

PUCRS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUCRS
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DOUTORADO

GUILHERME ATHAYDE PORTO

**A IMPOSIÇÃO PELO JUIZ À PARTE DE PRODUÇÃO DE PROVA DESABONATÓRIA NO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL, SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE
NATUREZA PROCESSUAL**

Porto Alegre
2019

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUCRS
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DOUTORADO

GUILHERME ATHAYDE PORTO

**A IMPOSIÇÃO PELO JUIZ À PARTE DE PRODUÇÃO DE PROVA
DESABONATÓRIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL, SOB A ÓTICA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DE NATUREZA PROCESSUAL**

Porto Alegre

2019

GUILHERME ATHAYDE PORTO

**A IMPOSIÇÃO PELO JUIZ À PARTE DE PRODUÇÃO DE PROVA
DESABONATÓRIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL, SOB A ÓTICA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DE NATUREZA PROCESSUAL**

Tese jurídica apresentada como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito, na Área de Concentração em Teoria Geral da Jurisdição e Processo e Linha de Pesquisa em Jurisdição, Instrumentalidade e Efetividade do Processo, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt

Porto Alegre

2019

GUILHERME ATHAYDE PORTO

**A IMPOSIÇÃO PELO JUIZ À PARTE DE PRODUÇÃO DE PROVA
DESABONATÓRIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL, SOB A ÓTICA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DE NATUREZA PROCESSUAL**

Tese jurídica apresentada como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito, na Área de Concentração em Teoria Geral da Jurisdição e Processo e Linha de Pesquisa em Jurisdição, Instrumentalidade e Efetividade do Processo, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, defendida e aprovada em Porto Alegre/RS, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINDORA:

Presidente: Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt – PPGD/PUCRS

Membro Externo: Prof. Dr. Danilo Knijnik – PPGD/UFRGS

Membro Externo: Prof. Dr. Marco Antonio Rodrigues – PPGD/UERJ

Membro Externo: Prof. Dr. William Santos Ferreira – PPGD/PUCSP

Membro Externo: Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier – PPGD/FMP

Membro Externo: Prof. Dr. João Paulo Foster – PPGD/UNIRITTER

*Hoje e sempre aos grandes amores da
minha vida, Patrícia, Sergio, Marta,
Natália e Fernando.*

AGRADECIMENTOS

A demonstração de gratidão, me parece, é dos atos mais prazerosos que o ser humano pode desfrutar. Ter o que e a quem agradecer demonstra a existência de momentos os quais fizeram o sacrifício realmente ser recompensado.

Ao terminar esta tese de doutorado, seja o resultado que dela vier, sei que houve um crescimento e um amadurecimento impagável e inigualável de minha parte. Esse crescimento e amadurecimento veio acompanhado de uma boa dose de sacrifício, não apenas pessoal, mas de todos aqueles que me acompanharam nessa não tão simples jornada. Por isso, demonstrar gratidão a estes que permitiram que eu chegasse a esse ponto é o mínimo que deve ser feito.

Inicialmente, agradeço a Deus que me concedeu uma vida cheia de alegrias e bênçãos para muito além do material.

Depois, devo dizer, que eu por mim não existo. Sou feito e moldado a partir de 5 partes, cada qual com um nome. Patrícia, Sérgio, Marta, Natália e Fernando. 5 partes que fazem o meu todo e que são a razão da minha existência. Meus pilares e meus amores. Esposa, pais e irmãos. Eu amo vocês, mais do que poderia explicar, mais do que poderia dizer. Obrigado por estarem todos os dias ao meu lado. Obrigado por serem fonte de inspiração. Obrigado por me ensinarem, todos os dias, o dever de continuar seguindo em frente. Obrigado por todo o amor que me é dado. Obrigado por serem o meu mundo. Por vocês, qualquer coisa! Para vocês, tudo, sempre!

Mas família vai além do sangue. Por isso, ao meu cunhado Felipe e a minha cunhada Eduarda, irmãos por extensão que ganhei e que possuem, da mesma forma, todo meu amor, carinho e admiração. Saibam, todo ato de implicância, é, na verdade, uma demonstração de amor por vocês.

Para um dos amores da minha vida, minha avó Maria Emília. O meu amor por ti é das joias mais preciosas que carrego em mim. Para minhas tias Elza e Maria Luiza, para meu padrinho Paulo e meus primos Fernanda e João Paulo, todos indispensáveis em minha vida e também donos do meu coração.

Para minhas afilhadas, Iasmin, Isadora e Laura que tornam meus dias mais alegre, coloridos, cheios de juventude. Através de vocês conheci um novo tipo de amor, até então por mim desconhecido, mas infinito. Amo vocês, muito mais do que imaginam.

Um agradecimento especial e inesquecível para meu orientador, Luis Alberto, que além do papel fundamental que exerceu durante essa caminhada, se tornou um amigo querido. Ele que me conduziu durante essa jornada e me ensinou, com a gentileza que apenas os grandes mestres possuem, a sempre questionar e se inconformar, dando liberdade para a construção das minhas ideias sem, contudo, jamais deixar de alertar e aconselhar, não retirando as pedras do caminho, mas ensinando como contorna-las. Mestre, meu eterno agradecimento por me trazer até aqui e por dividir esse momento comigo! Foi uma honra e um privilégio dividir esse momento ao teu lado e carregarei esse orgulho junto comigo para sempre!

Agradeço também a um amigo e mestre mais que especial. Ao Marco Jobim, presente inestimável que a academia me deu desde os tempos de mestrado e que me acompanha nessa jornada, aconselhando e abraçando com paciência, mas como todo bom amigo, quando necessário, corrigindo para me ver crescer. Marco, a admiração por ti vai muito além dos corredores acadêmicos. És um dos meus ídolos, como já falei para ti diversas vezes.

As minhas queridas colegas e grandes amigas, que compartilharam comigo de perto as longas horas de estudo e pesquisa. Carol, Flavinha, Lu e MC, chegamos ao final e isso não seria possível sem o apoio de todas vocês. A jornada foi longa e foi dura, mas todo o suor valeu a pena!

Também para três grandes amigos, jovens processualistas, que carregam em suas brilhantes mentes e mãos o futuro do Processo. Vitor de Paula Ramos, Otávio Domit e Rafael Abreu, agradeço pelo constante debate, sempre honesto, sincero, cheio de amizade e carinho. Guris, vocês são inspiração para toda geração que segue! Obrigado!

Aos meus estimados amigos e colegas de escritório, Dall'agnol, Daniel, Éderson, Bruna, Maitê e Daniela, sem o apoio dos quais jamais teria conseguido terminar esta etapa.

A todos os demais amigos, aos quais deixo de citar para evitar injustiças.

Muito obrigado por estarem comigo nesse caminho. Caminho que ainda se trilha, pois muito ainda vem. Novamente, muito obrigado e dá-lhe Grêmio.

“Light up the darkness”.

MARLEY, Bob. 1976.

“We make our world significant by the courage of our questions and the depth of our answers”.

SAGAN, Carl. 1980.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo discutir tema instigante do direito probatório, propondo à reflexão sobre a possibilidade de convivência entre os poderes instrutórios do juiz com os direitos processuais fundamentais da parte, em especial, o contraditório e a liberdade.

Nessa linha, levando em conta o disposto no art. 379, do CPC, o qual dispõe que a parte não está obrigada a produzir prova contra si mesma e a disciplina do parágrafo único, do art. 400, do CPC, que estabelece a possibilidade do juízo impor medidas coercitivas, indutivas, mandamentais e sub-rogatórias, sem restrições, em razão do compromisso do sistema processual com a busca da verdade, cria um aparente conflito de comandos legais e uma possível violação dos direitos das partes. Isso porque, se, de um lado, a parte não está obrigada a produzir provas contra si, de outro, é facultado ao juízo a adoção das medidas antes referidas, as quais, inclusive, podem coagir a parte a trazer elementos capazes de lhe prejudicar na solução da lide. Nesse ponto, parece surgir um conflito, importando o debate para esclarecer até que medida é legítima a participação do juízo na produção de provas sem violar o direito das partes de defender sua posição dentro do processo.

A questão, à luz de um modelo de processo colaborativo, em sintonia com Constituição da República, é definir quais os limites para o exercício dos poderes instrutórios do juiz, uma vez que, se exercidos com a violação aos direitos das partes, leva à criação de uma prova de origem ilícita, exatamente, por violar, não apenas a liberdade da parte, mas também o próprio conceito de contraditório, o qual, na verdade, permite que a parte exerça influência na formação da decisão em seu favor e não contra seus interesses.

Palavras-chave: Poderes Instrutórios. Prova. Direitos Fundamentais Processuais.

ABSTRACT

The aim of this paper is to discuss the provocative theme of the probative law, proposing a reflection on the possibility of coexistence between the judge's instructive powers with the fundamental procedural rights of the party, especially the contradictory and freedom.

In this line, taking into account the provisions of art. 379 of the CPC, which provides that the party is not required to produce evidence against itself and the discipline of the sole paragraph of art. 400 of the CPC, which establishes the possibility for the court to impose unrestricted coercive, inductive, mandatory and subrogatory measures because of the procedural system's commitment to the search for truth, creates an apparent conflict of legal commands and possible violation of the rights of the parties. This is because, if, on the one hand, the party is not required to produce evidence against itself, on the other hand, the court is allowed to adopt the measures mentioned, which may even oblige the party to bring elements capable of harming him or her. coping solution. At this point, a conflict seems to arise, and the debate needs to be clarified to what extent it is legitimate for the court to participate in the production of evidence without violating the parties' right to defend their position within the process.

The question, in the light of a model of collaborative process, in line with the Constitution of the Republic, is to define the limits for the exercise of the judge's instructive powers, since, if exercised with the violation of the rights of the parties, leads to the creation of evidence of illicit origin precisely because it violates not only the freedom of the party, but also the very concept of contradictory, which, in reality, allows the party to influence the formation of the decision in its favor and not against its own interests.

Keywords: Instructional Powers. Proof. Fundamental Procedural Rights.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo discutir el tema provocador de la ley probatoria, proponiendo una reflexión sobre la posibilidad de coexistencia entre los poderes instructivos del juez con los derechos procesales fundamentales de la parte, especialmente los contradictorios y la libertad.

En esta línea, teniendo en cuenta las disposiciones del art. 379 del CPC, que establece que la parte no está obligada a presentar pruebas contra sí misma y la disciplina del único párrafo del art. 400 de la CPC, que establece la posibilidad de que el tribunal imponga medidas coercitivas, inductivas, obligatorias y subrogativas sin restricciones debido al compromiso del sistema procesal con la búsqueda de la verdad, crea un conflicto aparente de órdenes legales y una posible violación de los derechos de las partes. Esto se debe a que, si, por un lado, la parte no está obligada a presentar pruebas contra sí misma, por otro lado, el tribunal puede adoptar las medidas mencionadas, lo que incluso puede obligar a la parte a aportar elementos capaces de dañarlo. solución de afrontamiento. En este punto, parece surgir un conflicto, y el debate debe aclararse en qué medida es legítimo que el tribunal participe en la producción de pruebas sin violar el derecho de las partes a defender su posición dentro del proceso.

La pregunta, a la luz de un modelo de proceso colaborativo, en línea con la Constitución de la República, es definir los límites al ejercicio de los poderes instructivos del juez, ya que, si se ejerce con la violación de los derechos de las partes, conduce a la creación. de evidencia de origen ilícito precisamente porque viola no solo la libertad de la parte, sino también el concepto mismo de contradictorio, que, de hecho, le permite a la parte influir en la formación de la decisión a su favor y no contra sus intereses.

Palabras clave: Poderes de instrucción. Prueba Derechos procesales fundamentales.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A DIVISÃO DE TAREFAS ENTRE PARTES E JUIZ NO MODELO DE PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO	15
2.1 Sobre o modelo de processo civil contemporâneo. Considerações iniciais	15
2.2 Sobre o princípio dispositivo	47
2.2.1 Do conteúdo do princípio dispositivo – apontamentos iniciais.....	47
2.2.2 Fundamentos axiológicos	57
2.2.3 O princípio dispositivo como projeção do direito fundamental à liberdade	64
2.3 O modelo cooperativo do processo civil	69
2.3.1 Conteúdo da exigência de colaboração no processo civil.....	75
2.3.2 Fundamentos axiológicos	82
2.3.3 A colaboração no processo civil como projeção do direito fundamental ao contraditório	88
2.4 Conclusões Parciais	98
3 A ATIVIDADE DE INSTRUÇÃO NO CONTEXTO DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO.....	100
3.1 Prova: conceito e finalidade.....	100
3.2 Das relações entre prova e verdade	108
3.3 Direito fundamental à prova: conteúdo e alcance.....	126
3.4 As partes e a produção de provas no processo civil contemporâneo	136
3.4.1 Produção de provas pelas partes e ônus da prova.....	136
3.4.2 produção de provas pelas partes e preclusão	152
3.4.3 Produção de provas pelas partes e princípio da comunhão da prova....	160
3.5 Poderes instrutórios do juiz no processo civil contemporâneo	165
4 DISCUTINDO A IMPOSIÇÃO PELO JUIZ ÀS PARTES DE PRODUÇÃO DE PROVAS DESABONATÓRIAS NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO, SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS	176

4.1 Razões que militam em favor da possibilidade da prática de atos pelo juiz com vistas à imposição de produção de provas desabonatórias pelas partes no processo civil, sob a ótica dos direitos fundamentais processuais	177
4.2 O direito fundamental à prova e o compromisso com a descoberta da verdade	183
4.3 Razões que militam em favor da impossibilidade da prática de atos pelo juiz com vistas à imposição de produção de provas desabonatórias às partes no processo civil, sob a ótica dos direitos fundamentais processuais	187
4.3.1 <i>A relação entre prova e liberdade</i>	203
4.3.2 <i>As consequências decorrentes da prática de atos pelo juiz com vistas à imposição de produção de provas desabonatórias pelas partes no processo civil, sob a ótica dos direitos fundamentais processuais</i>	216
4.3.2.1 <i>A prova desabonatória como espécie do gênero prova ilícita</i>	221
4.3.2.2 <i>A prova desabonatória e a formação do convencimento jurisdicional</i>	230
5 CONCLUSÕES	237
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	240

1 INTRODUÇÃO

Alguns temas, por sua relevância para manutenção da ordem jurídica sempre merecem revisitação. Falar sobre o tema da Prova no Processo Civil é um desses pontos que está sempre em constante reavaliação, de forma que possa melhor atender aos anseios de uma sociedade que clama por um Poder Judiciário mais efetivo em todas suas searas.

A nova sistemática processual traz, em seu espírito, exatamente a busca por mecanismos que permitam a entrega de uma prestação jurisdicional de mais qualidade. Para isso, há uma forte união entre Constituição Federal e Código de Processo Civil, criando uma série de meios, à luz da primeira, para que o segundo possa dar materialidade aos anseios constitucionais.

A prova, como uma das maiores expressões do contraditório, que, por sua vez, é o fiador de um sistema processual verdadeiramente democrático, obtém espaço de relevo na dogmática processual hoje estabelecida, não apenas pelo CPC, mas por todo sistema jurídico. O direito fundamental à prova, portanto, funciona como um garantidor de que o sistema é comprometido com a busca pela melhor solução judicial, procurando permitir uma reconstrução dos fatos do modo mais fidedigno possível.

Nessa linha, sempre existem desafios interpretativos que devem ser pensados e imaginados por todos que se dedicam ao estudo do instituto da Prova.

Existe, no contexto processual contemporâneo, um Juiz muito mais ativo do que antes, recheando um sistema que desde muito foi pensado através do princípio dispositivo, com uma dose de inquisitorialidade que confere ao magistrado a ampla possibilidade de – complementarmente – buscar o conhecimento dos fatos para formação do convencimento judicial.

Essa maior atividade judicial evidencia um modelo de processo colaborativo, em que todos têm o dever de cooperar para entrega de uma decisão de mérito justa e em tempo razoável. A partir disso, é necessário melhor compreender algumas das premissas a respeito de modelo colaborativo de processo e quais os limites que a ele se aplicam, pois o aumento dos poderes probatório do juiz só deve ser bem recebido tendo-se noção exata de seus limites para, assim, evitar o emprego de um autoritarismo judicial que possa ser legitimado pelo ordenamento jurídico.

Seguindo nesse caminho, é necessário compreender que o contraditório é um direito fundamental de conteúdo complexo que permite a parte muito mais do que

uma simples participação formal no processo, mas sim confere a ela a possibilidade de efetivamente influenciar positivamente a decisão do magistrado em seu favor. Portanto, a divisão de tarefas entre Juiz e partes no processo ganha uma repaginação, já que a relação se torna muito mais horizontal entre os atores principais do processo, diferentemente da relação vertical que durante longo período de tempo dominou a ideia de Processo.

A partir da necessidade de uma leitura sistemática, de integração de normas com os objetivos traçados pela ordem processual-constitucional, surge o debate sobre o dever de produzir prova e a possível imposição pelo Juiz à parte no que diz respeito ao processo instrutório. Isso porque, em leituras isoladas, pode-se imaginar que o magistrado possua o poder de impor, de forma coercitiva (art. 400, parágrafo único, art. 403 entre possíveis outros, do CPC) inclusive, o dever de a parte trazer ao processo prova que possa ir contra os seus próprios interesses, ou seja, uma prova desabontária. Nessa perspectiva, existe também a previsão expressa (art. 379, CPC) de que a parte não será obrigada a produzir prova contra si mesmo.

Portanto, a *prima facie* existe um conflito interno no CPC, pois confere ao Juiz a possibilidade de impor à parte o dever de exhibir documento ou coisa sob pena de medidas coercitivas, mas também, garante, identicamente, a possibilidade de se eximir de produzir determinada prova se essa ir contra seus interesses dentro do processo.

Com efeito, acaba por se impor a necessidade de uma análise geral do sistema processual em um primeiro momento, passando por uma análise mais crítica sobre o direito probatório em geral para a seguir se buscar a resposta para o questionamento que causa certa inquietação. Pode o magistrado, através do seu poder instrutório, forçar a parte a produzir uma prova mesmo contra seus interesses? Essa prova desabonatória se coaduna com aquilo que se espera de um sistema processual baseado em um amplo contraditório para, exatamente, defender a democracia processual e prevenir arbitrariedades judiciais, veneno para todo e qualquer sistema que se entenda como constitucional democrático?

Para responder essa pergunta é que seguirão algumas reflexões sobre os temas destacados e mais alguns para ao final compreender se existe efetivamente essa insuperável antinomia ou se há possibilidade de convivência dos dispositivos legais referidos.

Certamente a resposta não se obtém de pronto, uma vez que o ordenamento está desenhado para a busca da verdade. Mas nessa linha é preciso também compreender que a busca da verdade só se explica se realizada dentro do contexto de um processo justo. Portanto, a averiguação de limites para deveres e direitos devem ser bem firmados a fim de que abusos, sejam das partes, seja do próprio juízo, não contaminem o conteúdo probatório do debate judicial.

2 A DIVISÃO DE TAREFAS ENTRE PARTES E JUIZ NO MODELO DE PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

O Processo Civil vem experimentando algumas alterações paradigmáticas. Isso porque, cultural e axiologicamente, existem mudanças que se impõem como forma de adaptar não apenas o Processo, mas o próprio Direito a novas concepções, mais adequadas ao ideário hoje experimentado na sociedade.

Certamente mudanças que buscam melhorar o Processo Civil como meio de viabilizar uma melhor prestação jurisdicional para os jurisdicionados. Nesse sentido, alguns dogmas vêm sendo quebrados e alterados com intuito de permitir que essa adaptação às novas necessidades seja implementada.

Seguindo essa linha, não há dúvidas que o papel das partes e do Juiz, dentro do Processo vêm sendo compreendido de forma diferente do que outrora. A relação, antes absolutamente vertical existente entre magistrado e partes, hoje, já percebe diversa visão. O Juiz, uma vez absolutamente passivo, da mesma forma, também experimenta uma nova roupagem, o que demonstra que o Processo, como instituto apto a dar aplicabilidade ao sistema jurídico, está em contínua evolução, merecendo perene revisitação para uma compreensão sempre à luz dos valores sociais contemporâneos.

2.1 Sobre o modelo de processo civil contemporâneo. Considerações iniciais

A ideia de constitucionalização do Processo, naturalmente, traz à tona a (re)discussão de diversos temas, pois com a Constituição como marco legislativo e axiológico de partida, há a necessidade de, ao menos, visitar alguns conceitos para melhor adaptá-los a essa realidade. Decorrência absolutamente natural e esperada, uma vez que a Carta Magna carrega consigo compromissos e objetivos firmados pelas necessidades sociais de seu tempo que não necessariamente correspondem à visão tradicional de determinados institutos processuais.

O Processo Civil atual é um reflexo dessa visão absolutamente constitucionalizada do Direito. E diferente não poderia ser, pois é a partir da Carta Magna que se extraem, vertical e horizontalmente, os ideais e valores que buscam ser resguardados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Dentro do Processo Civil, há uma série de institutos que merecem revisitação a partir de uma visão constitucional do processo. Um dos temas que naturalmente gera debate é o direito probatório, pois dos mais relevantes para o Direito, em especial tendo em atenção seus objetivos hoje firmados. A Constituição como ponto de partida, com seu inegável conteúdo processual, mesmo que indiretamente como produto de um contraditório essencial, confere especial relevância à prova, tornando-a verdadeiro direito fundamental. Não poderia ser diferente, pois, mais das vezes, é através da prova que é possível a aproximação à verdade e à justiça.

A extensão, os limites que podem ser impostos, o exercício dos poderes instrutórios pelo juiz, a fundamentalidade e as naturais decorrências do direito à prova e a produção da prova são questões que merecem atenta meditação.

Contudo, o estudo sobre a prova perpassa necessariamente por um estabelecimento de premissas e bases que permitam compreender o instituto da Prova sob seu viés contemporâneo, atendendo da forma mais eficaz possível os anseios de uma sociedade atual, cuja velocidade das relações e de acontecimentos cresce de forma exponencial. Assim, adquire importância ímpar compreender os objetivos e os pilares que dão sustentação ao Processo Civil, bem como que direitos este processo procura resguardar.

Hoje, o Processo Civil parece trilhar alguns caminhos que o colocam distante de uma visão clássica e de alguns dogmas que outrora dominaram ciência processual. Isso se identifica com maior clareza quando se vê a sua luta para tornar-se verdadeiramente colaborativo, buscando uma efetividade cada vez maior, sem, de outro lado, deixar de atender uma série de direitos fundamentais inerentes ao devido processo constitucional. Aliás, digno de referência que o Processo Civil deixa de ser submisso à Constituição para além da pena da doutrina e dos tribunais, mas também pela letra da lei, vez que o art. 1º da legislação processual assim estabelece.

De toda sorte, a evolução da ciência processual civil não a isenta de justas e justificadas considerações. É verdade que o Processo há certo tempo sofre com críticas em razão de sua verificada insuficiência para atender a tudo aquilo que se propôs, com seus escopos sociais, políticos e jurídicos¹, distribuindo uma prestação

¹ Conforme já disse Candido Rangel Dinamarco em sua obra a Instrumentalidade do Processo. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 206-309.

jurisdicional adequada. Por decorrência, se o Processo não logra solucionar os conflitos, falha em sua precípua missão e não entrega uma prestação jurisdicional verdadeiramente adequada e efetiva². Quando deixa de lograr uma prestação jurisdicional de qualidade, há em sequência lógica, o desprestígio de diversos direitos, tanto fundamentais-materiais, como também constitucionais-processuais.

O Direito sofre de uma inegável dificuldade: sua incapacidade material de acompanhar o andamento da sociedade dada sua hipercomplexidade³. Essa hipercomplexidade, impõe, ao Direito, ao menos duas hipóteses, cada qual com suas dificuldades.

Primeiro, torna a atividade legislativa também hipercomplexa (um espelho da sociedade sobre a qual essa atividade deve ditar as regras de convívio) e, por decorrência, com muitas situações abstratamente previstas, ao mesmo tempo que pode tornar o Direito confuso, de difícil compreensão e aplicação.

Segundo, pode tornar o Direito cada vez mais aberto, com normas altamente genéricas, prevendo apenas situações em que seja possível encaixar qualquer aspecto circunstancial-fático da vida, levando aos conceitos indeterminados dentro da lei, o que não necessariamente constitui-se em ponto negativo, mas que pode gerar determinada confusão em algumas circunstâncias e que por decorrência devem ser aplicados respeitando, dentro do possível, o contexto da demanda⁴.

² Sobre o tema da efetividade, vale referir o conceito trazido por José Roberto dos Santos Bedaque: "Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material." BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 27. Vale, ainda trazer a distinção conceitual que Marco Felix Jobim traz sobre os temas eficiência, eficácia e efetividade: "(...) razão pela qual aponta ser importante diferenciar, por exemplo, a eficácia da efetividade e ambas da eficiência, aduzindo ter a primeira certa noção lógico-normativa; a segunda certa noção empírico-normativa; e a eficiência, certa noção finalístico-normativa, não sendo obviamente, os únicos que as diferenciam, como se pode ler em Lucival Lage Lobato Neto e Benjamim Miranda Tabak. Talvez como um exemplo seja mais fácil visualizar as diferenças entre elas, como na promessa de construção de cinco unidades de posto de saúde por um determinado Município quando, se ao final do tempo prometido, conseguir cumprir as construções, ao que terá sido eficaz (noção lógico-normativa); se, nas construções, conseguiu empregar os meios econômicos mais reduzidos, foi eficiente (noção empírico-normativa) e; se, eventualmente, conseguiu aumentar o número de atendimentos ou reduzir o número de pessoas adoecidas, terá sido efetivo (noção finalístico-normativa). JOBIM, Marco Félix. **As Funções da Eficiência no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 34-35.

³ Termo utilizado por: PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p.29.

⁴ Barbosa Moreira já defendia a ideia de desnecessidade de concretização de todos conceitos, deixando certa abertura em alguns conceitos, cabendo ao aplicador do direito em concreto defini-lo. Em suas exatas palavras: "A questão assumirá importância particular caso se trate de palavras ou expressões de sentido impreciso. Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em traços pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se

O CPC nada mais é que um reflexo dessa realidade e possui um pouco das duas características, com méritos e com defeitos, uma vez que como produto humano, não está destinado à perfeição.⁵

No entanto, antes de se falar do CPC, é necessário tecer alguns comentários acerca da legislação processual revogada e do modelo processual que veio a se construir do qual, como dito, o CPC/2015 é produto. As críticas, muitas vezes severas (e mais das vezes justas), há tempos haviam deixado de ser pontuais, passando a atacar sistemicamente a ordem processual e, levou, naturalmente, o legislador a buscar soluções alternativas.

Em um primeiro momento, reformas pontuais foram sendo incorporadas ao texto do CPC/73, na tentativa de trazê-lo à realidade contemporânea do ordenamento

este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre então o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da subsunção – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato –, o cuidado de ‘preencher os claros’, de cobrir ‘espaços em branco’. A doutrina costuma falar, ao propósito, em ‘conceitos juridicamente indeterminados’ (unbestimmte Rechtsbegriffe).” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, in Temas de direito processual**, 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 64. Judith Martins Costa, também em sentido semelhante, já discorreu sobre o tema: “Por essa razão, nossa época viu irromperem, na linguagem legislativa, indicações de programas e de resultados desejáveis para o bem comum e a utilidade social (o que tem sido chamado de diretivas ou “normas-objetivo”¹⁵), permeando-a também terminologias científicas, econômicas e sociais que, estranhas ao modo tradicional de legislar, são, contudo, adequadas ao tratamento dos problemas da idade contemporânea¹⁶. Mais ainda, os códigos civis mais recentes e certas leis especiais¹⁷ têm privilegiado a inserção de certos tipos de normas que fogem ao padrão tradicional, não mais enucleando-se na definição, a mais perfeita possível, de certos pressupostos e na correlata indicação punctual e pormenorizada de suas consequências. Pelo contrário, esses novos tipos de normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas – o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção desses princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas. MARTINS COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, n. 139 jul/set. 1998. p. 9.

⁵ Mauro Cappelletti destaca a necessidade de o processo adaptar-se à realidade para melhor atender as necessidades sociais: La instrumentalidade del derecho procesal y, por ende, de la técnica del proceso, impone sin embargo una consecuencia de gran importancia. Al igual de todo instrumento, también esse derecho y esa técnica deben en verdade adecuarse, adaptarse, conformarse lo más estrechamente posible a la naturaliza particular del derecho sustancial y a la finalidad de tutelar los institutos de ese derecho. Un sistema procesal será tanto más perfecto y eficaz, cuanto más sea capaz de adaptarse sin incoherencias, sin discrepâncias, a esa naturaliza y esa finalidad.” CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, Ideologias, Sociedad**. Tradução de Santiago Santis Melendo e Tomás a. Banzhaf. EJE: Buenos Aires, 1974.p. 5-6.

jurídico brasileiro. Contudo, após diversas reformas, passou-se para uma proposta mais rigorosa, editando-se uma codificação nova por completo.⁶

Pois, em resposta às críticas recebidas e também com a natural evolução que a ciência processual experimentou, buscou-se através de uma nova codificação processual consolidar um novo modelo processual, coerente e, desde sua gênese, adaptado às necessidades apresentadas pela sociedade moderna. O CPC, em verdade, é apenas um reflexo materializado dos ideais pensados para o Processo Civil.

Não se pode esquecer, ainda que exista um movimento já de certo tempo de privilegiar métodos alternativos (ou adequados) para solução de conflitos⁷, o processo continua sendo o principal meio para reestabelecimento da paz social⁸ e em

⁶ Sobre o tema, é interessante o ponto de vista expressado por Sérgio Gilberto Porto: “A instituição de um novo Código, em substituição à proposta antes adotada de reforma por etapas, demonstra mudança radical de comportamento, haja vista a constatação de que foram tantas as alterações introduzidas no Novo Código de Processo Civil em vigor que este perdeu identidade, vez que se transformou em mera consolidação de ideias, abandonando a estruturação de um sistema. E, quando não há sistema, também não existem compromissos. A consequência disto é que, no momento, enfrentamos uma eloquente desumanização do processo judicial e brutais contradições no comportamento da comunidade jurídica, pois não há, máxima vênia, compromisso incondicionado com a busca da solução dos conflitos de interesses e pacificação social. PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania Processual – Processo Constitucional e o Novo Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p.48.

⁷ Neste sentido, desde 2010 há a resolução n. 125 do CNJ que estimula métodos alternativos de solução de conflitos. A edição da Lei 13.140/2015 caminha nesse sentido, além da própria Lei 9.307/1996 – lei da Arbitragem, que se encontra consolidada no ordenamento há certo tempo. Na mesma linha, o próprio CPC destina parte de seu texto à mediação (art. 3º e parágrafos e arts. 165-175). Fica evidenciado que o ordenamento vem buscando criar meios para desjudicializar os conflitos, ou, ao menos, oferecer métodos que permitam

⁸ Como refere Michele Taruffo: “Não devemos, além disso, esquecer que o processo é, tradicional, estrutural e institucionalmente, o método par resolução de controvérsias. Todos os ordenamentos modernos, ao menos no mundo ocidental (mas as coisas estão mudando neste sentido também nos ordenamentos asiáticos tradicionalmente orientados pelos métodos conciliatórios) são orientados neste sentido: o complexo caso de elaboração e de aplicação das garantias constitucionais ao processo, do acesso à justiça ao ‘justo processo’ até a obrigação de motivação das sentenças, é o testemunho mais importante do papel central que vem designado ao processo jurisdicional no sistema dos direitos e da sua tutela. Então não há necessidade de elaborar argumentações para ilustrar aquilo que a jurisdição significa na estrutura das orientações modernas, e como a tutela jurisdicional seja um aspecto imprescindível a concepção atual de direitos que se referem ao cidadão. O problema não é, portanto, aquele de discutir o papel da jurisdição e do processo no quando dos ordenamentos jurídicos: a possibilidade de que as controvérsias sejam resolvidas por juízes através de procedimentos regulados pela lei e por meio de decisões justas e legítimas está na base de todo ordenamento jurídico atual. Sob este aspecto, portanto, parece bastante óbvio que a jurisdição seja a verdadeira ‘alternativa às alternativas’, e seja, de fato, a ‘via mestra’ para a solução das controvérsias.” TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o Processo Civil. – Escritos sobre Processo e Justiça Civil**. Org. Darci Guimarães Ribeiro. Tradução de Marco Félix Jobim. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 35. Vale também a referência à Cândido Rangel Dinamarco quando este faz referência ao escopo social do processo. Segundo as palavras do referido autor: “Sob este aspecto, a função jurisdicional e a legislativa estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social. Mesmo quem postule a distinção funcional muito nítida e marcada entre os dois planos do ordenamento jurídico (teoria

assim sendo, deve constantemente ter reavaliado e revisto seus conceitos e instrumentos. A estaticidade instrumental e conceitual tornaria inviável a evolução do Processo com instituto, inviabilizando a sua possibilidade de pacificar os conflitos. Portanto, quando se redige uma nova codificação processual, se leva ao extremo essa revisão exatamente por se perceber que a codificação presente não mais oferece razoabilidade instrumental aos jurisdicionados.

O modelo processual atual, recheado de ideias e ideais, das mais diversas ordens, parece convergir sempre para um objetivo comum e final – a busca por uma tutela jurisdicional efetiva –⁹. É claro que essa tutela jurisdicional efetiva não é o único

dualista) há de aceitar que o direito e o processo compõem um só sistema voltado à pacificação dos conflitos. É uma questão de perspectiva: enquanto a visão jurídica de um e outro em suas relações revela que o processo serve para atuação do direito, sem inovações ou criação, o enfoque social de ambos os mostra assim solidariamente voltados à mesma ordem de benefícios a serem prestados à sociedade.” DINAMARCO. Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 221.

⁹ Marinoni entende, por exemplo, a existência de um verdadeiro direito à tutela jurisdicional efetiva: “tutela antecipatória, devendo ser sempre analisada a partir da utilização racional do tempo do processo pelo réu e pelo juiz. Se o réu tem direito à defesa, não é justo que o seu exercício extrapole os limites do razoável. Da mesma forma, haverá lesão ao direito à tempestividade caso o juiz entregue a prestação jurisdicional em tempo injustificável diante das circunstâncias do processo e da estrutura do órgão jurisdicional. Para resumir, basta evidenciar que há direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e, quando houver necessidade, preventiva. A compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual aos direitos, ou melhor, da visualização da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade (em sentido lato) requer adequação e a adequação deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial. Pensando-se a partir daí fica mais fácil visualizar a técnica efetiva, contribuindo-se para sua otimização e para que a efetividade ocorra do modo menos gravoso ao réu. Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.” MARINONI. Luiz Guilherme. **O Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva na Perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais**. Disponível em <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/PROF-MARINONI-MARINONI-O-DIREITO-%C3%80-TUTELA-JURISDICCIONAL-EFETIVA-NA-PERSPECTIVA-DA-TEORIA-DOS-DIREITOS-FUNDAMENTAIS.pdf>. Acesso em: 09.06.2019. p. 11-12. Araken de Assis segue em linha semelhante, destacando que as técnicas processuais evoluíram para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva: “A crise da justiça pública constitui problema perene e, a rigor, insolúvel. Embora inexista justiça instantânea, o tempo normal – a estrita observância dos direitos fundamentais processuais contribui nesse sentido – consumido pelo processo tornou mais aguda a crise quantitativa, introduzindo a nítida percepção de morosidade exasperante em contraste com a velocidade intrínseca das relações sociais na sociedade pós-moderna. E a explosão da litigiosidade não é fenômeno controlável. O fluxo imediato da informação transformou a marcha do processo civil, sob a sadia influência do obrigatório respeito aos direitos fundamentais processuais, e cujo aprimoramento produziu escassos frutos na prática, num andar tardio e incompreensível. Esse quadro colocou na pauta o problema da efetividade do processo. Esse mecanismo há de ser minimamente eficiente para atingir os fins que lhe são próprios, ou seja, para realizar o direito objetivo no sentido mais largo dessa expressão, compreendendo, em primeiro lugar, os direitos

alvo mirado pelo processo, mas neste momento histórico parece receber especial destaque, pois, é posto em contraste com a dificuldade que o Poder Judiciário vem tendo em oferecer soluções que tragam pacificação ao conflito de forma tempestiva.

Essa perseguição à efetividade não pode surgir desguarnecida de um sistema que dê o necessário suporte e permita o alcance ao produto final. Se não forem criadas condições, a efetividade tornar-se-á mera utopia jogada em folhas de papel inócuas e sem utilidade. É necessário buscar um arcabouço argumentativo e de garantias, cuja complexidade e profundidade são inerentes à própria complexidade do objetivo final.¹⁰

A procura, assim, é pela fórmula que entregue aos jurisdicionado a melhor prestação jurisdicional possível, admitindo-se, desde já, que a perfeição do sistema judicial é impossível, pois produto humano, como é evidente.

Ideias como colaboração, o aumento de segurança jurídica (em especial através da consolidação das posições dos Tribunais, respeito à coisa julgada,

fundamentais consagrados na CF/1988. Evoluiu a técnica processual sob o influxo dessa diretriz. DE ASSIS, Araken. **Processo Civil Brasileiro. V. I.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 90.

¹⁰ Barbosa Moreira, em ensaio preocupado exatamente com a efetividade do processo, ainda que sob a lupa do Código de 1973, elaborou o que entendeu como “requisitos” para que o processo pudesse ser efetivo: “É fato notório, hoje em dia, a crescente e generalizada preocupação com a efetividade do processo. Se por ‘efetividade’ se entende por aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins os produzir efeitos a que se ordena, poderia julgar-se necessário, e não sem alguma lógica, que a qualquer discussão séria do assunto houvesse de preceder uma clara tomada de posição acerca do fim que se atribui ao processo. Eis que com isso, porém, ainda uma vez seríamos levados ao vórtice das grandes confrontações teóricas, de que se vai difundindo em tantos espíritos certo cansaço justificado, em boa extensão, pelo abuso do conceptualismo e das abstrações dogmáticas. De qualquer modo, existem tópicos a cujo respeito não parece temerário enxergar, por entre as naturais fricções, um mínimo de consenso. Digladiam-se as doutrinas; mas, para fins práticos, talvez seja possível enunciar algumas proposições em que todos (ou quase todos) se inclinarão a convir, sempre que se queira fixar os requisitos básicos que o processo há de buscar satisfazer, para merecer a qualificação de ‘efetivo’. Elas configuram, por assim dizer, a problemática essencial da ‘efetividade’, que – sem esquecer quanto existe de subjetivo, quiçá de arbitrário, em qualquer escolha – ousaríamos resumir nos seguintes pontos: a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem), contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; em toda extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Notas sobre o Problema da ‘Efetividade’ do Processo.** Temas de Direito Processual. Terceira Série. Saraiva: São Paulo, 1984. P. 27-28.

preclusão)¹¹, igualdade¹², liberdade¹³ (com a cláusula geral do art. 190 sendo a maior expressão do autorregramento da vontade dentro do processo, permitindo às partes

¹¹ Sobre a segurança jurídica no âmbito processual, a lição de Marinoni é de grande valia: “Nossa Constituição não prevê o direito à segurança jurídica no processo. Contudo, um dos fundamentos do Estado Constitucional é a segurança jurídica. Além disso, nosso ordenamento constitucional arrola expressamente entre os direitos fundamentais o direito à segurança jurídica (art. 5º, caput). Especificamente, a Constituição refere que o legislador não pode prejudicar ‘a coisa julgada’ (art. 5º, XXXVI). Daí que, nada obstante não contemplado expressamente, é evidente a existência de direito fundamental à segurança jurídica no processo em nossa ordem constitucional (Rechtaufvorhersehbares Verfahren). A segurança jurídica no processo é elemento central na conformação do direito ao processo justo. O direito à segurança jurídica no processo constitui direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais. Ainda, a segurança jurídica determina não só a segurança no processo, mas também segurança pelo processo. Nessa linha, o direito fundamental à segurança jurídica processual exige respeito: (i) à preclusão; (ii) à coisa julgada; (iii) à forma processual em geral e (iv) ao precedente judicial. WOLFGANG SARLET, Ingo, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 671.

¹² Sobre igualdade, em especial a igualdade na busca de um processo justo e democrático, a lição de Rafael Abreu: “Está na base de qualquer compreensão de igualdade a noção da igualdade de tratamento. Embutido no conceito de igualdade perante a lei, o ideal de tratamento uniforme dos indivíduos em situações idênticas, como mero requisito de justiça formal, acabou esquecido por uma prática judiciária que, conformada às inúmeras vicissitudes inerentes à tarefa interpretativa, não logrou êxito na asseguaração de uma real uniformidade de tratamento. A exigência de igualdade perante a lei, assim, resumiu-se à obrigação de aplicar a lei para todos, indistintamente. Pouco importa, pois, à prática judiciária, que ela seja aplicada a todos de modo não uniforme: a deturpação da mais basililar regra de justiça forma não parece estar no centro das preocupações de nossa justiça civil. Preferindo preservar o dogma da speração de poderes, encontre-se a necessidade de construção de um instrumento capaz de garantir a igualdade diante das decisões judiciais e, em razão disso, desconsidera-se a funesta consequência que deriva dessa preocupação. Não há dúvida de que está na base de qualquer conceito de justiça, ainda que formal, a máxima ‘treat like cases alike’”. Essa concepção de igualdade perante o direito é um padrão mínimo exigido de uma sociedade democrática, um princípio básico da administração da justiça. Não é possível haver justiça social geral sem que haja uniformidade no tratamento, que era supostamente garantida pela univocidade e completude dos textos legais (...)” SIRANGELO DE ABREU, Rafael. **Igualdade e Processo – posições processuais equilibradas e unidade do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 54-55.

¹³ Nas palavras de Fredie Didier Jr: “A liberdade é um dos principais e mais antigos direitos fundamentais 9art. 5º, caput, CF/1988. (...)O Direito Processual Civil, embora ramo do Direito Público, ou talvez exatamente por isso, também é regido por esse princípio. Pode-se chamá-lo de princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo. É certo que esse princípio não tem, no Direito Processual Civil, a mesma roupagem dogmática com que se apresenta, por exemplo, no Direito Civil. Por envolver o exercício de uma função pública (a jurisdição), a negociação processual é mais regulada e o seu objeto mais restrito. Isso, porém, não diminui a sua importância, muito menos impede que se lhe atribua o merecido destaque de ser um dos princípios estruturantes do direito processual civil brasileiro, uma de suas normas fundamentais. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. I. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 148-149. Também é válida a referência sobre o tema a Igor Raatz: “O processo civil no Estado Democrático de Direito deve ser capaz de conciliar as duas formas de liberdade referidas no item anterior, superando as ideias antagônicas de processo como ‘coisa das partes’ ou como ‘coisa do juiz’, próprias, respectivamente do Estado Liberal e do Estado Social. O processo, para usar a feliz expressão de Löic Cadet, deve ser visto como ‘chose de parties et chose du juge’, manifestando, portanto, a cooriginariedade entre autonomia privada e a autonomia pública, de modo que os interessados no provimento jurisdicional estatal possam, ao mesmo tempo, se reconhecer como partícipes tanto da formação dos provimentos jurisdicionais quando dos próprios mecanismos aptos a formação do procedimento e da solução do caso concreto. O processo é, assim, antes de tudo, um espaço democrático. E, nessa perspectiva, a própria legitimidade do direito irá ‘repousar no exercício circular e simultâneo das autonomias privada e pública, em que que os participantes da sociedade são, a um só tempo, autores e destinatários da ordem jurídica’. Consequentemente,

a adaptação do procedimento ao seu caso concreto) surgem como temas essenciais e estão na raiz deste novo modelo processual proposto em busca de um processo efetivo.

De todas as ciências sociais, o Direito é aquele que está apto a determinar regras de conduta, ordenar a vida em sociedade para manutenção do convívio harmônico tanto quanto possível.

Quando há a quebra desta harmonia, o Direito se socorre do Processo para solucionar os conflitos e aplicar essa ordenação prevista pelo sistema jurídico. Existem hipóteses, é claro, em que o Processo pode atuar mesmo sem a violação prévia de norma jurídica, como ocorre, apenas por exemplo, quando se julga a ação de adoção. Isso, contudo, não invalida a ideia de que o Processo, por ocasiões, é chamado a solucionar o conflito quando há, verdadeiramente, a quebra do dever-ser (isso quando trazido pelas partes e nos limites por elas estabelecido). Deve dar concretude àquilo que está posto em abstrato no ordenamento. Transportar o mundo do dever-ser, abstratamente posto nas páginas dos códigos, para o mundo do ser. Logo, a responsabilidade atribuída ao Direito e ao Processo é de larga e indisputável escala.

