beweiswürdigung. Tübingen: J. C. B. Mohr; Paul Siebeck, 1979.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil [livro eletrônico]:** teoria geral do processo, v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 5^a ed. E-book baseada na 16^a ed. impressa.

_____. **Curso avançado de processo civil [livro eletrônico]:** teoria geral do processo, v.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 5^a ed. E-book baseada na 16^a ed. impressa.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 2. ed. São Paulo:

Bookseller, 2000.