Contudo, há certa dose de injustiça esperar que o Direito e o Processo tenham aptidão de realmente solucionar todos os conflitos que a natureza e a convivência humana apresentam. De toda sorte, é para tal tarefa que ele foi pensado e desenhado e parece ser a forma que, mal ou bem, vem mantendo certa ordem social.¹⁴

o processo civil do Estado Democrático de Direito não abandona totalmente o ideal de um juiz ativo, próprio do Estado Social, mas busca redimensionar o seu papel, atribuindo-lhe deveres, e, ao mesmo tempo, responsabilidades, sem que isso importe num amesquinamento do papel das partes, tal como, no Estado Social, em que os indivíduos se viam submetidos ao poder do Estado que estava acima deles.” RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo Civil – Negócios Jurídicos Processuais, Flexibilização Procedimental e o Direito à Participação na Construção do Caso Concreto**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 97-99.

¹⁴ Calmon de Passos possui passagem muito interessante sobre semelhante tema: “A ordenação da convivência humana não tem sua matriz no Direito, sim na dinâmica dos confrontos políticos em sua interação com os fatos econômicos. Ao Direito cabe apenas vinculá-los, explicitar a face do poder organizado e assegurar, nas situações de conflito, o quanto de satisfação das necessidades se fizer viável, nos termos e nos limites de quanto institucionalizado. O Direito, conseqüentemente, antes de ser um agente conformador ou transformador da convivência social, e, quase que exclusivamente, um instrumento assegurador de determinado modelo dessa convivência, o que só alcança em virtude de sua impositividade que, por sua vez, o vincula necessariamente ao poder político institucionalizado. Sem poder não há impositividade e sem impositividade não há Direito. Correto, pois, afirmar-se que Direito e poder político são indissociáveis. Matriz do direito é o poder e sua destinação é resolver conflitos impositivamente, vale dizer, com segurança...conclui-se, portanto, que a própria condição humana impõe a vida em sociedade que, por seu turno, exige a organização da vida social, pelo que se faz presente, de modo necessário, o fenômeno do poder

O Direito é produto cultural¹⁵, que reflete as características da sociedade a qual visa servir.¹⁶ Costuma-se dizer que sua precípua função é de manutenção da paz social, solucionando os conflitos que se apresentam. No entanto, limitar o processo a um único objeto parece frear seu potencial em um conceito demasiado reducionista.

O Processo Civil vai além de seu papel de pacificador, sendo um consagrador de valores constitucionais e infraconstitucionais, um garantidor da

político, indispensável em virtude da imperiosa necessidade de disciplinar-se impositivamente a divisão do trabalho social e a apropriação do produto dele resultante. Refletir sobre o homem sem considerar a sociedade é um contra-senso. Pensar a sociedade sem considerar a organização, um despropósito. Refletir sobre a organização abstraído o poder, um despautério. Pensar o poder dissociado de sua principal consequência– a desigualdade na divisão do trabalho e na apropriação dos bens produzidos, alienação injustificável. Consequência necessária – não há um direito ideal, modelo, arquétipo, em cuja realização estamos empenhados. Há um sistema jurídico dentro do qual atuamos e em sintonia com o qual atuamos. Todo Direito é socialmente construído, historicamente formulado, atende ao contingente e conjuntural do tempo e do espaço em que o poder político atua e à correlação de forças efetivamente contrapostas na sociedade em que ele, poder, se institucionaliza” PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 50.

¹⁵ Ou como diz J.J. Calmon de Passos: “o direito não é, portanto, um fenômeno natural, algo posto à disposição do homem pela natureza e sujeito a lei necessitantes. Ele se situa no mundo da cultura, é uma criação do homem, uma das muitas formas pelas quais tenta compreender o existente para sobre ele interagir, conformando-o e direcionando-o no sentido do atendimento de suas necessidades e realizações de suas expectativas. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Democracia, Participação e Processo**. In **Ensaios e Artigos**, V. II. Salvador: Juspodivm, 2016. p.363.

¹⁶ Vale também trazer o que refere Galeno Lacerda: “Se no processo se faz sentir a vontade e o pensamento do grupo, expressos em hábitos, costumes, símbolos, fórmulas ricas de sentido, métodos e normas de comportamento, então não se pode recusar a esta atividade vária e multiforme o caráter de fato cultural. Nela, na verdade, se reflete toda uma cultura, considerada como conjunto de vivências de ordem espiritual, que singularizam determinada época de uma sociedade. Costumes religiosos, princípios éticos, hábitos sociais e políticos, graus de evolução científica, expressão do indivíduo na comunidade, tudo isto, enfim, que define a cultura e a civilização de um povo, há de retratar-se no processo, em formas, ritos e juízos correspondentes. Ele, na verdade, espelha uma cultura, serve de índice de uma civilização.” LACERDA, Galeno. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.4. Galeno Lacerda, em outro texto sobre semelhante tema, confere lição no mesmo sentido: “ Se no processo se fazem sentir a vontade e o pensamento do grupo, expresso em hábitos, costumes, símbolos, fórmulas ricas de sentido, métodos e normas de comportamento, então não se pode recusar a esta atividade varia e multiforme o caráter de fato cultural. Nela, na verdade, se reflete toda uma cultura, considerada como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, singularizam determinada época de uma sociedade. Costumes religiosos, princípios éticos, hábitos sociais e políticos, grau de evolução científica, expressão do indivíduo na comunidade, tudo isto, enfim, que define a cultura e a civilização de um povo, há de retratar-se no processo, em formas, ritos e juízos correspondentes. Ele, na verdade, espelha uma cultura, serve de índice de uma civilização. LACERDA, Galeno. “**Processo e Cultura**”. In: Revista de Direito Processual Civil, vol. III. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 75.

democracia¹⁷ e a partir daí e por decorrência lógica, também é reflexo da cultura social, encaixando-se, evidentemente, neste contexto.^{18 19:}

A solução de litígios por meio do Direito busca, não necessariamente nessa ordem, a pacificação do conflito, a procura pela verdade e justiça. Com esses objetivos

¹⁷ Sobre democracia e processo, vale trazer aquilo que refere Adriana Regina Barcellos Pegini: “Daí que a democracia deve, necessariamente, ser compreendida não apenas na acepção da representatividade da vontade da maioria, mas de qualquer indivíduo que seja sujeito de interesses, juridicamente tutelados; protegido pela possibilidade de apreciação de seus conflitos e, preponderantemente, como novo participante na realização concreta da produção política. É inegável que o processo, quando é democraticamente conduzido, torna-se não apenas meio de concretização do direito material, mas verdadeiro instrumento à disposição das minorias à inclusão social; além de também servir de forma de controle da sociedade sobre os conflitos. Sendo assim, embora os membros do Poder Judiciário não sejam eleitos e nem escolhidos pelo voto, sua legitimação é procedimental, se considerar que devido ao amplo acesso à justiça, com o contraditório, publicidade e adequada fundamentação, encontram-se presentes as intenções da legitimidade democrática. Isto porque, no modelo procedimental do Estado Democrático de Direito, deve haver a prevalência simultânea da soberania do povo e dos direitos fundamentais em todos os seguimentos, especialmente no âmbito estatal de onde originam os vários provimentos que afetarão uma pluralidade de cidadãos. Diante disso, é possível afirmar que. No âmbito do processo, asseguradas as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, o direito é realmente criado para contribuir para a realização de uma sociedade livre, justa e solidária, efetivamente voltada para a pessoa humana. Contudo, para que o processo se estabeleça como verdadeira esfera democrática, torna-se imperativo o abandono de perspectivas protagonistas para dar lugar à interdependência dos sujeitos processuais; o que torna ainda mais elevada a importância do princípio do contraditório.” BARCELLOS PEGINI, Adriana Regina. **Processo Civil Democrático – Humanização do Acesso à Justiça**. Boreal: São Paulo, 2015. p. 168.

¹⁸ Neste particular, vale trazer a reflexão iniciada de Oscar G. Chase: “Nenhuma sociedade está livre de conflitos. Mas como esses litígios serão resolvidos? Aqui encontramos miríades de manifestações da imaginação e do engenho humanos. As respostas institucionalizadas ao conflito interpessoal, por exemplo, vão desde duelos musiciais e feitiçaria, a debates e mediação, a terapias de autoconhecimento e a Cortes profissionais hierarquizadas. Nós encontramos todos esses meios de resolução de litígios e mais. Independentemente do objeto do litígio, ou das espécies de pretensões que serão acolhidas pela sociedade, um povo precisa decidir como processar esses pleitos e queixas. As partes poderão (ou deverão) autorizar um terceiro à resolução de suas desavenças (a chamada resolução triádica)? Ou o litígio será deixado para os litigantes (diádica), cabendo-lhes combatê-lo, negociá-lo, ou deixá-lo apodrecer? Se triádica, o terceiro será um intermediário, um mediador ou um árbitro? Neste último caso, a decisão do árbitro será final, ou estará sujeita a revisão? E o julgador terá algum status oficial (incluindo o poder estatal de efetivar decisões) ou se assemelhará a um árbitro privado – um sujeito neutro cujo poder deriva do consentimento das partes? Onde as normas relevantes serão encontradas? Como o julgador resolverá a questões de fato e decidirá o que realmente ocorreu? Uma tarefa reiterada nas sociedades ao redor do mundo é separar o verdadeiro do falso. Como? Qualquer modo de solução de litígios aprovado pelas sociedades é o resultado de escolhas conscientes e inconscientes feitas nos limites do conhecimento, das crenças e da estrutura social disponíveis”. CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual – Sistemas de Resolução de Conflitos no Contexto da Cultura Comparada**. Tradução de Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19-20.

¹⁹ Como diz Ronaldo Kochem: “O Direito Processual Civil não é política ou culturalmente neutro. Pelo contrário, o direito como um todo responde aos anseios de determinada sociedade, ou de parcela dessa sociedade, em um determinado espaço e em um determinado tempo. Em síntese, na ciência do direito inexistem respostas universais e atemporais, por mais técnica que a área do direito seja concebida. E quanto ao processo civil, dada a sua proximidade com a realidade, é natural que a legislação processual e/ou a interpretação que se dá a ela receba rapidamente os influxos das mudanças sociais e políticas.” KOCHER, Ronaldo. **Introdução às Raízes Históricas do Princípio da Cooperação (Kooperationsmaxime). Normas Fundamentais**. Coord.: DIDIER JR., Fredie, NUNES, Dierle, FREIRE, Alexandre. Juspodivm: Salvador, 2016. p. 302.

desenhados e estabelecidos, haverá a construção de um sistema que reflita e regule da melhor maneira possível aquilo que é socialmente aceitável e aquilo que é socialmente reprovável dentro de determinado círculo social. O sistema processual deve, necessariamente, considerar para sua formação as características da comunidade a que visa atender.

Os processos de resolução de litígios são, em grande medida, um reflexo da cultura em que estão inseridos; não se trata de um sistema autônomo que seja, predominantemente, o produto de especialistas e experts isolados.²⁰

Assim, reafirmado está que o Direito também é tradição e costumes. Bem da verdade, o olhar ao passado não pode ser ignorado quando se pensa na construção de novas fontes de Direito. A evolução sistemática e legislativa tem como pressuposto o uso da experiência anteriormente adquirida. Assim, a edição de

²⁰ CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual – Sistemas de Resolução de Conflitos no Contexto da Cultura Comparada**. Tradução de Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 21. Também é válido trazer o quanto refere Marco Felix Jobim sobre o tema: “Após uma análise sobre a importância, o conceito e as relações da cultura com as sociedades, com o tempo e como ela é impregnada na sociedade nos dias de hoje, é momento de pensar se ela regula ou não o pensamento jurídico em determinado ordenamento e se isto afeta ou não o modo de pensar tanto o processo como o Direito naquela determinada sociedade e naquele determinado espaço temporal. Para início de debate, deve-se buscar nas palavras de Galeno Lacerda a gênese da discussão ora trazida a lume, pois, em suas palavras, aponta ser a cultura um elemento importantíssimo para o crescimento de uma civilização ao expor que, por meio do processo, a própria cultura se espelha, servindo de índice de uma civilização. Poéticas ou não, lendo as palavras do processualista gaúcho, chega-se à conclusão de que é inegável que o processo não pode estar infenso aos fenômenos culturais da sociedade, e, mais, segundo aponta, deve ele ser, inclusive, condição de possibilidade de modificação de pensamento de determinada comunidade.” JOBIM, Marco Félix. **Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 86-87. Em semelhante sentido, está a doutrina de Otávio Augusto Dal Molin Domit, segundo o qual “o direito, como ciência do espírito, como fenômeno que não se encontra *in res natura*, mas brota da sociedade, como obra exclusiva e iniludível manifestação cultural do homem, fruto de sua construção, responde ao seu modo de pensar e à sua maneira de enxergar o mundo, sofrendo variações e adaptações segundo os valores prevalentes em determinado momento histórico. É dizer, reage o direito à história, não lhe sendo infenso.” DAL MOLIN DOMIT, Otávio Augusto. **Iura Novit Curia e a Causa de Pedir – O Juiz e a Qualificação Jurídica dos Fatos no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 23. Interessa também trazer o quanto refere Flávio Yarshell, o qual ainda que diga que o processo é instrumento para consagração do direito material, e, de outro lado, aqui se entenda que essa é uma das funções do processo, mas mais do que isso, é instrumento a serviço da Constituição, sua conclusão vai ao encontro do aqui referido: “O processo é essencialmente um instrumento a serviço do direito material e a efetividade (entendida como aptidão a gerar os resultados pretendidos) daquele, embora não exclusivamente, é medida pela capacidade de real atuação da vontade concreta do direito objetivo (substancial). O processo, conquanto tenha um relevante valor intrínseco, na medida em que é garantia de legalidade e meio de controle do exercício do poder, é concebido para socorrer os valores consagrados no plano substancial.” YARSHHEL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. V.I. Marcial Pons: São Paulo, 2014. P. 39

qualquer texto legislativo não pode ignorar as conquistas (produto do que foi exitoso tanto quanto daquilo que foi fracasso) trazidas por seus predecessores. Nesse sentido, o Direito, como ciência tradicional que é, encara com mais lentidão e com mais desconfiança as mudanças, as quebras de paradigmas, as novidades.²¹

Talvez por isso que alterações legislativas codificantes tenham idealização e maturação, em certa medida, lenta. Essa lentidão resta mais escancarada se posta sob a perspectiva da sociedade atual, a qual é marcada pela rápida alteração, pela efemeridade de princípios e valores.

O Processo Civil não é exceção à regra. No entanto, a evolução social e cultural (ainda que acompanhada por uma dose inafastável de resistência) leva a um natural desenvolver do próprio Direito, que deve se adequar à contemporaneidade, para que tenha otimizada sua utilidade. Um Direito que não está de acordo com a movimentação cultural é um Direito obsoleto e, por conseguinte, insuficiente para atingir o seu fim último.

Na mesma linha, pois tema central deste trabalho, o próprio direito probatório, dentro do Processo Civil também é produto cultural. As formas de valoração das provas que levam ao convencimento judicial são reflexos do produto de seu tempo. Nessa linha vale destacar o que refere Danilo Knijnik:

As práticas probatórias não são axiologicamente neutras. Bem ao contrário, elas revelam tanto características culturais da sociedade – ou sejam, evidenciam o modelo cognoscitivo das pessoas – como o próprio modelo de Estado em vigor. Com efeito ‘o conceito de direito à prova se presta a mascarar, em realidade, opções de caráter político’. A vinculação entre porva e cultura deriva de uma circunstância natural: ‘Na determinação do fato controvertido, a prova reflete em termos jurídicos, o fator típico de todo o modelo cognoscitivo em vigor no mundo exterior.’²²

²¹ Richard Posner tem interessante passagem sobre a dificuldade encarada pelo direito para a mudança. Diz o destacado autor: “O direito é, das profissões, aquela que é mais voltada para a história. Para sermos mais exatos, é a profissão que mais volta seu olhar para o passado, aquela que dele mais ‘depende’. O direito venera a tradição, o precedente, o ritual, o costume, as práticas antigas, os textos antigos, a terminologia arcaica, a maturidade, a sabedoria, a experiência que vem com a idade, a gerontocracia e a interpretação concebida como método de resgate dos fatos históricos. Desconfia da inovação, das rupturas, das ‘mudanças de paradigma’, bem como da energia e do ímpeto dos jovens”. POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Seite-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 167.

²² KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cíve, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 7.

Nesse sentido, é de fácil percepção que o momento vivido pelo Direito, em especial pela ciência processual civil, é rico sob todos os aspectos. Acadêmico, uma vez que a produção textual sobre processo experimenta vasta confecção bibliográfica, bem como prático-forense, local em que a pesquisa acadêmica é posta à prova e testada para conferir sua real capacidade de solução dos problemas diários enfrentados pelo operador do direito. Assim, grande parte dos holofotes jurídicos estão direcionados ao novo modelo de Processo Civil e todas as repercussões que dele se espera, as quais nem todas são ainda perceptíveis.

Identificar as características do Processo Civil contemporâneo (ainda que já adiantadas anteriormente) não é tarefa de simples compreensão. Isso por diversas razões, as quais, neste primeiro momento, tentará se expor.

Em realidade, há uma lógica que deve restar clara. O Código de Processo Civil não é o agente da mudança social, cultural. Ele é apenas uma concretização de paradigmas que vinham sendo trabalhados doutrinaria e jurisprudencialmente.

Há uma constatação de que o Direito e, por decorrência, o Processo não estavam refletindo mais os ideais e anseios daquilo que hoje se entende por necessária para a sociedade. O Código de Processo Civil é, verdadeiramente, produto, daquilo que se gostaria que o Processo atendesse. É reflexo dos anseios sociais, doutrinários e jurisprudenciais na busca por um mecanismo que melhor entenda e atenda às necessidades, conferindo uma prestação jurisdicional mais adequada ao caso concreto, mais célere e que respeite o devido processo constitucional em todos seus aspectos.

De tal forma, resta mais fácil verificar que o CPC que hoje se encontra em vigência é reflexo do paradigma contemporâneo do que se espera do Processo Civil, ou seja, que entregue uma prestação jurisdicional justa, baseado em um modelo cooperativo, sob um viés altamente constitucional de Processo.

Mas ainda assim é importante ressaltar que a alteração legislativa não importa em descarte absoluto do que antes já havia sido posto. A experiência adquirida ao longo da vigência do CPC/73 age como pressuposto de validação para as mudanças é ponto integrante e legitimador das alterações e manutenções.

Esse novo contexto refletido na ideia de um processo primeiramente visto sob os olhos da Constituição, mas que também é colaborativo, consolidando a democracia processual, buscando um compromisso para além da pacificação pela sentença, incentivando meios alternativos (ou adequados) de solução de disputas,

dando preferência à conciliação em detrimento do conflito, dando maior participação ao juiz na dialética processual (escancarando, vez por todas, o interesse que o próprio Estado tem na solução efetiva do conflito) e, ao mesmo tempo, conferindo maior autonomia às partes para adequação do procedimento ao caso concreto.

Uma nova roupagem de Processo Civil não se inicia com a nova codificação. Em realidade, a nova codificação é uma consequência de uma série de evoluções e de alterações que vêm se consolidando com o passar do tempo e com o acúmulo de experiências, daquilo que funcionou e daquilo que merece uma reconstrução ou mesmo uma exclusão do sistema.

A passagem do tempo e, mais diretamente, o choque de realidade imposto a todos operadores do Direito vinha mostrando que o Processo, antes pensado para uma determinada realidade, já não conseguia dar vazão às necessidades modernas, de uma sociedade altamente exigente e cada vez mais consciente de seus direitos.

Uma das razões que levou à busca por um novo Processo Civil, mais identificado com a realidade atual, é a identificada crise de efetividade na justiça civil. Isso porque o Processo precisava se adaptar a essa nova realidade, vez que sua forma já, em certa medida obsoleta (ainda que atenuada pelas diversas tentativas de adaptação através de diversas reformas legislativas) não mais se adequava à nova realidade que se apresenta.

Assim novos paradigmas processuais acabam, por decorrência lógica, levando a uma transição legislativa, do CPC/73 para o CPC/15. Essa transição tem algumas características especiais. Primeiro, no entanto, há de se destacar a manutenção de alguns dos pilares já existentes do Processo Civil clássico (processo baseado no contraditório, na boa-fé, igualdade, etc). Tais valores já tradicionais são agora reforçados e percebidos em torno de um novo contexto e por uma nova roupagem conferida à ciência processual.

Ocorre que o cidadão tem um direito fundamental a uma prestação jurisdicional adequada, ou seja, uma prestação efetiva por parte do Poder Judiciário. Se jurisdicionado tem direito, há, por conseguinte, um dever do Estado em fornecer esse serviço.²³

²³ É como diz Marinoni: "Mas o tempo não pode servir de empeco à realização do direito. Ora, se o Estado proibiu a autotutela, adquiriu o poder e o dever de tutelar de forma efetiva todas as situações conflitivas concretas. O cidadão comum, assim, tem o direito à tutela hábil à realização do seu direito, e não somente um direito abstrato de ação. Em outras palavras, tem o direito à

Não é coincidência que grande parte das alterações que acompanham a legislação processual tem propósito claro – conferir maior efetividade ao Processo, dando guarida aos direitos fundamentais das partes, tornando-o ainda mais dialético e democrático, por consequência –.

Para que a efetividade seja atingida com o respeito aos direitos fundamentais processuais e, também, ao próprio direito material, firmaram-se diversas bases axiológicas no CPC. Todas, como dito, com o fim de atingir a maior efetividade possível.

Alguns desses alicerces sobre os quais foi construído o CPC podem parecer, aqui e ali, contraditórios, sendo um dos desafios dos operadores do Direito atual, conciliar e temperar a utilização de todos os direitos fundamentais das partes, previstos constitucionalmente e ratificados na nova legislação processual, com intuito de que todos esses direitos previstos sejam consagrados.

Assim, é desafio e dever daqueles que se dizem preocupados com a efetividade da jurisdição, por exemplo, conciliar um processo célere sem que, contudo, seja apressado. É desafio unir a duração razoável com o exercício pleno do contraditório. Efetividade *versus* segurança (certeza), rapidez *versus* a necessária meditação judicial²⁴. Diversas são as aparentes contradições, mas todas são essenciais para que seja respeitado o devido processo, tanto sob o ponto de vista constitucional, quanto infraconstitucional.²⁵

adequada tutela jurisdicional.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 57

²⁴ Bedaque tem interessante passagem sobre o tema: “Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. (...) Em princípio, não há efetividade sem contraditório e ampla defesa. A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem a ideia de devido processo legal, não a única. A morosidade excessiva não pode servir de desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois ligados à segurança do processo.” SANTOS BEDAQUE, José Roberto dos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. Malheiros: São Paulo. p. 49. Também é de grande valia a lição de Egas Moniz de Aragão: “entre os dois ideais, o de rapidez e o de certeza, oscila o processo. Para conciliá-los, e impedir que o lento caminhar da causa possa comprometer a eficácia da sentença final, a lei arma os figurantes da relação processual de uma série de meios diversos, dos quais interessam, agora e unicamente, os prazos. Destes cogita o legislador para definir o lapso de tempo dentro do qual devem ser praticados os atos processuais.” MONIZ DE ARAGÃO, Egas. **Comentários ao Código de Processo Civil. V.2** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. -. 99-100. Naturalmente, vale comentar, que os prazos não são a única forma de dar tempo ao processo. O bom andamento também está vinculado, e aqui parece bem andar o novo CPC, na ideia de boa-fé e colaboração das partes para com esse andamento. A não tomada de medidas protelatórias, a melhor utilização da estrutura estatal são meios que podem dar maior celeridade ao feito, sem, contudo, prejudicar o tempo natural de tramitação que o processo tem e pelo qual deve passar a fim de não atropelar outros direitos fundamentais apenas em nome da rapidez.

²⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, mais uma vez, possui referência importante sobre semelhante ideia: “O estágio atual de desenvolvimento cultural da humanidade determina a necessidade de

De outro lado, uma prestação jurisdicional eficiente e efetiva não é, vale dizer, sinônimo de um processo apressado. Neste particular é que converge efetividade e contraditório. É possível e necessário que, respeitadas as fases do contraditório (sem que exista o abuso de direito, ou seja, deliberadamente a tomada de atos desnecessários e protelatórios a fim de impedir o dificultar a solução do conflito), se dê efetividade ao feito.

Aliás, um processo efetivo não pode ser apressado, sob pena de desrespeitar as diversas outras garantias e até mesmo a própria efetividade. Não é efetivo um processo que apenas pelo desejo de uma decisão célere, desagasalha uma série de outros direitos. O que se espera e se procura é um processo sem atos desnecessários.^{26 27}

se colocar à disposição dos sujeitos de direito um processo justo – em que fiquem assegurados, pelo menos, os direitos fundamentais que lhe são próprios (juiz imparcial, contraditório, motivação das decisões, direito à prova, duração razoável, etc.) – e que seja efetivo e eficaz. Essas duas vertentes apontam a dois valores essenciais presentes a satisfazer as finalidades próprias do processo, orientando inclusive o juiz na aplicação das regras e das normas de princípio.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Forense: São Paulo. p. 123-124.

²⁶ Vale trazer o quanto refere Marco Felix Jobim: “O processo, muitas vezes, pode passar por diversas fases morosas, mas nem por isso deixou de ser tempestivo. Aliás, pode o processo ser na sua essência moroso, pelas inúmeras diligências que devem ser realizadas para que ele se torne efetivo, sem com isso adentrar no conceito de intempestividade.” JOBIM, Marco Félix. **Direito à Duração Razoável do Processo: Responsabilidade Civil do Estado em Decorrência da Intempestividade Processual**. Modelo: São Paulo, 2011. p. 147.

²⁷ Como destaca Araken de Assis: “A lentidão não constitui, bem da verdade, um mal agudo e definitivo. Ninguém advoga claramente processar e julgar a causa de afogadilho. Almeja-se, ao contrário, soluções justas. Reclama-se a audiência das partes, a possibilidade de produzir prova das alegações relevantes – a abreviação do procedimento, mercê do julgamento antecipado (art. 355, I do NCPC), ignorando a força probante da prova documental e a impugnação a ela feita provocam distorções -, havendo fatos controversos, seguindo-se um tempo adequado para a devida reflexão e ponderação pelo órgão judiciário da solução justa, segundo o diálogo travado pelas partes. A necessidade de o juiz inteirar-se profundamente de todos os ângulos da controvérsia é uma das atitudes exigidas do juiz para que haja processo justo e equilibrado”. ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**. v.I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 485. É de se mencionar também o que diz Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “A efetividade não tem só assento no sadio intento de tornar mais prestadio, mais rápido e eficaz o instrumento processual. O movimento nessa direção também se agiganta – e parece ser esta uma causa nada desprezível – em razão das notórias deficiências da administração da Justiça brasileira, agoniada cada vez mais pela intensificação dos litígios, após o processo de redemocratização iniciado com a promulgação da Constituição de 1988. Dentro desse quadro atuam como reagente a permanência do entulho legislativo autoritário, as dificuldades de ordem econômica, política e social por que atravessa a Nação, os anseios de grande parcela da população, a recorrer em desespero ao Judiciário para solução de conflitos agudos, que normalmente deveriam ser resolvidos pelos demais órgãos do Estado, as contradições cada vez maiores entre a velha Cardo aparelho estatal, mesmo a preço de afrontas ao direito adquirido de grande parcelas da população brasileira. Certamente, tudo isso colabora para o descrédito da Jurisdição e acarreta a demora excessiva do processo, fazendo com que se forme um caldo de cultura propício à quebra do contraditório, estimulando as liminares conservativas ou antecipatórias, correndo-se o risco de que a tutela de urgência passe a ser a Justiça tout court.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **A Garantia do Contraditório**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, V. 15, 1998. p. 16-17.

Assim, claro que o Processo tem um trâmite natural e que o respeito a uma série de direitos que também são fundamentais (contraditório e ampla defesa, por exemplo) levam este a ter um tempo mínimo de vida que não pode ser ignorado. A inconformidade com a eventual inefetividade do Processo não está quanto a este necessário trâmite, mas, sim, com a demora injustificada com a prática de atos processuais, a qual gera o chamado tempo morto.²⁸

O Processo Civil, como ramo do Direito e como produto cultural, se vê, está em constante evolução, como dito. Não por outra razão a ciência processual já navegou por diversas fases metodológicas, respeitando a natural evolução cultural da sociedade.

Passou do praxismo, vendo o processo como uma mera faceta ou subproduto do direito material, ao processualismo, momento em que buscou absoluta autonomia frente ao direito material. Verificando a inocuidade de sua existência apartado do direito material, evoluiu, posteriormente, para o instrumentalismo, em que compreendeu que sua existência está necessariamente vinculada a dar entendimento a estes direitos materiais existentes referidos, passando, até o momento, para um denominado instrumentalismo constitucional²⁹ (ou formalismo-valorativo ou neoprocessualismo), em que se percebe que o processo, primeiramente, tem como função dar cumprimento aos preceitos constitucionais e, posteriormente, dar guarida aos direitos materiais.³⁰

²⁸ Vale a lição de Humberto Dalla Bernardina de Pinho: “Deve-se observar, contudo, que um processo judicial eficaz e ágil ao mesmo tempo, pode ser de difícil execução e harmonização. Daí a necessidade de que o processo se desenvolva dentro de um prazo razoável, que atenda a celeridade (sem dilações indevidas), mas que também atenda a uma solução adequada; ou seja, unir uma justiça célere e eficaz. Isso é a tradução da efetividade processual.” DALLA BERNARDINA DE PINHO, Humberto. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. 2º ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 46.

²⁹ Como forma de melhor elucidar o instrumentalismo constitucional, posição aqui adotada como a fase metodológica ora vivenciada, se busca a lição de Sérgio Gilberto Porto: “(...) o processo é compreendido como método de realização do direito material através da supremacia de valores com assento constitucional. Máxima vênia, deste importante posicionamento se identifica como nova fase metodológica, entendemos que essa compreensão não possa ser definida verdadeiramente como fase autônoma do processo, mas releitura da instrumentalidade. Com efeito, ainda que se identifiquem escopos constitucionais na aplicação da jurisdição através do processo, a verdade é que, antes disso, o próprio sistema jurídico assim se posiciona e, por decorrência, não pode o processo buscar a realização de valores se não exatamente àqueles consagrados e propostos pela ordem jurídica constitucional e material.” PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania Processual – Processo Constitucional e o Novo Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 35-36.

³⁰ Sobre as diversas fases metodológicas e sobre a questão se vivemos a quarta fase ou ainda estamos na terceira, sendo a quarta, verdadeiramente apenas uma releitura da instrumentalidade, de grande valia é a obra de Marco Felix Jobim, *Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do*

Não há dúvidas de que se experimenta um momento especial para os estudiosos da ciência processual, uma vez que ainda é relativamente recente a alteração legislativa que deu gênese à lei 13.105/2015 –Código de Processo Civil – e que concretizou uma carga de ideias, valores e compromissos que merecem atenta reflexão, pois já norteiam o andamento do processo civil moderno e que dele se espera uma série de consequências as quais nem todas ainda podem ser verificadas com a precisão que se gostaria.

Contudo, a mera alteração legislativa, por si, é incapaz de sozinha modificar toda ordem processual vigente, sendo necessária uma real compreensão por parte da comunidade acadêmica e dos operadores e que esses “abracem” as proposições trazidas pela nova legislação para que determinadas mudanças propostas realmente passem a ser adotadas e surtam o efeito que delas se espera.

O Estado, em verdade, deve ao cidadão mais do que uma simples resposta à pretensão deduzida. Deve, como referido, uma tutela jurisdicional adequada materializada, pois, em uma resposta útil. Neste ponto, o processo ganha em importância, uma vez que é o meio legítimo oferecido pelo Estado para uma solução de conflito.

De toda sorte, o jurisdicionado não espera uma resposta qualquer do Estado quando recorre ao Poder Judiciário, mas sim uma resposta que ofereça uma solução adequada e que tenha capacidade de realizar o direito em tempo hábil de seu gozo pelo titular que teve reconhecida como válida sua pretensão jurídica. A mera resolução formal do conflito passa a ter uma importância reduzida na conjuntura que propôs (tanto é assim que um dos pilares do NCPC é exatamente a preferência pelo julgamento de mérito, o qual dá gênese à coisa julgada material e, por conseguinte, estabiliza o conflito de forma definitiva).

Diferente não poderia ser. Com efeito, de nada serviria a mera previsão de direitos se estes não pudessem ver o seu cumprimento assegurado por quem tem o dever de garantir a eficiência da ordem jurídica vigente. O Direito tem, pois, em sua genética, o ideal de prestar uma tutela efetiva ao jurisdicionado, conferindo abrigo contra as inevitáveis disputas e violações que surgem da vida em sociedade.

A busca por uma nova legislação processual é uma tentativa de resposta para essa a dificuldade experimentada, ou melhor, é a concretização dos novos

paradigmas processuais, os quais estão melhor adaptados as necessidades que hoje se apresentam. Essa ineficiência e inefetividade do Direito, que possui diferentes vieses, é percebida diariamente, seja pelos operadores do direito (magistrados, defensores públicos, membros do Ministério Público, advogados, etc), seja, e mais gravemente, pelos próprios jurisdicionados.

A inaptidão para realização dos direitos referida reside, desta forma, em diversos aspectos: morosidade, falta de efetividade, ineficiência, e talvez, mais seriamente, falta de confiança na capacidade de o Poder Judiciário solucionar e pacificar os conflitos.

Claro que não é possível justificar uma deficiência da prestação jurisdicional a apenas um fator isolado, como por exemplo, o elevado número de processos hoje existentes, ainda que com isso se consiga fornecer, mesmo que parcialmente, uma explicação para o fenômeno da demora que atinge o Judiciário e que é um dos pilares de um grave problema que se apresenta.³¹

A alteração legislativa, ou melhor, a mudança de um código da envergadura do Código de Processo Civil não é rotineira e tampouco poderia ser, pois cabe ao legislador e ao Poder Judiciário oferecer segurança quanto às regras que são aplicadas ao debate jurisdicional³². No entanto, passado certo tempo, as mudanças naturalmente se impõem e encontram seu lugar. Por vezes, as mudanças são mais profundas, como é aquela que revoga por completo um código e o substitui por um novo.

De toda sorte, a mudança ocorre, dentre várias razões e como vem se dizendo ao longo do texto, pela busca de adaptar o direito ao tempo que se vive, ainda que este esteja sempre, em certa medida atrasado, pois incapaz de acompanhar as mudanças sociais, tecnológicas e culturais na mesma velocidade em que ocorrem. A

³¹ As palavras de Sérgio Gilberto Porto parecem bem refletir o afirmado: “É preciso, contudo, advertir que um novo CPC, por si só, não será capaz de resolver modo definitivo os graves problemas presentes na operação do Direito, na medida em que não é a forma de processamento das demandas judiciais a única causa que contribui decisivamente para a demora na solução dos litígios judiciais e, muitas vezes, na absoluta ausência de efetividade. Existem outras causas concorrentes de natureza conjuntural, humanas e, quiçá, aqui ou ali, de conveniência ideológica.” PORTO, Sérgio Gilberto. **Processo Civil Contemporâneo – Elementos, ideologia e perspectivas**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 30.

³² É como dizem Mauro Cappelletti e Bryan Garth: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. CAPPELETTI, Mauro, GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1988. P; 6-7.

necessidade de mudança ganha em importância quando se verifica que o contexto legislativo não mais acompanha o contexto social.

O CPC/1973, desenhado para um modelo de processo diverso (tanto sob o ponto de vista do conflito individual, quanto sob o ponto de vista da numerosidade, as quais são absolutamente diversas de ontem para hoje), já não mais satisfazia as necessidades da ordem jurídica contemporânea e, mesmo que tivesse sofrido atualizações necessárias ao longo de sua vigência, tais mudanças não se mostraram suficientes, levando, logo, à forma mais drástica de reforma legislativa – alteração por completo do código. Assim, por mais que haja resistência por mudanças drásticas e que por vezes se revelam traumáticas ao sistema, cedo ou tarde, atinge-se um ponto de insustentabilidade que obriga até mesmo a mais conservadora das ciências, a evoluir, a mudar.

Se há uma crise na prestação jurisdicional, há uma crise de efetividade. E se há uma crise de efetividade, há uma crise na realização de direitos. O novo modelo processual, seja ele bom, seja ele ruim, objetiva, de alguma maneira, tentar adaptar o processo a uma nova realidade, buscando entregar uma prestação jurisdicional mais célere, mais adequada, mais efetiva para todo aquele que busca guarida no Poder Judiciário para ver respeitado aquilo que entende ser seu de direito.

A edição da nova legislação processual, então, tem por matriz exatamente isso, apresentar um processo que esteja mais adequado às necessidades sociais atuais, as quais se mostram cada dia mais complexas e dinâmicas, uma vez que é reflexo, efetivamente, de uma sociedade que possui essas mesmas características.

Não constitui novidade que havia um clamor por um processo mais ágil, mais célere, efetivo e eficiente (verdadeiramente, tal clamor não cessou). Isso porque, se percebe com certa facilidade, a demora nas soluções judiciais, a incoerência de entendimentos apresentados, certas vezes dentro de um mesmo tribunal de magistrados que estão a metros de distância um do outro, leva à desconfiança sobre a capacidade do Poder Judiciário realmente solucionar os conflitos e conferir a segurança jurídica necessária para que a sociedade.

Nas palavras do professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

A estrutura mesma do processo civil não é moldada pela simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente por escolhas de natureza política, em busca dos meios mais adequados e eficientes para realização dos

valores que dominam o meio social, estes sim estruturando a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada estado.³³

Dentro deste quadro, frente a uma crise de confiança existente sobre a capacidade de o Judiciário estar apto a continuar entregando uma prestação jurisdicional adequada, a partir de um processo adaptado às necessidades sociais, é que se percebeu a necessidade de alterações mais profundas. O amadurecimento da ideia de um Código de Processo Civil passa por essas dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário e, por conseguinte, da própria sociedade e que levaram, por fim, à decisão pela edição da referida nova legislação processual.

Como dito acima, a nova legislação surge assumindo uma série de compromissos axiológicos, trazidos pelo modelo de Processo que a codificação materializa, com intuito, obviamente, de melhorar a prestação jurisdicional, tornando-a mais efetiva e eficiente.³⁴

³³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Garantia do Contraditório**. <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo17.htm>. Acesso em: 01.02.2019.

³⁴ Aliás, é de se esclarecer que os conceitos de eficiência e efetividade não se confundem, ainda que possuam alguma proximidade semântica. Na nota de rodapé n. 2 já foi realizada distinção sobre os conceitos referidos. Contudo, vale novamente destacar a lição de Fredie Didier Jr sobre esse aspecto: “Note que, assim, podemos distinguir eficiência e efetividade. Efetivo é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. Eficiente é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório (...). DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. V. I. 19. ed. Juspodivm: Salvador, 2015**. p. 102-103. Também, sobre o tema, é válido o magistério de Leonardo Carneiro da Cunha: “A eficiência não se confunde com a eficácia, nem com a efetividade. Numa noção mais elementar, eficácia consiste na aptidão para produzir efeitos, enquanto a eficiência mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados. Já a efetividade, para Natalino Irti, é suscetível do desenvolvimento histórico, constituindo o atributo empírico das normas jurídicas. A eficácia cumpre repetir, consiste na aptidão ou na capacidade da norma ou do fato jurídico para produzir efeitos, independentemente da sua efetiva produção. É a qualidade para ser eficaz. A eficácia constitui um dos panos do fenômeno jurídico são três os planos, como se sabe: os da existência, da validade e da eficácia). Assim, o termo eficácia expressa situação jurídica, consistindo em toda e qualquer consequência de um fato jurídico, como a formação de uma relação jurídica ou a atribuição de direitos, poderes, faculdades, ônus, deveres, pretensões, ou a outorga de capacidade. Nesse sentido, eficácia é uma qualidade do ato ou do negócio jurídico, tornando-o eficaz, ou seja, fazendo com que, a partir da incidência possam ser produzidos efeitos jurídicos. Já a efetividade relaciona-se com o cumprimento das normas jurídicas: uma norma é efetiva quando seja cumprida por seus destinatários. Enquanto a eficácia é a aptidão para produzir efeitos, a efetividade constitui uma medida de concretização dos efeitos previstos na norma. A efetividade é, então, ‘uma medida de realização concreta (=posterius fático) dos efeitos calculados in abstracto na norma jurídica (= prius lógico)”. Para alcançar-se efetividade, existem as sanções e os instrumentos coercitivos. A efetividade não se cinge apenas a isso, estando igualmente relacionada com a assimilação psíquico-social dos problemas jurídicos em geral. Por sua vez, a eficiência, como já registrado, mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados. Quanto maior o rendimento de produção mais eficiente será a atividade desenvolvida. A eficiência relaciona-se com o alcance de finalidades pré-estabelecidas, dizendo respeito aos meios empregados para tanto. Haverá eficiência se os meios adotados forem ótimos, gerando pouco esforço ou dispêndio, com o melhor resultado possível. A eficácia é, então, uma noção lógico-normativa, enquanto a efetividade constitui uma noção empírico-normativa, sendo a eficiência uma noção finalístico-normativa. CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. **Normas**

A efetividade do direito e da prestação jurisdicional há tempos causa inquietação naqueles que operam o dia a dia do direito, pois com facilidade observam as dificuldades encontradas por todos para a realização e efetivação das mais simples providências. Não por outra razão que o CPC busca meios de tornar-se mais efetivo e eficiente, assumindo como uma de suas diretrizes a busca por este processo mais eficaz.

Com efeito, estes valores referidos ficam claros quando se destina o primeiro capítulo do Código de Processo Civil às suas “normas fundamentais”. Neste ponto, é possível captar quais são os compromissos ideológicos assumidos (novos e aqueles que permanecem da codificação de 1973) e que irão balizar todo o processo civil, ao menos, em um primeiro momento.

Quer-se um Processo mais efetivo e mais eficiente³⁵. O art. 4º do CPC, em nível infraconstitucional deixa isso claro. Mais do que querer, se necessita de um Processo que consiga entregar ao jurisdicionado uma prestação adequada. E para se atingir tal objetivo é que se formaram bases sólidas de como chegar neste destino.

Desta forma, se identifica uma legislação processual comprometida, primeiramente, com a própria Constituição Federal – art. 1º³⁶ – (o que apenas reforça a ideia de um instrumentalismo constitucional) e com a leitura do Código frente e em

Fundamentais. Coord. DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre. Salvador: Juspodivm, 2016. p.367

³⁵ Há, sem dúvida, uma ligação indissociável do princípio do devido processo com a ideia da efetividade. Só se fornece um processo devido se este é efetivo. Quando se verifica crise de efetividade, há, por decorrência lógica, crise na prestação do devido processo, há, sem dúvida, um ferimento ao texto constitucional. Assim, o princípio geral do devido processo legal (do direito ou constitucional) engloba a ideia de um processo efetivo. Fredie Didier Jr se posiciona em sentido semelhante, uma vez que afirma: “Da cláusula geral do devido processo legal podem ser extraídos todos os princípios que regem o direito processual, conforme visto. Dela também se extrai o princípio da efetividade: os direitos devem ser, além de reconhecidos, efetivados. Processo devido é o processo efetivo. O princípio da efetividade garante o direito fundamental à tutela executiva, que consiste ‘na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito mercedor de tutela executiva’. O art. 4º do CPC, embora em nível infraconstitucional, reforça esse princípio como norma fundamental do processo civil brasileiro, ao incluir o direito à atividade satisfativa, que é o direito à execução.”. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 128-129.

³⁶ Sobre o art. 1º, comenta Guilherme Rizzo Amaral: “Em verdade, o art. 1º apenas materializa na lei processual, o já existente – e independente de qualquer menção expressa na legislação – fenômeno da constitucionalização do processo. Há muito doutrina e jurisprudência vinham preocupando-se com essa temática, podendo-se inclusive falar em um primeira e segunda constitucionalização do processo, sendo a primeira a compreensão das normas processuais como garantias constitucionais contra o arbítrio do Estado e, a segunda, o reconhecimento da necessidade de se compreender o processo a partir dos direitos fundamentais, passando-se a aplicar a metodologia dos direitos fundamentais e a nova teoria das normas ao processo civil.” RIZZO AMARAL, Guilherme. **Comentários às Alterações do Novo CPC**. Revista dos Tribunais, São Paulo:2015. p. 45-46.

consonância com direitos fundamentais; a busca pela solução consensual dos conflitos (art. 3º) – por meio da mediação e conciliação³⁷ –, dando maior protagonismo às próprias partes (sem necessariamente diminuir a atuação do magistrado) na solução do conflito, buscando escapar a uma existente “cultura da sentença”³⁸; por um Processo regido pela boa-fé (art. 5º) e colaborativo (art. 6º); um Processo que busca a efetiva solução do conflito, quando firma a ideia de entrega de uma solução de mérito justa e efetiva (arts. 4º e 6º, novamente); e se compromete também com a figura do contraditório (arts. 7º, 8º, 9º e 10º).³⁹

³⁷ Fredie Didier Jr refere sobre o dever de estímulo a autocomposição: “Essa política já havia sido instituída no Brasil, pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Agora, há lei que prevê. Logo no início do Código de Processo Civil, como norma fundamental. Logo abaixo dos dispositivos que cuidam da jurisdição. Nada disso é por acaso: embora o CPC sirva, basicamente, para regular a solução jurisdicional do conflito, o legislador anuncia, com esses dispositivos, que o objetivo deve ser buscar a melhor e mais adequada solução do conflito, não necessariamente pela decisão judicial – a introdução de um capítulo inteiramente dedicado à mediação e a à conciliação revela isso com ainda mais clareza (art. 165 a 175, CPC). Compreende-se que a solução negociada não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Nesse sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático. DIDIER JR., Fredie. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coord. Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 9.

³⁸ O novo CPC, em alguma medida, busca trazer uma mudança cultural ao jurisdicionado, investindo na ideia de uma solução consensual do conflito. Não há dúvida de que a legislação processual de 1973 foi desenhada para o conflito e para a entrega de uma decisão judicial, enquanto a nova legislação, pelo que se vê, tenta escapar da referida cultura da sentença, colocando em suas normas fundamentais o dever do Estado incentivar soluções consensuais, bem como dedicando um capítulo de seu conteúdo (arts. 165-175) à mediação e conciliação. No sentido do acima referido, vale trazer o quanto ensina Kazuo Watanabe: “Todavia, a mentalidade forjada nas academias, e fortalecida na práxis forense, que é aquela já mencionada de solução adjudicada autoritariamente pelo juiz, por meio de sentença, mentalidade essa agravada pela sobrecarga excessiva de serviços que têm os magistrados, vem fazendo com que os dispositivos processuais citados sejam pouco utilizados. Há mesmo, o que é lastimável, um certo preconceito contra esses meios alternativos, por sentirem alguns juizes que seu poder poderá ficar comprometido se pessoas não pertencentes ao Poder Judiciário puderem solucionar os conflitos de interesses. E há, ainda, a falta de percepção de que a função de conciliar é atividade menos nobre, sendo a função de sentenciar a atribuição mais importante do juiz. Não percebem os magistrados que assim pensam que a função jurisdicional consiste, basicamente, em pacificar com justiça os conflitantes, alcançando por via de consequência a solução do conflito. WATANABE, Kazuo. **Cultura da Sentença e Cultura da Conciliação**. Estudos em Homagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. Org. Flávio Yarshell, Mauricio Zanoide de Moraes. DPJ editora: São Paulo, 2005. p. 26

³⁹ O art. 10, que introduz a ideia da não surpresa, é, sem dúvida, importante alteração para consagrar um contraditório ainda mais intenso. Sobre o artigo referido vale trazer o comentário de Guilherme Rizzo Amaral: “A regra contida no art. 10 é de caráter fundamental para a legitimação das decisões judiciais. Como já sustentamos noutra oportunidade, o curso de processo deve ser natural e previsível, devendo ser repudiadas posições isoladas na aplicação do direito, em especial, mas não apenas, quando tais posições venham interromper ou mesmo extinguir a via jurisdicional para qualquer dos litigantes. DA mesma forma, deslegitima o processo a decisão judicial calculada em fundamento sobre o qual não foi dada a oportunidade de manifestação pelos litigantes. A efetiva participação no debate judicial e na construção da solução para o caso concreto nada mais é do que um reflexo do princípio da cooperação (ou da colaboração) no processo.” RIZZO AMARAL,

Não à toa é dado especial destaque ao princípio do contraditório e não à toa ele é posto nas normas fundamentais do CPC. Não parece exagero afirmar que o princípio do contraditório é um dos mais importantes dos direitos processuais fundamentais conferidos às partes, ou ao menos, que constitui uma de suas mais caras e fundamentais bases.

Um processo que respeita o contraditório, é um processo democrático. Um Processo justo⁴⁰, respeita, necessariamente, à dialética inerente ao debate judicial,

Guilherme. **Comentários às Alterações do Novo CPC**. Revista dos Tribunais, São Paulo:2015. P. 64-65.

⁴⁰ Sobre a ideia e o ideal do processo justo, da grande valia é a lição de Luis Alberto Reichelt: “O conteúdo do direito ao processo justo, visto como direito humano e fundamental pertencente às partes, pode ser determinado de duas perspectivas fundamentais. Em uma primeira análise, é possível afirmar que o direito ao processo justo, considerado como parte do rol dos direitos humanos, tem seu conteúdo estampado em se considerando a existência de uma pauta mínima a ser observada em matéria processual, a qual é constante de diversos tratados internacionais. Trata-se, nesse sentido, de um conjunto de direitos e garantias processuais consagradas de maneira universal que correspondem a um âmbito de proteção mínimo a ser assegurado a toda e qualquer pessoa humana. (...). Sob outra ótica, o direito ao processo justo pode, ainda, ser definido como um direito fundamental cujo conteúdo hoje estabelecido é, antes de tudo, fruto de um processo de evolução histórico-cultural.” REICHELT, Luis Alberto. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil 0 V.I.** Coord. REICHELT, Luis Alberto, CAMILO DALL’ALBA, Felipe. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 184-185. Vale também referir Daniel Mitidiero, segundo o qual: “O direito ao processo justo constitui princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional. É o modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para obtenção de decisões justas”. MITIDIERO, Daniel, **Direito Fundamental ao Processo Justo**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº 45: São Paulo. Nov/Dez, 2011. P. 23. E ainda sobre o tema, novamente Luis Alberto Reichelt: Uma primeira possibilidade a justificar a positivação do direito ao processo justo no ordenamento jurídico constitucional pátrio é a que passa pela abertura do catálogo de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de modo a reconhecer outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Sob essa ótica, o conteúdo do direito ao processo justo assim reconhecido exsurge como decorrência da leitura sistemática dos direitos fundamentais de natureza processual expressamente elencados na Constituição Federal de 1988. Caracteriza-se o direito ao processo justo como um direito fundamental implicitamente positivado, cuja existência pode ser inferida a partir da consideração quanto à existência de um referencial de unidade comum aos comandos de natureza processual consagrados no texto constitucional. A abertura prevista no art. 5º, § 2º do texto constitucional permite reflexões ulteriores sobre os comandos que fazem parte desse conjunto. Para além dos direitos fundamentais de natureza processual elencados no próprio art. 5º, como o direito à inafastabilidade do controle jurisdicional, o direito ao contraditório, o direito à ampla defesa, o direito à intangibilidade da coisa julgada, o direito à inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, o direito ao juiz natural e o direito à duração razoável do processo, é possível a eles somar outros comandos igualmente importantes que se colocam em outros pontos do sistema constitucional, nos quais se fazem igualmente presentes as notas de fundamentalidade formal e material. Assim, a teia da partir da qual se infere a existência do direito ao processo justo exige sejam considerados também o direito fundamental à motivação das decisões e o direito fundamental à publicidade dos atos processuais, em relação aos quais também vem associadas tais marcas de fundamentalidade. É também essa mesma concepção que permite afirmar, a partir da análise conjunta dos comandos que dispõem sobre a competência de tribunais para o julgamento de recursos, que a ordem jurídica brasileira também contempla, de maneira implícita, o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, igualmente relacionado como componente fundamental para a compreensão do alcance do direito ao processo justo. Todos esses direitos acima elencados guardam íntima relação com o regime e os princípios próprios do sistema constitucional vigente. Neles se vê a presença de compromisso com valores republicanos,

pondo em ponto de igualdade os atores do processo. A dialeticidade entre as partes não constitui novidade em si, uma vez que desde sempre ao autor cabe apresentar sua tese e ao réu sua antítese, para que, ao fim, o juiz possa dar a decisão que, em tese, colocará fim ao conflito.

Mas o novo contexto processual impõe um dever de dialeticidade mais amplo, que inclui o próprio magistrado, o qual para chegar a uma solução mais próxima da verdade e da justiça (e que por estar próximo de tais conceitos tem maior possibilidade de pacificar o conflito de forma eficaz), tem o dever de respeitar ao contraditório, mesmo por questões que não necessariamente foram debatidas pelas partes no feito.

Esse dever se materializa, por exemplo, no princípio da não surpresa, em que o magistrado tem o dever de ouvir as partes antes de lançar um pronunciamento judicial sobre tema não ventilado por qualquer dos litigantes. Este particular é uma das expressões mais relevantes da democratização do processo, uma vez que eleva a dialeticidade entre todos os participantes do processo e impede um ato de autoritarismo legitimado legislativamente, vez que até anteriormente, era possível o magistrado conhecer de questões de ordem pública de ofício sem a oitiva das partes, mesmo sem o prévio debate sobre o tema. O princípio da não surpresa é decorrência

impondo-se um agir situado em uma dimensão que transcende a do meramente individual, com a democracia como pauta a ser seguida no exercício da jurisdição, e com a exigência de respeito à dignidade da pessoa humana como marca a pautar a forma como o ser humano deve ser tomado diante do Estado juiz. Tomados como um conjunto, tais direitos constituem um padrão em termos de modelo constitucional de processo caracterizado pela sua força expansiva, pela sua variabilidade e pela sua a perfectibilidade. É nesse universo de uma zona comum construída a partir da consideração conjunta dos direitos fundamentais processuais antes elencados que se insere como parte integrante o direito ao processo justo, que com eles se conjuga, mas que com eles não se confunde. O fato de serem tais direitos fundamentais de natureza processual consagrados em uma Constituição considerada rígida é considerado por parte da doutrina como um juízo de valor sobre a estabilidade na consagração de determinados fundamentos éticos associados ao processo. Essa estabilidade confere uma plena legitimação e relevância jurídica ao ditar as escolhas de civilidade democrática que são destinadas a condicionar, no tempo, o máximo grau de aceitabilidade moral das formas de tutela jurisdicional e das estruturas de natureza pública através das quais a justiça vem a ser gerida. O direito ao processo justo transcende os limites do simples somatório dos demais direitos fundamentais processuais expressamente consagrados no ordenamento jurídico constitucional que com ele coexistem, bem como da exigência de juridicidade na prática de atos processuais voltados ao exercício da atividade jurisdicional. Mais do que isso: a consagração do direito ao processo justo como direito fundamental permite a afirmação da existência de uma exigência de respeito a parâmetros de justiça procedimental, os quais são autossuficientes em relação ao resultado que se obtenha ao final do debate dos autos¹² e são imponíveis não só ao legislador, mas também ao intérprete do texto legal. REICHELDT, Luis Alberto. **Considerações a respeito da fundamentalidade do Direito ao Processo Justo em Perspectiva Cível na Realidade Brasileira: Uma Investigação a Partir da Cláusula de Abertura do Sistema de Direitos Fundamentais Processuais**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 3. Setembro a Dezembro de 2018. p. 485-487.

lógica de um processo democrático, baseado no contraditório, que respeita um ideal colaborativo entre os atores processuais.

Mas ao juiz, para o diálogo ser íntegro e legítimo, não é imposto apenas deveres, mas também possibilidades, em especial, por meio dos poderes instrutórios que possui. Tal assertiva consubstancia-se em alguns aspectos inerentes ao processo democrático⁴¹. Só há democracia processual quando às partes é permitido o exercício amplo de manifestação, seja quanto ao direito de petição, seja quanto à produção probatória, seja quanto à própria atividade do juiz.⁴²

Piero Calamandrei possui passagem que demonstra também com grande clareza, aquilo que se tenta ilustrar:

No processo, portanto, o juiz nunca está sozinho. O processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de proposições, de respostas, de réplicas; um cruzamento de ações e de reações, de estímulos e de contraestímulos, de ataques. Por isso, ele é comparado a um duelo ou um confronto esportivo, mas é um duelo de persuasões e um confronto de argumentos. Nisso consiste aquela

⁴¹ Jacques Chevalier possui interessante passagem sobre a democracia jurídica, segundo o qual, em suas palavras, se reflete no seguinte conceito: “O Estado de Direito implica que a liberdade de decisão dos órgãos do Estado é, em todos os níveis, enquadrada pela existência de normas jurídicas, cujo respeito é garantido pela intervenção de um juiz; ele pressupõe que os eleitos já não mais dispõem de uma autoridade não compartilhada, mas que o seu poder é, por essência limitado. Assim fazendo, o Estado de Direito parece, à primeira vista, ter origem em uma concepção mais autêntica da democracia, excluindo toda confusão entre esta e o sistema representativo. Para Habermas, existiria um laço indissolúvel entre o Estado de Direito e a democracia: o Estado de direito permite, de fato, ‘unificar o sistema administrativo regulado pelo código de poder’ o que garante o respeito da soberania popular; e a justiça constitucional, ela mesma, protegeria o ‘processo democrático da legislação’. Controlando a conformidade das leis adotadas pelos representantes, o juiz constitucional não faria outra coisa, no final das contas, que garantir a soberania constituinte do povo, que é o próprio princípio da democracia. Porém, o crescente poder jurisdicional nas democracias ocidentais mostra, sem dúvida, que a dogmática do Estado de Direito conduz logo a novos equilíbrios político. CHEVALIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Tradução de Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 112. Esses novos equilíbrios políticos, mencionados pelo autor, também podem ser estendidos ao próprio direito. Uma readequação de valores para uma melhor atenção ao que urge contemporaneamente, é, também, uma forma de respeito à democracia, a qual deve atender aos anseios e desejos da sociedade para a qual está atualmente servindo. Nesse contexto se encaixa as evoluções processuais, na busca de uma maior dialeticidade entre todos que fazem parte do processo, buscando uma ideia de colaboração para maior efetividade.

⁴² Barbosa Moreira, sobre o papel mais ativo do juiz já referiu: “Confiar ao juiz papel mais ativo na direção e na instrução do feito, ao contrário do que parecem recear alguns, não implica forçosamente instaurar no processo civil o domínio do ‘autoritarismo’ ou do ‘paternalismo’. Não se pretende ignorar nem minimizar a importância do que há de essencialmente dialético no processo contencioso, e menos ainda assimilar-lhe a imagem à da chamada ‘jurisdição voluntária’. A ampliação dos poderes do órgão judicial não tem como contrapartida necessária o amesquinamento do papel das partes, nem a eliminação ou sequer a redução, das garantias a que fazem jus, e tampouco da responsabilidade que sobre elas pesa.” BARBOSA MOREIRA. José Carlos. **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. Saraiva: São Paulo, 1984. p. 54.

característica, a mais preciosa e típica do processo moderno, que é a dialeticidade, que significa dizer que a vontade do juiz nunca é de soberania absoluta, mas sempre condicionada (também no processo penal) à vontade e ao comportamento das partes, isto é, à iniciativa, ao estímulo, à resistência ou à aquiescência delas. E o mesmo se pode dizer para cada uma das partes, cuja vontade e atividade se plasman e se ajustam a cada momento do processo aos estímulos que recebem do comportamento do juiz e da contraparte.⁴³

Processo sem contraditório (e, logo, sem diálogo) exaustivo, caminha próximo ao arbítrio e escapa à noção moderna em que o Processo é mais do que uma forma de administrar e dar solução ao conflito, mas é também um espaço onde este conflito é democraticamente debatido. Garantir a democracia interna do processo nada mais é do que consagrar a Constituição Federal como elemento norteador para solução de conflitos e como pacificador social. Garantir um Processo democrático por meio do respeito ao contraditório e dos demais princípios integrantes da cláusula geral do devido processo é dar legitimidade jurídica e, mais importante, legitimidade social para a decisão que dali surgir. Um Processo democrático é a única forma do processo ser efetivo sob o ponto de vista constitucional.

Assim, se percebe que não é coincidência que o art. 1º da norma processual esteja, efetivamente, tornando o processo indissociável da Constituição.⁴⁴

Como se vê, o contraditório é princípio basilar do ordenamento. Da mesma forma, é a efetividade. E como já dito, a congregação de forma a respeitar em um mesmo processo efetividade e contraditório (ou seja, dar a um processo o andamento o mais célere e eficiente possível e respeitar, ao mesmo tempo, o direito de manifestação e de efetivamente influenciar o juízo) não é simples solução, contudo, é, ao mesmo tempo, de obrigatória aplicação.

As razões que elevam a efetividade a um caráter de direito fundamental são mais que evidentes e são semelhantes às que elevam o contraditório à mesma

⁴³ CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p.84-85.

⁴⁴ As palavras de Sérgio Gilberto Porto são novamente precisas quanto ao referido: "Uma das marcantes facetas ideológicas do novo sistema processual é a busca do prestígio do Estado Constitucional Democrático. Seu maior compromisso é, portanto, com a mais valia constitucional. Tanto é assim que sintomaticamente o artigo 1º do CPC, imbrica expressamente Constituição e Processo, Alude, com clareza invulgar, que o processo será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores estabelecidos pela Constituição Federal. Integra, pois, o CPC, ao movimento de constitucionalização do direito." PORTO, Sérgio Gilberto. **Processo Civil Contemporâneo – Elementos, ideologia e perspectivas**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 37.

condição. Ambos são requisitos de um Processo democrático e que respeita o devido processo do direito e, ao final, a própria dignidade da pessoa humana.

O Estado tomou para si o monopólio da jurisdição, prevenindo, assim, a solução de conflitos por mão própria. Dessa forma, decorrência lógica é que preste o Estado um serviço eficiente, uma vez que retirou do cidadão, como regra, a possibilidade de realizar a solução de conflitos pessoalmente (não se desconhece o desforço imediato, legítima defesa etc., as quais todas constituem exceções no ordenamento jurídico).

O que se percebe é que há um compromisso assumido do Processo com a Constituição. Esse compromisso leva, obrigatoriamente, a um respeito aos direitos fundamentais das partes, todos insculpidos ao longo da Constituição, em especial no art. 5º, o qual, ao fim e ao cabo, busca consagrar o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV).

A tradução de uma tutela jurisdicional efetiva, se sabe, é aquela que consegue trazer uma solução jurisdicional justa, respeitando a todos os direitos fundamentais processuais insculpidos na constituição e no código de processo (duração razoável, isonomia, contraditório), a fim de respeitar o devido processo constitucional (legal) e, por decorrência, à própria dignidade da pessoa humana.

Com toda essa nova roupagem que é expressamente dada ao processo civil (que efetivamente não é nova, mas sim apenas materializada e condensada na nova legislação), em que há uma série de direitos fundamentais processuais que devem ser garantidos para o exercício de um processo justo e democrático, a primeira conclusão que se chega é que o sistema processual não se inicia no art. 1º da lei 13.105/2015, mas sim no art. 1º, III, da Constituição Federal, o qual estabelece que o Estado Democrático de Direito do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, o que consta reforçado no art. 8º do CPC.

A relação do princípio da dignidade da pessoa humana com a ciência processual é evidente, uma vez que o respeito aos direitos fundamentais processuais da parte constitui-se em forma de respeito a própria dignidade da pessoa humana.⁴⁵

⁴⁵ Nessa esteira vem o referido por Fredie Didier Jr: "A dignidade da pessoa humana pode ser considerada como sobreprincípio constitucional, do qual todos os princípios e regras relativas aos direitos fundamentais seriam derivação, ainda que com intensidade variável. A dignidade da pessoa humana pode ser considerada um direito fundamental de conteúdo complexo, formado pelo conjunto de todos os direitos fundamentais, previstos ou não no texto constitucional." DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I. 17. ed. Juspodivm: Salvador, 2015. p. 86. Ainda sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e sua relevância no ordenamento jurídico

A única forma de o Processo judicial estar de acordo e respeitar à dignidade da pessoa humana é mostrar respeito ao devido processo constitucional, garantindo os direitos fundamentais das partes, insculpidos em toda ordem jurídica, indo muito além da legislação processual.⁴⁶ A sistematização do direito é desenhada, então, exatamente para que se dê esse respeito aos direitos fundamentais, servindo o Código de Processo como um dos pilares que dá sustentação a esse ideal.

A efetividade, assim, está inserida nesse contexto de direitos fundamentais, uma vez que para se respeitar à dignidade da pessoa humana dentro do processo judicial, é preciso que este seja efetivo. Não se discute mais, pois, a fundamentalidade do direito a um processo efetivo.⁴⁷ No entanto, os compromissos marcados nas normas fundamentais não são as únicas marcas ideológicas identificadas no Código de Processo Civil.

vale registrar o magistério do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso: “A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam eles políticos ou morais, ingressam no mundo do direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais. Os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico. Destacam-se aqui dois deles: a) o de fonte direta de direitos e deveres; e b) o interpretativo. Os princípios operam como fonte direta de direitos e incidirão sobre situações concretas. Por exemplo: o conteúdo essencial da dignidade humana implica a proibição da tortura, mesmo em um ordenamento jurídico no qual não exista regra expressa impedindo tal conduta. Já no seu papel interpretativo, o princípio da dignidade humana vai informar o sentido e o alcance dos direitos constitucionais. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre os direitos e metas coletivas, a dignidade humana poder ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula”. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2014. p.273-274.

⁴⁶ Em sentido semelhante ao que foi destacado, é possível trazer a ideia de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, os quais defendem: “Uma constituição que se baseia na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e garante a inviolabilidade dos direitos da personalidade (art. 5º, X), e o direito de acesso à justiça diante de ameaça a direito (art. 5º, XXXV), exige a estruturação de uma ação processual capaz de garantir de forma adequada e efetiva a inviolabilidade dos direitos, especialmente os de natureza não patrimonial. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – garantido pelo art. 5º XXXV, da CF – obviamente corresponde, no caso de direito não patrimonial, ao direito a uma tutela jurisdicional capaz de impedir a violação do direito.” MARINONI, Luiz Guilherme, CRUZ ARENHART, Sérgio, MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 56.

⁴⁷ Vale trazer a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “É claro que não basta apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos. Exatamente a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social. Tal se mostra particularmente adequado no que diz respeito ao formalismo excessivo, pois sua solução exige o exame do conflito dialético entre duas exigências contrapostas, mas igualmente dignas de proteção, asseguradas constitucionalmente: de um lado, a aspiração de um rito munido de um sistema possivelmente amplo e articulado de garantias “formais” e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Forense: São Paulo. p. 126.

O legislador não limitou ao capítulo das “normas fundamentais” do CPC suas matrizes axiológicas para atingir um processo mais adequado e eficiente. Nem poderia, uma vez que o sistema processual é muito mais amplo que as suas normas fundamentais. Assim, além destas diretrizes fundamentais constantes do art. 1º ao 12, é também possível destacar algumas características interessantes, as quais merecem referência.

(1) A primeira é uma tentativa aproximação do sistema brasileiro à *common law*, quando há, ao menos uma tentativa de se adotar um sistema de precedentes, buscando, assim, amenizar a insegurança jurídica trazida por diversas decisões diferentes em casos que muito se assemelham, fato que colabora para o aumento excessivo do número de processos e que amplia a desconfiança que paira sobre o Poder Judiciário e sua capacidade de efetivamente pacificar os conflitos sociais entre os jurisdicionados.⁴⁸

⁴⁸ Importa referir que essa “aproximação” e a própria tentativa de adoção de um sistema de precedentes não passa livre de críticas pela doutrina, existindo aqueles que entendem que não há, efetivamente, um sistema de precedentes no Brasil. Como diz Alexandre Freitas Câmara: “Pois não obstante toda essa influência dos ordenamentos da Europa Continental, e sua evidente inserção na tradição jurídica de *civil law*, o Direito brasileiro tem, nos últimos tempos, se valido de técnicas de padronização decisória, de que são exemplo os precedentes. Significativo da ideia aqui sustentada, de que a adoção dos precedentes como instituidores de padrões decisórios no Direito brasileiro não provoca uma saída do *civil law* para ingressar no *common law* está no fato de que, diferentemente do que se dá nos países de tradição anglo-saxônica, o precedente brasileiro precisou, para passar a ter eficácia vinculante, de disposição legal expressa nesse sentido. (...). No Direito brasileiro há precedentes que são vinculantes porque essa eficácia é estabelecida por normas positivadas (de que é perfeito exemplo o disposto no art. 102, §2º, da Constituição da República). E isso mostra como o Direito brasileiro continua a filiar-se à tradição romano-germânica, de direito legislado, mundialmente conhecida como *civil law*. Em outras palavras, tem havido um intercâmbio entre os sistemas jurídicos filiados à tradição da *civil law* e à de *common law*, sem que daí se precise extrair a adoção, por um ordenamento, de institutos jurídicos oriundos de uma tradição distinta daquela em que se desenvolveu implique em um traslado daquele ordenamento de uma tradição jurídica para outra (ou a adoção de um sistema misto). Pode-se, então, afirmar que o fato de o Direito brasileiro vir – de algum tempo para cá – adotando a técnica dos precedentes como padrões decisórios não implica em dizer que se tenha, com isso, levado o ordenamento jurídico brasileiro a afastar-se da tradição de *civil law* em que foi moldado, mas, tão somente, que houve uma influência horizontal do *common law*. Daí se extrai então, que será preciso compreender como a técnica dos precedentes se aplica no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da compreensão do Direito que se tem no Brasil, construída a partir da cultura brasileira, levando-se em conta o modo como no Brasil se pensam o Direito e o processo (o que evidentemente não leva a negar a possibilidade de buscar-se, na doutrina jurídica formada à luz da tradição da *common law*, relevantes subsídios para compreender-se a técnica de utilização dos precedentes). (...) É fundamental, porém, e desse logo, perceber que há uma diferença essencial entre o que se vê hoje no *common law* e a realidade brasileira. Viu-se anteriormente que há, nos sistemas de *common law*, uma luta pela ampliação da flexibilidade interpretativa, o que implica uma maior liberdade em relação aos precedentes. De outro lado, no Direito brasileiro, é preciso ver-se na tendência ao uso de precedentes manifestação de uma tendência à padronização decisória como mecanismo de estabilização.” FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Levando os Padrões Decisórios a Sério: Formação e Aplicação de Precedentes e Enunciados de Súmula**. Atlas: São Paulo, 2018. P. 59-61. E nas palavras de Júlio César Rossi: “Os erros sobre a utilização de precedentes no Brasil não só residem no fato de que estamos

Sintomática é a adoção de diversos remédios processuais que podem dar vida aos precedentes vinculantes (Recursos Repetitivos, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Súmulas Vinculantes, p. ex.) que buscam consolidar entendimentos para que o número de processos diminua e, por conseguinte, seja o Poder Judiciário aliviado em sua demanda, podendo, assim, prestar um serviço mais eficiente. Ademais, constitui direito do jurisdicionado compreender previamente quais as suas possibilidades de vitória ou derrota no processo judicial e assim, informado, poder tomar a decisão que melhor se adequa à sua necessidade. Tal consolidação de entendimento constitui, nada mais nada menos, que a tentativa de conferir a maior segurança jurídica possível ao Estado Democrático de Direito. A segurança jurídica compõe, também, o complexo conteúdo da democracia processual.

(2) conferir poderes instrutórios fortes ao juiz, estabelecendo, vez por todas, que o mesmo, como representante do Estado, também tem interesse na solução justa e efetiva da demanda, razão pela qual tem a liberdade e a possibilidade de participar ativamente do feito, não advogando, obviamente, a favor de uma das partes, mas sim buscando elementos que o auxiliem na busca por uma solução efetiva da demanda, respeitando, contudo limites de atuação, não ferindo direitos das partes. Não por outra razão pode o juiz perquirir elementos que para a solução do processo que não tenham sido produzidos ou requeridos pelas partes, mas que o próprio magistrado repute importante para a formação de sua convicção quanto à solução da lide. Como se verá adiante, o CPC entrega ao juiz possibilidades amplas quanto à produção probatória, conferindo a ele possibilidades concretas de buscar a verdade a justiça em sua prestação jurisdicional, ainda que de forma complementar.

Assim, a segunda conclusão parcial que é possível chegar neste primeiro momento é que o modelo de Processo Civil contemporâneo continua sendo pensado e construído sob o viés do contraditório e da boa-fé. Nesse sentido alia-se à ideia de

historicamente ligados à tradição do *civil law* – até porque há juristas sérios defensores da existência de influxos entre as tradições jurídicas –, mas porque, como sustentado neste trabalho desde o início, estamos trabalhando no paradigma do positivismo (em qualquer de suas variáveis), aliado ao fato de que toda e qualquer solução de casos se dá por meio da subsunção ou da ponderação de valores, sem qualquer comprometimento com a coerência e com a integridade de nosso sistema. Nosso precedente é um simulacro: suas funções básicas são o maior e mais rápido acesso ao seu superficial teor (todos dispostos em sítios dos tribunais, notadamente dos Superiores e do STF em forma de banco de dados organizado, inclusive com o fornecimento de informativos semanais, elaborados por matéria). Por consequência, a economia de fundamentação e argumento fáticos-jurídicos para a solução de caso que aparentemente possa ser similar.” ROSSI, Júlio César. **Precedentes à Brasileira: a Jurisprudência Vinculante no CPC e no Novo CPC**. Atlas: São Paulo, 2015. P. 240.

um processo colaborativo, com ampla participação das partes e do próprio magistrado, que dê advento a uma demanda mais célere, mais compromissada com a busca pela verdade e pela justiça, respeitando ao necessário diálogo entre os atores envolvidos na lide e que origem, assim, a um processo realmente efetivo.

A união dessas ideias surge com um objetivo muito claro. Um aumento na qualidade da prestação jurisdicional para que torne o processo mais efetivo, em respeito ao conjunto de direitos fundamentais previstos sob o viés constitucional e processual, e, ao fim e ao cabo para consagrar a dignidade da pessoa humana, ao menos sob o ponto de vista do processo judicial.

2.2 Sobre o princípio dispositivo

Estabelecido, ainda que de forma breve, aquilo que se pensa ser o modelo de Processo Civil contemporâneo, lido este com os óculos da Constituição Federal, dando ênfase a um contraditório substancial, à colaboração, à segurança jurídica, à isonomia e também à liberdade e tudo isso, para a busca de um processo mais efetivo e justo, é possível verificar mudanças mais pontuais que caminham ao lado das matrizes ideológicas do Novo Código de Processo Civil.

Nessa linha, de um processo que há um maior envolvimento do juiz, não apenas na condução, mas também ativo na busca pela solução judicial, ganha em relevância discorrer algumas palavras sobre o princípio dispositivo, especialmente porque este tem o condão de, em alguma medida, estabelecer quais os parâmetros e limites para essa atuação judicial, em um modelo de processo cooperativo.

2.2.1 Do conteúdo do princípio dispositivo – apontamentos iniciais

O Processo é um instituto que busca conciliar interesses privados e públicos (social). Há o interesse privado das partes em ver solucionado conflito a seu favor, mas há, também, o interesse público-social em ver a solução dada ao conflito de forma que devolva a paz social.⁴⁹

⁴⁹ Eduardo Couture já defendia semelhante ideia: “La idea de proceso, decíamos, es necesariamente teleológica, pues sólo se explica por su fin El proceso por el proceso no existe. El fin del proceso, agragábamos, es el de dirimir el conflicto de intereses sometido a los órganos de la jurisdicción. Ese fin es privado y público, según trataremos de demostrarlo. Satisface, al mismo tiempo, el interés individual comprometido en el litigio, y el interés social de asegurar la efectividad del

O Processo, ainda que dogmático em diversos aspectos, é também principiológico. Diversos de seus princípios, que certa feita possuíam uma compreensão, passaram por uma releitura. Aliás, a releitura constante dos institutos processuais é dever daquele que busca atender a sociedade com um direito adequado as necessidades contemporâneas.⁵⁰

Ou seja, os princípios colaboram fundamentalmente para a instauração de um verdadeiro processo democrático, regido sob os olhos da Constituição Federal. Não é coincidência a menção quase exaustiva a princípios constitucionais-processuais, ou seja, princípios fundamentais, previstos na Constituição Federal, mas que possuem claro conteúdo processual, por garantirem direitos de aplicação direta no processo judicial. Contudo, o Processo Civil possui uma série de princípios denominados de endoprocessuais, ou seja, princípios internos do próprio processo e que servem a ele exclusivamente.

A constitucionalização do processo acaba, fatalmente, por levar a algumas releituras e reinterpretações desses princípios internos do Processo, como acima referido. Um dos princípios que compõe esse conteúdo interno é o princípio dispositivo.

Com a consciência de que o Processo Civil brasileiro, tradicionalmente, teve maior aproximação com maior intensidade a um modelo de processo adversarial, comum aos sistemas vinculados à *common law*, com algumas intervenções do modelo inquisitorial, ou seja dando às partes o protagonismo do processo para que estas tomem a iniciativa, enquanto ao Estado cabe decidir depois de entregue a ele os elementos produzidos, é preciso buscar uma recontextualização da ideia de dispositividade presente no direito brasileiro, em especial, na esfera processual.⁵¹

derecho mediante la obra incesante de la jurisdicción.” COUTURE. Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Depalma: Buenos Aires, 1977. P. 145-146.

⁵⁰ A importância dos princípios é muito bem destacada por Reinhard Greger: “Princípios processuais são mais do que apenas instruções para as partes do processo – eles são ideais fundamentais, que determinam globalmente o termo e o caráter de um processo judicial e definem o conjunto de orientações ao comportamento das partes.” GREGER, Reinhard. *Cooperação como Princípio Processual*. Tradução de Ronaldo Kochem. Revisão: Daniel Mitidiero. **Normas Fundamentais**. Coord.: DIDIER JR., Fredie, NUNES, Dierle, FREIRE, Alexandre. Juspodivm: Salvador, 2016. p. 302.

⁵¹ Sobre o tema, Fredie Didier já referiu: “Fala-se que, no modelo adversarial, prepondera o princípio dispositivo, e, no modelo inquisitorial, o princípio inquisitivo. Princípio aqui é termo utilizado não no sentido de ‘espécie normativa’, mas sim de ‘fundamento’, ‘orientação preponderante’ etc. Assim, quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado princípio – dispositivo; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o princípio inquisitivo o processo será. A dicotomia princípio inquisitivo – princípio dispositivo está intimamente relacionada à atribuição de

Ou seja, em um modelo puro, o princípio dispositivo impõe ao juiz total inércia quanto ao conteúdo instrutório do processo, pois é ônus das partes alimentá-lo com as evidências necessárias para o julgamento.⁵²

Em linha semelhante está a definição de Mauro Cappelletti, segundo o qual o princípio dispositivo é o “vínculo do juiz à iniciativa da demanda pelas partes e no estabelecimento, por estas, do objeto do processo.”⁵³

Contudo, o princípio dispositivo não alcança essa amplitude em nosso ordenamento, em especial quando este adota um modelo colaborativo de processo.

Neste contexto, é possível perceber que uma nova concepção processual incide na permanência do princípio dispositivo, pois às partes continua a ideia de atividade, contudo, os temperos trazidos pela modelo inquisitorial são muito mais intensos e perceptíveis ao se ampliar os poderes instrutórios do juiz, tornando este ator ativo e interessado (sem, contudo, retirar sua imparcialidade) no desenvolvimento e solução de eventual litígio, em especial no que diz respeito à busca pela decisão

poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de ‘inquisitividade’: sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a dispositividade.” DIDIER JR., Fredie. Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. Revista de Processo, V.198. RT: São Paulo, 2011. p. 215.

⁵² Ou ainda, nas palavras de Piero Calamandrei: “Juez, tú no tienes que fatigarte para encontrar argumentos, porque solamente estás llamado a escoger entre los buscados por nosotros los abogados, que realizamos por ti, el duro trabajo de excavar, y para mejor meditar tu elección, tienes el deber de sentarte en tu cómodo sillón..Tú eres ¡Oh Juez! la olímpica inmovilidad que sin prisa, espera.” CALAMANDREI, Piero. **Elogio a los jueces hecho por un abogado**. Buenos Aires: EJE, 1956, p. 389. Ou como ainda referiu Adol Schönke: “Chama-se princípio dispositivo ou de controvérsia (segundo foi designado por Gonner, 1881), aquele que, no processo civil, atribui às partes a tarefa de estimular a atividade judicial e praticar os atos do processo. Os fatos não praticados pelas partes não podem ser levados em consideração pelo juiz; e, por regra geral, tampouco podem praticar provas de ofício. O Tribunal Supremo recentemente classificou-o em princípio supremo do Código Processual Civil. O princípio dispositivo se contrapõe ao princípio inquisitivo ou oficial, que rege o princípio penal (§§ 155 e II, 24-a, II, Código Processual Penal), segundo o qual, a reunião dos materiais do processo é fundamentalmente missão do juiz. SCHÖNKE, Adolf. **Direito Processual Civil**. Romana: Campinas, 2003. p. 42. E ainda na mesma linha, destacando o princípio dispositivo em sua versão não atenuada está o que refere Robert Wyness Millar: “Next to be noticed is the so-called ‘Verhandlungsmaxime’ (literally, ‘transaction-maxim’). This is the principle which expresses the idea that the scope and content of the judicial controversy are to be defined by the parties or, conversely, that the court is restricted to a consideration of what the parties have put before it. (...) When the ‘Verhandlungsmaxime’ dominates, ‘the parties lay before the court the material intended to serve for the ascertainment of the true content of the legal relation obtaining between them, the selection of such material being left to their own description. The court, on its part, passively awaits the presentation of such material and interferes only so far as is requisite to see that the activity of the parties in the proceeding follows orderly method and does not over-step the appropriate limits set by law. The proceeding thus appears in the form of a transaction of the parties allowed and supervised by the court.” MILLAR, Robert Wyness. **The Formative Principles of Civil Procedure**. IN: Illinois Law Review. V. XVIII. Mai, 1923. p. 10.

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. **A Ideologia no Processo Civil**. Revista de Jurisprudência do TJRS, n. 13: Porto Alegre, 1969. P.80.

que mais se aproxima da verdade. Assim, hoje ao juiz é possível trazer o seu próprio conhecimento à causa, buscar elementos por si para julgar a demanda, desde que, é claro, seja sempre respeitado o contraditório, possibilitando às partes que participem desse movimento.⁵⁴

Até por esse temperamento que vem sofrendo o princípio dispositivo, importa retornar as suas origens para bem compreender sua versão e, conseqüentemente, sua evolução.⁵⁵

E sobre tal princípio falam Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero:

Por um longo período histórico, entendeu-se incumbir exclusivamente à parte a iniciativa do ingresso em juízo, assim como a fixação do

⁵⁴ Como diz José Roberto Bedaque: "O juiz, representando o Estado, busca a justiça. Para tanto deve participar ativamente do processo probatório, sugerindo ou ordenando provas propostas pelas partes." SANTOS BEDAQUE, José Roberto do. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 94.

⁵⁵ Como já defendido em outra oportunidade, o princípio dispositivo em sua versão clássica seria: "O princípio dispositivo se encontra há muito consagrado no direito. Em sua concepção originária, trazia a ideia de que cabia às partes interessadas toda e qualquer iniciativa para buscar o reconhecimento de seu direito. Só seria alvo de julgamento aquilo que fosse alegado e provado pelas partes. O juiz era visto como mero espectador, dependendo das provas e alegações trazidas pelas partes, permanecendo inerte frente à atuação dos interessados." PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. **Lições sobre teorias do processo – Civil e Constitucional** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 57-58. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini também se posicionam sobre o princípio dispositivo: "O princípio dispositivo implica ainda que o juiz apenas atuará nos limites em que foi provocado. Pretensões e respectivos fundamentos não formulados pelas partes, pelas vias apropriadas, não podem ser julgados pelo juiz." WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil, V.I**, 16. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016. p. 82. Nesse sentido, a posição adotada pelos professores Wambier e Talamini mantém o princípio dispositivo em sua versão originária. Neste particular, se concorda que o juiz não pode avançar no que diz respeito aos pedidos, uma vez que cabe às partes o dever de estabelecer os limites da demanda. Contudo, a completa inércia do juiz parece já não ser o mais recomendado, inclusive como se vê dos poderes instrutórios do juiz, em que o mesmo não está adstrito às provas fornecidas ou requeridas pelas partes. Tal posicionamento encontra justificativa quando, no processo contemporâneo, se entende o processo não só como interesse das partes, mas também como do próprio Estado de solucionar a demanda o mais próximo possível da verdade e com a melhor justiça possível. Assim, há uma concordância parcial em relação à posição firmada pelos professores acima referidos, encontrando ponto comum no que aqui se defende na vedação do juiz ao não se envolver na delimitação da demanda, sob pena de violar sua imparcialidade e recair nas sentenças tidas por ultra petita, extra petita ou citra petita. Sobre a mitigação dos poderes as partes no processo e uma maior integração do julgador no desenvolver do feito, vale ainda trazer a referência de Mauro Capelletti: "La abolición, aun total, del poder monopolístico de las partes respecto de las pruebas, es un aspecto – quizá el más importante – de la sustración a las partes del poder de dirección 'formal' del proceso. Este no es ya cosa de las partes, como era típicamente el lento proceso común y el proceso 'liberal' del siglo XIX. Les queda a las partes (normalmente) privadas, el poder exclusivo de elegir entre pedir o no la tutela jurisdiccional de um (pretendido) derecho suyo; les queda a ellas el poder exclusivo de determinar los límites esenciales de la acción – límites subjetivos (personae), objetivos (petitum), causales (causa petendi) – y por consiguiente los límites esenciales de la decisión y del fallo (de la cosa juzgada). CAPELLETTI, Mauro. **La oralidade de las Pruebas en el Proceso Civil**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. EJEA: Buenos Aires, 1972. p.122-123.

objeto do litígio e a prova dos fatos alegados. Daí o aforismo: *judex secundum allegata et probata a partibus judicare debet* (o juiz deve julgar segundo o alegado e provado pela parte). Nessa primeira parte, o princípio dispositivo era entendido como a faculdade de: (a) iniciar o processo; (b) estabelecer o seu objeto material (seja pela formulação do pedido e da causa de pedir pelo demandante, seja pela oposição de exceções de direito material pelo demandado); c) dispor a respeito do próprio direito pretendido ou da demanda (v.g., desistência da demanda, art. 267, inciso VIII; transação, art. 269, inciso III; renúncia pelo autor do direito sobre que se funda o pedido, art. 269, inciso V); tendo ainda (d) o ônus de provas os fatos alegados (art.333).⁵⁶

No entanto, não há como fazer referência a tal princípio sem realizar uma compartimentação. Assim, o princípio dispositivo divide-se em dois moldes diversos: primeiro no princípio dispositivo processual (*formal/Verhandlungsmaxime*) e, segundo, princípio dispositivo material (*Dispositionsmaxime* - também conhecido como princípio da demanda).⁵⁷

De outro lado, seu oposto é o chamado princípio inquisitivo, o qual vale dizer, atua como atenuador do próprio princípio dispositivo, como referido. De imediato, um esclarecimento sobre essas nuances do princípio dispositivo se impõe,

⁵⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Parte Geral do Direito Processual Civil**. v.1. São Paulo: Atlas, 2010. p. 64. Vale trazer também o quanto refere Maite Aguirrezabal Grünstein: “el principio dispositivo constituye un pilar fundamental del proceso civil, en virtud del cual se entiende que la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses solo puede iniciarse a petición de parte. tanto la iniciación del proceso como el contenido del objeto del mismo corresponde configurarlo exclusivamente a las partes, ello sin perjuicio de la facultad del juzgador para hacer un ajuste razonable a los pedimentos de los litigantes, siempre que no altere el tema discutido1. de lo señalado podemos concluir que en el proceso civil el objeto del proceso es fijado por las partes, demandante y demandado, quienes al solicitar la protección de sus derechos e intereses legítimos deben manifestar de modo claro y preciso dicha solicitud.” AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. **El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno**. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 32, enero-junio de 2017. p. 423.

⁵⁷ Vale, novamente, a referência a Maite Aguirrezabal Grünstein: “el principio dispositivo ha sido también caracterizado en un sentido formal y en uno material10. en la primera de sus manifestaciones, se refiere al manejo del proceso por parte de los interesados como instrumento técnico que garantiza el ejercicio de los derechos subjetivos que corresponderían a las partes en virtud del sentido material de este mismo principio, lo que les permitiría decidir sobre el ejercicio de la acción y los planteamientos que formulen al tribunal, pero dentro de las limitaciones formales establecidas por el proceso. (...) en su orientación material, el principio dispositivo resulta de mayor aplicación cuando se trata de derechos subjetivos enteramente disponibles, disminuyendo su vigencia cuando se trata de derechos o intereses en donde se encuentran comprometidos derechos indisponibles o el interés general, reforzando en dichas hipótesis el principio de actuación de oficio, no siendo en estos casos lícito para las partes limitar la actividad jurisdiccional.” AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. **El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno**. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 32, enero-junio de 2017. p. 426.

de forma a colaborar na compreensão do mesmo e de sua evolução e participação no processo moderno.

A primeira refere-se ao princípio dispositivo sob o ponto de vista material (princípio da demanda). Esta versão que resta positivada no art. 2º do CPC refere que cabe às partes definir os limites de atuação do Poder Judiciário sob o ponto de vista da extensão do conflito. Primeiramente porque compete ao interessado dar início ao processo, levando a sua inconformidade para análise (tal característica ainda permanece intacta na ordem jurídica atual), firmar a extensão de sua pretensão, bem como trazer as provas que entende pertinentes para demonstrar a existência do direito afirmado. Só pode o Poder Judiciário passar a atuar se demandado, sendo vedada a instauração de processos de ofício (com exceções aqui e ali, mas a regra geral permanece inalterada).

Ao Judiciário, portanto, cabe aguardar o jurisdicionado realizar a sua opção de levar o conflito para debate. Neste particular, cabe referir o ensinamento de Fábio Caldas de Araújo:

O princípio dispositivo reflete uma garantia de liberdade para que a parte apresente ou não seu pedido de tutela jurisdicional (*prozessuale Seite der Privatautonomie*). Mesmo em face de uma ameaça ou lesão a parte poderá optar por não ingressar com a ação.⁵⁸

⁵⁸ CALDAS DE ARAÚJO, Fábio. **Curso de Processo Civil. V. I.** São Paulo: Malheiros, 2016. p. 191. Também é válido trazer o que dizem Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero: “Elaborações doutrinárias posteriores demonstraram, contudo, que não se pode confundir o pedido de tutela jurisdicional e a fixação dos contornos do objeto do processo com as atuações de cunho probatório. Melhor: não se pode confundir o pedido de tutela jurisdicional e a fixação do mérito da causa com a condução do processo. O elemento essencial do direito ou do contradireito (da exceção material) é exercido por uma declaração de vontade, com a qual a parte age ou reage, forçando o juiz a exercer o seu ofício. Instaurado, porém o processo e fixado o seu objeto material, o seu desenvolvimento escapa à disponibilidade das partes, exigindo o interesse público a formação de uma convicção na coincidência com a realidade. Daí a ideia de que a questão da prova está fora do princípio dispositivo materialmente considerado, dizendo respeito apenas ao plano da direção formal do processo, ou ao princípio dispositivo no seu sentido processual.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo e Parte Geral do Direito Processual Civil.** v.1. São Paulo: Atlas, 2010. p. 64. Ainda, cabe a lição Luis Alberto Reichelt: “De outro lado, vale referir que a maior ou menor intensidade da influência do princípio dispositivo na determinação dos contornos das relações entre as partes e o julgador pode ser modulada pelo legislador em função da maior ou menor importância atribuída a determinados interesses tutelados pelo ordenamento jurídico. Exemplo de tal fenômeno é trazido por Enrico Tullio Liebman e Vittorio Denti, os quais referem, na experiência italiana, a atribuição de poderes autônomos de iniciativa instrutória no âmbito dos feitos nos quais venham veiculadas questões de interesse público, concebida como instrumento a fim de desonerar o julgador da necessidade de investigar os fatos da causa. Essa possibilidade de modulação de intensidade do princípio dispositivo não pede ser confundida, contudo, com a ideia de atribuição de total liberdade ao legislador ou ao julgador a esse respeito. Qualquer que seja o rumo adotado pelo ordenamento jurídico, está sempre o magistrado, na qualidade de terceiro imparcial, diante de um problema que clama por resposta graças a parâmetros jurídicos pertinentes, devendo a sua

Contudo, o princípio da demanda⁵⁹, ainda que estenda ao julgador a possibilidade participar do feito, o autoriza a decidir de acordo com os limites estabelecidos pelas partes, não podendo o juiz decidir de forma diversa da limitada pelo autor ou condenar em objeto diverso do que foi pedido.

No entanto, como referido, o princípio dispositivo possui outra faceta. A compreensão de referido princípio sob o ponto de vista processual passa pela ideia de condução do processo, a possibilidade de o juiz participar do desenvolvimento do mesmo, inclusive no que diz respeito à produção probatória. Neste sentido, a ideia de Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

A posituação do princípio da demanda não implica posituação do princípio dispositivo (também conhecido como 'principio dispositivo in senso processuale, Beibringungsgrundsatz, Verhandlungsgrundsatz e na tradição do Common Law como adversary system'). Enquanto o princípio da demanda e o princípio inquisitório em sentido material concernem ao problema da iniciativa para o processo e ao da formação do mérito da causa, o princípio dispositivo diz respeito à condução do processo. São problemas obviamente distintos. Pelo princípio dispositivo, próprio ao processo civil do Estado Liberal clássico, a condução do processo deve se dar pelas partes. O novo CPC não positivou o princípio dispositivo e nem a sua antítese, o princípio inquisitório em sentido processual, no que tange ao problema da condução da demanda.⁶⁰

atuação ser pautada pela sua estraneidade em relação à matéria sobre a qual deve exercitar o seu juízo, não interferindo na determinação do thema decidendum." REICHELTL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 94-95.

⁵⁹ Sobre o princípio da demanda e dispositivo, vale referir Flávio Yarshell: "A circunstância de o princípio da demanda estar associado à figura de um ônus de alegação explica a sinonímia aceita por parte da doutrina entre ele e o assim denominado *princípio dispositivo*. Por essa expressão se designa o ônus dos interessados de alegação e prova dos fatos dos quais possam extrair consequências favoráveis no processo. Esse encargo vigora tanto para o autor quando para o réu, inclusive para as pessoas jurídicas de direito público. Assim, se por um lado o demandante tem o ônus de romper a inércia jurisdicional, de afirmar e de alegar (expondo fatos e fundamentos jurídicos e deduzindo pedido), por outro lado, o demandado tem o ônus de responder; se não o exercer, será considerado revel e poderá se sujeitar aos seus efeitos (art. 319 do CPC). Mas considerando a ruptura da inércia da jurisdição – por essência e por tratamento legal – está submetida a regime parcialmente diverso das alegações que se seguem no curso do processo, adota-se a distinção: reserva-se a locução princípio da demanda apenas para designar o ônus de invocação da tutela jurisdicional – ele sim um autêntico princípio e não apenas uma regra processual (como é o <<princípio>> dispositivo). O ônus associado ao princípio da demanda não convive com qualquer poder do juiz, justamente porque ele não deve agir de ofício. Já os ônus associados ao princípio dispositivo – notadamente em matéria de prova – devem ser vistos no confronto com poderes do juiz." YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. V.I. Marcial Pons: São Paulo, 2014. P. 125.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, CRUZ ARENHART, Sérgio, MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil, V. I.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 273. Toda a questão envolvendo o princípio dispositivo e da demanda não passa sem críticas. Nesse sentido, vale trazer o quanto destaca José Roberto dos Santos Bedaque, o qual traz interessante perspectiva

Ou seja, se percebe que o princípio dispositivo possui dois nortes diversos, mas em alguma medida complementares e que bem se adaptam ao Processo moderno. Primeiro, sobre o ponto de vista processual, respeita ao ideal de liberdade, cabendo à parte interessada trazer o a questão a ser decidida até o juiz para que este possa concretizar a prestação jurisdicional sobre o feito. De outro lado, estando estabelecido o conflito judicial, o sentido material do princípio dispositivo reconhece o interesse estatal em ver solucionado o conflito da melhor forma possível, permitindo o juiz participação sobre o ponto de vista instrutório, mas para que decida tendo como limite o pedido formulado e as alegações de fato trazidas pelas partes.⁶¹

De fato, o sistema brasileiro não adotava na ordem processual de 1973 e também não adota nesse momento, uma versão pura do princípio dispositivo, pois, um pouco mais ou um pouco menos, sempre se permitiu certa atuação do juiz, o que insere, desta forma, toques do princípio inquisitivo a fim de temperar o princípio dispositivo. A experiência parece mostrar que a mescla entre institutos, mais das vezes, demonstra ser uma boa solução a fim de evitar exageros cá ou lá.

sobre o tema: “A primeira grande dificuldade com que se defronta no estudo do problema, reside no exato significado da expressão ‘princípio dispositivo’. Trata-se de termos altamente equívoco, pois a doutrina processual costuma emprega-lo com o objetivo de expressar coisas diversas. Alguns autores, por exemplo, recorrem ao chamado princípio dispositivo quando se referem, genericamente, à ausência de poderes processuais do juiz. Essa ambiguidade acaba dificultando a correta relação entre esse princípio e a iniciativa probatória do juiz. Os processualistas tedescos, depois de algumas hesitações e divergências iniciais, identificaram a existência de dois fenômenos diferentes, ambos relativos aos poderes de que é dotado o juiz no âmbito da relação processual. O primeiro deles refere-se à propositura da demanda; o segundo diz respeito à estrutura interna do processo. Cada um deles deve ser considerado separadamente. Se determinada legislação reservar às partes, com exclusividade, o direito de dar início ao procedimento e de estabelecer limites à atividade do juiz na condução do processo, terá adotado, respectivamente, o *Dispositionsmaxime* e *Verhandlungsmaxime*. Com muita frequência, a doutrina trata de ambos fenômenos como manifestações do princípio dispositivo. Fala-se, por exemplo, que tal princípio significa, em sentido amplo, deixar para as partes os ônus de iniciação, determinação do objeto, impulso do processo e produção de provas (*judex secundum allegata et probata partium judicare debet*). Outros preferem a expressão ‘princípio da demanda’ para referir-se ao primeiro fenômeno enquanto ‘princípio dispositivo’ representaria apenas as limitações impostas ao juiz no interior do processo.” SANTOS BEDAQUE, José Roberto do. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 95-97.

⁶¹ Mais uma vez é possível socorrer-se de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero: “O princípio da demanda, também conhecido como princípio dispositivo em sentido material, reserva à parte o juízo de conveniência e oportunidade a respeito da iniciativa do processo, fixação de seu objeto litigioso, e impõe adstrição ao pedido do autor, vedando ao juiz a prolação da sentença, a favor do autor, de natureza diversa, assim como condenação do demandado em quantidade superior ou objeto diverso do que lhe foi demandado. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo e Parte Geral do Direito Processual Civil**. V.1. São Paulo: Atlas, 2010. p. 67-68.

Isso porque os princípios aqui trabalhados, em sua versão mais radical, são antônimos. Enquanto o princípio dispositivo, em sua essência mais rudimentar, atribui às partes toda e qualquer responsabilidade pela iniciativa, andamento e instrução do processo, o princípio inquisitivo é o oposto, conferindo ao juiz todos os poderes, inclusive de dar início às demandas, sem qualquer restrição ou necessidade de provocação.

Daniel Amorim Assumpção Neves apresenta notas nesse sentido, bem explicando os dois princípios em sua versão originária:

No sistema inquisitivo puro o juiz é colocado como a figura central do processo, cabendo a ele a sua instauração e condução sem a necessidade de qualquer provocação das partes. A liberdade na atuação do juiz é ampla e irrestrita. No sistema dispositivo puro o juiz passa a ter uma participação condicionada à vontade das partes, que definem não só a existência e extensão do processo – cabendo ao interessado a sua propositura e definição dos elementos objetivos e subjetivos –, como também o seu desenvolvimento, que dependerá de provocação para que prossiga.⁶²

Cumprido referir que essa versão do princípio inquisitivo não possui voz no ordenamento brasileiro, vez que a iniciativa das partes é pressuposto para que a demanda tenha início (salvo raríssimas exceções presentes no ordenamento brasileiro, como antes referido, o juiz jamais pode dar início ao processo por vontade própria, uma vez que incompatível com a imparcialidade da jurisdição). Em uma visão mais clássica do Processo Civil, a ideia tradicional do princípio dispositivo parece se adequar perfeitamente, impondo às partes basicamente toda e qualquer responsabilidade por demonstrar o seu direito frente ao juiz, o qual se mantém distante, apenas recebendo os elementos e, ao final, dizendo o direito.⁶³

⁶² ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. **Manual de Direito Processual Civil – Volume único**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 123.

⁶³ Sobre a ideia de inércia da jurisdição e sobre restar às partes a responsabilidade de delimitar a atuação jurisdicional, firmando quais os fatos são controversos está a lição de Sérgio Cruz Arenhart: “Diante disso, a noção da inércia da jurisdição – e do correlato princípio da demanda – tem clara raiz no caráter disponível do direito material. Se é certo que o direito subjetivo tem caráter privado e é de cunho disponível, não teria sentido autorizar-se o Estado a interferir na vontade do particular, impondo-lhe a proteção de interesse deste, quando este assim não desejasse. Consequência natural deste raciocínio é a conclusão de que, se o Estado não pode impor ao particular a defesa de interesse seu, também não poderá exigir deste que peça proteção além daquilo que explicitamente solicitou, razão pela qual se impõe ao magistrado ater-se ao pedido formulado pelo autor. Nessa toada, adverte Chiovenda que a garantia em questão, decorrente do clássico brocardo ‘sententia debet esse conformis libelo’, é uma consequência natural do princípio geral ne procedant iudex ex officio. Por outro lado, o princípio em questão também tem a função de resguardar a imparcialidade do magistrado. Afinal, se tocasse ao juiz determinar quando agir e

Assim, em uma breve percepção, a adoção do princípio dispositivo em sentido material, mesclado e temperado por uma adoção do princípio inquisitivo – também em sentido material – anda em consonância com a ideia de dar liberdade às partes para que essas possam definir os caminhos que buscam seguir, estabelecendo os seus limites através dos fatos e das alegações de fato que trazem ao processo para análise a apreciação por parte do Poder Judiciário. De outro lado permite ao juiz, uma vez acionado, que atue no processo em busca da melhor solução, dando efetividade ao ordenamento, sem ter a sua imparcialidade comprometida, fato que notadamente sempre foi grande preocupação do direito, especialmente quando se quer um processo justo e efetivo.⁶⁴

Quanto a não positivação do princípio dispositivo em sentido processual, não se verifica nenhuma dificuldade. Isso porque a condução do processo, naturalmente, cabe à figura do juiz, ainda que modernamente tenha ocorrido uma migração em sentido à colaboração e participação ativa de todos no andamento do feito, ainda permanece em alguma medida a ideia de o juiz coordenar a condução e andamento do processo.⁶⁵

em que medida e extensão decidir, abrir-se-ia grande flanco para que o juiz se apresentasse na causa como partidário de uma tese, esposando, já no início do processo um objetivo quando ao litígio e uma opinião formada a seu respeito. ARENHART. Sérgio Cruz. **Reflexões Sobre o Princípio da Demanda.** Disponível em https://www.academia.edu/221841/Reflex%C3%B5es_sobre_o_princ%C3%ADpio_da_demanda?auto=download. Acesso em: 11.06.2019. p. 2-3.

⁶⁴ Bruno Garcia Redondo refere em sentido semelhante quanto a necessidade de uma mescla entre princípio dispositivo e inquisitivo, permitindo, assim, uma consagração do devido processo: “A garantia do devido processo de direito (art. 5º, LIV, CRFB) em um Estado Democrático de Direito (Art. 1º CRFB) exige que o processo seja, a rigor, nem exclusivamente inquisitivo, tampouco somente dispositivo. Se, de um lado, é verdade que o processo é um instrumento de Direito Público e destinado à pacificação social, a afirmação do poder estatal e à justa aplicação do direito (‘modelo inquisitivo’), de outro é igualmente correto que o processo não seja um fim em si mesmo, servindo, essencialmente, para a tutela efetiva de um direito violado ou ameaçado (res iudicium deducta) e para a satisfação dos litigantes quanto ao pedido formulado (‘modelo dispositivo’). GARCIA REDONDO, Bruno. **Adequação do Procedimento pelo Juiz.** Juspodivm: Salvador, 2017. p. 120.

⁶⁵ Nesse sentido, vale trazer o quanto destaca Guilherme Pimenta da Veiga Neves: “Preceito que, baseado na tradição do processo civil brasileiro, traz, aglutinadas, as diretrizes contidas no princípio da demanda (ou inércia da prestação jurisdicional) e no princípio do impulso oficial, contemplados nos art. 2º e 262 do CPC/73. Portanto, um dos poucos preceitos entre as normas fundamentais do NCPD com correspondência direta no Código Buzaid, mas acrescento, talvez desnecessariamente a possibilidade de exceções previstas em lei, o que, embora sem essa previsão expressa, já era admitido no estatuto processual anterior, não importando, assim, em alteração substancial. Colocado à disposição das partes, o processo civil será instaurado por ato volitivo do autor (situação que se repete na fase recursal, que, igualmente, exige a iniciativa da parte), devendo o magistrado, a partir de então, cuidar para que a demanda avance até a sua solução final, impulsionando-a com observância dos demais ditames processuais (e princípios constitucionais art. 1º), na concretização do inc. XXXIV da Constituição Federal, em homenagem ao axioma *nemo iudex sine actore ne preceat iudex ex officio*. Em verdade, muito salutar a

2.2.2 Fundamentos axiológicos

Todos os princípios devem se nortear por respeitar o princípio democrático. A democracia processual deve, sob qualquer hipótese, imperar dentro do processo judicial, sob pena de se diferente for, abrir espaço ao arbítrio, veneno para todo estado democrático.

Seguindo este raciocínio, a interpretação de qualquer norma jurídica deve ter como norte o diálogo. Relação democrática, seja ela processual ou extraprocessual pressupõe diálogo amplo e multilateral a fim de uma melhor compreensão da extensão de incidência e aplicabilidade de dita norma.

Neste sentido, o princípio dispositivo está axiologicamente ligado à dialética processual e, por decorrência, ligado à própria democracia. Isso porque, uma nova ideia de processo traz junto consigo a noção de um juiz que toma iniciativa, não restando estático a espera apenas dos atos das partes, pois ele (representando o Estado), também tem interesse na melhor solução da lide.⁶⁶

menção – dado o caráter pedagógico desse artigo – acerca da possibilidade de exceções legais, porquanto diversos casos fogem a essa regra, a exemplo, em relação ao princípio da iniciativa das partes, do art. 738 (arrecadação de bens em caso de herança jacente), e, como flexibilização do impulso oficial, o art. 269, §1º (intimação promovida pelo advogado da parte em relação ao patrono *ex adverso*), ou, ainda, as situações concretas em que o avanço do processo encontrar óbices invencíveis à vontade do Juiz, com a necessidade de, ao revés de impulsionar, suspender a tramitação.” PIMENTA DA VEIGA NEVES, Guilherme. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Coor. Angélica Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim, George Salomão Leite. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 55.

⁶⁶ Como diz Luis Alberto Reichelt: “A compreensão dos contornos do processo civil contemporâneo – e, nesse contexto, da estrutura na qual se insere todo regramento relacionado à prova cível – demanda necessariamente o exame da mecânica de distribuição de cargas entre os sujeitos que nele interagem. As reflexões construídas nessa seara refletem, em última instância, a atual conformação do papel do Estado em face da liberdade dos indivíduos que nele convivem, em uma estrutura ordenada em função da necessidade de que seja assegurado o respeito aos objetivos com os quais esse mesmo Estado se compromete. No âmbito do processo civil, esse debate ganha concretude através das diversas formas pelas quais se dá a harmonização entre o princípio da imparcialidade do juiz e o princípio dispositivo. REICHELT, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 90-91. Vale referir também a lição de Tito Carnacini: “se da un lato è la parte che ricorre al processo civile per ottenere la tutela giurisdizionale e attraverso questa il conseguimento dei propri scopi ultra-processuali, dall’altro è il processo il quale a sua volta richiede dalla parte medesima un contributo essenziale e che, per essere idoneo, deve innanzitutto manifestarsi nelle forme proprie al tipo de procedimento prescelto”. CARNACINI, Tito. **Tutela Giurisdizionale e Tecnica del processo**. In: AZZARITI, Gaetano. Studi in onore di Enrico Redenti. Milano: Giuffrè, 1957, p. 693-772. Vale fazer referência a J.J. Calmon de Passos: “Correndo o risco de parecer leviano, pelo sumário das colocações, o que pode significar, também, superficialidade, ousarei dizer que esse processo novo, insurgente, assentará, basicamente, nos seguintes princípios: superação do mito da neutralidade do juiz e do seu apoliticismo, institucionalizando-se uma magistratura socialmente comprometida e socialmente controlada, mediadora confiável tanto para solução dos conflitos individuais como dos

Com esta premissa estabelecida, ainda assim algumas ressalvas devem ser apontadas. Portanto, o princípio dispositivo, o qual permite ao magistrado participação ativa no processo, deve ser tratado com reservas. Isso porque, às partes é dado o direito de delimitar o debate e às partes, sobre esse debate, são conferidos determinados direitos (como não ser obrigado a produzir prova contra si mesmas) que servem de limitação a atuação do magistrado. Perceba-se que, ao mesmo tempo que a ordem processual vigente incentiva uma participação ativa do magistrado, em especial no que toca a instrução do processo, é necessário ponderar até que momento é possível estender essa faculdade do magistrado sem que venha a vilipendia direitos fundamentais e processuais das partes.

Certamente há um temor que permitir a participação judicial ativa, em especial no que tange a descoberta dos fatos, em outras palavras, conferir ao magistrado a iniciativa probatória acabe levando a certo autoritarismo.⁶⁷ Contudo, não parece ser um problema a participação do juiz no processo de descobrimento dos fatos de forma complementar, desde que esse esteja limitado aos fatos e alegações de fato postos a debate e, também, respeitando as liberdades e os direitos processuais e constitucionais garantidos às partes. São esferas de atuação que devem ser equacionados, especialmente frente a um processo colaborativo em que a

conflitos sociais que reclamem e comportem solução mediante um procedimento contraditório, em que a confrontação dos interesses gere as soluções normativas do compromisso e conciliação dos contrários. Superação do entendimento do processo como garantia de direitos individuais, alçado a ele a instrumento político de participação na formulação do direito pelos corpos intermediários e provocação da atuação dos agentes públicos e privados no tocante aos interesses coletivos ou transindividuais por cuja satisfação foram responsáveis. Superação do mito da separação dos poderes e da efetivação do controle do poder pelo sistema de freios e contrapesos, institucionalizando-se controles sociais sobre o exercício do poder político e do poder econômico, servindo o processo como instrumento de atuação desses controles nas situações que forem constitucional e legalmente definidas.” CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Democracia, Participação e Processo**. In **Ensaio e Artigos, V. II**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 372-373.

⁶⁷ Vale trazer as ideias de Bruno Cavallone: “semplificando la tipologia de queste interferenze secondo i concetti invalsi nella migliore dottrina moderna, su può pensare che siano attribuiti al giudice addirittura poteri de instruzione primaria, cioè il potere, carateristico del proceso inquisitorio, di ricercare sua sponte nella realtà extraprocessuale le informazioni rileanti per la verifica dei themata probanda. Oppure che competano oiiù ridotti ma significativi poteri di instruzione secondaria (secondo quel metodo acquisitivo che può trovare posto anche in un processo di parti, in alternativa al metodo dispositivo, sempre per usare la rigorosa ed efficace terminologia di Benvenuto), in funzione integrativa delle iniziative delle parti, come per esempio il potere di ordinare d'ufficio l'esibizione di documenti ai quali esse si siano riferite senza tuttavia produrli, o l'audizione di persone che le parti abbiano menzionato siccome a conoscenza dei fatti controversi, senza tuttavia dedurne esplicitamente la testimonianza. Oppure ancora si può immaginare che il giudice possa soltanto gestire e sfruttare autonomamente le fonti già introdotte nel processo” CAVALLONE, Bruno. **Il Divieto di Utilizzazione dela Scienza Privata del Giudice**. Rivista di Diritto Processual, n 4. Jul\ago. 2009. p.865-866.

busca da verdade é, sem dúvida, um objetivo, mas não é a única razão de ser do processo.⁶⁸

Por decorrência, a participação probatória do juiz não significa a inexistência de limites que devam ser impostos ou mesmo respeitados. A iniciativa do juiz não pode violar direitos das partes, sejam direitos processuais ou materiais. Isso porque escaparia ao próprio ideário democrático permitir participação do juiz às custas dos direitos das partes. A participação de qualquer integrante do processo encontra limite nos direitos conferidos aos demais. Assim, a própria investigação judicial dos fatos deve encontrar restrições a fim de impedir abusos e autoritarismos. Diálogo processual, assim, pressupõe colaboração, mas também barreiras que devem ser respeitadas.

J.J. Calmon de Passos possui referência em semelhante sentido:

O desafio de hoje, portanto, é tornar realidade a democratização da sociedade, sem prejuízo da democratização do Estado. Em outros termos, - conservar-se a prioridade do bem-estar social, mas sem restrições ao sacrifício da esfera da liberdade.⁶⁹

A mensagem do princípio dispositivo é clara. A solução para os conflitos se dá através do Processo (seja ele através da jurisdição estatal ou de formas alternativas), mas jamais pela força. Contudo, importa destacar que o Processo apenas está apto a substituir a força quando o problema é trazido ao Poder Judiciário.

⁶⁸ Vale referir o quanto destaca, sobre o princípio dispositivo, Sérgio Cruz Arenhart: "Já o princípio dispositivo (Dispositionsmaxime) está relacionado de forma específica à tratativa processual da demanda. A questão aqui se põe prioritariamente em determinar de que modo deve ser conduzido o processo, se com predominante atuação do juiz ou se prioritariamente segundo as determinações e impulsos das partes. No primeiro caso, fala-se em processo de tipo inquisitório e no segundo, de processo dispositivo ou do tipo acusatório. Assim, se o processo impõe a prevalência da vontade das partes na condução dos atos do processo, inibindo ao magistrado papel ativo na colheita da prova e no andamento do feito, tem-se a predominância do princípio dispositivo. Se, ao revés, prevalece a atuação oficiosa do juiz, tanto na instrução da causa, como no impulso da sequência dos atos do processo, então se verifica um processo de perfil inquisitório. Verificada a diferença, é fácil perceber, como anota Ovídio Baptista da Silva que, conquanto o princípio da demanda esteja presente, de forma plena, em quase todos os sistemas processuais atuais – sendo raros os casos em que o juiz possa atuar de ofício – o princípio dispositivo (assim como o princípio inquisitório) não se verificam de maneira pura em nenhum sistema moderno. Todos os sistemas processuais, de fato, apresentam um misto destes dois últimos princípios, com prevalência eventual de um ou de outro, sem, contudo, ser possível enxergar a exclusiva aplicação de qualquer um deles. ARENHART. Sérgio Cruz. **Reflexões Sobre o Princípio da Demanda**. Disponível em https://www.academia.edu/221841/Reflex%C3%B5es_sobre_o_princ%C3%ADpio_da_demanda?auto=download. Acesso em: 11.06.2019. p. 8.

⁶⁹ CALMON DE PASSOS. José Joaquim. **Democracia, Participação e Processo**. In **Ensaios e Artigos, V. II**. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 369.

Aquilo que as partes deixam de referir não estão aptos a serem solucionados pelo Processo, pois a este não cabe, como regra, intervir para além dos limites expressamente delimitados pelas partes.

Veja-se. O Processo Civil atual está comprometido com a busca de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva, baseada em um processo justo e colaborativo. Em razão disso, concede ao jurisdicionado a possibilidade de ir ao Poder Judiciário declarar sua inconformidade e estabelecer quais são os limites e as pretensões de sua inconformidade. Permite, ao mesmo tempo, que o réu diga tudo aquilo que é pertinente para sua defesa. Os limites estabelecidos através da pretensão, do exercício do princípio dispositivo, não serão violados, pois ao Estado-juiz é vedado ampliar ou reduzir a pretensão, sob pena entregar uma prestação jurisdicional ultra, extra ou citra petita. Essa vedação se estende também, parece evidente, à violação de direitos das partes. A limitação à possibilidade de atuação do juiz encontra ponto importante quando esta pode afetar direitos das partes. A busca pela melhor solução judicial deve, por questão de coerência sistêmica, respeitar os direitos constitucionais e processuais conferidos às partes.^{70 71}

⁷⁰ Como forma de referência, vale referir o artigo 379, CPC, o qual preserva o direito das partes de não produzirem provas contra si mesmas.

⁷¹ Sobre o tema, vale a referência a Joan Picó i Junoy: “Uma vez examinados criticamente os argumentos justificativos da negativa de atribuir iniciativa probatória ao juiz civil, devo analisar os limites que eventualmente deveria ter esta em nosso sistema constitucional. Como é óbvio, a iniciativa probatória ex officio não pode ser ilimitada, pois pode entrar em conflito com direitos ou valores constitucionais que merecem ser protegidos. Por isto, como tive de ocasião de analisar em outro lugar, dita iniciativa tem três relevantes limites que seguidamente passa a analisar. Em primeiro lugar, a prova praticada pelo juiz deve, necessariamente, limitar-se aos fatos controvertidos ou discutidos pelas partes, em virtude dos princípios dispositivos e de aportação da parte. Em consequência, são os litigantes que devem trazer ao processo o material fático que fundamenta suas respectivas pretensões, não podendo o órgão jurisdicional levar a cabo nenhuma atividade tendente a investigar ou aportar fatos não alegados pelas partes, nem decidir alterando-os, sob pena de incorrer a sentença em um vício de incongruência. Em segundo lugar, é necessário que constem no processo as fontes de prova sobre as quais tem lugar a posterior atividade probatória do juiz (assim, por exemplo, a identidade da testemunha que deverá declarar). Só desta forma se evita que o juiz atue inquisitivamente ou utilize se ‘conhecimento privado’ a margem dos resultados que figuram nos autos. Este limite tende a garantir a devida imparcialidade do julgador, na medida em que sua atuação se restringe unicamente às fontes probatórias que já constam nos autos e nunca a investigar novas fontes. A margem do uso destas fontes probatórias entendo que o juiz não pode ter iniciativa probatória, pois seria incontrolável sua fonte de conhecimento a respeito dos elementos probatórios por ele utilizados, o que pode comprometer a devida confiança que objetivamente o juiz deve merecer do justicável. E finalmente em terceiro lugar, é necessário que se respeite, em todo momento, o princípio do contraditório que qualquer litigante possui no desenvolvimento da prova, pelo que deve permitir-lhe propor novas provas e, evidentemente, participar na prática de toda a atividade probatória.” JUNOY, Juan Picó I. **O Juiz e a Prova**. Trad: Darci Guimarães Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 109-110. Em realidade, aqui parece existir a confirmação de um ideário liberal no princípio dispositivo, uma vez que cabe às partes definir a extensão do litígio. Só será julgado aquilo que autor e réu definirem e entenderem por adequado levar ao Poder Judiciário, não sendo permitido, como regra, ao juiz escapar a esses limites.

Assim, tendo em conta que ao Poder Judiciário apenas cabe apreciar aquilo que lhe é trazido pelos interessados, toca a ele julgar e solucionar o conflito dentro destes limites formalmente firmados pelas partes em suas manifestações iniciais. Mas a partir deste momento, a partir do início da demanda, o interesse na melhor solução do conflito transcende às partes. Este interesse é abraçado pelo Estado, pois a este importa que a solução se aproxime o máximo da verdade e justiça, trazendo de volta o verdadeiro equilíbrio social anteriormente quebrado.

Assim, é necessário um diálogo multilateral para que exista efetiva democracia. Por isso, diferentemente do que se pode imaginar, não há violação da imparcialidade judicial quando ao Estado é possibilitado ir além das provas trazidas pelas partes. O juiz não deixa de estar distante das partes quando busca a solução judicial, visto que não possui interesse na demanda, mas sim na justiça. Não há violação da imparcialidade, pois ao Estado há o interesse em solução adequada do conflito, a qual, nem sempre, é possível através dos elementos conferidos pelas partes.⁷²

Não há violação de liberdade, tampouco enviesamento decisional. Há sim, busca por solução. Há uma série de sopesamentos processuais que devem ser considerados e que ganharam uma nova roupagem com a natural evolução da ciência

⁷² Sobre o direito fundamental à imparcialidade, vale referir o quanto destaca Luis Alberto Reichelt: “Por fim, não é demais lembrar que o caráter fundamental do direito das partes à imparcialidade do juiz é traço que se constitui para além de mera alegoria ou medida política momentânea. É impossível imaginar como possa a jurisdição ser exercida em um ambiente verdadeiramente republicano e democrático sem que a exigência de imparcialidade do juiz seja considerada um traço em relação ao qual não se admite qualquer margem de transigência. A preservação da liberdade no exercício de direitos e a garantia do respeito ao Estado de Direito reclamam necessariamente a presença de um juiz imparcial”. REICHELTL, Luis Alberto. **O Direito Fundamental das Partes à Imparcialidade do Juiz no Direito Processual Civil**. In Revista de Processo, vol. 227. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan / 2014. p. 122. Vale também referir Antônio do Passo Cabral: “mais conhecido e difundido, até mesmo em termos normativos no plano nacional e internacional, o termo imparcialidade está intimamente ligado à isenção de ânimo para o julgamento, o afastamento do sujeito em relação aos interesses materiais em disputa: imparcialidade, portanto, é alheação, indiferença à vitória de um ou outro. A imparcialidade exigida de certas figuras processuais reclama uma ausência de comprometimento senão por razões estritamente decorrentes das previsões do ordenamento. Imparcialidade significa que aquilo que motiva o sujeito do processo é a correção de seu proceder, para que a solução justa/legal seja aquela pronunciada. Neste sentido, imparcialidade é sinônimo de neutralidade, que impõe um ‘mandado de distanciamento’ (Distanzgebot) para certas figuras, como o magistrado.” CABRAL, Antonio do Passo. **Imparcialidade e Imparcialidade: Por uma Teoria Sobre Repartição e Incompatibilidade de Funções nos Processos Civil e Penal**. In: Revista de Processo, vol. 32. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jul/2007. p. 341-342.

processual. Não por outra razão que a distribuição dos ônus, deveres e faculdades dentro do processo não são mais estáticas, ou como diz Luis Alberto Reichelt:⁷³

Cumprir referir que o harmônico entrelaçamento das forças associadas aos diversos sujeitos do processo passa, necessariamente, pela análise do papel a cada um deles atribuído. O bom funcionamento da engrenagem processual é, portanto, diretamente vinculado a uma adequada distribuição de direitos, dos deveres e dos ônus processuais entre os participantes do debate, a qual é estruturada em função de fatores culturais, econômicos, sociais e políticos que cercam a realidade jurídica. Trata-se de condição necessária para que cada participante do diálogo dos autos possa exercer de maneira condizente a tarefa que lhe é atribuída

Percebe-se que o princípio dispositivo guarda íntima relação com o diálogo do processo, e por decorrência, e com a produção probatória, inclusive com aquela possibilitado ao juiz. Através do exercício do princípio dispositivo, a parte estabelece o limite de atuação do Estado no campo decisional, ou seja, não há permissão para que se decida sobre tema diferente do que está posto. Ao mesmo tempo que a parte pede o julgamento, ao definir os contornos do conflito, dá permissão para que o Poder Judiciário decida dentro daqueles limites.

Logo, permitida a intervenção judicial sobre o problema nos limites firmados, como o processo torna-se procedimento dialético, o juiz deixa de ter papel estático, já que a movimentação processual deve envolver todos os seus atores em direção e na busca da solução adequada. O Poder Judiciário permanece no aguardo do chamado do jurisdicionado, mas quando assim é feito, passa a agir para uma melhor solução. O juiz torna-se ente participante do diálogo para que, em conjunto com os demais participantes do processo, garanta a democracia processual, entregando, ao fim, uma decisão que solucione o conflito e reestabeleça a paz.

Torna-se não mais ser desinteressado. Interesse ele possui, mas em grau de intensidade diversas das partes. Seu interesse está na solução de mérito da demanda, sem, contudo, pender para um lado ou outro, mantendo a imparcialidade. O art. 492 é bem claro ao estabelecer o limite de flexibilidade ao princípio dispositivo quando refere que “é vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe

⁷³ REICHELTL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.96.

foi demandado”.⁷⁴ A inteligência do dispositivo é precisa, pois bem define o limite que o princípio dispositivo procura impor, ou seja, no campo da decisão, mas não no campo instrutório. E a diferença importa e é relevante, pois, como já dito, o princípio dispositivo carrega em seu conteúdo importante vinculação com a ideia de um processo democrático.⁷⁵

Utilizar-se do princípio dispositivo como forma de alijar o juiz da produção probatória caminhará exatamente no sentido oposto daquilo que o processo civil procura, atualmente, entregar ao jurisdicionado, ou seja, um processo efetivo e justo, capaz de resolver verdadeiramente o problema, para além da solução meramente formal.

Sob o ponto de vista ideológico, o processo civil e, por decorrência, o princípio dispositivo, não pode prescindir de uma atuação judicial relativamente ampla no espectro probatório, sob pena de andar na contramão de seus próprios ideais que hoje o norteiam.⁷⁶

⁷⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil, V.I**, 16. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016.p. 82. É possível trabalhar, em semelhante sentido, o quanto refere o art. 141, CPC, o qual deixa claro também os limites impostos ao magistrado no exercício de sua jurisdição, ao referir que “O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”. A decisão do magistrado jamais pode ir além daquilo que foi delimitado pelas partes. Ainda que o juiz possa participar da instrução do processo, buscando elementos para melhor julgar a demanda, sua atuação encontra limites naquilo que foi firmado pelas partes como controverso. Vale trazer o que refere Roberto Sampaio Contreiras de Almeida: “As limitações impostas ao juiz no julgamento do mérito estão consubstanciadas no âmbito do princípio dispositivo, na medida em que, se cabe exclusivamente às partes toda a iniciativa de instauração do processo (art. 2º), formulando o pedido e demonstrando a causa de pedir (subprincípio da demanda), por outro lado deverá haver uma rigorosa correlação de tais pedido e causa de pedir com a sentença (subprincípio da adstrição), de forma que não poderá haver julgamento que vá além do pedido, aquém ou não se identifique com o pedido (julgamento ultra petita, infra petita e extra petita, respectivamente). CONTREIRAS DE ALMEIDA. Rogerio Sampaio. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr, Eduardo Talamini, Bruno Dantas. 3. ed. Revista dos Tribunais São Paulo, 2016. p. 512-513.

⁷⁵ Ainda, nas palavras de Jorge W.Peyrano: “la exclusión absoluta del órgano jurisdiccional de la actividad probatoria se traduce en que, en muchos casos, la verdad que se logre como producto del accionar de las partes será meramente ‘formal’, puesto que su obtencion depende del arbitrio irrestricto de éstas.” PEYRANO, Jorge W. **El Proceso Civil – principios y fundamentos –**. Astrea: Buenos, Aires, 1978. p. 62.

⁷⁶ Como diz Maurício Lindenmeyer Barbieri: “A instrumentalidade do processo deve ser concebida em função do ordenamento jurídico-substancial criado pelo Estado, sendo o próprio Estado o maior interessado na preservação deste ordenamento. Daí o caminho que se pretende: não se pode conciliar esta noção de processo ou esta natureza de processo com a ideia de passividade ou inércia em relação à investigação probatória. Se o objetivo da atividade jurisdiccional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois somente se tal ocorrer, a jurisdição terá cumprido sua função social. Dentro dessa perspectiva, não se há de conceber a passividade do juiz. A paz social, fim último do processo, jamais será atingida se o magistrado não participar ativamente da produção da prova. O princípio dispositivo deve limitar-se ao campo do direito material, representando a liberdade que as partes têm para praticar atos processuais visando a disposição de seus direitos subjetivos.”

Um comprometimento ideológico parte, necessariamente, da interpretação dada dos institutos processuais e dos princípios exo e endoprocessuais. Assim, tendo em consideração esta interpretação constitucional que é dada a todos os princípios processuais e, ainda, levando em conta os comprometimentos ideológicos assumidos pelo novo CPC, não há como pensar em um princípio dispositivo que afaste o magistrado da produção probatória. O estudo da prova, e, mais importante, a produção da prova depende da possibilidade de certa independência do Estado para colaborar com a busca pela solução adequada ao conflito estabelecido. Com isso, torna-se insuperável a possibilidade de conferir poderes instrutórios ao juiz, para que este participe da fase instrutória do processo e colabore para sua solução para além da mera reprodução dos elementos trazidos pelas partes, os quais, não raras ocasiões, se revelam insuficientes para um juízo conclusivo.

2.2.3 O princípio dispositivo como projeção do direito fundamental à liberdade

Democracia e liberdade são conceitos e, mais que isso, garantias das mais caras ao ordenamento jurídico pátrio. Não por outra razão constam dos artigos 1º, 3º e 5º da Constituição Federal. A construção de uma sociedade livre, democrática e justa, para que seja concretizada, em determinados conflitos necessariamente deverá recorrer ao processo como forma de harmonizar tensões sociais presentes e inerentes a própria existência da sociedade. Assim, o processo tem, em sua natureza, papel de consagrador constitucional, pois meio adequado para exatamente substituir a vontade dos jurisdicionados quando estes falham em chegar a uma solução conjunta.

Um Estado de Direito autêntico, através de um devido processo constitucional, ao final, é forma de consagrar o direito fundamental à liberdade, sob uma primeira ótica, oferece ao jurisdicionado a garantia que não será forçado por ninguém além do Estado a tomar está ou aquela conduta e segundo e por uma outra ótica ao estabelecer que, seja qual for o conflito, ele será solucionado dentro de determinadas regras de condutas inter-processuais, afastando, assim, qualquer ato de arbítrio do próprio Poder Judiciário e de terceiros.⁷⁷

LINDENMEYER BARBIERI, Maurício. **Implicações do Princípio Dispositivo nos Poderes Instrutórios do Juiz**. Org. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Prova Cível. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 126-127.

⁷⁷ Jacques Chevalier, sobre o Estado de Direito e a garantia às liberdades: "O primeiro aspecto da limitação do poder reside na referência aos direitos do homem. O Estado de direito implica, com

A partir desse parâmetro, todas as demais normas infraconstitucionais são construídas com intuito de materializar um regime jurídico democrático e garantir a liberdade do indivíduo, fora e dentro do processo.⁷⁸

efeito, certa concepção das relações entre o indivíduo e o Estado, que sustenta todo o edifício jurídico: não somente o poder do Estado encontra os seus limites nos direitos fundamentais reconhecidos aos indivíduos, o que cria, assim, a possibilidade de uma 'oposição ao poder fundada no direito' (C. Lefort), mas também ela tem por finalidade, por justificação última, a garantia desses direitos; no final das contas, o Estado de Direito se apoia na afirmação da primazia do indivíduo na organização social e política, o que acarreta ao mesmo tempo a instrumentalização do Estado, cujo objetivo é servir às liberdades e à subjetivação do direito, que dota cada um de um estatuto que lhe atribui um poder de exigibilidade e lhe confere uma capacidade de ação." CHEVALIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Tradução de Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 46-47. Também vale trazer o quanto refere Robert Alexy: "Como foi demonstrado acima, são inconstitucionais as normas infraconstitucionais que ordenam ou proíbem algo que uma norma de direito fundamental permite fazer ou deixar de fazer. Contudo, a proteção constitucional da liberdade não se limita a isso. Ela é constituída por um feixe de direitos a algo e também por normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida. Se uma liberdade está associada a um tal direito e/ou norma, então, ela é uma liberdade protegida. ALEXY. Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 233. E segue o referido autor: Toda liberdade fundamental é uma liberdade que existe ao menos em relação ao Estado. Toda liberdade fundamental que existe em relação ao Estado é protegida, no mínimo, por um direito, garantido direta e subjetivamente, a que o Estado não embarace o titular da liberdade no fazer aquilo para o qual ele é constitucionalmente livre. ALEXY. Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 234. E ainda sobre o direito fundamental à liberdade, estão os comentários de Ingo Sarlet e André Rufino do Vale: "A pesar das controversias em torno do significado do direito geral de liberdade, sua positivação em todas as Constituições brasileiras não tem sido objeto de contestação, podendo ser vista como uma vantagem institucional que tem o condão de reforçar a proteção das liberdades ao oferecer um apoio normativo sólido em nível constitucional. Uma breve mirada sobre o elenco das liberdades especiais positivadas ao longo dos incisos do art. 5º, da CF, evidencia que o constituinte brasileiro agasalhou um catálogo minucioso de liberdades, incluído a liberdade de ir e vir (artigo 5º, XV), que, a exemplo do que ocorre em Portugal e mesmo na Alemanha, costuma ser reconduzida ao dispositivo que consagra o direito de liberdade de forma mais genérica, especialmente quando não admitida a existência de um direito geral de liberdade propriamente dito. Por outro lado, a exemplo do que ocorre com a dignidade da pessoa humana, que tem na liberdade (assim como na igualdade) um de seus elementos centrais – para muitos, liberdade e dignidade praticamente convergem, especialmente quando se reduz a dignidade ao princípio da autonomia –, o direito geral de liberdade atua como critério material para a identificação de outras posições jurídicas fundamentais, me especial, como parâmetro para dedução de liberdades específicas que não foram objeto de direta e expressa previsão pelo constituinte. Nessa perspectiva, o direito geral de liberdade pode ser interpretado com §2º do art. 5º da Constituição, o qual estabelece um sistema aberto de direitos e garantias fundamentais, consagrando outros direitos não previstos de forma explícita no texto constitucional." WOLFGANG SARLET, Ingo. RUFINO DO VALE, André. **Comentários à Constituição do Brasil**. Coord: J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck. São Paulo: Saraiva, Almedina: Lisboa, 2013. P. 219.

⁷⁸ Nas palavras de Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: "De acordo com o que se verifica a partir da dicção do art. 5º, caput, da CF, a liberdade constitui, juntamente com a vida, a igualdade, a propriedade e a segurança, um conjunto de direitos fundamentais que assume particular relevância no sistema constitucional brasileiro. Tendo em conta que o atual texto constitucional aderiu, em termos gerais, ao que já vinha sendo parte integrante da tradição do constitucionalismo brasileiro, verifica-se que também para o caso do Brasil é possível afirmar a existência não apenas de um elenco de direitos de liberdade específicos (ou direitos especiais de liberdade), como é o caso das liberdades de expressão, liberdades de reunião e manifestação, entre outros, mas também de um direito geral de liberdade. Assim, verifica-se que o destaque outorgado à liberdade e aos demais direitos tidos como 'invioláveis' no art. 5º, caput, da CF, traduz

Os princípios da ordenação processual civil, da qual compõe o princípio dispositivo, também estão a serviço deste ideal, de construção de uma sociedade democrática e livre, garantido um processo justo que corresponda e obedeça às normas constitucionais e infraconstitucionais.

Seguindo esta linha, o princípio dispositivo material configura importante expressão da liberdade individual (*Dispositionsmaxime*), de levar ou não o conflito para apreciação.

Cabe ao indivíduo descobrir, internamente, se há ou não interesse de buscar uma solução judicial e a partir daí compreender que existirá um novo ente na relação que também é livre para decidir conforme sua convicção motivada, inclusive buscando elementos por si para melhor apurar busca por convicção judicial. E, sob o ponto de vista constitucional não poderia ser diferente, uma vez que se coubesse ao próprio Poder Judiciário dar início ao conflito por identificar uma quebra do direito posto, de início estaria impossibilitado de agir de forma imparcial.

O que inicialmente é um conflito de interesses privado, passa a receber um holofote do interesse público quando este é levado ao Poder Judiciário. A opção que o jurisdicionado tem de optar por ir ou não a um terceiro imparcial para solução de um conflito é consagração direta da garantia fundamental à liberdade. Da mesma forma, a certeza de que apenas será decidido aquilo que foi posto e delimitado pelas partes

uma aproximação evidente com o espírito que orientou, já no seu nascedouro, as primeiras declarações de direitos, bem como reproduz o catálogo de direitos da pessoa humana difundidos pela literatura política e filosófica de matriz liberal. A Constituição Federal é, portanto, também e em primeira linha uma constituição da liberdade.” WOLFGANG SARLET, Ingo. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 429. Nessa mesma linha, seguem os referidos autores: “Por outro lado, a exemplo do que ocorre com a dignidade da pessoa humana, que tem na liberdade (assim como na igualdade) um de seus elementos centrais – para muitos, liberdade e dignidade praticamente convergem, especialmente quando se reduz a dignidade ao princípio da autonomia -, o direito geral de liberdade atua como critério material para a identificação de outras posições jurídicas fundamentais, em especial, como parâmetro para dedução de liberdades específicas que não foram objeto de direta e expressa previsão pelo constituinte. Nessa perspectiva, o direito geral de liberdade pode ser interpretado em conjunto com o §2º do art. 5º da CF, o qual estabelece um sistema aberto de direitos e garantias fundamentais, consagrando outros direitos não previstos de forma explícita no texto constitucional. Dessa forma, o direito geral de liberdade (ou liberdade geral) também está aberto à integração com outras liberdades previstas nas declarações de direito no plano internacional, além de guardar sintonia com a ideia de liberdades implícitas. Apenas para ilustrar a afirmação, é possível relacionar os exemplos da liberdade de utilização da informática, o livre acesso à rede de comunicação, a livre disposição dos dados pessoais (para os alemães, o direito à autodeterminação informativa), entre outros que poderiam ser nominados, e que não encontram previsão direta e expressa no texto constitucional. O direito geral de liberdade, nesse contexto, atua como uma espécie de cláusula aberta constitucional para liberdades fundamentais especiais não nominadas. WOLFGANG SARLET, Ingo. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 430-431.

(princípio dispositivo material – *Dispositionsmaxime*), sem aumento nem diminuição do objeto por parte do Estado, igualmente, também é consagração do direito fundamental a liberdade.⁷⁹

De outro lado, não há qualquer violação da liberdade do indivíduo quando ao magistrado são concedidos poderes instrutórios (não ilimitados, pois aí sim poderia levar a uma violação da garantia de liberdade), pois às partes e ao próprio Estado interessa que a solução seja a melhor possível e a mais próxima da verdade, condição que, vezes sim, vezes não, só será encontrada com um “esforço” extra por parte do condutor do processo, buscando elementos para além dos trazidos pelos litigantes.⁸⁰

⁷⁹ Vale trazer a ideia de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Analisando-se criticamente essa visão social do processo impõe-se advertir, em primeiro lugar, que aumento dos poderes do juiz não deve significar, necessariamente completa indeterminação desses poderes. De modo nenhum a pretendida restauração da autoridade do poder estatal no processo haverá de implicar renúncia a se normatizar o seu desenvolvimento. Tal solução transferiria ao órgão judicial o poder de criar a seu bel-prazer, caso por caso, a regra processual mais apropriada para o desenvolvimento do procedimento, conduzindo a total indeterminação e imprevisibilidade. Incrementar-se-ia, assim, de forma totalmente desnecessária, o arbítrio do poder estatal dentro do processo. Não obstante a função social do processo, o excesso de poderes do órgão judicial poderia desembocar num processo substancialmente privado de formas, conduzido segundo a livre discricionariedade do juiz, com provável prejuízo à igualdade substancial das partes e violação do princípio da certeza jurídica, sem falar do eventual menosprezo ao nexos entre o direito material e o processual.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo**. Disponível em

[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf). Acesso em: 09.06.2019. p.5

⁸⁰ Nas palavras de Juan Montero Aroca: “Pocas dudas puede ofrecer el que si la prueba tiene por objeto convencer al juez de la verdad de una afirmación, el que éste no pueda recibir de oficio el pleito a prueba va contra los más elementales principios de la lógica. (...) El que el juez pudiera recibir de oficio el pleito a prueba y, em su caso <<proponer>> (ordenar) también de oficio medios probatorios, no puede, em principio, calificarse de vulneración del principio dispositivo.” MONTERO AROCA, Juan. **Introducción al Derecho Procesal**. Tecnos: Madrid, 1976. P.230. Calamandrei também possui passagem que vale o destaque, pois o mesmo já afirmava a necessidade de retirar das partes o andar do processo, dando maiores poderes ao juízo para que este pudesse dar o impulso oficial a fim de movimentar com maior agilidade o feito, aliado, também, a uma maior possibilidade de integração do magistrado no que tange o direito probatório, tudo em nome de uma maior eficiência processual: “El concepto informador que constituye la base de tal reforzamiento es el siguiente: libre las partes de no impedir la tutela jurisdiccional, y libres igualmente, siempre que estén de acuerdo, de renunciar a ella aun después de haberla pedido; pero una vez puesta em movimiento la máquina de la justicia, la velocidad de marcha de la misma no puede ya depender de la velocidad de las partes, y el juez debe estar provisto de ‘todos los poderes dirigidos al más rápido y leal desarrollo del procedimiento’. (...) Se debe, sin embargo, poner de relieve que, si bien el principio dispositivo há sido mantenido, há encontrado, no obstante, em el nuevo Código, atenuaciones y limitaciones notables, respecto de las cuales no se puede aquí guardar silencio (aunque se haga la reserva de hablar de ellas particularmente em la parte especial de este curso), si se quiere apreciar desde ahora, em sus rasgos generales más característicos, la fisonomía del nuevo proceso civil. Tales atenuaciones y limitaciones se refiere, sobre todo, a la elección y a la proposición de los medios de prueba, em relación a los cuales los poderes de iniciativa del juez han sido notablemente ampliados respecto de aquellos, mucho más restringidos, admitidos por el Código anterior.” CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de Derecho Procesal Civil. V.I. Traducción de Santiago Sentis Melendo**. EJE: Buenos Aires, 1973. P. 399-406.

Assim, não há como negar que o princípio dispositivo é elemento infraconstitucional integrante (mesmo que indireto) do direito fundamental à liberdade.

81

Neste sentido, a liberdade de poder optar ou não pela entrega de um problema para a tutela do Poder Judiciário é, também, uma opção democrática, vez que garante ao tutelado a possibilidade de dizer “sim” ou “não” para ver seu litígio apreciado.⁸²

Como bem se vê, o princípio dispositivo é uma expressão do direito à liberdade, do qual todo cidadão é titular. A participação do interessado na construção do processo jamais deixa de ser ponto inicial e básico para todo processo judicial.⁸³

Contudo, ao decidir pela necessidade de apreciação do conflito pelo Poder Judiciário, uma nova série de princípios e normas também se aplicam. Assim, o

⁸¹ Vale a referência a Juan Montero Aroca novamente: “Partiendo de la existencia de intereses privados, de derechos subjetivos privados sobre los que el ordenamiento jurídico reconoce la plena disposición por parte de su titular, el principio dispositivo debe significar: 1) La actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante petición de parte; el particular debe ser libre para medir el interés que le mueve a luchar por su derecho o a dejarlo ignorado o insatisfecho. 2) La determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita de los órganos jurisdiccionales es facultad exclusiva de las partes, o en otras palabras, la determinación del objeto del proceso corresponde a las partes mediante la pretensión y la resistencia. 3) Los órganos jurisdiccionales al satisfacer, por medio del proceso, intereses jurídicos privados deben ser congruentes con la pretensión y resistencia formuladas; y 4) si las partes son las únicas que pueden incoar la iniciación de la actividad jurisdiccional, pueden también ponerle fin disponiendo del interés o intereses cuya satisfacción se solicitaba”. MONTERO AROCA, Juan. **Introducción al Derecho Procesal**. Tecnos: Madrid, 1976. P. 227-228.

⁸² Como bem refere José Gregorio Medina Colombiani: “Es patente pues que uno de los aspectos de mayor importancia en el principio dispositivo como precepto rector del proceso, radica en que los ciudadanos requieren de un espacio propio en el ordenamiento jurídico que les permita acceder al sistema como justiciable para la satisfacción de sus intereses, y participar activamente en el proceso en el cual han de ventilarse los intereses y derechos que dicho ordenamiento les reconoce.” MEDINA COLOMBIANI, José Gregorio. **El Principio Dispositivo Y El Poder Discrecional Del Juez Constitucional En Venezuela**. Universidad Monteávila: Caracas, 2011. P. 07.

⁸³ As palavras de Barbosa Moreira também colaboram para a visualização do princípio dispositivo como expressão do princípio da liberdade e que, simultaneamente, não significa que a liberdade não significa ausência de regras e formas de “jogar o jogo”: “Falar dos poderes do juiz importa enfrentar problema central de política jurídica, a cujo respeito todo o sistema processual é chamada a definir-se o problema da divisão de trabalho entre o órgão judicial e as partes (...). Aceita a premissa de que o titular do direito, em princípio, toca livremente resolver se ele deve ou não ser defendido em juízo, daí não se extrairá sem manifesto salto lógico, que lhe assiste idêntica liberdade de influir na maneira por que, uma vez submetida a lida ao órgão estatal, deva este atuar com o fim de estabelecer a norma jurídica concreta aplicável a espécie. Se cabe ver no litígio uma como enfermidade social, a cuja cura se ordena o processo, antes parece lícito raciocinar analogicamente a partir do fato de que o enfermo, no sentido físico da palavra, livre embora de resolver se vai ou não internar-se em hospital, tem de sujeitar-se, desde que opte pela internação, as disposições do regulamento, não pode impor ao seu bel-prazer horários de refeições e visitas, nem será razoável que se lhe permita controlar a atividade do médico no uso dos meios de investigação indispensáveis ao diagnóstico, ou na prescrição dos remédios adequados.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Os Poderes do juiz na direção e na instrução do processo – temas de Direito Processual – 4ª série**. Saraiva: São Paulo, 1989. P. 45

processo quando tornado judicial, passa a ter um interesse estatal na solução adequada do conflito, o qual impõe a necessidade de participação daquele que irá, ao final, decidir a razão para um lado ou para outro.

A atuação do princípio dispositivo de forma atenuada, ou seja, aquele que permite ao magistrado que exerça poder investigativo, leia-se, possa produzir provas através de seu poder instrutório em nada diminui a liberdade das partes, pois o Estado-juiz apenas poderá atuar dentro dos limites estabelecidos pelos litigantes.

Há que se notar. Liberdade, sem um certo conjunto de regras, transforma-se em anarquia. A existência de um ordenamento jurídico organizado e aplicado a todas busca resguardar a liberdade individual e social através da imposição de regras para o convívio, tanto fora do processo como para dentro do processo judicial, pois a liberdade de um não indivíduo não pode arbitrariamente se sobrepor a liberdade de outro ou mesmo sobre a liberdade de uma coletividade, seja em razão de maior poder sobre outrem, seja esse poder de que natureza for.

Nesse contexto, a responsabilidade e o papel exercido pelo Poder Judiciário ganha em importância, de forma a administrar, mesmo que de maneira indireta, o exercício dessa liberdade pelas partes.

E nesse sentido, a entrega de uma decisão que se aproxime mais da verdade e da justiça acaba, por via indireta, colaborando para o exercício mais amplo da liberdade e da própria democracia.

Uma aplicabilidade de um princípio dispositivo-inquisitivo, ou seja, uma mescla de intensidades principiológicas colabora, ao fim, para a consagração do ideal à liberdade, uma vez que confere às partes a possibilidade de delimitar o debate e, identicamente, permite que dentre as paredes firmadas pelas partes, o Poder Judiciário possa ir em busca de elementos que permitam entregar uma solução mais adequada aos jurisdicionados, confirmando, assim, os ideais constitucionais e processuais.

2.3 O modelo cooperativo do processo civil

Uma nova realidade ou, talvez não tão nova sob o ponto de vista fático, mas novidade sob o ponto de vista legislativo é a consolidação da ideia de um processo colaborativo entre os participantes do processo. A primeira observação que parece ser de necessária relevância é que a ideia de cooperação vai além da

tradicional ideia de participação interna no processo de autor, juiz e réu. A cooperação deve ser exercida por todos aqueles que em alguma medida possuem uma função permanente ou mesmo pontual dentro da lide.

O que pode parecer inviável em uma breve e rasa análise da letra da lei, em realidade, configura uma transformação importante e que merece destaque dentro da legislação processual civil. Aliás, se não fosse efetivamente relevante para o desenvolvimento do processo, em especial da forma que hoje esse processo é visto, subjugado à Constituição, não teria sido instituído a dever de cooperação no art. 6º, CPC, ou seja, dentro das normas fundamentais do código.

Como diz Fredie Didier Jr, “o modelo cooperativo parece ser o mais adequado para uma democracia”.⁸⁴ ⁸⁵ E de fato, o modelo cooperativo que amplia e torna mais igual o diálogo dentro do processo, acaba, fatalmente, melhor se enquadrando na ótica constitucional-processual adotada pelo CPC.⁸⁶

Contudo, para começar a compreender esse modelo cooperativo de processo, é necessário, também, visualizar como se chegou a este momento na tradição processual civil brasileiro.

⁸⁴ DIDIER JR., Fredie. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coord: DO PASSO CABRAL, Antônio, CRAMER, Ronaldo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 18.

⁸⁵ Ou, ainda, como diz Pedro Sebastián Villa: “El proceso de hoy requiere no solo comportamientos éticos, sino cooperación activa de parte de los tres sujetos procesales, e incluso los terceros, a fin de alcanzar la verdad procesal y obtener una solución justa, em un plazo razonable, para el conflicto que las partes someten a la jurisdicción.” VILLA, Pedro Sebastián. **El Principio de Cooperación en el Proceso Civil Actual**. Disponível em http://www.academia.edu/15353215/El_principio_de_cooperaci%C3%B3n_en_el_proceso_civil_actual. Acesso em: 08.03.2019. Também vale trazer a ideia de Eduardo Grasso: “il principio della collaborazione offre una sicura soluzione al problema delle allegazioni. È connessa con la concezione individualistica l'idea, tuttora diffusa nella dottrina e più nella giurisprudenza, che il convenuto debba difendersi dai soli fatti che ç'attore abbia indicati come rilevanti per l'accoglimento della domanda, enucleandoli in tal modo dal complesso degli elementi storiciche si addensano nella sua esposizione. Similmente, il giudice non può tener conto del fatto che la parte ha narrato, e quindi ha scientemente introdotto nel processo, ma non ha allegato a fondamento della sua pretesa. Codesta rigorosa, fromalistica applicazione del principio de contraddittorio svuota - a riflettere - il potere, pur riconosciuto all'ufficio, di correggere gli errori della parte nella ricostruzione sub specie iuris del fato costitutivo del diritto dedotto in giudizio. Ad ogni modo, il timore che, attribuendo al giudice il potere di scegliere da sè, nell'ambito della narrazione, i dati rilevanti, si obbliga il convetuto ad una difficile difesa, essendo per lui più agevole impegnarsi entro i limiti degli allegata, cade, e si (a pena di nullità della decisione) deve indicare alleparti quali fatti, non allegati a fondamento della pretesa ma esposti e comunque introdotti dall'attore, debbono ritenersi rilevanti e formare oggetto del dibattito.” GRASSO, Eduardo. **La Colaborazione nel Processo Civile**. Rivista di Diritto Processuale, V. XX. Padova, 1966. P. 606-607.

⁸⁶ Nesse sentido vale referir o quanto diz Antônio do Passo Cabral: “É um situação combinatória do poder, não mais verticalizado e retratado na figura da pirâmide, mas talvez na imagem de uma rede, com múltiplos pontos de interseção” CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 176-177.

Como regra, são identificados três modelos de processo. Dois com maior destaque ao longo da história do processo e presentes em nosso ordenamento há muito e outro mais recente, o qual ganhou força com a evolução conceitual do processo. São os modelos, respectivamente, dispositivo (adversarial), inquisitivo e cooperativo (colaborativo).

O Código de Processo Civil estabeleceu algumas premissas em suas normas fundamentais (art. 1º ao 12). Essas premissas devem nortear todo o andamento do processo judicial.

Um dos pilares que mais chama atenção é a consagração, através de sua positivação, da ideia de um processo civil colaborativo, texto presente no art. 6º da nova codificação processual, como antes referido. A rigor, já existindo um dever de litigar de acordo com o princípio da boa-fé (art. 5º, CPC) não existiria a necessidade de positivar a ideia do dever de colaboração entre os entes participantes do processo. Contudo, a ideia parece firmar este dever de forma ainda mais convicta, traduzido no texto do art. 6º da codificação processual.

De todo modo, a necessidade de atenção à ideia de um processo civil colaborativo atende adequadamente a ideia de um novo processo, menos conflituoso e mais preocupado com a solução adequada do feito, através de um diálogo qualificado e verdadeiramente substancial.

Ou como diz Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Ora, a ideia de cooperação além de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes.⁸⁷

Diferentemente do que se possa pensar, a adoção de um processo cooperativo (*Kooperationmaxima*) não exclui a presença dos modelos inquisitivo ou dispositivo. Isso fica evidenciado quando há a necessidade de colaboração dos participantes do processo para chegada de uma solução justa em tempo razoável,

⁸⁷ ALVARO DE OLIVEIRA. Carlos Alberto. **Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo**. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf). Acesso em: 09.06.2019. p. 8.

conciliado com a ideia de limitação da extensão do processo bem como pela presença importante de poderes instrutórios do juiz.

Evidencia-se, assim, que ainda que o modelo cooperativo seja o guia desta ainda nova legislação processual civil, os modelos inquisitivo e dispositivo continuam a exercer figuração importante no desenvolvimento do processo.

Tanto o modelo colaborativo, quantos os demais referidos não se excluem, pois caminham em direção idêntica, qual seja, a entrega de uma prestação jurisdicional que resulte em uma justa decisão.⁸⁸

Bem da verdade, uma das virtudes que com regularidade se faz presente nos grandes sistemas jurídicos é a busca pelo equilíbrio, alcançando e reconhecendo que nenhum sistema isoladamente aplicado é adequado. Tanto pelo contrário, a mescla de ideias e ideais é que permite à codificação estar mais próxima de atender as exigências sociais que se espera do Poder Judiciário.

Para se chegar a esta justa decisão é necessário, primeiro, a limitação de extensão (dispositivo), que as partes ajam com lealdade, cooperando com o Poder Judiciário (colaboração) e que sejam os nós que atam as mãos do magistrado quanto a sua intervenção probatória sejam soltos (inquisitivo).

Daniel Mitidiero refere:

A colaboração é um modelo que visa dividir de maneira equilibrada as posições jurídicas do juiz e das partes no processo civil, estruturando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho (Arbeitsgemeinschaft), em que se privilegia o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes (prozessualen Zusammenarbeit). Em outras palavras: visa dar feição ao aspecto subjetivo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes – com um aumento concorrente dos poderes do juiz e das partes no processo civil.⁸⁹

A codificação brasileira não é a primeira a positivar o modelo cooperativo. O CPC português, em seu artigo 3º explicita a necessidade do juiz convidar as partes

⁸⁸ Vale referir a ideia de Eduardo Grasso: In questo quadro, che ha soltanto un valore indicativo, è possibile cogliere le note fondamentali di un regime di collaborazione processuale. Il giudice, nello sviluppo del dialogo, si porta al livello delle parti: alla tradizionale costruzione triangolare si sostituisce una prospettiva di posizioni parallele. Le attività dei tre soggetti, nell'intima sostanza, tendono ad identificarsi, risolvendosi in unica forza operosa (unus actus) che penetra nella materia alla ricerca della verità. GRASSO, Eduardo. **La Collaborazione nel Processo Civile**. Rivista di Diritto Processuale. V. XXI. 1966. p. 609.

⁸⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 3. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015. P. 52.

para corrigir determinados equívocos. A mesma codificação, no art. 266 expressamente menciona o dever de cooperação.⁹⁰ O referido princípio também se faz presente nas legislações processuais francesa (art. 16)⁹¹, italiana (art. 101)⁹² dentro outras, deixando evidenciado que se trata de uma tendência a busca por participação mais ampla dos envolvidos no processo para a busca de uma decisão mais adequada.

Há, em realidade, uma divisão de responsabilidades e possibilidades, envolvendo todos os participantes do feito, o que justifica que a colaboração presente entre os mesmos seja temperada por momentos de inquisitorialidade e dispositividade. Não só os modelos não são excludentes, como em realidade, se utilizados em conjunto, são complementares.⁹³

⁹⁰ Diz o texto da referida codificação processual portuguesa: “Artigo 3.º: Intervenção oficiosa do juiz. No decurso do primeiro ano subsequente à entrada em vigor da presente lei: a) O juiz corrige ou convida a parte a corrigir o erro sobre o regime legal aplicável por força da aplicação das normas transitórias previstas na presente lei; b) Quando da leitura dos articulados, requerimentos ou demais peças processuais resulte que a parte age em erro sobre o conteúdo do regime processual aplicável, podendo vir a praticar ato não admissível ou omitir ato que seja devido, deve o juiz, quando aquela prática ou omissão ainda sejam evitáveis, promover a superação do equívoco”. O art. 266, em linha semelhante, é expresso ao referir o dever de cooperação: “Artigo 266.º Princípio da cooperação: 1 - Na condução e intervenção no processo, devemos magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. 2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 519. 4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processuais, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.”

⁹¹ Diz o art. 16 do Código de Processo Francês: *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.*

⁹² Refere a legislação italiana no art. 101: “Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione.

⁹³ Bruno Garcia Redondo tem passagem que vale a menção: “Importante destacar que, em nenhum desses modelos clássicos, tem-se a valorização profunda do diálogo substancial. Seja no modelo puramente dispositivo (adversarial), seja no modelo estritamente inquisitivo, há sempre a preponderância exagerada de um dos sujeitos na condução do procedimento (seja o magistrado, sejam as partes). Devido ao desequilíbrio gerado pela rigidez desses modelos, doutrina e legislação processual de diversos países costumam nem sempre seguir à risca e de forma rígida, somente um único ‘modelo processual’. É plenamente possível que determinado ordenamento adote um modelo predominantemente inquisitivo, mas que também desfrute de características tipicamente adversariais em determinados atos, etapas ou fases do procedimento. GARCIA REDONDO, Bruno. **Adequação do Procedimento pelo Juiz**. Juspodivm: Salvador, 2017. p.119.

Em um modelo cooperativo, como é o caso do modelo que hoje se vislumbra na sistemática processual pátria, não há como dar o protagonismo às partes (modelo adversarial-dispositivo), tampouco ao juiz (modelo inquisitorial). Efetivamente, os atores processuais dividem esse protagonismo, todos recebendo graus de importância semelhantes, fato que, contudo, não exclui momentos de protagonismo das partes (por exemplo, firmando os limites da demanda) e momentos de protagonismo do magistrado (quando este sentencia o processo), permanecendo assimétrico o processo, em momentos específicos.

Ocorre que, ainda que existam momentos isolados no processo em que um ou outro esteja em maior evidência, ao longo da formação do processo, em um modelo colaborativo, estes se encontram dividindo as responsabilidades e possibilidade de forma semelhante, criando, assim, um ambiente que permite a colaboração participativa para chegada da solução de mérito justa em tempo razoável, conforme idealiza o CPC.⁹⁴

O modelo cooperativo impõe um diálogo substancial entre aqueles atores presentes no processo, vale dizer, para além das partes e juiz, envolvendo todos os demais que tiverem alguma participação no processo. Ademais, a existência de diálogo atende a necessidade de um processo preocupado com uma prestação jurisdicional efetiva.⁹⁵

A cooperação processual colabora, assim, para a existência de uma democracia processual quando iguala os participantes do processo, exigindo destes, em diversas formas, que cooperem para a busca de uma solução justa e efetiva em tempo razoável.

A isonomia na condução do processo (ainda que no momento decisional não seja possível retirar o protagonismo judicial) permite que as partes, juntamente

⁹⁴ Vale novamente trazer o quanto destaca Eduardo Grasso: In questo quadro, che ha soltanto un valore indicativo, è possibile cogliere le note fondamentali di un regime di collaborazione processuale. Il giudice, nello sviluppo del dialogo, si porta al livello delle parti: alla tradizionale costruzione triangolare si sostituisce in prospettiva di posizioni parallele. Le attività dei tre soggetti, nell'intima sostanza, tendono ad identificarsi, risolvendosi in unica forza operosa (unus actus) che penetra nella materia alla ricerca della verità. GRASSO, Eduardo. **La Collaborazione nel Processo Civile**. Rivista di Diritto Processuale. V. XXI. 1966. p. 609.

⁹⁵ Nas palavras de Cândido Dinamarco: "Nesse sistema a efetiva cooperação entre as partes e destas com o juiz é, por um lado, uma decorrência da garantia constitucional do contraditório, pela qual todos os litigantes têm direito a um diálogo destinado à eficiente defesa de cada um." DINAMARCO, Cândido Rangel. **Comentários ao Código de Processo Civil. V. I**. Saraiva: São Paulo, 2018. p. 102-103.

ao magistrado e demais envolvidos trabalhem para da melhor decisão possível, sendo esta aquela que atende à efetividade e à justiça.⁹⁶

Como se observa, um processo colaborativo atende a um clamor de processo democrático imposto não apenas pela legislação infraconstitucional, mas especialmente pelas ideias constitucionais expressadas em todas as garantias processuais-constitucionais.

2.3.1 Conteúdo da exigência de colaboração no processo civil

A busca por um processo em igualdade de condições e por um contraditório mais amplo possível encontra um novo aliado de caráter essencial para a consagração desses referidos direitos fundamentais. A nova modelagem do novo Processo Civil impõe aos integrantes do processo um novo dever, ao menos, sob o ponto de vista legislativo. Há a positivação do dever de colaboração no art. 6º., no entanto, evidentemente, o modelo cooperativo não restaria reduzido a um único artigo no CPC, ainda que esse artigo conste nas normas fundamentais do debatido Código. Aliás, a codificação isoladamente em nada modificaria a realidade processual. É preciso, aliado à codificação, uma mudança cultural e, por isso, que mais importante

⁹⁶ Como diz Hermes Zaneti: “A democracia participativa exige uma desangularização das relações de poder. O Poder Judiciário não se livra solto com essa conformação de idéias, é reduzido, como todo o poder que emana do povo, a um dever-poder identificando seu compromisso com a provocação pelas partes (inércia), e ao controle da motivação das decisões. No pós-positivismo, após a fatalidade da 2ª grande guerra, não se ilude mais o jurista sobre o conteúdo político dos direitos e o correspondente traço jurídico da política que a Constituição observa e conforma. Para ultrapassar a barreira das resistências opostas, buscando uma alternativa, a contraposição conhecido entre direito-liberal/processo-garantista e direito-comunitário/processo-social, que ao fim e ao cabo é a contraposição sociedade e indivíduo, propõe-se um modelo normativo de democracia baseado na institucionalização de procedimentos democráticos: condições de comunicação lastreadas na pretensão de correção, ou seja, na garantia de processos de formação das decisões que permitam identificar uma solução passível de justificação racional e de aceitação dessa racionalidade pelos participantes do discurso, que possa ser compreendido como justa. No direito processual, esse modelo normativo é expresso na máxima da cooperação (kooperationmaxima) e importa na necessária visão cooperativa do processo que deve ser seguida pelos três participantes de seu esquema mínimo: autor, réu e juiz.” ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional – Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.60-61. Nesse sentido também está o quanto destaca Rafael Stefanini Auiolo: “A participação (viés da colaboração, portanto, não deve ficar restrita às partes. Ela deve alcançar a atividade jurisdicional. A influência publicista conferida ao processo impõe a presença de um juiz atuante, condutor do processo; não se contenta com um juiz um mero espectador. É claro, no entanto, que tal atividade não deve autorizar a violação da cláusula due process of law, isto é, representar um processo meramente inquisitivo com enormes poderes do juiz sem os devidos deveres correspondentes. O modelo cooperativo busca uma condução do processo sem destaques a algum sujeito em específico, cabendo ao juiz distanciar-se das partes somente no momento de proferir sua decisão.” STEFANINI AUILO. Rafael. **O Modelo Cooperativo de Processo Civil no Novo CPC**. Juspodivm: Salvador. 2017. P. 50.

que a legislação, é o modelo defendido, é a concretização de que houve uma mudança em como o processo é visto em todos seus ângulos. A legislação, como já dito, é apenas um reflexo materializado da realidade do processo hoje estabelecida.⁹⁷

A legislação funciona como catalisador de um sistema que está sendo modificado sob o ponto de vista cultural. Por isso é que ganha em importância a atuação conjunto de doutrina e operadores na busca pela efetiva consagração do sistema cooperativo em sua mais ampla capacidade, permitindo, assim, a otimização máxima da tutela do direito. Como hoje existe a exigência de colaboração entre os envolvidos no processo, é possível verificar uma série de outras normas que impõem uma atitude colaborativa e que, simultaneamente, privilegiam o contraditório, como por exemplo, no art. 9º, que veda a existência de decisão sem a oitiva da parte (ressalvadas as hipóteses previstas em lei, como a tutela de provisória de urgência e/ou evidência), o art. 10⁹⁸ trazendo a ideia da não surpresa, o art. 493 e o dever do magistrado ouvir as partes antes de acolher tema não ventilado pelas litigantes que possa ser conhecido de ofício, dentre outras normas espalhadas ao longo do CPC.

Há uma tentativa de firmar, definitivamente, uma isonomia entre os integrantes da relação processual, ainda que permaneça assimétrica esta relação, sem dúvida, no momento da prolação da decisão judicial, a qual é responsabilidade exclusiva do juiz. Essa ampliação de participação integrada entre os que fazem parte

⁹⁷ Nas palavras de Rafael Stefanini Auielo: “De nada adianta uma visão doutrinária e até mesmo a existência de normas que não são aplicadas como deveriam ser. Faz-se mister uma mudança de concepção de como deve atuar o Estado e as próprias partes do processo, fazendo-se com que entendam os verdadeiros fins da Jurisdição. E para essa mudança, é necessário um modelo de estrutura do processo que faça com que os sujeitos do processo tenham suas atividades focadas para aquilo que se espera do processo.” STEFANINI AUIELO. Rafael. **O Modelo Cooperativo de Processo Civil no Novo CPC**. Juspodivm: Salvador. 2017. P. 47.

⁹⁸ Sobre os artigos referidos está o quanto refere Cândido Rangel Dinamarco: “Ao estabelecer que ‘não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida’ (art. 9º) e que o juiz nada decidirá sem antes dar às partes oportunidade para se manifestarem sobre os fundamentos pertinentes (art 10), o Código de Processo Civil está a um só tempo a abrir caminho para as duas projeções da garantia constitucional do Contraditório. De um lado exige que o juiz ofereça às partes a oportunidade de participar em contraditório e, de outro, manda que participe ele próprio, mediante um diálogo com estas em torno dos pontos relevantes para decidir. O reclamo desse diálogo ‘foi haurido do que dispõe o art. 16 do Código de Processo Civil francês e erigido nas últimas décadas a uma verdadeira regra universal do processo, inerente à garantia constitucional do contraditório e ao correto exercício da jurisdição’. Por isso, muito antes de entrar em vigor o Código de Processo Civil brasileiro em 2015 com seus art. 9º e 10, a doutrina já vinha reconhecendo a exigência do diálogo no sistema do processo civil brasileiro.”. DINAMARCO. Cândido Rangel. **Comentários ao Código de Processo Civil, v. I**. Saraiva: São Paulo, 2018. P. 118-119.

do processo tem por objetivo claro uma busca pela entrega de uma melhor solução, mais adequada aos moldes constitucionais do processo.⁹⁹

Se verifica, portanto, uma ideia de um diálogo isonômico tripartite (autor-juiz-réu) para que deixem de existir vantagens indevidas dentro do processo judicial, trilhando, assim, um caminho para uma igualdade, ao menos, processual. Isso com um objetivo simples e claro, mas que nem sempre de fácil alcance: que prevaleça quem efetivamente tem o melhor direito e não quem possui as melhores armas ou melhores condições financeiras. Colaboração é fundamento para efetiva igualdade processual, para paridade de armas¹⁰⁰. Não por outra razão, por exemplo, é que pode

⁹⁹ Como diz Eduardo Oteiza: “Al igual que la ley de la ventaja, el principio de colaboración impede que uno de los litigantes adquiera beneficios como consecuencia de una actividad desleal, aprovechando la situación de desventaja en que se encuentra la parte contraria.” OTEIZA, Eduardo. **El Principio de Colaboración y los Hechos como Objeto de la Prueba**. Revista Advocatus: Lima, 2008. p. 130.

¹⁰⁰ Sobre a igualdade e sua relevância dentro do processo importa destacar a lição de Luis Alberto Reichelt: “Nesse sentido, é de se observar que o raciocínio relativo à igualdade perante a lei, em ambas as situações, leva em conta dois fatores fundamentais. O primeiro deles envolve o papel do legislador como responsável pelo estabelecimento de uma pauta mínima de segurança jurídica a ser respeitada pelo intérprete. Sob o signo de tal construção, duas ou mais pessoas são iguais na medida em que presente a uniformidade como traço do regime jurídico que a elas é aplicado. De outro lado, duas ou mais pessoas são consideradas diferentes na medida em que diferentes as pautas que lhes são aplicadas pelo ordenamento jurídico. A compreensão da importância desse primeiro fator possibilita o surgimento de desdobramentos importantes, um em especial: a igualdade perante a lei constitui-se, em tal dimensão, como uma das principais projeções do princípio do Estado de Direito. O desrespeito à igualdade perante a lei, por sua vez, é indicativo de que o compromisso do Estado com tal princípio estaria comprometido, visto que, sob a sua égide, não basta que a norma seja prevista como sendo de aplicação a todo aquele que se molde à situação descrita em sua hipótese de incidência, mas é preciso que o Estado efetivamente seja capaz de garantir o respeito a tal previsão normativa toda vez que for chamado a assim proceder na condição de órgão jurisdicional ou como sujeito da Administração Pública. O segundo fator a ser considerado, por sua vez, é a possibilidade de consideração dos sujeitos comparados à luz de um critério único, eleito como juridicamente relevante no raciocínio de comparação. Duas ou mais pessoas serão tratadas como iguais pelo ordenamento jurídico na medida em que puderem ser reunidas ou agrupadas em função de uma característica que lhes seja comum, de modo que elas possam ser vistas como integrantes de um mesmo gênero. Ao contrário, duas ou mais pessoas serão tratadas como distintas pelo ordenamento jurídico na medida em que não puderem ser agrupadas em função do traço eleito pela norma como relevante para determinação do gênero em relação ao qual a sua regulamentação se destina. Ao direito à igualdade perante a lei de que uma das partes é titular corresponderiam quatro tipos de comandos fundamentais a serem respeitados pela outra parte em face de quem tal direito se impõe. Em primeiro lugar, impõe-se o dever de aplicar as mesmas consequências jurídicas aos que se colocam em situação de igualdade. O segundo compreende o dever de aplicar diferentes consequências jurídicas aos que se colocam em situação de desigualdade. A esses dois deveres correspondem outras duas proibições. A primeira delas é a proibição de aplicação de diferentes consequências jurídicas em relação a pessoas que se colocam em situação de igualdade. A segunda, por sua vez, é a proibição de aplicação de um mesmo conjunto de consequências jurídicas em relação a pessoas que se colocam em situação de desigualdade.” REICHELT, Luis Alberto. **O Conteúdo do Direito à Igualdade das Partes no Direito Processual Civil em Perspectiva Argumentativa**. Disponível em https://www.academia.edu/37460202/O_CONTE%3%9ADO_DO_DIREITO_%C3%80_IGUALDADE_DAS_PARTES_NO_DIREITO_PROCESSUAL_CIVIL_EM_PERSPECTIVA_ARGUMENTATIVA. Acesso em: 11.06.2019. p. 3-4.

o juiz dinamizar o ônus da prova ou o mesmo buscar a sua própria produção probatória.^{101 102}

Neste contexto, a colaboração torna-se uma exigência, torna-se um dever de todos. Vai para além da faculdade e transborda os limites do ônus. Isso porque o comportamento que se revele não cooperativo pode gerar, efetivamente, consequências materiais àquele que litigar em desacordo com esses ideais.

No entanto, a ideia e a exigência de colaboração possuem espectros de exigência diversos em razão das relações existentes entre os atores processuais. O nível de exigência do dever de colaboração entre juiz e partes não pode e nem deve ser o mesmo do que entre partes.

A noção de que o processo é um choque de ideias antagônicas acerca do mesmo fato é insuperável e, portanto, não pode ser ignorado. Se diferente fosse, contraditaria a própria existência do processo se se imaginasse que uma parte colaboraria efetivamente com a outra de forma ativa, entregando sua estratégia e argumentos previamente ao adversário para a solução do conflito da forma mais justa. Mas, vale referir, não é essa a colaboração o CPC impõe.

¹⁰¹ O ônus da prova dinâmico constitui uma das formas de tornar o processo colaborativo, pois ao dar ao juiz tal possibilidade, permitirá uma readequação e trazer efetiva igualdade material para dentro do processo, permitindo, assim, que o processo seja solucionado por quem possui melhor argumentação fático-probatória e não por quem possui melhores condições. Sobre a diferenciação entre ônus dinâmico vale referir Leandro Giannini: "Por uma parte, la teoría de las cargas dinámicas, sinteticamente expresada, implica poner en cabeza de quien está en mejores condiciones de probar determinados hechos, la carga de hacerlo (dejemos por ahora de lado em qué condiciones, usualmente calificadas como excepcionales, corresponde aplicar esta doctrina). Por la otra, el principio de colaboración, en su consecuencia procesal más notable en el ámbito de la prueba, conlleva a la posibilidad de extraer indicios (o 'argumentos de prueba') derivados de la omisión de aportar elementos de juicio razonablemente disponibles para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos". GIANNINI J, Leandro. **Principio de Colaboración y Carga Dinámica de la Prueba (una distinción necesaria)**. In: Berizonce, Roberto (coord). Los Principios Procesales. La Plata: Platense, 2011. P. 6. Acesso em: 24.02.2019. https://www.academia.edu/4982453/Principio_de_colaboraci%C3%B3n_y_carga_din%C3%A1mica_de_la_prueba_una_distinci%C3%B3n_necesaria_

¹⁰² A busca por diálogo em igualdade exige colaboração. Em sentido tal vale referir o quanto destacam Rodrigo Pironti e Mirela Ziliotto: "Nesse diapasão, não causa espanto que a exigência de um comportamento de acordo com a boa-fé tenha sido consagrado como norma fundamental do processo civil (art. 5º, CPC/2015). O que também não foi diferente no processo administrativo, vez que a necessidade de um agir conforme a boa-fé foi por duas vezes consagrada na Lei de Processo Administrativo Federal, seja como dever à Administração Público (art. 2º, parágrafo único, IV), seja como dever ao administrado (art. 4º, II). Foi pensando nessa necessidade, e, mais uma vez, para assegurar os ditames das normas constitucionais que idealizam a efetivação de um processo justo, que o dever de colaboração passou a ganhar destaque nas relações processuais." PIRONTI, Rodrigo, MIRÓ ZILOITTO, Mirela. **O novo CPC e a motivação como dever de todos os sujeitos processuais: uma análise do dever de boa-fé e do princípio da colaboração**. Revista Interesse Público. Nº 105. Fórum: Belo Horizonte, 2017. p. 79.

O dever de colaboração deve ser tão amplo quanto possível, sem, contudo, violar direitos e garantias das partes. Permitir uma rápida solução do processo não significa ativamente colaborar com a parte adversária, mas permite que seja atingido uma solução mais rapidamente, consagrando uma duração mais razoável do tempo do processo.¹⁰³

E ainda neste sentido está o quanto refere Alexandre Freitas Câmara

O princípio da cooperação deve ser compreendido no sentido de que os sujeitos do processo vão 'co-operar', operar juntos, trabalhar juntos na construção do resultado do processo. Em outros termos, os sujeitos do processo vão, todos, em conjunto, atuar ao longo do processo para que, com sua participação, legitimem o resultado que através dele será alcançado. Só decisões judiciais construídas de forma participativa por todos os sujeitos do contraditório são constitucionalmente legítimas e, por conseguinte, compatíveis com o Estado Democrático de Direito. O modelo de processo cooperativo, participativo, exige de todos os seus sujeitos que atuem de forma ética e leal, agindo de modo a evitar vícios capazes de levar à extinção do processo sem resolução do mérito, além de caber-lhes cumprir todos os deveres mútuos de esclarecimento e transparência (FPPC, enunciado 373).¹⁰⁴

¹⁰³ Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior: “Essa cooperação, naturalmente, é muito mais significativa entre a parte e o juiz, do que entre uma parte e a outra, já que nesta última hipótese, sendo antagônicos os interesses em conflito, não seria razoável que um litigante tivesse de cooperar com o adversário para facilitar-lhe o sucesso processual. Se, porém, a cooperação ativa entre partes não é exigível, o mesmo não se passa com a cooperação passiva. Se um litigante não tem de agir para coadjuvar a contraparte, tem, sim, de abster-se das resistências e embaraços maliciosos, fraudulentos, capazes de tumultuar e prolongar o desate do processo. Nesse último sentido, podem ser citados os deveres de veracidade, de lealdade e boa-fé, e de não praticar atos inúteis ou desnecessários (Projeto, art. 80) (...)” THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Juiz e Partes Dentro de um Processo Fundado no Princípio da Cooperação**. Revista Dialética de Direito Processual, n. 102: São Paulo, 2011. p. 64.

¹⁰⁴ FREITAS CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 4. ed. Atlas: Rio de Janeiro, 2018. p. 11-12. Ainda em semelhante sentido, está o quanto refere Cândido Rangel Dinamarco: “Todas as atividades mediante as quais se instaura uma cooperação entre as partes devem pautar-se pela boa-fé, como exige a ética processual e impõe o art. 5º do Código de Processo Civil. O dever de boa-fé na cooperação entre as partes não chega porém, como é para lá de óbvio, ao ponto de lhes exigir condutas altruísticas de favorecimento ao adversário. Nem impõe às partes ou seus advogados a revelação de suas estratégias processuais que, na dinâmica desse combate que é o processo, podem constituir eficientes armas para a busca da vitória. Também o conhecimento das provas de que dispõe cada uma das partes pode legitimamente ser guardado em segredo até o momento de sua utilização, sem que isso constitua conduta de má-fé no processo. Todas essas restrições ao dever de boa-fé no processo são inerências da garantia constitucional do contraditório e ampla defesa, a qual ficaria comprometida se cada uma das partes fosse obrigada a ter condutas como essas, altruístas ou mesmo ingênuas. O que não se tolera são as maliciosas artimanhas processuais destinadas a retardar algum resultado não desejado pela parte. Com o objetivo de combater-las, o Código de Processo Civil autoriza o juiz a aplicar sanções a quem agir de forma incompatível com os deveres de boa-fé e cooperação, mediante condutas qualificadas como litigância de má-fé e tipificadas nos incisos do art. 80 (...)” RANGEL DINAMARCO, Cândido. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. I. Saraiva: São Paulo, 2018. p. 103-104.

De outro lado, o dever de cooperação entre o juiz e as partes transita com mais tranquilidade na doutrina pátria,¹⁰⁵ prevalecendo o entendimento que tal dever deve ser obedecido pela via de mão dupla, seja das partes para com o juiz, seja do juiz para com as partes.

Em especial, no que tange ao conteúdo do dever de cooperação do juiz, destacam-se alguns deveres internos, os quais são comumente referidos como dever de diálogo, dever de esclarecimento, dever de prevenção e dever de auxílio.

O dever de diálogo é, de todos os acima referidos, aquele que pode ser tido como pressuposto básico para aplicação do princípio da cooperação. Sem um diálogo extenso e substancial, não há razão para existir o ideal de cooperação, pois, efetivamente, restaria inviabilizado. Não por outra razão é que os já referidos art. 9º e o art. 493, que impõe ao juiz o dever de escutar às partes sobre fato não discutido no feito, mas cognoscível de ofício. Isso constitui diálogo amplo, diálogo que permite a chegada a uma solução que se aproxime da ideal e que respeite um processo efetivamente justo.¹⁰⁶

O dever de esclarecimento tem objetivo pouco mais que evidente, qual seja, permitir uma maior lucidez ao magistrado acerca dos fatos para que, ao final, este possa entregar uma solução judicial adequada ao caso concreto.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Como diz José Miguel Garcia Medina: “Todos sujeitos do processo (partes e órgão jurisdicional) e também terceiros devem colaborar entre si para que o processo alcance seu objetivo em tempo razoável. Isso é, não necessariamente célere, com sacrifício da justiça, mas eficiente. O dever de cooperação é intersubjetivo, dizendo respeito a deveres entre as partes, destas para com o órgão jurisdicional, e também do órgão jurisdicional para com as partes.” GARCIA MEDINA, José Miguel. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 127. Daniel Mitidiero caminha no sentido de referir que o dever de colaboração não está entre as partes, mas sim no juiz com as partes e vice-versa: “O papel do juiz na condução do processo é alterado no modelo cooperativo. As partes, porém, não tem deveres recíprocos por força da colaboração. Ação e defesa são posições antagônicas que denotam diferentes interesses diante da causa. O conflito existente entre as partes impede que se estruture um processo civil de deveres cooperativos entre as partes – como parece sugerir o art. 6º do CPC/2015. Essa é a razão pela qual quem está gravado pelo dever de cooperação na condução do processo é o juiz. As partes não têm o dever de colaborar entre si.” MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.70-71.

¹⁰⁶ Como diz Humberto Theodoro Júnior: “ (...) encontram-se exemplos veementes da sujeição do juiz ao dever de dialogar com as partes e submeter-se, ele mesmo, ao sistema dialético do processo. Com efeito, no processo democrático o contraditório não se desenvolve apenas entre as partes, mas sujeita também o juiz. Embora detenha a autoridade para soberanamente ditar, afinal, a resolução do conflito, não poderá fazê-lo sem antes discutir com as partes as questões sub iudice (projeto, art. 9º) e os fundamentos sobre os quais repousam as pretensões contrapostas e aqueles que, de alguma forma, se mostram relevantes mesmo sem prévia suscitação dos interessados, mas que devam ser considerados de ofício (Projeto, art. 10).” THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Juiz e Partes Dentro de um Processo Fundado no Princípio da Cooperação**. Revista Dialética de Direito Processual, n. 102: São Paulo, 2011. p. 66.

¹⁰⁷ Nas palavras de Fredie Didier Jr: “O dever de esclarecimento não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações,

Não sobram dúvidas que o dever de esclarecimento busca atender ao ideal do CPC de entregar uma decisão de mérito justa. Isso porque se sabe, a decisão de mérito é aquela esperada pelo jurisdicionado e efetivamente devida pelo Poder Judiciário às partes que o procuram para dirimir um conflito que causou uma crise na sociedade e no direito.

Quando o magistrado pede esclarecimentos, e tem o dever de fazê-lo antes de julgar apressadamente, trabalha em colaboração com as partes para entregar uma decisão que efetivamente tenha condições de pacificar o conflito. Não se ignora que a decisão sempre irá desagradar a parte derrotada, mas ainda assim, a solução definitiva trazida pela decisão de mérito possui amplas vantagens sobre uma decisão meramente formal, uma vez que esta sim nada soluciona, pelo contrário, apenas posterga e eterniza o conflito.

Cumprido também, ao magistrado, frente a esse processo colaborativo que busca uma maior dialeticidade, reforçando o contraditório e a posição das partes, ou como diz Marco Eugênio Gross “a cooperação processual, além de implicar um juiz mais ativo, busca um ponto de equilíbrio”, cabe ao magistrado o dever de prevenção.

O dever de prevenção, nas palavras de Daniel Mitidiero: ¹⁰⁸

Por dever de prevenção (‘Präventionspflicht’), o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos ‘ser frustrado pelo uso inadequado do processo’.

Há, ainda o dever de debate (ou de consulta), segundo o qual “impõe a necessidade de o órgão julgador não poder decidir uma questão de fato ou de direito sem que as partes tenham tido a possibilidade e se pronunciarem sobre ela”¹⁰⁹

pedidos ou posições em juízo para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas ou apressadas. Assim, por exemplo, se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar o esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo). Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante (...).” DIDIER JR., Fredie. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coord: CABRAL, Antônio do Passo, CRAMER, Ronaldo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 20. Ainda, nas palavras de Miguel Teixeira de Souza: “o dever de o tribunal esclarecer junto das partes quanto as dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo”. TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. **Estudos Sobre o Novo Processo Civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. 67.

¹⁰⁸ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 3. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015. p. 69.

¹⁰⁹ GROSS, Marco Eugênio. **A Colaboração Processual como Produto do Estado Constitucional e as suas Relações com a Segurança Jurídica, a Verdade e a Motivação da Sentença**. Revista de Processo, Vol. 226: São Paulo, Dez/2013, p. 120.

E por fim, a o modelo cooperativo é composto pelo dever de auxílio, o qual se constitui, segundo Miguel Teixeira de Souza no “dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais.”¹¹⁰

A composição dos deveres de esclarecimento, prevenção, de debate e de auxílio trazem acabam por redefinir o papel do magistrado dentro do processo, tornando a relação com as partes mais direta e, como já referido, horizontal (respeitado o momento de inevitável assimetria que constitui o momento decisional). Ao escolher um modelo cooperativo prioritariamente, há uma inevitável carga ideológica que seu conteúdo carrega, aproximando a relação dos envolvidos no processo para a busca de uma prestação jurisdicional que esteja apta, efetivamente, a solucionar o conflito de forma satisfatória (leia-se, com resolução de mérito), aproximando-se o máximo possível da verdade e da justiça.

2.3.2 Fundamentos axiológicos

A presença expressa do princípio da colaboração no art. 6º da codificação processual não é coincidência. De todo o contexto processual vigente, poderia se extrair com certa tranquilidade que há um dever de cooperação, mesmo que a despeito de sua positivação, como, aliás, já referido anteriormente. Nesse sentido, inclusive, é o que destaca Leonardo de Faria Beraldo:

Como o princípio da boa-fé objetiva processual consta do art. 5º do novo CPC, não seria nem preciso que o dever de cooperação estivesse expressamente previsto no novo CPC (art. 6º) para que tivesse que ser devidamente observado. Diante da opção do legislador, todavia, fica mais evidente ainda o dever que os sujeitos do processo tem de cooperar uns com os outros.¹¹¹

A positivação de um modelo cooperativo importa como forma de marcar posição daquilo que se espera do processo e de seus integrantes. Não fosse a cooperação um norte do novo processo civil este não estaria nas normas

¹¹⁰ TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. **Estudos Sobre o Novo Processo Civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. 67.

¹¹¹ FARIA BERALDO. Leonardo de. **O Dever de Cooperação no Novo Código de Processo Civil**. In: **Normas Fundamentais**. Coord: Fredie Didier Jr, Dierle Nunes, Alexandre Freire. Juspodivm: Salvador, 2016. P. 360.

fundamentais do CPC, as quais, se sabe, guiam e devem orientar a interpretação de todas as demais normas presentes na codificação processual.

Isso porque ali constam as bases ideológicas que funcionam como ideais de exigência na atuação processual de todos os atores processuais.

A colaboração busca uma transformação no espírito do processo, em que todos os envolvidos, respeitando suas posições internas, devem trabalhar para o desenvolvimento sem delongas injustificadas para a resolução do mérito e pela busca de uma decisão justa.¹¹²

O ideal da colaboração é permitir, então, uma readequação das regras do jogo, reequilibrando as posições jurídicas. Trazer uma horizontalidade nas relações entre autor-juiz-réu para que todos trabalhem no sentido único de uma prestação jurisdicional mais efetiva que entregue um processo verdadeiramente justo. A partir desse viés, o modelo colaborativo, através da imposição de tal dever, busca um real acesso à justiça e a realização de um Estado Democrático de Direito.¹¹³

¹¹² Vale referir a ideia de Rafael Stefanini Auiilo: “O real acesso à justiça, capaz de garantir um maior alcance da paz social e da efetividade da decisão, passa invariavelmente por um critério de ordem justa, a qual tem sua origem nas garantias constitucionais de ação e defesa. Ato contínuo, para que assim seja levado à cabo é essencial a presença do contraditório substantivo e- não se esquecendo do caráter público do processo – do princípio inquisitivo. No modelo cooperativo de processo civil, assim como já se vê em larga escala nas concepções modernas, o princípio inquisitivo assume um viés mais democrático, passando a ser visualizado a partir da concepção do princípio da autoridade no processo. Ora, a relação entre juiz e partes nada mais representa do que uma projeção no microcosmo do processo da própria sujeição dos cidadãos perante a autoridade do Estado. A partir dessa concepção, bem como de que a jurisdição é uma função pública, se entende por bem conceder poderes (com os correlatos deveres e limites) ao Estado-juiz, para que conduza o processo de forma a garantir a justiça e efetividade de sua decisão. É tecnicamente inadequado conceber, para fins de se realizar justiça no caso concreto, um sistema no qual o juiz assiste passivamente um confronto entre as partes como um verdadeiro espectador, como um árbitro em uma partida que se limita a apitar e controlar apenas o cumprimento das regras do jogo. STEFANINI AUIILO. Rafael. **O Modelo Cooperativo de Processo Civil no Novo CPC**. Juspodivm: Salvador. 2017. P. 49. O mesmo autor refere que são três as bases do modelo cooperativo, materializadas na ética, lealdade e boa-fé. STEFANINI AUIILO. Rafael. **O Modelo Cooperativo de Processo Civil no Novo CPC**. Juspodivm: Salvador. 2017. P. 57-71.

¹¹³ Em sentido semelhante está Eduardo Grasso: “La combinazione delle attività dell'attore, del convenuto e del giudice assume la struttura insita nel concetto comune di collaborazione, bjettivamente, se ciascuno di questi soggetti opera sullo stesso elemento di fatto o di diritto, contribuendo al suo trattamento nel laboratorio processuale, prima che esso sia sottoposto al giudice nella posizione solitaria di colui decide” GRASSO, Eduardo. **La Colaborazione nel Processo Civile**. Rivista di Diritto Processuale, V. XX. Padova, 1966. P.586-587. Vale trazer a memória a lição de Antonio do Passo Cabral: “As plurais funções do princípio do contraditório não se esgotam na sua compreensão como direito de influência ou direito de informação-reação. Como efeito, a participação não só visa a garantir que cada um possa influenciar a decisão, mas também tem uma finalidade de colaboração com o exercício do poder jurisdicional. Dinamarco afirma que 1º juiz exerce a jurisdição com a colaboração das partes’ e esse esquema dialógico legítima e aprimora as decisões judiciais. Neste sentido, Mitidiero fala da ‘multifuncionalidade’ do contraditório moderno, que também posiciona a garantia no papel central de assegurar o contexto de cooperação no processo. Se não imaginássemos a prática de atos processuais inserida em qualquer contexto colaborativo, o formalismo e a influência tornar-se-iam concepções

Um balanceamento das obrigações e deveres dos envolvidos no processo permite maior liberdade, mas também maior responsabilidade de todos para a busca de um processo justo e efetivo. Ampliar a participação do juiz no desenvolvimento do processo, impor às partes que essas trabalhem com o objetivo de solucionar o feito

axiologicamente vazias, ao contrário do sentido de reorientação proposto pelo movimento do formalismo-valorativo. As formas não visam a regradar padrões de conduta avaliativos, orientados apenas por interesses inescrupulosos, num quadro que poderia ser denominado de 'egoísmo ordenado' (geordneter Egoismus), ou 'guerra regrada' (geregelter Prozesskrieg). O próprio paradigma científico atual da cognição judicial atualmente favorece o desenvolvimento dessa ideia. A perspectiva intersubjetiva da descoberta da decisão, imersa em pressupostos argumentativos, impede que a participação dos sujeitos do processo seja reflexo de monólogos em paralelo, favorecendo, ao contrário, a busca cooperativa da solução correta. Se não podemos imaginar a produção da decisão como um trabalho exclusivo do juiz, pensamento típico do esquema sujeito-objeto da investigação científica, todo o procedimento passa a ser estruturado para transformar-se num vetor de integração comunicativa de seus personagens." CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 215-216. Ainda, vale referir o quanto destaca Daniel Mitidiero: "Daí que se opta simplesmente por referir que o processo civil deve ser, sistematicamente, interpretado e aplicado a partir das raias do Estado Constitucional e pelos avanços teóricos que os Novecentos portaram para a compreensão do direito como um todo, porque antes de tudo, ele encerra um processo cuja estruturação responde, de um lado, a valores constitucionais e a direitos fundamentais (art. 1º do CPC/2015), e, de outro, ao caráter interpretativo do direito (é por essa razão, a propósito, que as Cortes Supremas devem dar unidade ao direito provendo segurança jurídica a partir de um direito coerente e universalizável, art. 926 do CPC/2015). Nessa perspectiva, o processo aparece marcado pelos valores liberdade, igualdade, participação, segurança e justiça (art. 1º, 7º, 8º, 9º e 10 do CPC/2015), base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Vale dizer: do plano axiológico ao plano deontológico. A compreensão do processo civil na perspectiva do Estado Constitucional – e, portanto, dos direitos fundamentais processuais – é o pano de fundo que alimenta toda a interpretação e aplicação do processo civil atual (art. 1º do CPC/2015). A consciência do caráter cultural do processo civil e de seu íntimo relacionamento com a teoria do direito, com o direito material e com direito constitucional evidenciam a necessidade de se pensar o processo civil a partir de uma renovada base teórica. Isto é, a partir de uma caldo de cultura capaz não só de oferecer soluções constitucionalmente e comprometidas com um ângulo interno de análise do processo (como, por exemplo, aquele ligado à equilibrada distribuição do trabalho entre juiz e as partes – a quea colaboração procura oferecer uma resposta), mas também com um ângulo externo (como, por exemplo, aquele ligado à tutela dos direitos). Um dos frutos mais evidentes dessa nova postura teórica é o novo Código de Processo Civil – e, mais especificamente, a previsão de normas fundamentais como compromissos centrais do legislador para com a justiça civil (art. 1º a 12 do CPC/2015). É sintomática essa abertura: se olharmos para a ZPO alemã, de 1877, e para o Codice di Procedura Civile italiano, de 1942, perceberemos que em ambos os casos o legislador principia tratando da jurisdição: a ZPO dedica o seu §º à competência material dos tribunais (*sachliche Zuständigkeit*), ao passo que o Codice alude em seu art. 1º à jurisdição (*giurisdizione dei giudici ordinari*). Se, porém, saltarmos no tempo, veremos que o *Nouveau Code de Procédure Civile* francês, de 1975, não inicia da mesma maneira: ele começa enunciando princípios diretores do processo (*principes directeurs du procès*, art. 1º a 24). O legislador inglês igualmente inicia anunciando o seu objetivo fundamental (overriding obetive, Rule 1.1). Nosso novo Código de Processo Civil segue nesse particular esse último caminho: desde o início, o legislador entorna normas fundamentais que servem para densificar o direito ao processo justo previsto na Constituição (art. 5º, LIV) e dar as linhas-mestras que o estruturam. Dentre essas nromas consta o art. 6º: ' todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva'. Se adotada uma chave de leitura apropriada, trata-se de norma de mais alta importância que ao mesmo tempo visa caracterizar o processo civil brasileiro a partir de um modelo e fazê-lo funcionar a partir de um princípio: o modelo cooperativo de processo civil e o princípio da colaboração." MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012015. P. 50-52.

(ainda que não colaborem ativamente entre si, mas se abstenham de medidas contraproducentes) demonstra, com clareza, que o modelo colaborativo tem por propósito uma melhora no desenvolvimento do processo, tornado este mais adequado as necessidades contemporâneas e realização efetiva dos valores constitucionais.¹¹⁴

Uma vez demonstrado que o espírito da colaboração possui, ideologicamente um ideal de implemento de diálogo, tornando mais equânime a relação entre partes e juiz, ao menos até a parte imediatamente anterior à fase decisional (onde ainda é inescapável a assimetria, pois apenas ao juiz é dado o poder de decidir), importa destacar que o princípio cooperação possui alguns pilares dos quais é inafastável. Três princípios prévios constituem aquilo que hoje chama-se modelo colaborativo ou princípio da colaboração. Assim, a colaboração é composta pelo respeito à boa-fé, do devido processo de direito (devido processo constitucional ou como tradicionalmente conhecido, devido processo legal) e do contraditório.¹¹⁵

Não há colaboração entre os entes processuais se estes princípios não forem respeitados por todos aqueles que estão envolvidos na lide. Aliás, trata-se de pressuposto lógico para aplicação de uma ideia colaborativa. Não há como falar em cooperação se não existir, no mínimo, lealdade processual.¹¹⁶

¹¹⁴ Heitor Sica refere, em semelhante sentido: “Com efeito, o impulso do processo pode ser oficial, e ainda assim o juiz pode ter poucos poderes para tornar o processo não só um meio formal de acesso ao Poder Judiciário, mas também um meio efetivo de acesso à ordem jurídica justa. Consequentemente, a evolução do processo volta sua atenção para a implementação de meios de incremento do ativismo judicial não só entre nós, mas em vários países do mundo.” MENDONÇA SICA, Heitor Vítor. **Preclusão Processual Civil**. 2. ed. Atlas: São Paulo, 2008. p. 325.

¹¹⁵ Nesse sentido está a lição de Fredie Didier Jr: “Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro.”¹¹⁵ DIDIER JR., Fredie. **Princípio da Cooperação. Normas Fundamentais**. Coord.: DIDIER JR., Fredie, NUNES, Dierle, FREIRE, Alexandre. Juspodivm: Salvador, 2016. p. 350. Em sentido diverso, Daniel Mitidiero destaca que o dever de colaboração não decorre da boa-fé, mas sim da necessidade de readequar a divisão de trabalho do juiz e das partes: “Os deveres cooperativos no âmbito do processo civil não decorrem da boa-fé: decorrem da necessidade de revisitar a divisão do trabalho entre o juiz e as partes por força da natureza interpretativa do direito e da necessidade de prestação de tutela ao direito mediante decisão de mérito justa e efetiva.” MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 3. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015. p. 104.

¹¹⁶ Em semelhante sentido, está o quanto refere Igor Sant’Anna: “É corrente na doutrina mais moderna que não basta mais a entrega da prestação jurisdicional de forma célere, pois, além de ‘rápida’ (ou antes disso), a tutela deve ser prestada através de um procedimento dialético, com efetiva participação dos sujeitos, atuação essa que deve ser pautada pela real cooperação (inicialmente) entre as partes, e destas com os juízes em busca de uma decisão justa/democrática, sendo que, para isso, é necessário também um juiz ativo e participativo. A colaboração no processo civil manifesta-se inicialmente através da necessária observância da boa-fé (em seu aspecto subjetivo e, principalmente, objetivo. Isso significa que os sujeitos do processo (partes e juízes) devem se pautar pela lealdade, além de agirem sem o intuito de lesar os demais sujeitos.

Isso permite a implementação de um diálogo efetivamente democrático e substancial, fortalecendo a busca por igualdade processual e consagrando o ideal do contraditório em sentido amplo, pois alcança a todos a possibilidade de caminharem no sentido de uma prestação jurisdicional justa, efetiva e que aprecie o mérito em tempo razoável.¹¹⁷

Um novo modelo de processo exige, claramente, uma nova adaptação. Para que o ideal da entrega de uma decisão de mérito justa e efetiva em tempo razoável possa se aproximar da realidade judicial o modelo inquisitivo e o modelo dispositivo revelam-se insuficientes.

O conteúdo presente em um modelo cooperativo deve se atentar na busca por um processo justo. Mas isso não se dá por uma imposição da legislação processual. A ideia de entrega de um processo justo, que hoje tem como necessário ponto integrador um processo cooperativo, parte de uma exigência constitucional de um Estado Democrático de Direito.¹¹⁸

Assim, a toda evidência, o modelo de processo cooperativo nada mais é do que mais uma das formas encontradas para permitir a consagração de um Processo que esteja baseado no ideário trazido pela Constituição Federal, ou seja, que consagra o devido processo constitucional, permitindo a de uma tutela de direito

PINHEIRO DE SANT'ANNA, Igor. **A Cooperação Entre os Sujeitos do Processo Civil – Utopia ou Realidade?** RBDPro nº 86. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 175.

¹¹⁷ Vale a lição de Candido Rangel Dinamarco: “O mais agudo dos pontos da cooperação imposta ao juiz é seu dever de dialogar, sabendo-se que o diálogo é um elemento essencial ao contraditório, sem o qual não se legitima o exercício da jurisdição e a imposição dos resultados desse exercício. Assim está a doutrina mais moderna e assim também se colocou o Código de Processo Civil ao impor, em seus art. 9º e 10, a ilegitimidade de decisões tomadas sem o prévio contraditório entre as partes. O dever de cooperação imposto ao juiz aparece também, p.ex., na exigência de que em certas situações tome a iniciativa probatória fazendo produzir provas não requeridas pelas partes (art. 370), no dever de promover a conciliação entre as partes (art. 359), no de determinar retificações ou emendas a serem inseridas na petição inicial (art. 321) etc.” DINAMARCO, Candido Rangel. RANGEL DINAMARCO, Cândido. **Comentários ao Código de Processo Civil. V. I.** Saraiva: São Paulo, 2018. P. 105.

¹¹⁸ Humberto Theodoro Júnior bem explica: “Mas o Estado Democrático de Direito não apenas assegura o acesso à justiça de todos os que careçam da tutela jurisdicional. Vai além e torna também direito fundamental tanto aquele acesso como os meios procedimentais para efetivá-lo. É a própria Constituição que traça as características do devido processo legal, impondo-lhe um conjunto de predicamentos capaz de torna-lo o que o atual constitucionalismo denomina processo justo. Um Código de Processo Civil Contemporâneo não pode, por isso, limitar-se a criar simples regras técnicas; tem de organizar, para cumprir a missão que lhe destinou a Constituição, segundo uma estrutura de um processo justo, o que equivale a um processo adequado à efetiva realização dos direitos subjetivos, segundo a fiel observância dos direitos fundamentais.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Juiz e Partes Dentro de um Processo Fundado no Princípio da Cooperação.** Revista Dialética de Direito Processual, n. 102: São Paulo, 2011. p. 63.

efetiva, amoldada ao que a sociedade atual espera do direito, solucionando o conflito de forma verdadeira.

Uma redistribuição de trabalho interprocessual, em que as partes e juiz (e, claro, demais participantes do processo) possuem redimensionados seus papéis. Por essa razão é que se chega à conclusão que a atuação judicial na busca por uma melhor solução não só, não fere a imparcialidade, como ao contrário, é uma forma de atuação colaborativa. Colaborar, sob o ponto de vista judicial, escapa a noção de meramente permitir que as partes tragam seus elementos livremente, colaborar sob o ponto de vista judicial vai muito além, materializando-se, por exemplo, em o juiz poder fazer uso de seus poderes instrutórios para entregar o quanto previsto no art. 6º da legislação processual civil, ou seja, uma decisão de mérito justa e efetiva em tempo razoável. A (re)divisão de trabalhos tem como ideal equilibrar a relação processual e, por decorrência, permitir uma melhor solução judicial, não permitindo o “esmagamento” de uma parte vulnerável ou hipossuficiente frente outra com melhores condições, sejam essas condições financeiras ou de qualquer outra natureza.

Vale trazer o quanto refere Barbosa Moreira:¹¹⁹

Em matéria de instrução, prevalece igualmente nas leis contemporâneas a tendência de confiar papel ativo ao juiz, deferindo-lhe ampla iniciativa na verificação dos fatos relevantes para a solução do litígio, tal como submetido a sua cognição, isto é, nos limites do pedido e da causa de pedir. Nada mais natural: é intuitivo, em linha de princípio, que um bom julgamento descansa na correta aplicação da

¹¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Os Poderes do juiz na direção e na instrução do processo – temas de Direito Processual – 4ª série**. Saraiva: São Paulo, 1989. P. 47. Ainda, sobre a ideia de processo justo, vale referir o quanto destaca Luis Alberto Reichelt: “O conteúdo do direito a processo justo, visto como direito humano e fundamental pertencente às partes, pode ser determinado a partir de duas perspectivas fundamentais. Em uma primeira análise, é possível afirmar que o direito ao processo justo, considerado como parte do rol de direitos humanos, tem seu conteúdo estampado em se considerando a existência de uma pauta mínima a ser observada em matéria processual, a qual é constante de diversos tratados internacionais. Trata-se, nesse sentido, de um conjunto de direitos e garantias processuais consagradas de maneira universal que correspondem a um âmbito de proteção mínimo a ser assegurado a toda e qualquer pessoa humana. (...) Sob outra ótica, o direito ao processo justo pode, ainda, ser definido como um direito fundamental cujo conteúdo hoje estabelecido é, antes de tudo, fruto de um processo de evolução histórico-cultural. REICHELTL, Luis Alberto. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, V.1**. Coord. REICHELTL, Luis Alberto, DALL’ALBA, Felipe Camilo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P. 184-185. E sobre o conteúdo da cooperação, Freddie Didier Jr: “O processo é um feixe de relações jurídicas, que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais, em todas as direções. É por isso que o art. 6º do CPC determina que todos os sujeitos processuais devem cooperar entre si. Os deveres de cooperação são o conteúdo de todas as relações jurídicas processuais que compõem o processo: autor-réu, autor-juiz, juiz-réu, autor-réu-juiz, juiz-perito, perito-autor, perito-réu, etc. Essa é a premissa metodológica indispensável para compreender o conteúdo dogmático do princípio da cooperação.” DIDIER JR., Freddie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I. 17. ed. Juspodivm: Salvador, 2015. p. 127.

norma a fatos reconstituídos com a maior exatidão possível; e julgar bem é preocupação que não pode ser estranha ao órgão judicial. Nessa perspectiva, ao contrário do que insinuam certas fórmulas tradicionais, recusar-lhe a possibilidade de comprovar espontaneamente os fatos parece tão pouco razoável, afinal de contas, quanto negar-lhe a de procurar por si mesmo a norma aplicável: o conhecimento daqueles não lhe é menos necessário que o desta para cumprir sua função essencial de modo satisfatório.

Assim, fica evidenciado que o papel da colaboração é essencial para o cumprimento do devido processo constitucional e a consequente entrega de um processo justo aos jurisdicionados.

2.3.3 A colaboração no processo civil como projeção do direito fundamental ao contraditório

Existem algumas correlações nas ciências jurídicas que são indissociáveis. Processo democrático, assim, hoje, pressupõe a existência de contraditório e colaboração. Qualquer ato que atente ao exercício do contraditório no processo, como regra, gera uma violação de essência ao Processo e à Constituição.¹²⁰

A democracia processual, portanto, deve ser reconhecida como essencial ao Estado Democrático de Direito, pois é através dela, do exercício do processo em seu devido processo constitucional que será possível solucionar um conflito de forma legítima e justa. Se há uma ruptura do estado das coisas de uma ou de outra parte, se há incerteza sobre a existência de uma violação de um direito, o debate, a argumentação e a instrução é o único caminho possível para o desenrolar do problema trazido ao Judiciário¹²¹.

¹²⁰ Importa referir a ideia de Alessandro Giuliani: “Il contraddittorio rapresente il cardine dela forma probandi; la sua violazione si manifesta in tutte le forme di patologia dell’ordine isonômico nel processo: non solo nel caso di um rifiuto brutale, ma anche quando si rompe l’equilibrio nel movimento di contraria informazione legato ala controversia. Ogni contaminazione tra i ruoli dei participante ala vicenda processuale determina uma perversio ordinis.” GIULIANI, Alessandro. **Prova**. Enciclopedia del Diritto. V. XXXVII. Giuffrè Editore: Milano, 1988. p. 519.

¹²¹ Nessa linha está a argumentação de Manuel Atienza: “El conflicto es, en efecto, el origen del derecho, lo que lleva a verlo, como un instrumento, una técnica (no necesariamente neutral) de tratamiento (lo queno siempre implica solución) de problemas de certo tipo. Además, una característica del derecho contemporâneo, como se há visto, es que las tomas de decisión en relación con los conflictos tienen que estar sustentadas por razones de cierto tipo, por argumentos. El derecho puede verse por ellos (aunque ésa no se la única perspectiva posible) como una compleja institución volcada hacia la resolución (o el tratamiento) de conflictos por medios argumentativos y en las diversas instancias de la vida jurídica.” ATIENZA, Manuel. **El Derecho como Argumentación**. Ariel: Barcelona, 2006. p. 59.

Não por outra razão a ampliação da capacidade de diálogo entre os integrantes do processo assume protagonismo na ideia de processo moderno, na busca por trazer uma maior igualdade dentro do processo. Deixa-se de lado uma soberania judicial e também a supremacia de uma parte sobre a outra para assumir processo de caráter altamente dialético, na busca por um processo efetivamente justo¹²². Assim, democracia no processo significa também diálogo. E, nesse contexto, diálogo significa a possibilidade de exercício de um contraditório amplo, na qual inclui a ideia de colaboração e isso só se obtém se o próprio processo permite, incentiva e fiscaliza o exercício do contraditório em sua máxima possibilidade entre todos os participantes do processo.

Como diz Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

¹²² Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “Porém, se a legitimação do exercício da jurisdição depende da participação, e essa tem importante expressão no princípio do contraditório, não há como entender como legítimo ou democrático o processo que priva alguém de participar por razões de natureza econômica ou social. A legitimidade do processo liga-se a uma possibilidade real – e não meramente formal – de participação. Nesse linha importam não apenas as garantias de assistência judiciária gratuita – isto é, o fornecimento por parte do Estado, de advogados gratuitos, a dispensa do pagamento de custas processuais e a oferta da produção de provas sem o pagamento de despesas –, mas também as normas processuais que objetivam garantir a efetiva participação da parte segundo as necessidades do direito substancial. (...) Para expressar a noção de participação em igualdade de condições, parte da doutrina, sobretudo a italiana, fala em participação com paridade de armas. Ora, não é legítimo o poder exercido em um processo em que as partes não podem efetivamente participar ou em que apenas uma delas possui efetivas condições de influir sobre o convencimento do juiz. Um processo desse tipo certamente não é um ‘processo justo’ ou um processo democrático. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. V.1 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 447. Também, sobre o contraditório, vale trazer as ideias de Nicola Picardi: “Neste quadro, o contraditório não constitui tanto um instrumento de luta entre as partes quanto, mais do que tudo, um instrumento de operação do juiz e, assim, um momento fundamental do juízo. Enquanto alguns procedimentos são expressões de uma razão calculante, como tais ainda formalizáveis (pense-se em algumas técnicas de automação aplicadas à Administração Pública), o processo (quanto menos o seu momento fundamental: o juízo) obedece a uma lógica diversa, a técnicas argumentativas e justificativas. Uma vez deslocado o ângulo visual em direção ao juiz, o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética, conduzida com a colaboração das partes. Estamos no âmbito de uma lógica, não do necessário e inevitável, mas do provável e do razoável. Quando tratamos de situações conflituais, é possível apenas individualizar as estradas impercorríveis da investigação: uma investigação em termos negativos. O juiz tem a tarefa de selecionar as argumentações errôneas. A patologia da argumentação permite-nos penetrar tanto na dimensão lógica quanto na dimensão ética do processo: o sofisma não é somente um erro lógico, mas também um ato injusto. Nesta direção, o contraditório vem de novo, deslocado das margens ao centro do fenômeno processual: não é mais uma prova de força, mas se torna um instrumento de investigação da verdade provável. Podemos falar, de novo, de um princípio do contraditório; mas, com a expressão ‘princípio’ aqui não entendemos mais os axiomas lógicos da tradição iluminista, nem os princípios gerais dos ordenamentos positivos. O princípio do contraditório representa, acima de tudo, uma daquelas *regulae iuris* recolhidas no último livro do Digesto, qual seja um daqueles princípios de uma lógica do senso comum, destinados a facilitar a interpretativo baseada sobre a equidade. Estamos, com toda probabilidade, nas matrizes da noção de ‘justo processo’”. PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 142-143.

Além de tudo, revela-se inegável a importância do contraditório para o processo justo, princípio essencial que se encontra na base mesma do diálogo judicial e da cooperação.¹²³

Assim, projetar um exercício pleno da garantia fundamental do contraditório, no cenário processual atual, passa obrigatoriamente por reconhecer a necessidade de um diálogo extenso entre os envolvidos no processo e que seu conteúdo é preenchido em grande parte pelo dever de cooperação entre os sujeitos do processo.¹²⁴

¹²³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo**. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf). Acesso em: 09.06.2019. p. 8.

¹²⁴ Em semelhante sentido está novamente a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “A correspondência e equivalência assinaladas influenciam a própria estrutura do procedimento, necessariamente dialética, e devem condizer ainda com a dinâmica dialética do processo. Vale dizer, com outras palavras, que a simetria, mútua implicação e substancial paridade das posições subjetivas traduzir-se-á na possibilidade de cada um dos participantes intervir de forma não episódica e, sobretudo, no exercício de um conjunto de controles, reações e escolhas, bem como na necessidade de submissão aos controles e reações alheias. Em face dessa realidade, mesmo a vontade do juiz não se exhibe totalmente soberana, na medida em que condicionada, de um ou de outro modo, à vontade e ao comportamento das partes, pelo que representam de iniciativa, estímulo, resistência ou concordância, e isso sem falar nos limites impostos pelo próprio sistema. A vontade e atividade das partes tendem, outrossim, a se plasmar e adequar aos estímulos decorrentes do comportamento do juiz e do adversário. Por isso mesmo, o juiz e as partes nunca estão sós no processo; o processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas e réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques. Tudo isso implica, no essencial, a ideia de recíproco condicionamento e controle da atividade das partes e da atividade do órgão judicial, a apontar à dupla função assumida pelo contraditório: por um lado, garantir a igualdade entre as partes; por outro, satisfazer o interesse público na descoberta da verdade e realização da justiça. Assim concebido, não se pode deixar de reconhecer também no contraditório um poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz. Interessante é que o órgão judicial, ao mesmo tempo, garante com sua atividade a participação efetiva das partes!” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 114-115. Vale também a referência a Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto: “É pela insuficiência desses modelos, bem como por consequência da constitucionalização do processo, que, a partir dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, a doutrina concretiza um novo princípio da ordem constitucional: o princípio da cooperação, que serve de propulsão a um novo modelo de processo. Este princípio advém, portanto, de uma releitura do princípio do contraditório, sendo igualmente possível sua concretização a partir da cláusula geral do devido processo legal, sob influência da constitucionalização do processo, retirando o magistrado, na condução do processo, de uma posição acentuadamente assimétrica em relação às partes para torna-los mais próximos: destarte, possibilita-se o diálogo, criando uma comunidade de trabalho entre as partes e o magistrado para a obtenção de uma decisão adequada e mais condizente com uma democracia participativa. Esse modelo de processo tem por objetivo dividir de forma equilibrada o trabalho entre seus participantes implicando no aumento concorrente dos poderes do juiz e das partes no processo civil.” BURIL DE MACÊDO, Lucas. PEIXOTO, Ravi. **Ônus da Prova e sua Dinamização**. 2º ed. Juspodivm: Salvador, 2016. p. 29-30. Importante destacar o quanto refere Murilo Teixeira Avelino: “Não só o juiz, mas todos aqueles que atuam no processo têm o direito-dever de esclarecer os demais sobre o seu posicionamento, de modo leal, para que assim a marcha processual se desenvolva em busca de uma decisão justa ao caso concreto. O contraditório, enfim, é valor-fonte do processo cooperativo, elemento especial que distingue o processo dos demais

Hermes Zanetti Júnior em semelhante sentido: ¹²⁵

É justamente no contraditório, aplicado pela Carta do Estado Democrático brasileiro, que irá se apoiar a noção de processo democrático, o processo como procedimento em contraditório, que tem na sua matriz substancial a 'máxima cooperação' (Kooperatinsmaxima).

No entanto, importa dizer, o diálogo intenso entre esses integrantes constitui, sempre um direito, não um dever. O dever de colaboração não transforma o direito ao contraditório em um dever e nem poderia. A essência de um processo democrático está na possibilidade e não na obrigação de participação para influenciar o juízo. Se a parte decide não participar dessa influência, que é seu direito, deverá arcar com as consequências naturais que daí podem ocorrer, como por exemplo, presunções em seu desfavor em razão da existência de ônus probatórios que pertencem aos litigantes.

De todo modo, utilizar o princípio do contraditório em consonância com todos os demais princípios processuais constitucionais significa, hoje, trabalhar de forma cooperativa exatamente para qualificar o diálogo entre todos aqueles que de alguma forma integram o processo judicial em busca de uma solução mais próxima do adequado possível. ¹²⁶

Se dúvidas existiam sobre a relação entre contraditório substancial e processo democrático, parece que com a introdução da nova legislação processual, essas desaparecem. Isso porque se visualiza um processo desenhado com a Constituição como base. Mais importante que a presença da ideia de democracia e

procedimentos." TEIXEIRA AVELINO, Murilo. **O Controle Judicial da Prova Técnica e Científica**". Juspodivm: Salvador, 2018. P. 55.

¹²⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça brasileira e as Relações entre Processo e Constituição**. Atlas: São Paulo, 2014. P. 179.

¹²⁶ Como diz Marco Eugênio Gross: "Outrossim, essa relação entre concretização da justiça e a colaboração processual fica ainda mais evidente se levarmos em consideração que referido modelo é o ideal para se alcançar a verdade necessária para que o julgador forme sua convicção e, conseqüentemente, para a construção da decisão judicial. Quer isso dizer, portanto, que a cooperação processual possui papel fundamental na reconstrução dos fatos na seara processual, bem como na motivação da sentença." GROSS, Marco Eugênio. **A Colaboração Processual como Produto do Estado Constitucional e as suas Relações com a Segurança Jurídica, a Verdade e a Motivação da Sentença**. Revista de Processo, Vol. 226: São Paulo, Dez/2013, p.115. Vale também referir Leonardo Carneiro da Cunha: "Se o contraditório exige participação e, mais especificamente, uma soma de esforços para melhor solução da disputa judicial, o processo realiza-se mediante uma atividade de sujeitos em cooperação." CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. **A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil**. Almedina: Coimbra, 2012. p. 66.

do contraditório na legislação infraconstitucional, é sua presença como direito fundamental ao jurisdicionado.

Essa consolidação confere ao princípio do contraditório a condição de requisito essencial para todo e qualquer processo judicial que se considere minimamente democrático¹²⁷. A assimetria final materializada na imposição de uma decisão, para que possua uma legitimação social, necessita de debate e diálogo que a precedam. Bem da verdade, a democracia processual tem como ponto de gênese a existência da previsão do contraditório. Qualquer processo que opere sem garantir o contraditório de forma positivada corre o risco de se tornar arbítrio, vez que há tentações sérias do ser humano impor aquilo que entende sobre os demais, pelo simples fato de ser mais fácil ou mais conveniente.¹²⁸

¹²⁷ Sobre a jurisdição e a democracia, vale referir a ideia de Luis Alberto Reichelt: “Sob essa perspectiva, mostra-se fundamental tecer algumas considerações sobre a forma pela qual se dá o redesenho da íntima relação existente entre jurisdição e democracia na realidade contemporânea. A exemplo do que ocorre no que se refere às demais manifestações do poder soberano do Estado, também a atividade jurisdicional – caracterizada pelo fato de o seu exercício ser empreendido por um terceiro imparcial que, na qualidade de titular de poder que lhe foi outorgado pelo ordenamento jurídico, determina o direito vigente aplicável a um dado caso proposto e compromete-se com a sua efetividade – deve conformar-se em função das noções de participação e representação, inseparáveis do significado associado pela visão contemporânea construído em torno do princípio democrático. A realização de um modelo eficiente de participação democrática através do processo impõe ao órgão jurisdicional o dever de exercer a sua tarefa levando em conta as posições externadas pelos demais sujeitos processuais que com ele interagem no debate dos autos. Sob o manto de tal orientação, aos sujeitos processuais garante-se não apenas o direito a formulação de pleitos à autoridade estatal que conduz o debate dos autos, mas também o de se sentirem representados nas diversas manifestações de poder veiculadas na realidade processual. Com isso, a jurisdição e o processo passam a ser tratados como instrumentos efetivamente capazes de garantir o respeito ao princípio democrático.” REICHELT, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 89.

¹²⁸ Como diz Antônio do Passo Cabral: “No campo do direito processual, o exercício de poder estatal, que se manifesta dentro de um procedimento pré-estabelecido, demanda a existência de garantias constitucionais para as partes, que sob a batuta regente do devido processo legal, asseguram a higidez da decisão final. O resultado do ato de poder jurisdicional legitima-se se exercido dentro dos ditames da legalidade do procedimento e com a participação dos sujeitos envolvidos no conflito. O exercício do poder não pode ser arbitrário e sua legitimação decorre do procedimento participativo. Proíbe-se o arbítrio, somente sendo legítima uma decisão coercitiva caso haja participação daqueles que podem sofrer suas consequências.” CABRAL, Antônio do Passo. **O Contraditório como Dever e a Boa-Fé Processual Objetiva**. Revista de Processo, V.126: São Paulo, p. 60. Importa também trazer lição de Elio Fazzalari sobre a importância do contraditório e o estabelecimento de diálogo: “É necessária alguma coisa a mais e diversa; uma coisa que os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório. Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas do resultado.” FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006. P. 199-120.

O fortalecimento do contraditório passa exatamente pela necessidade cada vez mais premente de afastar qualquer possibilidade de imposição arbitrária de uma vontade estatal sobre às partes ou mesmo de uma parte sobre outra. Mais do que isso, o contraditório é base para um efetivo Estado Democrático de Direito. Todo procedimento que corra sem se permita um efetivo diálogo torna-se autoritário, fato hoje inaceitável frente à Constituição Federal e suas garantias fundamentais.¹²⁹

O contraditório aliado aos demais princípios processuais-constitucionais criam condições de existência deste processo democrático, o qual, por essa união de características que ampliam o diálogo (inclusive quanto à produção probatória) é que vai justificar, ao final da demanda, a estabilização da decisão através da coisa julgada.

130

A base do processo civil constitucional é construída em torno de um ideal de contraditório substancial, buscando a diminuição de toda e qualquer desigualdade processual que possa existir. Em célebre ensaio sobre a garantia do contraditório, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira bem expõe o contraditório sob a ótica que hoje a ele é conferida:¹³¹

Realmente, a aspiração de se fazer a justiça mais acessível e efetiva revela-se como importante faceta da orientação que tem marcado os mais avançados sistemas legais de nosso século. Esse reclamo espelha-se de maneira bastante acentuada na maioria das Constituições do mundo ocidental, caracterizadas pelo esforço de integrar as tradicionais liberdades 'individuais'- incluindo aquelas de natureza processual – com direitos e garantias de caráter 'social', que em essência buscam não só torná-las acessíveis a todos como também assegurar uma real e não meramente formal igualdade das partes em face da lei e na sua atividade concreta processual. Tal modo

¹²⁹ Vale trazer o quanto refere Klaus Koplín: “Este princípio impõe também ao Estado o dever de oportunizar a pessoa a participação na formação de suas próprias decisões, trazendo sua contribuição individual. Por isso, apresenta-se como projeção do princípio democrático. Como ressaltado pela doutrina, o direito ao contraditório representa uma forma de manifestação do princípio do Estado de Direito, enquanto técnica jurídica de assegurar a liberdade individual frente ao exercício arbitrário do poder estatal.” COHEN KOPLIM, Klaus. **O Princípio do Contraditório na Experiência Alemã**. Revista Atitude, v. VI: Faculdade Dom Bosco, Porto Alegre. N. 12, julho-agosto, 2012. P. 32.

¹³⁰ Vale referir Enrico Redenti: “Le regole sulla legittimità e integrità del contraddittorio processuale giustificano l'ambito soggettivo dell'autorità di cosa giudicata in senso materiale o sostanziale a che la legge attribuisce agli accertamenti del giudice, così e come l'abbiamo delineato e spiegato a suo tempo, nonché la regola correlativa tertio neque nocet neque prodest. Abbiamo visto, infatti come tutti i soggetti attivamente e passivamente legittimati rispetto all'azione (pretesa) devono essere posti in grado tutti igualmente di dire e dis sostenere le proprie ragioni davanti al giudice come legittimi e necessari contraddittori (in questo senso: nihil de me sine me). REDENTI, Enrico. **Dirito Processuale Civile, V. 2**. Giufrè Editore: Milano, 1985. p. 14.

¹³¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **A Garantia do Contraditório**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, V. 15. P.10-11, 1998.

de ver reflete-se, indiscutivelmente, no alcance do princípio do contraditório, pois obra com que este ultrapasse o momento inicial de contraposição à demanda e comece a constituir um atributo inerente a todos os momentos relevantes do processo. Determina, assim, uma mudança de sentido, que de modo nenhum pode ser ignorada, instando a que o princípio deixe de ser meramente formal, no intuito de atender aos standards necessários para o estabelecimento de um processo justo, para além de simples requisito técnico de caráter não essencial. (...) Recupera-se, assim, o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo.

Nessa linha, o contraditório que vem sendo desenvolvido ao longo de diversas codificações, possui saudável e necessária releitura moderna. O contraditório, superada a sua concepção tradicional de bilateralidade de audiência, hoje alcança parâmetros de muito mais complexidade, materializando-se no direito a efetiva influência na decisão do juiz.¹³²

Seguindo nessa linha, parece necessário destacar que esse direito de influência, através da opção de participação no convencimento do juiz, é um direito de influência positiva, não se podendo exigir que a parte colabore negativamente para a sua posição processual defendida.

Ainda que isso seja verdade, em breves e superficiais análises já se percebe que existe uma indissociável relação entre o princípio do contraditório e o modelo colaborativo adotado pelo CPC/2015. Nesse contexto, a cooperação e seus deveres (esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio) torna ainda mais presente e evidente a fundamentalidade do contraditório. Não é novidade que o respeito ao contraditório substancial deve ser primado ao longo de todo o processo. Processo sem contraditório é não é processo, transforma-se em arbítrio, na contramão do processo democrático que hoje desenha o sistema processual brasileiro.

Essa redefinição de amplitude do contraditório acaba sendo reforçado pelo princípio da colaboração, pois traz uma readequação de todos os participantes no processo e conferindo ao magistrado um papel ainda mais ativo na busca pela solução judicial e também como fiador de um efetivo contraditório, sem contudo, estar

¹³² Ou como diz Araken de Assis: “O conteúdo essencial do contraditório consiste em garantir às partes o direito de participar da formulação da regra concreta (função de cognição”, ou da efetiva entrega do bem da vida ao vitorioso (função de execução), em pé de igualdade e em todas as fases do processo, mas em contradição recíproca, cabendo ao juiz, além de garantir essa bilateralidade de audiência, o dever de dialogar com as partes. Às partes, portanto, o contraditório assegura três modos de participação: Alegar, pedir e provar.” ASSIS, Araken De. **Processo Civil Brasileiro**. v.l. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 417.

autorizado a violar direitos garantidos às partes, pois toda atividade colaborativa e instrutória deve conhecer limites dentro de uma ideia de processo justo.¹³³

Vale trazer o quanto refere Flávio Yarshell sobre a relação do contraditório e a colaboração:¹³⁴

A disciplina legal do contraditório se dá pelo estabelecimento das posições resultantes da relação processual, que é a expressão da exigência política de participação, própria do convívio democrático. Sob a ótica da reação possível, o princípio deve ser visto no contexto do princípio dispositivo, que confere às partes o ônus de alegação e prova dos fatos objeto do processo e da controvérsia. Nesse ambiente, é no mínimo discutível – não de hoje, certamente – falar-se em dever de colaboração das partes; não ao menos como derrogação das garantias da ação, da defesa e do contraditório. A colaboração, portanto, não é exatamente um princípio processual, mas corresponde a uma forma de compreender o contraditório. Concebido como método de investigação dialética da verdade, o princípio não deve ser reduzido a mero postulado formal, que se esgota na observância da audiência bilateral. A ênfase ao caráter público do processo – com maior intervenção do juiz (notadamente em matéria de poderes de instrução) – confere ao contraditório destaque como diálogo na formação do juízo. Nesse contexto, a colaboração das partes surge como consequência natural da nova dimensão do papel reservado ao órgão judicial. Com esse conteúdo – que não pode e não deve se desvirtuar em justificativa para proliferação de sanções por litigância de má-fé – é que pode ser aceita a ideia de colaboração. Sob essa ótica, o diálogo travado entre as partes e o juiz contribui para uma decisão mais aperfeiçoada, na medida em que favorece um juízo mais aberto e

¹³³ Igor Pinheiro Sant'Anna bem define: "De outro giro, tão ou mais importante que o dever de cooperação entre as partes, é o dever de cooperação do órgão judicial para com as partes, e, nessa quadra, ganha extrema relevância o princípio do contraditório, que deve nortear o processo em todas as suas fases, do início ao fim. O contraditório, ao contrário do eu ocorre com o modelo assimétrico (hierárquico) de processo, em que é compreendido apenas como bilateralidade (pura participação), no modelo cooperativo, do formalismo-valorativo, esse princípio é compreendido em sua essência, como mecanismo de diálogo, para uma participação real (efetiva) das partes, com a possibilidade de influírem lógica e juridicamente nas decisões judiciais. O juiz, nesse contexto, assume o papel de garantidor dos direitos fundamentais, para que se chegue a uma tutela jurisdicional democrática a partir do esforço comum das partes e do órgão julgador." PINHEIRO DE SANT'ANNA, Igor. **A Cooperação Entre os Sujeitos do Processo Civil – Utopia ou Realidade?** RBDPro nº 86. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 177. Em semelhante sentido está o quanto refere Fredie Didier Jr: "Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro. O art. 6º do CPC consagrou expressamente: 'todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva'. Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório é valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deve ser observada para que a decisão seja válida." DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I. 17. ed. Juspodivm: Salvador, 2015. p. 125.

¹³⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. V.I. Marcial Pons: São Paulo, 2014. p. 111.

ponderado. Isso acaba por relacionar contraditório e resultado do processo.

O contraditório, além de direito fundamental, é verdadeira salvaguarda da democracia no processo. A cooperação, dessa forma, age como verdadeiro catalizador das características do contraditório em razão dos deveres que carrega em seu conteúdo. Assim, ao trazer essa nova gama de deveres ao juiz em especial, permite uma maior interação entre os atores do processo aumentando a capacidade de diálogo, que ao fim e ao cabo, e a forma mais eficiente de se atingir a um dos fins primordiais do processo, a entrega de uma justa decisão.

É importante compreender que essa maior interação e diálogo entre todos os integrantes do processo funciona sempre com o objetivo de melhorar a prestação jurisdicional justa. Mas para que a prestação seja efetivamente justa, todos os mecanismos devem estar em harmonia com os direitos e deveres conferidos às partes, o que torna claro, que todas essas possibilidades encontram seus limites, não existindo, portanto, deveres que imponham a parte a necessidade de se auto prejudicar, por exemplo, ou mesmo que permitam ao juiz exercer uma arbitrariedade desproporcional sob a justificativa de estar buscando a verdade. A democracia processual é valor inegociável dentro da ordem jurídica pátria e todos os valores processuais que buscam melhorar a efetividade do processo devem estar submetidos a esse ideal, pois onde não democracia, inicia-se o autoritarismo.

A relação juiz-partes acaba por ser repaginada na busca por mais democracia processual e, por decorrência, de uma maior dialeticidade em uma relação que tradicionalmente sempre foi de submissão das partes frente ao juiz. Não se ignora que essa submissão não deixa de existir por completo, vez que inerente a própria ideia de um processo judicial de submissão das partes à decisão jurisdicional (assimetria no momento decisional), contudo no desenrolar do processo, essa submissão dá lugar a participação conjunta na busca pela melhor solução.

Aplicação efetiva do magistrado do princípio da cooperação é requisito para um processo justo¹³⁵ e que defenda uma igualdade para além da mera formalidade e da letra morta da lei para uma real relação substancial de igualdade interprocessual.

¹³⁵ Como refere Daniel Mitidiero: “Não é possível definir em abstrato a cabal conformação do direito ao processo justo. Trata-se de termo indeterminado. O direito ao processo justo constitui cláusula geral – a norma prevê um termo indeterminado no seu suporte fático e não comina consequências jurídicas à sua violação. Não entanto, é possível identificar um ‘núcleo forte ineliminável’, um ‘conteúdo mínimo essencial’ sem o qual seguramente não se está diante de um processo justo. O

Assim, a relação entre contraditório e cooperação acaba se tornando indissociável, vez que para que o primeiro seja consagrado em sua máxima eficiência, é necessário que o magistrado colabore com as partes e vice-versa. Essa manifestação colaborativa, assim, legitima não apenas sob um ponto de vista legislativo, mas também social, por exemplo, que o juiz dinamize o ônus da prova ou que o próprio exerça seus direitos instrutórios a fim de conferir uma melhor solução ao conflito apresentado.

A cooperação processual como consequência direta de um contraditório efetivo ao mesmo tempo que permite uma legitimação da decisão por verdadeira participação e igualdade dentro do processo, confere também conforto àquele que deve, ao final, decidir. Ao magistrado é dada a missão de ao final apresentar a solução. A sua interpretação de todo o conjunto fático-jurídico irá se materializar na decisão, a qual formará lei entre as partes. A responsabilidade não é pequena, ainda que possa passar despercebido pelas milhares de sentenças que cada juiz profere ao longo de sua carreira. No entanto, ao se ampliar o diálogo no processo, se permite ao magistrado uma maior liberdade e maior conforto no momento de interpretar e decidir, pois as chances de uma melhor instrução são, efetivamente, maiores. A escolha pelas consequências a serem aplicadas parte desta interpretação dada aos fatos e, assim, quando o contraditório é respeitado e a há uma atuação colaborativa entre todos os envolvidos, há maior probabilidade de acerto na “escolha” das consequências, seja na procedência, seja na improcedência da demanda.¹³⁶

O exercício e a consagração da colaboração como verdadeiro dever entre os entes do processo é mais uma das formas de consagrar o quanto preconizado no art. 1º da Código de Processo, no qual o processo deve ser lido e interpretado conforme a Constituição Federal. Isso porque o contraditório se constitui em garantia processual fundamental, o qual, por sua vez, se respeitado, consagra o princípio da democracia dentro do processo.

direito ao processo justo conta, pois com um perfil mínimo. Em primeiro lugar, do ponto de vista da ‘divisão do trabalho’ processual, o processo justo é pautado por colaboração do juiz para com as partes. O juiz é paritário no diálogo e assimétrico apenas no momento da imposição de suas decisões. MITIDIERO, Daniel. **Direito Fundamental ao Processo Justo**. Revista Magister de Direito Processual Civil, n. 45: São Paulo, Nov-Dez, 2011. p. 26.

¹³⁶ Sobre a ideia de escolha da consequência legal aplicada ao caso, vale trazer a referência de Aleksander Peczenik: “Having solved the problems of interpretation, evidence and choice of a legal norm, one must often choose a legal consequence. For example, one sentences the person guilty of gross assault and battery to five years in prison.; the law stipulates imprisonment between one and ten years. Of course, the choice of a legal consequence requires value judgments.” PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**. Springer: Sweden, 2008. p. 21.

2.4 Conclusões Parciais

A partir do que foi visto até o presente momento, é possível extrair algumas conclusões parciais, as quais exercem relevante função no contexto do presente trabalho, uma vez que estabelecem as premissas sobre os quais estarão sustentadas as ideias defendidas no continuar do texto.

Assim, essas conclusões, ainda que parciais, não são menos importantes uma vez que colaboram na compreensão do que chega. Assim, é possível concluir, até o momento que:

1) Há uma série de compromissos ideológicos assumidos pelo novo modelo processual. O Código de Processo Civil é produto de um novo modelo processual e é a concretização desses ideais, o qual busca um equilíbrio entre diversos direitos fundamentais, conferindo verdadeira efetividade ao processo, tornando-o mais colaborativo, previsível, concedendo maior autonomia às partes e preocupado com uma maior igualdade processual e com o exercício tão amplo quanto possível do contraditório e em verdadeiramente solucionar o conflito material. Busca, assim, a entrega de um real processo justo, respeitado o devido processo

2) Trata-se de um Processo ainda mais preocupado em ser democrático, com participação intensa dos seus atores, respeitando o protagonismo pontual de cada um (assimetrias localizadas), mas mais horizontal como um todo em seu desenvolvimento.

3) O juiz, nesse sentido, assume um papel mais ativo e participativo no desenvolvimento do processo. Essa participação, contudo, encontra limites nos direitos constitucionais-processuais conferidos às partes. Desta forma, cabe ao juiz respeitar os limites impostos pelas partes sobre os fatos e o objeto litigioso, bem como não impor ônus e obrigações que desbordem do razoável, sempre tendo em conta os referidos direitos constitucionais-processuais, acima referidos.

4) A colaboração assume caráter de protagonista, em especial frente a uma releitura do princípio dispositivo, em que ao juiz são conferidos poderes instrutórios mais amplos e sua participação no processo ganha relevância em relação a sua anterior maior passividade.

5) O princípio dispositivo, em razão dos limites que o próprio impõe, guarda íntima ligação com o direto probatório, em especial com a extensão dos direitos

probatórios do juiz, uma vez que o mesmo possui a liberdade de buscar as provas que entender adequadas para julgar o processo, dentro do limite das alegações de fato das partes e desde que essa produção probatória não ultrapasse a razoabilidade inerente ao sistema constitucional processual.

6) Identicamente, o princípio dispositivo guarda ligação com o direito fundamental à liberdade (em sua faceta processual), uma vez que cabe às partes duas escolhas primordiais: a primeira de levar o litígio para ser solucionado pelo Poder Judiciário e segunda, como consequência direta e inerente à primeira, de definir os limites do que será debatido, pois a partir deste momento, o Estado-juiz passa a ter interesse também na solução do conflito, nos limites expostos até aqui, mas os quais permitem que este tome, ativamente, medidas para chegar à solução judicial mais próxima da verdade e da justiça.

7) O modelo cooperativo de processo, impõe, ao fim, uma maior dialeticidade interna no processo, colaborando, assim, para o estabelecimento de uma democracia processual efetiva, facilitando, por conseguinte, a consagração de um processo efetivamente justo.

8) A colaboração, por sua vez, exerce papel fundamental para a realização de um contraditório efetivo e amplo, permitindo, também, um diálogo extenso que leva, ao menos em tese, a uma prestação jurisdicional de mais qualidade com a consagração de um dos mais importantes princípios constitucionais-processuais e base fundamental para um processo justo.

3 A ATIVIDADE DE INSTRUÇÃO NO CONTEXTO DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

3.1 Prova: conceito e finalidade

Estabelecidas algumas premissas conceituais necessárias a respeito do princípio dispositivo e sobre o modelo colaborativo que hoje busca um espaço cada vez maior e atuante na processualística pátria, começa a necessidade de adentrar-se mais profundamente no tema específico deste trabalho, qual seja, tratar sobre a prova no Processo Civil.

A prova, claro, possui acepção que vai para muito além da ciência jurídica. Toda e qualquer ciência, para demonstrar e amparar seu objeto e objetivos, o faz através de evidências que dão suporte as afirmações previamente realizadas.

Na ciência jurídica, ponto de interesse deste trabalho, a prova também possui semelhante característica. Todas afirmações, até serem substanciadas por elementos concretos permanecem em seu estado original, ou seja, com caráter meramente especulativo. Toda e qualquer afirmativa necessita de amparo para que possa ser tida por procedente ou descartada de forma definitiva. Um dos fatores que diferencia a prova no Direito para a prova das demais ciências, em especial, das ciências exatas, é a prova no Direito é regulada por normas jurídicas, as quais impõem limites a sua utilização e mesmo até que ponto podem ser buscadas, enquanto para as demais áreas tal limitação inexistente. Para o Processo Civil, o conjunto probatório contextualizado ao caso concreto permite que se chegue à decisão, permitindo a formação da convicção judicial, a qual, se lembra, não é certeza. Isso porque, primeiro, certeza é conceito de alta improbabilidade no direito e, segundo, porque pouco frequentes são as provas indisputáveis e incontestáveis, raras são as decisões que podem satisfatoriamente cumprir seu papel de pacificar o conflito de forma justa e o mais próximo da verdade com base em apenas uma prova, sem um contexto evidenciário mais amplo. O conjunto probatório, portanto, permite ao magistrado que forme sua convicção, a materialize em uma decisão, a qual está, em tese, apta a pacificar o conflito.

No processo, a busca pela retratação dos fatos é feita de forma dialética, com a participação ativa de todos os atores do processo, sejam as partes, seja o juiz, sejam os demais.

O tema é caro a maioria dos estudiosos do Processo. Isso porque com a prova dialogam alguns cânones do Processo moderno: Verdade, prestação jurisdicional justa, pacificação do conflito e legitimação de decisão judicial democrática.¹³⁷ A possibilidade de aproximação do Processo e da decisão a estes conceitos só é possível, mais das vezes, através das provas que permitem, tanto quanto possível, a reconstrução dos fatos¹³⁸. Assim, negar a importância da prova é negar a própria importância do direito.¹³⁹

Ademais, na ciência processual, a prova cumpre papel que vai além da reconstrução dos fatos. É elemento essencial para a construção de uma motivação adequada das decisões, transformando uma decisão que poderia ser arbitrária em uma decisão que atende aos preceitos constitucionais e que está legal e socialmente legitimada. A prova, portanto, permite uma larga ampliação do conteúdo democrático do processo. Fosse diferente, se estaria voltando ao sistema da íntima convicção e, salvo engano, não é essa a ideia hoje corrente. Nesse momento histórico há uma luta por cada vez mais diálogo, através de um contraditório cada vez mais amplo, fiador da democracia processual, limitado apenas por outras garantias constitucionais. Nesse contexto, a prova é alçada a um novo patamar de relevância.

¹³⁷ Sobre a legitimação da decisão, a prova serve como forma de conferir ao pronunciamento judicial um caráter democrático, escapando ao arbítrio, ao convencimento irracional ou injustificado. Nessa linha, interessante é a lição de Aulis Aarnio: “ En una situación tal, el juez tiene la responsabilidad de procurar que la expectativa de certeza jurídica se realice o, al menos, quede suficientemente satisfecha. Esta responsabilidad puede ser asumida de diferentes maneras. Una forma de asumir la responsabilidad es apoyarse en la propia posición de autoridad. El uso sofisticado de la autoridad reduce el contenido de la decisión a una posición de menor importancia. El decisor justifica su decisión haciendo referencia a su autoridad. Esta idea puede ser formulada de la siguiente manera: la decisión es la correcta ya que es la interpretación de una ley válida por parte del tribunal.” AARNIO, Aulis. **Lo Racional como Razonable**. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1991. p. 30.

¹³⁸ Vale trazer o quanto referem Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto: “A finalidade da prova, como exposto, é a de servir como meio retórico persuasivo, objetivando ao convencimento do órgão julgador, sendo método de verificação, portanto, com força na fundamentação, da premissa argumentativa anteriormente fixada, servindo ainda de elemento de legitimação da jurisdição, porquanto é por meio desta que se busca a verdade, valor que preenche de significado o processo.” BURIL DE MACÊDO, Lucas. PEIXOTO, Ravi. **Ônus da Prova e sua Dinamização**. 2^o ed. Juspodivm: Salvador, 2016. p. 56-57.

¹³⁹ Como já disse Echandi: “Las pruebas son así un instrumento elemental no tanto del proceso como del derecho, y no tanto del proceso de conocimiento como del proceso en general: Sin ellas, en el noventa y nueve por ciento de las veces, el derecho no podría alcanzar su finalidad.” ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de la Prueba Judicial, Tomo I**. Aguilar: Buenos Aires, 1981. p. 14. No contexto da *common law* e da teoria da evidência, certamente mais objetiva e pragmática do que os conceitos trazidos em uma tradição romano-germânica, vale referir a definição de David P. Leonard e Victor J. Gold: “for our purposes, then, the term evidence will refer mostly to the utterances of witness and the contents of documentar materials, illustrative exhibits, and ‘real’ evidence (the things actually involved in the facts, such as the murder weapon” .P. DAVID, Leonard. J. GOLD, Victor. **Evidence – A Structured Approach**. Aspen Publishers: New York, 2004. p. 5.

Logo, como referido, o conteúdo probatório inserido no processo garante, ao menos em tese, uma decisão democrática através do diálogo processual. Por isso é possível afirmar também que prova se constitui em elemento da segurança jurídica e da estabilidade do sistema. Conceituar a prova, assim, vai além de dizer o que ela é para as partes e para o juiz, mas também para aquilo que ela é para o processo e para o próprio ordenamento.

Neste sentido, teorizar sobre a prova significa, necessariamente, navegar por águas que foram atravessadas por qualificadíssima doutrina. Não por outra razão é que há amplo debate e pouco consenso sobre o seu conceito e finalidade. A título de exemplo, sobre este último ponto, diversas são as teorias sobre a finalidade da prova que aparecem e todas com indisputáveis méritos. Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira identificam três teorias dominantes sobre o fim da prova, a saber:¹⁴⁰

Há basicamente três teorias que procuram explicar qual a finalidade da prova: a) a que entende que a finalidade da prova é estabelecer a verdade; b) a que sustenta ser sua finalidade fixar formalmente os fatos postos no processo; c) a que entende que sua finalidade é produzir o convencimento do juiz, levando-o a alcançar a certeza necessária à sua decisão.

A partir desta identificação da existência de diferentes teorias sobre qual a finalidade da prova, há uma conclusão que parece saltar aos olhos. Não há necessidade de estabelecer uma única finalidade à prova. As teorias acima referidas parecem, na verdade, complementares. Todas podem ser postas como fim da prova, no entanto, todas à luz das demais garantias constitucionais processuais.

Não há como negar que a investigação da verdade ocupa importante espaço no Processo, ainda que seja um conceito fictício sobre verdade. Também não é possível negar que a prova colabora para firmar os fatos do processo bem como atua na persuasão racional do juiz para que este possa cumprir adequadamente a necessidade apresentação de uma decisão jurisdicional devidamente motivada, nos moldes do art. 93, IX da Constituição Federal.

Certamente, como dos institutos mais importantes do processo civil/constitucional, a mesma não pode estar apegada a um reducionismo finalístico.

¹⁴⁰ DIDIER JR. Fredie, SARNO BRAGA. Paula, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA. Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, 2. 10. ed. Juspodivm: Salvador, 2015. p. 49.

É apenas natural identificar mais de um papel à prova. Depende sob qual ângulo se está a falar. Vislumbrando sobre uma ótica constitucional, o fim da prova é colaborar para um contraditório extenso, bem como garantir verdadeira motivação das decisões. Sob uma ótica infraconstitucional, é possível vislumbrar seu fim como um conjunto das teorias acima destacadas, ou seja, permitir a descoberta da verdade (verdade possível), criar certeza jurídica e firmar os fatos.

A partir de tal premissa, engessá-la e reduzi-la ao cumprimento de uma única finalidade não atende, salvo engano, aos melhores interesses da ciência processual. Como dito, reduzir à prova à uma única função, em especial como elemento para busca da verdade, é diminuir inadequadamente sua relevância.

Os diferentes entendimentos sobre qual a finalidade real da prova, e destacar essa disputa sobre qual teoria é dominante, contudo, não parece ser efetivamente produtiva, uma vez que todas possuem, ao menos, parcela de razão.¹⁴¹

Ainda que existam divergências conceituais aqui e ali, o Direito não tem como escapar daquilo para que foi construído inicialmente, ou seja, distribuir justiça e regular a vida social. E, neste caminhar, para se falar em justiça, quase que instintivamente há uma remissão e uma aproximação ao tema da verdade no processo.

A busca pela verdade, por evidente, deve nortear a atividade judicial, ao menos como um fim ideal. A verdade como correspondência à reconstrução dos fatos, certamente, é um dos fins do Processo e da produção probatória. Não se nega isso em momento algum. Contudo, a busca pela verdade deve necessariamente estar em consonância com uma série de garantias e direitos, tanto de ordem processual quanto de ordem constitucional. A busca pela verdade não pode ser incessante a ponto de eternizar a demanda. Isso pois, como dito, há um conjunto de garantias que constituem o ideal de um processo justo e a duração razoável, apenas a título de exemplo, é uma delas.

¹⁴¹ Sobre a finalidade da prova, vale trazer, uma vez mais a ideia de Luis Alberto Reichelt, o qual bem pontua a finalidade da prova como fator envolvido na persuasão racional do juiz: “De outro lado, sua finalidade é a de atuar como fator envolvido na atividade de persuasão racional do juiz, tornando presente diante dos olhos do magistrado um retrato possível da realidade considerada juridicamente relevante para o deslinde do debate processual, de maneira a influenciar na formação do seu convencimento.” REICHELTL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.111.

Com isso firmado, é possível compreender com facilidade a defesa de que a finalidade da prova é a produção de meios suficientes para dar ao juiz possibilidade de criar convicção sobre o debate.

De outro lado, não basta fixar os fatos do processo sem uma investigação mínima, sem a possibilidade de uma ampla produção probatória. E tampouco parece suficiente referir que as provas servem unicamente para formar a convicção do juiz. Isso porque, como refere Taruffo, a verdade é uma condição necessária para a justiça da decisão¹⁴². Logo, nem sempre a convicção do juiz reflete à verdade e, por conseguinte, não reflete a justiça.

Por existirem contradições entre as teorias e suas ideias sobre os fins da prova é que encontrar o caminho do meio entre elas atende melhor aos anseios do processo.

Desta forma, há que se buscar a verdade, para que ao juiz se possibilite a formação de sua convicção e para que se estabeleçam os fatos do processo. São questões, a toda evidência, complementares.

No entanto, se observa outro fim que parece anterior a todos estes referidos e que passa despercebido por grande parte da doutrina. A prova, verdadeiramente, trabalha como elemento de diminuição de incertezas e aí jaz seu fim primeiro. Permitir

¹⁴² A lição do mestre italiano, em sua íntegra, resta assim escrita: “Uma decisão, todavia, não é legítima se as normas que regulam o caso não são aplicadas adequadamente a esse caso específico; ou seja, se a norma não é aplicada adequadamente aos fatos aos quais deveria. Para que isso seja feito, deve-se determinar verdadeiramente os fatos do caso. Dito de maneira sucinta: nenhuma decisão correta e justa pode basear-se em fatos determinados erroneamente. Em consequência, ‘um procedimento no qual os tribunais nem sequer tentam chegar à verdade é, manifestamente, um procedimento injusto’, uma vez que ‘na base do procedimento jaz o objetivo de obter a verdade’. Desse ponto de vista, a verdade dos fatos em litígio não é um objetivo em si mesmo, nem o propósito final de um processo civil. É mais uma condição necessária (ou um objetivo instrumental) de toda decisão justa e legítima e, em consequência, de qualquer resolução apropriada e correta da controvérsia entre as partes. Por conseguinte, a verdade não é um objetivo final autossuficiente, tampouco uma mera consequência colateral ou efeito secundário do processo civil: é apenas uma condição necessária para uma decisão precisa, legítima e justa. Uma vez que o processo judicial tem por objeto render justiça e, não simplesmente resolver conflitos, ou – *rectius* – está orientado a resolver conflitos por meio de uma solução justa, não se pode deixar de lado a verdade, como condição de justiça, na decisão dos casos.” TARUFFO, Michele. **A Prova**. Marcial Pons: São Paulo, 2014. p. 22-23. A posição do mestre italiano caminha em direção mais do que razoável, especialmente por reconhecer ao longo da obra que a verdade absoluta não é a verdade que se busca no processo. Contudo, como referido acima, ainda que a verdade que se reputa suficiente para o processo não seja a verdade absoluta, ainda assim, a busca por ela deve norteadada pelos demais princípios e regras que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, o que se deve permitir é condições, tanto às partes quanto ao juiz a possibilidade de produção probatória para, dentro do contexto constitucional brasileiro, buscar a verdade. Mas se ao final, a busca por esta verdade suficiente para o processo impedir o andamento do mesmo, não há como fala em decisão justa. Portanto, neste contexto, de alto relativismo conceitual, denominar o fim da prova como meio de minimizar incertezas e permitir uma prestação jurisdicional que atenda a equação tempo x justiça x efetividade parece um caminho aceitável.

a pacificação e estabilização do conflito com a menor incerteza possível. Sabe-se que não há como falar em verdade absoluta. Sabe-se, também, que nem sempre a decisão trazida pelo Estado reflete a justiça do caso concreto. A Prova, em verdade, serve como elemento atenuador, diminuindo as possibilidades de uma decisão ir contra a verdade e contra a justiça. Não há como escapar de um certo nível de dúvida em toda decisão, por menor que esta seja. A Prova, logo, serve para levar está dúvida inerente e inescapável ao seu nível mínimo. O fim da Prova, portanto, além de demonstrar a verdade da melhor forma possível, além de permitir o estabelecimento dos fatos e além de possibilitar a formação da convicção do juiz, é, antes de tudo, a forma de retirar o máximo possível a incerteza da decisão judicial.

A questão do fim da prova não é de pouca complexidade, pois como visto, diversas são as teorias sobre qual realmente seria seu fim. A conexão teleológica entre Prova e Processo não pode ser ignorada. Em um contexto de modelo colaborativo de processo, a Prova possui ainda outro fim. De permitir que as próprias partes criem também convicção sobre a demanda, ainda que a convicção de autor e réu não possuam a mesma relevância da convicção judicial.¹⁴³

Com este ideal e neste contexto ganha em importância estabelecer uma conceituação mínima sobre a prova. No entanto, há inegável dificuldade trazer conceitos hermeticamente fechados para institutos do direito, pois como ciência humana, se afasta das certezas matemáticas.

Para efetivamente começar a compreender a ciência probatória e poder trazer um conceito ou conceitos, há uma premissa básica que deve ser reconhecida, respeitada e vista com os olhos da realidade. O processo litigioso é uma disputa de alegações de fato e de direito. Cada qual com sua tese e antítese, quer que seu fato seja reconhecido à luz do direito alegadamente violado. A busca pela vitória no processo é que motiva, as partes ao menos, a trazerem provas ao processo. A clássica definição de Mittermayer de que “prova é o complexo dos motivos produtores

¹⁴³ Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira referem que: “Além de ter por objetivo convencer o juiz acerca das alegações de fato sobre as quais se desenvolve a atividade probatória, a prova também tem por finalidade permitir que as próprias partes se convençam (i) de que efetivamente são titulares das situações jurídicas que, em princípio, pensam ter e (ii) da demonstrabilidade em juízo das alegações de fato subjacentes a tais situações jurídicas.” DIDIER JR. Fredie, SARNO BRAGA. Paula, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA. Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, 2. 10. ed. Juspodivm: Salvador, 2015. p. 51.

da certeza”¹⁴⁴ não deixa de ser verdadeira, ainda que deva ser lida à luz do direito de hoje.

A busca por essa “certeza”, no processo civil, ocorre através da demonstração do mais alto grau de probabilidade possível. A certeza processual difere da certeza matemática, da certeza numérica, uma vez que como já dito, não parece absurdo assumir que a reconstrução perfeita de qualquer fato beira a impossibilidade fática.

A começar pelo básico, parece evidente que o termo provar busca trazer a ideia de demonstrar um fato ou, ao menos, reconstruir a existência de um fato para demonstrá-lo a alguém. Iluminar aquilo que, até provado, é duvidoso.

Assim, para conciliar a necessidade de estabelecer um ponto de partida conceitual, bem como não fechá-lo ao ponto de impedir sua natural evolução, pode-se entender a prova, nas palavras de Roland Arazi:

“El vocablo prueba es generalmente utilizado para designar los distintos medios con los cuales puede acreditarse la existencia de un hecho; en tal sentido decimos prueba de testigos, prueba de peritos, etcétera. Pero probar es algo más; el significado de tal verbo comprende una compleja actividad de los sujetos, encaminada a demostrar la existencia o las cualidades de personas o cosas.”¹⁴⁵

Ainda cabe trazer o quanto destaca Rui Manuel de Freitas Rangel:

“Pode-se definir a prova, no domínio processual, como a actividade ou o conjunto de operações destinadas à formação da convicção do juiz, sobre a veracidade dos factos controvertidos que forma carreados para o processo pelas partes e que se encontram seleccionados na base instrutória. Ela visa fornecer os elementos ao julgador sobre a realidade dos factos controvertidos, sanando, na medida do possível,

¹⁴⁴ MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. 2. ed. Ribeiro dos Santos: Rio de Janeiro, 1909. p. 75. Também importa trazer o quanto destaca Antonio Dellepiane: “Hemos dicho que, salvo en las cuestiones llamadas de puro derecho, cuyo número es escasísimo, las partes litigantes ofrecen al juez dos versiones diferentes del hecho o serie de hechos sobre que versa el litigio. Cada parte relata las cosas a su modo, desde el punto de vista que la favorece, para lo cual enuncia y pone de relieve determinadas circunstancias, avanza interpretaciones, formula hipótesis explicativas y exhibe pruebas tendientes a corroborarlas. Tales versiones diferentes divergen, a veces, por una sola circunstancia, en solo detalle, que sin embargo es capital, decisivo; por ejemplo, si hubo o no posesión de la cosa, si hubo o no culpa por imprudencia, etc. Todo el esfuerzi de los contendores se aplica entonces a demostrar la exactitud de la afirmacion que favorece a cada uno y a probar, si es posible, la inexactitud de la contraria.” DELLEPAINE, Antonio. **Nueva Teoría de La Prueba**. 7. ed. Temis: Bogota, 1972. p. 10.

¹⁴⁵ ARAZI, Roland. **La Prueba en el Proceso Civil**. 3ª. Ed. Rubinzal Culzoni Editores: Buenos Aires, 2008. P. 17.

as dúvidas existentes na sua mente sobre os factos carecidos de prova.”¹⁴⁶

Estabelecer o conceito de prova como elemento que retira a dúvida do julgador (e mesmo das partes) a ponto de permitir que ele emita sua decisão com alta dose de probabilidade de acerto importa, pois não há como conceder o direito para além daquilo que está provado, seja pelos elementos trazidos pelos litigantes, seja pelas provas produzidas por determinação do próprio juízo. Importa um conceito adequado uma vez que hoje a prova supera o que há muito se considerava sobre ela, ou seja, que era coisa das partes a ser entregue ao juiz. Sem dúvida, a prova deve ser produzida pelas partes, mas não só por elas e não a elas pertence. Tampouco, pertence ao juiz. A prova, uma vez aportada, pertence ao processo.

Assim, em uma proposta conceitual elementar, prova é o conjunto de elementos aportados ao processo, de carácter racional-argumentativo, por qualquer de seus atores, que colabore na reconstrução dos fatos para a entrega de uma decisão amoldada ao devido processo constitucional.¹⁴⁷

Ao se referir à Prova como elemento que colabora para reconstrução do fato, há espaço intencionalmente deixado no conceito. Isso porque nem toda prova ou provas aportadas serão suficientes para gerar convicção, gerar “certeza” quanto a retratação dos fatos para formação dessa convicção e, por assim ser, ainda que sejam tidas como elementos probatórios, em verdade, nada terão demonstrado de forma definitiva, até porque nem toda prova é verdadeiramente relevante para reconstrução ou desconstrução da causa de pedir da demanda.

¹⁴⁶ FREITAS RANGEL, Rui Manuel de. **O ônus da prova no processo civil**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 20. Vale ainda mencionar Castro Mendes, segundo o qual prova “é o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação, através do processo no espírito do julgador, da convicção de que certa alegação singular de facto é justificável mente aceitável como fundamento da mesma decisão. CASTRO MENDES, João de. Do conceito jurídico da prova em processo civil. Lisboa: Atica, 1961. p. 741. E ainda cabe trazer o quanto destaca Liebman: Prueba es, pues, todo lo que puede servir para convencer al juez de la existencia (o inexistencia) de um hecho, y em este sentido es sinonimo de la expresión medio de prueba; pero prueba es también el resultado que los medios de prueba tratan de obtener, por lo cual se dice que se alcanzado o que falta la prueba de um cierto hecho.

¹⁴⁷ Vale trazer, ainda, o que refere Luis Alberto Reichelt sobre o tema: “Por prova, no âmbito do processo civil contemporâneo, designa-se um argumento empregado no contexto do debate processual, ordenado segundo as normas ético-jurídicas e lógico-argumentativas (...)” REICHELTL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 111.

Bem da verdade, nem todo fato alegado, em determinado contexto, é importante para o deslinde e resolução adequada do processo. E, por decorrência, a prova deste fato menor também possui menor relevância.¹⁴⁸

Mas novamente há de se chamar atenção para que conceitos devem ser lidos e interpretados em conjunto com todo o contexto que envolve o instituto em determinado momento histórico.

Portanto, estando minimamente conceituado o que seria a prova e quais suas finalidades, é possível agora, com mais atenção, iniciar o tema da relação da prova com a verdade.

3.2 Das relações entre prova e verdade

A primeira afirmação que parece se impor quando se trata da relação entre Prova e verdade é que o sistema processual é construído e moldado para sua busca, ou seja, o modelo processual é ideologicamente vinculado à verdade – *truth oriented* –. A partir desta premissa é que vão sendo construídos e desconstruídos conceitos e ideias a respeito do tema, chegando, finalmente, ao que se espera da Prova em relação à verdade dentro do Processo.

Mas, para iniciar o debate sobre verdade é preciso reconhecer que o tema é de difícil trato e que transborda as barreiras, por muito, da ciência jurídica. De fato, ocupa páginas e mais páginas de outras ciências antes de se encontrar com o Direito, mas em especial, da Filosofia. A relação da Filosofia com o Direito, é de se lembrar, não poderia ser mais direta e imprescindível. Muitos dos temas filosoficamente tratados acabam, não sem razão, transportados para o Direito, dado o liame que existe entre ambas ciências. A discussão sobre a verdade é apenas mais um desses temas que foi transportado da Filosofia para as ciências jurídicas.

E se a própria Filosofia, que se propõe a tratar dos mais complexos assuntos, encontra dificuldades em obter respostas sobre tema, ao Direito a tarefa não seria menos árdua.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Sobre os fatos relevantes para o processo, vale destacar a ideia de Adrian Keane: “A relevant fact, sometimes called a ‘fact relevant to the issue’, an ‘evidentiary fact’ or ‘factum proban’s’, is a fact from which the existence or non-existence of a fact in issue may be inferred. If only facts which were open to proof for disproof were facts in issue, many claims and defences would fail.” KEANE, Adrian. **The Modern Law of Evidence**. 6. ed. Oxford University Press: New York, 2006. p. 8.

¹⁴⁹ O tema ganha ainda complexidade conceitual maior, com potencial de reflexo dentro das próprias ciências jurídicas quando começa a se debater, inclusive, ideias sobre pós-verdade. Sobre o tema

Talvez seja por isso, inclusive, que o Direito tenha encontrado um caminho relativamente diferente quando reconhece sua incapacidade para descobrir, efetivamente, o que é verdade.

A simplicidade caminha longe dessa tão importante matéria, tantos são os debates sobre o tema. E não por outra razão é que diversas são as discussões dentro dos diversos ramos do direito sobre que verdade deve ser aceita e trabalhada.

Portanto, conceituar a verdade, defini-la sob o ponto de vista filosófico, ou mesmo sob o ponto de vista jurídico é tema de alta complexidade e que escapa ao objeto deste trabalho. Contudo, ainda que definí-la não seja o objeto aqui, relacioná-la com o Direito e, especialmente com o Direito probatório sim é necessário. Por decorrência, não há pretensão ou sequer haverá dedicação para propor solução a este problema, mas sim trabalhar com as ideias que hoje estão mais presentes, em especial sob o ponto de vista jurídico, no que diz respeito ao tema verdade, e, por evidente, suas ligações com o Processo Civil e, em especial, com a prova.

De todo modo, o discorrer sobre a verdade, especialmente em um âmbito pré-jurídico pode colaborar estabelecer algumas pré-compreensões que levarão a um

vale referir o que diz Lee McIntyre: “The Oxford Dictionart define ‘post-truth’ as ‘relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief’. In this, they underline that the prefix ‘post’ is meant to indicate not so much the idea that we are ‘past’ truth has been eclipsed – that it is irrelevant. These are fighting words to many philosophers, but it is worth noting that this is much more than an academic dispute. In 2005, Stephen Colbert coined the term ‘truthiness’ (defined as being persuaded by whether something feels true, even if it is not necessarily backed up by the facts) in response to George W. Bush’s excesses in relying on his ‘gut’ for big decisions – such as the nomination of Harriet Miers for the US Supreme Court or going to war in Iraq without adequate proof of weapons of mass destruction. When the term was coined ‘truthiness’ was treated as a big joke, but people aren’t laughing anymore. With the largely fact free campaign over Brexit in Great Britain – where hundreds of buses advertised the bogus statistic that the UK was sending 350 million euros a week to the EU – and the growing use of disinformation campaigns by politicians against their own people in Hungary, Russia, and Turkey, many see post-truth as part of a growing international trend where some feel emboldened to try to bend reality to fit their opinions, rather than the other way around. This is not necessarily a campaign to say that facts do not matter, but instead a conviction that facts can always be shaded, selected and presented within a political context that favors one interpretation of truth over another. MCINTYRE, Lee. **Post-Truth**. Cambridge: Massachusetts, 2018. P. 5-6. E sobre a possibilidade de influência da pós-verdade no direito, em especial no campo decisório, vale referir a preocupação de Francis Vanine de Andrade Reis: (...) pergunta-se: o que é ‘pós-verdade?’ A expressão Post-Truth, cunhada na década de 1990 e atualmente em voga, significa a importância, para a opinião pública, de conclusões moldadas pela emoção e crenças pessoais, descartando-se os fatos. Assim, é uma postura de indiferença para com a verdade. O que se cogita, portanto, é se o processo é um ambiente permeável à ocorrência de decisões pautadas em ‘pós-verdade’, ou seja, em crenças pessoais e emoção que descartam, inclusive, a ocorrência dos fatos. VANINE DE ANDRADE REIS, Francis. **Cognição e Pós-Verdade**. In: **O Direito na Sociedade da Pós-Verdade**. Lume Juris: Rio de Janeiro, 2018. p. 169.

melhor entendimento sobre o tema em si. E sobre isso é possível identificar algumas posições que se destacam.

Teorias da verdade são discutidas com intuito de estabelecer formas de compreender o tema. Susan Haack é uma das autoras que se propõe, com grande profundidade, a estudar o tema. Em uma de suas obras, filosofia das lógicas, elenca aquilo que denomina “teoria das verdades”.¹⁵⁰

Há também a posição de Marina Gasón Abellán sobre o tema:

La definición o concepto de verdad establece lo que significa afirmar que una oración es verdadera, pero no disse nada sobre las condiciones en que puede afirmarse esa oración; o sea, sobre los criterios de verdad. En cambio, los criterios de verdad son las condiciones que permiten afirmar una oración como verdadera; proporcionan, por tanto, los ‘tests’ que ha de superar una oración para poder decir de ella que es verdadera.¹⁵¹

¹⁵⁰ As teorias da coerência entendem que a verdade consiste em relações de coerência em um conjunto de crenças. Teorias da coerência foram propostas, por exemplo, por Bradley (1914), e também por alguns oponentes positivistas do idealismo, como Neurath (1932). Mais recentemente, Rescher (1973) e Dauer (1974) defenderam este tipo de abordagem. As teorias da correspondência entendem que a verdade de uma proposição consiste não em suas relações com outras proposições, mas em sua relação com o mundo, sua correspondência com os fatos. Teorias deste tipo foram sustentadas tanto por Russell (1918) quanto por Wittgenstein (1922), durante o período de sua adesão ao atomismo lógico. Austin defendeu uma versão da teoria da correspondência em 1950. A teoria pragmatista, desenvolvida nas obras de Peirce (ver, por exemplo, 1877), Dewey (ver 1901) e James (ver 1909), tem afinidades tanto com as teorias da coerência quanto com as da correspondência, admitindo que a verdade de uma crença derive de sua correspondência com a realidade, mas enfatizando também que ela é manifestada pela sobrevivência da crença ao teste da experiência, sua coerência com outras crenças. A explicação da verdade proposta por Dummett (1959), por sua vez, tem afinidades bem fortes com a concepção pragmatista. Aristóteles tinha observado que ‘dizer do que é que ele não é, ou do que não é que ele é, é falso, enquanto dizer do que é que ele é, ou do que não é que ele não é, é verdadeiro’. Ao propor sua teoria semântica da verdade, Tarski (1931, 1944) procura explicar o sentido de ‘verdadeiro’ que esta máxima apreende. Na explicação de Tarski, a verdade é definida em termos da relação semântica de satisfação, uma relação entre sentenças abertas (como ‘ $x > y$ ’) e objetos não-lingüísticos (como os números 6 e 5). A teoria da verdade recentemente proposta por Kripke (1975) é uma variante daquela de Tarski, essencialmente modificada para dar conta dos paradoxos semânticos de uma maneira mais sofisticada. A explicação de Popper para a verdade e sua teoria da verossimilhança ou proximidade da verdade é baseada na teoria de Tarski, que Popper considera fornecer uma versão mais precisa das tradicionais teorias da correspondência. A teoria da verdade como redundância, apresentada por Ramsey (1927), afirma que ‘verdadeiro’ é redundante, pois dizer que é verdade que p é equivalente a dizer que p. É evidente que esta explicação tem algumas afinidades com a máxima de Aristóteles e, conseqüentemente, com alguns aspectos da teoria de Tarski. Houve diversas variações recentes da teoria de Ramsey: a explicação ‘performativa’ de Strawson (1949), a teoria ‘simples’ da verdade, sugerida por Prior (1971) e ampliada por Mackie (1973) e Williams (1976), e a teoria ‘prossentencial’ apresentada por Grover, Camp & Belnap (1975). HAACK, Susan. **Filosofia das Lógicas**. Trad: Cezar Augusto Mortari, Luiz Henrique Araújo Dutra. Unesp: São Paulo, 1978. p. 127-129

¹⁵¹ ABELLÁN, Marina Gascón. **Los Hechos en el Derecho – bases argumentales de la prueba**. 2. ed. Marcial Pons: Madri, 2004. p. 70. Importa também trazer aquilo que diz Habermas sobre a verdade ser um consenso de relações intersubjetivas: “O entendimento mútuo não pode funcionar sem que os envolvidos se refiram a um único objetivo e estabilizem, com isso, o espaço público

Expostas sucintamente esses conceitos, volta-se, novamente, os olhos diretamente ao Direito e a ele diversos são os objetivos conferidos. Por decorrência lógica, ao instrumento de materialização do Direito, o Processo, são conferidos idênticos objetivos. A busca pela verdade, por evidente, é um destes, aliado à resolução da controvérsia de forma justa, pacificando o conflito. Isso, sempre à luz de um processo justo que respeite um devido processo constitucional.

Não por outra razão é que à verdade sempre foi conferido papel de especial relevância no direito, e, em particular, no processo¹⁵². E não por outra razão é que a verdade, como dito, sempre ocupou largo espaço na doutrina, especialmente daqueles que se dedicam ao estudo da Prova no Processo Civil.

A descoberta da verdade, através da Prova, colabora para a entrega de uma prestação jurisdicional que se aproxima da justiça e que, por decorrência, permite a pacificação do conflito tanto quanto possível. Essa é uma ideia geral e que possui boa aceitação, pois, de fato, a verdade existe como um dos fins do processo.¹⁵³

No entanto, a um problema inicial que, por si, demonstra a dificuldade de entrega da verdade, mesmo que as afirmações estejam substancialmente demonstradas. Existem ocasiões em que um fato tido por provado e, por decorrência, verdadeiro, após determinada evolução técnico-científica, mostra-se falso. Isso não apenas no Direito, mas em todas as ciências. Descobertas são feitas todos os dias e

intersubjetivamente partilhado, do qual pode se descolar tudo de meramente subjetivo. A suposição de um mundo objetivo, independente de nossas descrições preenche uma exigência funcional de nossos processos de cooperação e entendimento mútuo. Sem essa suposição, sairia dos eixos uma práxis que se apóia na distinção (de certo modo) platônica entre opinião e saber incondicional. Se devesse se revelar que não podemos proceder essa distinção, a consequência seria mais um mal-entendido patológico a respeito de nós mesmo do que uma compreensão ilusória do mundo. Enquanto o ceticismo receia um erro epistemológico, o contextualismo suspeita de uma construção defeituosa em nossa maneira de viver". HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação - Ensaios Filosóficos**. Tradução de Milton Camargo Mota. Loyola: São Paulo, 2004. P. 234.

¹⁵² Michele Taruffo, sobre o tema: "la configurazione del processo civile come strumento finalizzato a fare giustizia, e non soltanto a risolvere controversie, porta la maggior parte degli ordinamenti processuali moderni ad adottare quella che si è definita come ideologia legale-razionale della decisione giudiziaria, e quindi a collocare l'accertamento della verità dei fatti tra gli obbiettivi fondamentali del processo civile." TARUFFO, Michele. **La Prova nel Processo Civile**. Giuffrè Editore: Milano, 2012. p. 113.

¹⁵³ Como dizem Marinoni, Arenhart e Mitidiero: "A ideia de prova evoca, naturalmente, e não apenas no processo, a racionalização da descoberta da verdade. Realmente, a definição clássica de prova liga-se diretamente àquilo 'que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente'. Tem-se (ou, tinha-se) essa ideia para a ampla maioria das ciências, e a ciência processual clássica não foge à regra." MARINONI, Luiz Guilherme. CRUZ ARENHART, Sérgio. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil, V. 2**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 250.

derrubam dogmas e afirmações já consolidadas. O Direito, ciência das mais humanas e suscetíveis às imperfeições de quem o cria não passaria ileso a este fato. Assim o fato provado não é sinônimo de fato verdadeiro. E o sistema que é, acertadamente, *truth oriented*. verifica essa inescapável dificuldade. Prova e verdade possuem indissociável conexão, mas um não necessariamente leva ao outro.¹⁵⁴

Assim, o Direito está, inevitavelmente, fadado, aqui e ali, ao erro. Ainda que ofereça soluções, ainda que seja a única forma de manter uma convivência social que diminua as injustiças e arbitrariedades, fatalmente recairá em equívocos. Seja por um deslize de interpretação de um fato, seja por incapacidade técnico-científica de demonstrar adequadamente um acontecimento, ou mesmo, quando há uma mudança de entendimentos, há quem dirá que o que foi decidido no passado estava, assim, errado, mesmo que provado.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Como bem aponta Vitor de Paula Ramos: “Não obstante, o fato de o conceito de prova e de verdade estarem intimamente ligados não quer dizer que são sinônimos. “Está provado” não significa, com efeito, “é verdade”, mas simplesmente que existem elementos de juízo suficientes a favor ou contra algo. Prova e verdade estão ligadas teleologicamente: isto é, o fim da prova é a busca da verdade, e o sistema deve ser *truth oriented*.” RAMOS, Vitor de Paula. **Direito Fundamental à Prova**. In: Revista de Processo, vol. 224. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/2013. p. 43.

¹⁵⁵ Valiosa é a lição de Rudolf Von Ihering: “Os dois elementos do direito, na acepção objetiva, desenvolvidos até o momento – a norma e a coação – são de natureza puramente formal, nada nos dizendo acerca do seu conteúdo. Através deles, só chegamos ao conhecimento de que a sociedade exige certas coisas de seus membros, não, porém, porque e ao para que. Sabemos apenas da forma exterior do direito, que em toda parte permanece igual, capaz de acolher o mais diferente conteúdo. Somente por meio do conteúdo é que podemos perquirir para que o direito realmente serve à sociedade, e esta constitui a tarefa da exposição subsequente. Uma tarefa insolúvel, ouço clamar, de vez que este conteúdo é, na realidade, variável, modificando-se eternamente, aqui, de uma forma, acolá, outra forma – um caos concebido em um rio que flui continuamente, sem consistência, sem regra. O que se proíbe aqui, é facultado em outro lugar; o que se preceitua aqui, interdita-se lá. Fé e superstição, brutalidade e civilização, sede de vingança e amor, crueldade e humanitarismo, e o que, ainda, deverei mencionar? – tudo tem sido receptado de bom grado pelo direito, que parece irresistente a todas influências que forem suficientemente poderosas para torna-lo útil, moldá-lo, sem uma postura interior própria e segura. A contradição, a perene mudança parece constituir, intrinsecamente, a essência do direito. A conclusão, seria efetivamente desoladora, se a missão do direito fosse a realização de algo verdadeiro em si. Nesses termos, não nos resta senão confessar que o direito está condenado a errar eternamente. Cada época, ao modificar o direito, reprimiria a precedente, que julgava haver encontrado aquilo que é verdadeira em si, para logo em seguida ser, por sua vez, acusada de erro. A verdade estaria sempre a alguns passos do direito, sem ser jamais apanhada – uma borboleta que um menino procura capturar: mal se aproxima dela, sorratamente, e ela já esvoaça. A ciência também se acha condenada à eterna busca. Entretanto, esta sua busca não é meramente um procurar, mas um constante encontrar – o que ela realmente encontrou permanece para todos os tempos. Ademais, sua procura é inteiramente livre: em seu domínio não há autoridade que empreste ao erro o poder da verdade, como ocorre com o direito. As afirmações da ciência são sempre impugnáveis, ao passo que as do direito possuem vigência positiva – mesmo que as considere erro, deve submeter-se a elas. Quem exprime tais protestos contra esta situação do direito, deve acusar-se a si próprio, eis que toma para ele um critério inadequado: o da verdade. A verdade é escopo do conhecimento, mas noção da conduta. A verdade é sempre uma, de forma que todo desvio dela, constitui erro. A oposição entre verdade e o erro é absoluta. Para o agir, contudo, ou o que significa o mesmo, para a vontade não há critério absoluto, de tal arte que apenas um

No entanto, estando certo que há sempre uma possibilidade de equívoco, não há como dissociar a relação teleológica existente entre prova e verdade. A despeito de todas limitações humanas, é inegável que não há forma de obtenção da verdade longe da prova. No entanto, como pode se presumir, o caminho para a verdade é mais tortuoso do que se gostaria de se admitir. É claro que a razão da fase instrutória no processo é retirar um véu de incerteza sobre os fatos tanto quanto possível. Isso, em outras palavras, é buscar a verdade. Não significa, no entanto, que está será alcançada. Tampouco significa que seja fáticamente possível alcança-la de modo absoluto.

A descoberta da verdade, através do processo, não é simples e, para permitir a conciliação dessa busca pela reconstrução mais fiel possível dos fatos com outros aspectos e garantias, realizam-se concessões com os níveis de verdade que são buscados e aceitos.¹⁵⁶

A busca pela verdade, como acima referido, fica evidente, ocupa parte relevante nos objetivos do processo. Contudo, como dito também, ela encontra limites nas demais garantias previstas no ordenamento, com as quais tal busca tem que estar adequada.

A complexidade do debate encontra, aqui, um de seus cernes. A *prima facie*, causa estranheza quando se identifica na doutrina o debate de níveis de verdade. Essa estranheza é, de certa forma natural, uma vez que um fato é verdadeiro ou não é, ocorreu ou não ocorreu, é ou não é.

conteúdo volitivo fosse o verdadeiro, os outros todos sendo falsos. O critério é relativo: o conteúdo volitivo pode, nesta situação, neste estágio, ser diverso do daquela situação, daquele estágio e, sem embargo, ser, nos dois casos, o certo, ou seja, aquele que atende ao objetivo." IHERING, Rudolf Von. **A Finalidade do Direito**. Trad: José Antonio Faria Correa. Editora Rio: Rio de Janeiro, 1979. P. 232-233.

¹⁵⁶ Em semelhante sentido está o que refere Simone Trento: "Embora a averiguação da verdade dos fatos não seja o único objetivo que deva ser perseguido durante a instrução processual e quando da decisão da causa, trata-se de finalidade institucional da instrução probatória, ou seja, da razão de ser pela qual se está a realizar a instrução da causa." TRENTO, Simone. **As Cortes Supremas Diante da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 44. A autora continua nessa linha quando refere: "Em verdade, todo o sistema jurídico é estruturado sob a perspectiva de que o direito se realize de acordo com os fatos efetivamente ocorridos. Em outras palavras: as consequências jurídicas abstratamente previstas pelo ordenamento jurídico para os casos de ocorrência de determinados fatos operativos devem ser aplicadas apenas quando os fatos operativos tenham realmente ocorridos; se foram outros os fatos que ocorreram, a consequência jurídica aplicável deve ser aquela abstratamente prevista para estes outros fatos." TRENTO, Simone. **As Cortes Supremas Diante da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p.45. A lição da autora encontra ainda mais força se lido sob a ótica de que a reconstrução perfeita dos fatos, ao menos atualmente, é impossível, sendo necessário, trabalhar com o conceito de verdade possível.

Não existiria, assim, meia verdade. Pois, para o processo, tal afirmação não pode ser levada em sua literalidade.

O processo possui níveis de complexidade que escapam a essa simples constatação. O processo como fato social e jurídico absorve e tenta atender às complexidades que a convivência em sociedade impõe e transforma, assim, a solução que propõe em fatos de complexidade muito mais ampla a mera constatação da existência ou não de um fato.

Dito isso, é evidente que o processo possui um assumido compromisso com a busca da verdade. Mas existem graus de intensidade sobre os quais é possível debater e verificar até que ponto esse compromisso se estende. Quando se fala em *standards* de prova, se está materializando esses graus de intensidade dizendo, em outras palavras, o quanto é necessário provar para considerar tal fato verdadeiro ou não, aquilo que é aceitável para que passe a ser aceito como realidade determinada circunstância, quando está tido por provado determinado fato. Por tais razões é que se debate um leque de possibilidades sobre qual a verdade que o processo busca. Para o processo existe sim mais de um tipo de verdade. Fala-se em verdade absoluta, verdade material, verdade formal¹⁵⁷, verdade possível, quase verdade¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Sobre a distinção entre verdade material e formal, está a lição de Jordi Ferrer Beltrán: “A verdade material é aquela de que se fala fora do processo judicial. Por isso, também é possível referir-se a essa pela denominação de verdade *tout court*, sem outros qualificativos. Não está claro quais seria as condições de verdade nesse sentido, em que os teóricos propuseram tal distinção estavam pensando, mas é plausível sustentar que a verdade (material) de um enunciado dependa de sua correspondência com o mundo: da ocorrência dos fatos cuja existência é afirmada, ou da não ocorrência dos fatos cuja existência é negada. Essa é, precisamente, a verdade que se crê inalcançável, pelo menos em muitas ocasiões, no processo judicial. A verdade forma, por outro lado, é aquela que se obtém no processo, como resultado da atividade probatória. Tal verdade formal pode coincidir ou não com a material (mesmo que, frequentemente, admita-se ser desejável que o faça), mas seria aquela que gozaria de autoridade jurídica. Independentemente da coincidência com os fatos realmente ocorridos, à declaração de fatos provados realizada pelo juiz ou tribunal na sentença é atribuída a qualificação de verdadeira formalmente.” FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e Verdade no Direito**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 66.

¹⁵⁸ Miguel Reale, por exemplo, propõe a ideia de “quase verdade” ante a impossibilidade do atingimento da verdade total: “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’, romando este setundo 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 sgndo 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 mais do que conjecturas, o que demonstra que a conjectura habita no âmago da verdade, por mais que nossa vaidade de homo sapiens pretensa sustentar o contrário. (...) não há nessa atitude, porém, nenhum laivo de ceticismo ou de relativismo, pos quem conjetura, quando a verdade não se lhe impõe precisamente ao espírito, quer lançar uma ponte sobre a dúvida que separa uma

Sobre o tema parece necessário firmar posição, para compreender o que seria a verdade buscada pelo processo. Para tanto, entender que a verdade absoluta/real como inatingível, permite uma visão mais humana do processo, sendo a verdade buscada aquela mais próxima possível da retratação dos fatos como estes ocorreram, ou seja, uma verdade possível. Como forma de simplificação de leitura, para os fins deste trabalho, a verdade absoluta é utilizado como sinônimo da verdade material/real. De outro lado, a verdade possível se identifica em sentido com a verdade formal, do processo ou ainda verdade provável. E a verdade possível ou a verdade provável, conforme ao longo deste trabalho se pretende vincular, está ligada à ideia da probabilidade e da verossimilhança.¹⁵⁹

No entanto, o Direito para que cumpra seu papel não pode estar necessariamente preso a rigidez conceitual de determinados objetos. Tal

verdade da outra, para usarmos uma imagem feliz de Augusto Comte. É que o pensamento, tanto como a natureza, tem horror ao vácuo, ao não explicado ou compreendido. Vaihinger, afirmando que toda verdade se reduz a uma 'ficção', a um como se (al sob) que o nosso espírito admite apar compreender e dominar uma série de situações problemáticas, atendendo, assim, a 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 seus próprios fins vitais, constituindo, ao mesmo tempo, uma lógica naturalista e operacional. REALE, Miguel. **Verdade e Conjetura**. Nova Fronteira: São Paulo, 1983. p. 17-18.

¹⁵⁹ Nesse sentido, Hermes Zaneti Júnior demonstra que há uma relação crescente entre verdade possível, probabilidade e verossimilhança, onde cada conceito significa um grau de certeza mais elevado que o anterior: "Os operadores do direito usam indistintamente as expressões verdade possível, verossimilhança e probabilidade. Elas estão entre si em relação crescente de certeza para o processo: provável é mais do que verossímil e verossímil mais do que verdade possível". ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O Problema da Verdade no Processo Civil: Modelos de Porva e de Procedimento Probatório**. Revista de Processo, V. 116/2004. P. 337. A diferenciação conceitual, ainda que precisa, não encontra maior destaque no presente trabalho, uma vez que o objetivo é de demonstrar que a decisão judicial parte de um standard menor que a verdade absoluta, para sim uma verdade possível, a qual é materializada através de um juízo de probabilidade adotado pelo juiz quando este analisa o conteúdo instrutório do processo. Inclusive, a qualificada doutrina de Marinoni e Arenhart critica a diferenciação de verdade substancial e verdade formal, declarando a mesma como quase obsoleta e desnecessária: "Atualmente, a distinção entre verdade formal e substancial perdeu seu brilho. A doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando essa diferenciação, corretamente considerando que os interesses objetos da relação processual penal não têm particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar esse método de reconstrução dos fatos diverso daquele adotado pelo processo civil. Realmente, se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana – como a família e a própria capacidade jurídica do indivíduo e os direitos metaindividuais –, pelo que totalmente despropositada a distinção da cognição entre áreas. (...). A ideia de verdade formal é, portanto, absolutamente inconsistente e, por essa mesma razão, foi (e tende a ser cada vez mais), paulatinamente, perdendo seu prestígio no seio do processo civil. A doutrina mais moderna nenhuma referência mais faz a esse conceito, que não apresenta qualquer utilidade prática, sendo mero argumento retórico a sustentar a posição de inércia do juiz na reconstrução dos fatos e a frequente dissonância do produto obtido no processo com a realidade fática. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio. **Prova e Convicção**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 36-37

reduccionismo impediria, mais das vezes, o processo e, por decorrência, o próprio Direito de entregar uma prestação jurisdicional que solucionasse os conflitos inerentes à convivência social.

A partir disto, em razão de uma real necessidade, é que se admite falar-se em verdade formal, quase verdade, etc. Por evidente que tais termos são apenas ficções instituídas e aceitas para suprir a impossibilidade de chegada à verdade absoluta e permitir que o Estado entregue uma decisão com base naquilo que foi provado, que é, assim, a verdade do processo. Em outros termos, a verdade processual é, uma alta probabilidade, um elevado grau de verossimilhança às provas produzidas ou ainda, uma convicção judicial materializada em uma certeza jurídica.¹⁶⁰

161

A renúncia a ideia de verdade material, contudo, permite certo conforto, pois confere ao julgador a possibilidade de mesmo sabedor das limitações existentes,

¹⁶⁰ Marina Gascón Abellán ensina nessa linha: “El panorama que se acaba de dibujar, así como sus posibilidades de superación, puede analizarse recurriendo a la distinción entre los conceptos de verdad y prueba, entendiendo por verdad la correcta descripción de hechos independientes (es decir, el concepto de verdad como correspondencia) y por prueba la descripción de los hechos formulados en el proceso. Nótese también que en la literatura procesal y en la jurisprudencia es frecuente aludir al concepto de prueba con el de verdad procesal o formal, y en la medida en que se tenga claro su significado no veo gran inconveniente – salvo, naturalmente, el de la falta de rigor conceptual – en seguir utilizando este binomio. Así definidos los términos, podría decirse que tanto la concepción objetivista flerte de la prueba como la subjetivista conducen a una anulación de la dualidad verdad-prueba, si bien en cada caso por razones diferentes. En el primer caso, la anulación se produce por una identificación entre ambos conceptos: la declaración de hechos probados de la sentencia es la expresión o reflejo de la verdad, porque los procedimientos probatorios proporcionan – o se actúa con la ideología de que proporcionan – resultados infalibles. En el segundo, la anulación se asienta en una impugnación de la idea de conocimiento objetivo: no hay más verdad procesalmente conocida y declarada. Con el mismo corolario inquietante: los jueces serían, por definición, infalibles. Ahora bien, nótese que el concepto de verdad (o de verdad objetiva) traduce, en relación con el de prueba (o de verdad procesal), un ideal, y en esta medida dicha distinción tiene la virtualidad de poner de relieve las inevitables limitaciones que el procedimiento probatorio padece a la hora de averiguar sólo la verdad procesalmente declarada resulta jurídicamente relevante, no es infalible, y desde luego puede ser distinta (de mayor pero también de menor calidad) a la obtenida a través de otros procedimientos que no tengan las trabas y limitaciones procesales. Por eso, la distinción entre estos dos conceptos no sólo es posible sino incluso necesaria si se quiere dar cuenta de carácter autorizado pero falible de la declaración de hechos de la sentencia. Es más, la distinción juega también un importante papel metodológico, pues pone de manifiesto la necesidad de establecer garantías (epistemológicas) para hacer la declaración de hechos probados obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad.” ABELLÁN, Marina Gascón. **Cuestiones Probatorias**. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2012. p. 22-24.

¹⁶¹ A lição de Hermes Zaneti Jr. caminha em sentido semelhante: “A verdade absoluta no processo civil não pode ser jamais atingida. O que se obtém é, no máximo, um juízo de probabilidade, uma verdade provável. Este juízo de verossimilhança, que aporta ao final do processo com alto grau de probabilidade de ser verdadeiro, é alçado à ‘certeza’ com o trânsito em julgado da decisão, erigindo-se em um patamar de ‘certeza’ (rectius: estabilidade e previsibilidade).” ZANETI JR., Hermes. Direito Probatório, Lógica Jurídica e Processo: A Racionalidade Prática Procedimental e o Retorno ao Juízo. In: **Provas: Aspectos Atuais do Direito Probatório** Coord: Daniel Amorim Assumpção Neves. São Paulo: Método, 2009. p. 193.

de que sua decisão provavelmente não reflita com total exatidão o ocorrido, ainda sim é fruto de uma certeza jurídica atingida pela produção probatória através de um processo democrático vinculado ao devido processo, em especial a um amplo contraditório. Isso levado como regra, não significa, contudo, que não existam ocasiões que mesmo provado o fato, este não seja verdadeiro.

De todo modo, como há essa divisão em razão de uma reconhecida incapacidade de reconstruir os fatos em sua total exatidão, convencionou-se por estabelecer “níveis” de verdade, como visto. Deste fato, a doutrina parece, hoje, concordar que é impossível falar-se em verdade absoluta, ou como Taruffo diz, nem mesmo as ciências exatas hoje trabalham com este ideal.¹⁶²

Ainda que a verdade possa constituir um “pressuposto ético do processo justo”¹⁶³, a verdade que se permite dar esse significado não é aquela que reproduz perfeitamente os fatos.

A verdade absoluta, a despeito de todo esforço que possa e deva ser feito para sua descoberta¹⁶⁴, é inatingível por questão simples. Há uma limitação, não apenas humana, mas técnico-científica que obstaculiza a reconstrução exata dos

¹⁶² Nas palavras do referido autor: “Uma dessas questões concerne à distinção entre verdade absoluta e verdade relativa. Esse é um problema filosófico importante, todavia, aqui podemos superá-lo com poucas palavras. De fato, a ideia de uma verdade absoluta poder uma hipótese abstrata em um contexto filosófico amplo; entretanto, não se pode sustentar racionalmente que uma verdade absoluta possa ou deva ser estabelecida em qualquer domínio do conhecimento humano, tampouco no contexto judicial. Mesmo ciências rígidas como as físicas e as matemáticas não pretendem ser capazes de alcançar verdade absolutas; de fato, a ideia de uma verdade absoluta parece pertencer somente aos domínios da religião e da metafísica. Em verdade, em todo o contexto do conhecimento científico empírico, incluindo o dos processos judiciais, a verdade é relativa. Na melhor das hipóteses, a ideia geral de verdade pode ser concebida como uma espécie de ‘ideal regulador’, ou seja, como um ponto de referência teórico que se deve seguir a fim de orientar a empresa do conhecimento na experiência real do mundo”. TARUFFO, Michele. **A Prova**. Marcial Pons: São Paulo, 2014. p. 25-26.

¹⁶³ A ideia lançada por Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero possui o seguinte texto: “A verdade é pressuposto ético do processo justo. Uma das fontes de legitimação da função judiciária é a verdade – veritas, non auctoritas facit legem. É necessariamente injusta a decisão baseada em falsa verificação das alegações de fato no processo. Daí existir uma relação teleológica entre prova e verdade – inexistente a possibilidade de separação entre verdade dentro e fora do processo – e pode ser satisfatoriamente definida a partir da ideia de correspondência” WOLFGANG SARLET, Ingo. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 656.

¹⁶⁴ Como já defendido anteriormente, a verdade real, absoluta, serve como norte e como standard de qualidade, mesmo que se saiba da impossibilidade de se atingi-la. PORTO, Guilherme Athayde. **Formação da Coisa Julgada e Prova Produzida: Uma Perspectiva do Processo Coletivo para o Individual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. P. 28.

fatos, impedindo a demonstração fiel do ocorrido. Ovídio Baptista já alertava para a incapacidade do processo de entregar essa verdade absoluta.^{165 166}

E, mais das vezes, é possível entregar uma prestação jurisdicional justa e adequada com o conceito da verdade possível, ou seja, a verdade que as provas permitiram demonstrar. Esse conceito de verdade anda bem em consonância com o contexto jurídico pátrio uma vez que ela é construída através do exercício de um contraditório amplo, de forma dialética e democrática.

Isso não significa, no entanto, que aqui ou ali não se cometam equívocos ou injustiças, frutos de más interpretações ou mesmo fruto de vieses inadequados. Trata-se de condição inerente da própria humanização do direito. Enquanto pessoas forem os juízes, todos estarão sensíveis às circunstâncias dos fatos. E aqui, vale dizer, não há qualquer crítica, uma vez que ainda que o avanço tecnológico e da inteligência artificial permita a automatização do direito, retirar o lado humano da análise dos fatos possivelmente abrirá espaço para outra série de problemas, mas os quais não possuem espaço nem são o foco deste trabalho.¹⁶⁷

De todo modo, a relação entre prova e verdade, ainda que seja íntima, ela não é absoluta. Aliás, há uma tríade que caminha lado a lado, mas que não necessariamente aportam no mesmo destino. Assim o caminho prova-verdade-justiça, ainda que respeitável, não é uma equação perfeita (novamente, o fato da falibilidade humana se apresenta como fator determinante). Nem sempre a prova leva à verdade (como já referido anteriormente). E mesmo quando leva, nem sempre a verdade reflete a justiça. Logo, ainda que possuam relação próxima, não necessariamente uma levará a outra.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Refere Ovídio Baptista da Silva: “Seria uma pura e pretensiosa ingenuidade imaginar que o processo civil seja instrumento capaz de permitir a determinação da verdade absoluta a respeito dos fatos.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso de Processo Civil. V.I. 6.** ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 337.

¹⁶⁶ Fernando Pereira Rodrigues também segue em linha semelhante: “Conhecer a realidade de um facto é de difícil labor, na maioria dos casos até de impossibilidade verificada, porque os factos nem todos se caracterizam pela maior singeleza, antes se revestem, quase sempre, de grande complexidade, pelo que nunca se apreende a realidade toda, tanto mais se se tratar de uma realidade do passado. PEREIRA RODRIGUES, Fernando. **Os Meios de Prova em Processo Civil.** 3º ed. Lisboa: Almedina, 2017. p. 15.

¹⁶⁷ Sobre a inteligência artificial e a mecanização do direito, confierir PORTO, Sérgio Gilberto. **Processo Civil Contemporâneo – Elementos, ideologia e perspectivas.** Salvador: Juspodivm, 2018.

¹⁶⁸ Jordi Ferrer Beltrán leciona nesse sentido: “As diferentes limitações processuais à busca da verdade no processo permitem dizer, como destacado pela maioria dos especialistas, que em boa parte dos casos em que consideramos provadas proposições sobre os fatos não é possível afirmar que a proposição provada é verdadeira. Mais do que isso, em algumas ocasiões, mesmo que conheçamos a falsidade das proposições em questão, é perfeitamente possível sustentar que a

Não é porque determinada afirmação foi tida por provada que esta é verdadeira. Aliás, é certo que verdade absoluta não é, como visto. Talvez, a afirmação tida como provada esteja afastada da verdade.¹⁶⁹ Contudo, a prova foi suficiente para criar convicção, para criar certeza no juízo.

Por hipótese, para elucidar como o direito está mais adequado à sociedade quando adota um critério de reconstrução possível dos fatos (ou seja, um standard mínimo aceitável para entrega da uma decisão), vale a realização de um raciocínio simples, porém elucidativo.

Acaso fosse possível, através das técnicas existentes a reprodução perfeita dos fatos ocorridos, ainda assim, por melhor que a prova fosse, estas permaneceriam à mercê dos fatos humanos. Ao juiz é dado o poder-dever de interpretação dos fatos e das provas. Com essa lógica, é perfeitamente possível imaginar que a perfeita reprodução dos fatos ainda pode ser alvo de uma má avaliação judicial, de um equívoco na interpretação do ocorrido. Não há como, neste momento histórico, ignorar o juiz-humano, suscetível a todas vicissitudes inerentes à condição humana, como já dito. Logo, mesmo admitindo-se a perfeita reconstrução técnico-fática, ainda assim é possível ver que a decisão depende de um momento interpretativo que pode levar ao mal julgamento.

Assim, a probabilidade passa a se tornar aquilo como aceitável a se tornar verdade para o processo, mesmo que não condiga com a realidade. Por decorrência, retorna-se ao já afirmado. A prova não possui apenas o fim da busca pela verdade, tampouco apenas pela certeza judicial. Ela anda em direção aos dois, ainda que nem sempre os dois encontrem-se na linha de chegada, por diversas e diversas circunstâncias, desde a má qualidade na produção da prova como pela própria interpretação judicial desta reconstrução.

proposição está provada (se se considerar, levando-se em conta unicamente os elementos de juízo presentes no processo, que esses são suficientes para aceita-la como verdadeira, ou se o direito obrigar a que se faça isso).” FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e Verdade no Direito**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.73.

¹⁶⁹ Jordi Ferrer Beltrán leciona em semelhante sentido: “As diferentes limitações processuais – e não processuais (como os interesses das partes) – que podem interferir na determinação da verdade dos enunciados que declaram fatos provados fazem com que, em algumas ocasiões, sejam declarados provados enunciados falsos. Sendo assim, defendeu-se a necessidade de levar em conta, de alguma forma, os casos em que o transcurso normal do processo, por uma ou outra das razões estudadas, conduz a que se declarem provados fatos que se afastam do que realmente aconteceu. FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e Verdade no Direito**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 65.

Não fosse dado ao juiz a liberdade de interpretação e valoração das provas, retornar-se-ia ao sistema da prova tarifada, e, se sabe, não é este o propósito do modelo de processo atual. Há, evidentemente, posições limitantes ao juiz quanto à sua valoração dos elementos instrutórios. A posição assumida deve ser, no mínimo, lógica e coerente frente ao contexto de evidências presentes na demanda, pois, da mesma forma, se diferente fosse, estar-se-ia também adotando o sistema de íntima convicção, também inadequado ao sistema processual vigente.¹⁷⁰

Portanto, não é demasiado afirmar, parece, que a instrução probatória ainda que insuficiente para uma reconstrução perfeita dos fatos, ainda assim, mais das vezes, permite ao julgador ter um conhecimento dos fatos suficientes para criar sua convicção e entregar uma prestação jurisdicional racional e adequada, dentro de um grau de alta probabilidade.

Parcela da doutrina entende que mesmo a verossimilhança já seria suficiente para conferir legitimidade à decisão judicial.¹⁷¹

Ainda que certeza e verossimilhança sejam conceitos distintos, não se pode ignorar que muitas decisões não possuem caráter de certeza, mas sim de verossimilhança. A realidade, máxima vênua a entendimentos diversos, não pode ser ignorada. Pelo contrário, ela deve ser considerada para permitir que haja um aperfeiçoamento dos institutos jurídicos.

A qualidade da instrução probatória é que irá definir a qualificação do provável, do possível. Quanto melhor a produção probatória, quanto mais ampla e

¹⁷⁰ A ideia de Luis Alberto Reichelt acompanha essa referida noção: “Em uma primeira aproximação, é possível afirmar que a ideia de probabilidade serve como parâmetro indicador da existência de limites a serem observados pelo julgador no que se refere à atividade de valoração da prova. A ideia de liberdade, vetor fundamental a informar o regime jurídico contemporâneo aplicável em sede de apuração do valor a ser associado a uma determinada prova produzida nos autos, acaba sendo conjugada com a presença de orientações lógicas e éticas que, permeando a ideia de probabilidade, constituem-se em limites a serem observados pelo julgador.” REICHELTL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 196. O autor, da mesma forma, confere à probabilidade interessante conceito, em atenção à necessidade do magistrado formar seu convencimento, a despeito de uma material impossibilidade de descoberta de uma verdade absoluta: “A definição da ideia de probabilidade como grau de ressonância inferencial que permite afirmar a verossimilhança de uma alegação tecida a respeito de uma realidade histórica considerada juridicamente relevante constitui-se em um importante passo para a compreensão dos parâmetros de racionalidade que norteiam a atividade de formação do convencimento judicial.” REICHELTL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 209.

¹⁷¹ Nessa linha está o que diz Arruda Alvim: “A verdade, no processo, deve ser sempre buscada pelo juiz, mas o direito, embora se preocupe com a busca da verdade, não a coloca como um fim absoluto em si mesmo. Ou seja, o que é suficiente, muitas vezes, para a validade e a eficácia da sentença é a verossimilhança dos fatos.” ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Manual de Direito Processual Civil**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 830. Ainda sobre o tema da verossimilhança, é de se lembrar a obra de Daisson Flach, “A Verossimilhança no Processo Civil”.

destacada, maior será o nível de probabilidade atingido no processo, permitindo, assim, que o magistrado cumpra de forma eficiente outro de seus deveres, a adequada motivação de sua decisão.^{172 173}

¹⁷² A lição de Luis Alberto Reichelt é seminal quanto ao tema: “A ideia de verossímil como uma dimensão qualificada do possível traz consigo, como pressuposto, o reconhecimento de que o erro na valoração das versões da realidade é uma das possibilidades que não pode ser excluída ‘ab initio’. É inegável que o descarte daquelas possibilidades de contato entre as alegações e a realidade histórica que não encontrem referência nos autos abre as portas para os riscos de a formação do convencimento jurisdicional ser um resultado obtido a partir de algo que não seja exatamente aquilo que aconteceu. Esse perigo, por sua vez, é minimizado graças ao fato de a escolha de uma dentre as diversas possibilidades que se apresentam ao julgador não ser efetuada de maneira aleatória, mas racionalmente orientada. Deste modo, é correto afirmar que a aferição quanto à verossimilhança de uma alegação por parte do julgador pressupõe não só que essa versão seja considerada possível, mas também que ela se apresente convergente em face do retrato da realidade que é produzido através da atividade de instrução processual. À maior ou à menor efetividade da prova no que se refere ao estabelecimento de tal convergência corresponde, em última instância, a presença de um maior ou de um menor grau de probabilidade associada à alegação sobre a qual incide a atividade de instrução processual. Da análise acima efetuada exsurge, como conclusão inevitável, a possibilidade de afirmação no sentido de que a existência de probabilidade e condição para que se possa falar na verossimilhança de uma alegação. A maior ou a menor verossimilhança dessa alegação, por sua vez, requer a consideração do seu respectivo grau de probabilidade, sendo o resultado da atividade de instrução valorado à luz dos parâmetros de normalidade expressos em regras de experiência. Rejeita-se, deste modo, a ideia de provável como ‘ciò che si può provare come vero’, adequada apenas àqueles casos nos quais a realidade histórica se apresente suficientemente próxima do olhar do julgador, incapaz de fornecer uma explicação adequada às situações nas quais a investigação processual revela uma dimensão na qual o âmbito do possível e do verossímil coincidem. Não obstante a total dissociação entre as noções de probabilidade e verossimilhança possa soar tentadora em tese, os pontos de contato entre tais noções indicam que nenhuma delas possui finalidade autônoma. Ao contrário, o que se constata é uma forte integração entre tais conceitos: dificilmente será possível ao julgador considerar uma narrativa parecida com a verdade histórica sem dispor do contato mínimo com a realidade, o qual é garantido através das provas. Desta forma a ideia de probabilidade é inegavelmente relevante em um viés pragmático, para a compreensão da noção de verossimilhança. A presença de um mínimo de probabilidade como traço característico associado a uma versão da realidade histórica (ou seja, um mínimo grau de correspondência entre a narrativa trazida aos autos e a realidade histórica considerada juridicamente relevante) é, pois, condição para que se faça possível ao julgador afirmar a sua verossimilhança.” REICHELTL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 194-195.

¹⁷³ Nessa linha, vale destacar o que refere Cândido Dinamarco: “Em todos os campos do exercício do poder, contudo, a exigência de certeza é somente uma ilusão, talvez uma generosa quimera. Aquilo que muitas vezes os juristas se acostumaram, variando somente o grau de probabilidade exigida e, inversamente, os limites toleráveis de risco. E isso transparece, no processo de conhecimento, especialmente (embora não apenas) no tocante às questões de fato. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição sobre motivos divergentes. A probabilidade é menos que a certeza, porque os motivos divergentes não ficam afastados, mas somente suplantados; e mais do que a credibilidade, ou verossimilhança, em que na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem na situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 7. ed. Malheiros: São Paulo, 1999. p. 238-239. Em sentido um pouco diverso, vale trazer a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves: “Essa primeira constatação, que aponta a obtenção da verdade como algo inalcançável, meramente utópico, constitui o primeiro obstáculo material intransponível à obtenção da verdade absoluta, ou integral, no processo civil. Mas essa realidade não deve servir de desestímulo à continuação das presentes considerações, ainda mais porque essa intangibilidade da verdade absoluta é realidade comum a todas as áreas do conhecimento humano, e não privativa da área jurídica, tampouco da processual. Mas a questão permanece: se a verdade não pode ser alcançada no processo, o que então deve ser suficiente para uma

Assim, não há prejuízo renunciar ao inatingível conceito de verdade absoluta, pois a verdade possível é encontrada dentro de um contexto probatório existente com base em um processo democrático, com direitos constitucionais-processuais fundamentais na tentativa de pacificar adequadamente os conflitos, através de um modelo processual baseado no contraditório e na cooperação.

De nada serviria a inconformidade com a impossibilidade de atingimento desta verdade dita total, por razões evidentes. O Direito e o Processo são ciências de criação humana e, naturalmente, caminham com os mesmos vícios e limitações às quais andam os homens, como aliás, já dito.¹⁷⁴

Logo, se observa que existem concessões para que o Direito e o Processo possam entregar a prestação jurisdicional. Nesse contexto, a tarefa de compreender a renúncia a verdade absoluta como conceito buscado fica facilitada, pois visivelmente, abre caminho para decisões com base em verossimilhança, ganhando uma conotação de certeza jurídica.¹⁷⁵

Assim, quando se fala em verdade, dentro do contexto de um processo democrático, é a verdade atingida através das provas produzidas em contraditório amplo, não sendo necessário, assim, falar em verdade absoluta.¹⁷⁶

decisão correta e preocupada com a indispensável distribuição da justiça por meio da prestação de uma tutela jurisdicional de qualidade? Parcela considerável da doutrina afirma que ao processo basta a verossimilhança, com o que não se concorda, porque não é correta a conclusão de que a verossimilhança signifique verdade possível. A primeira é a aparência da verdade pela mera alegação de um fato que costuma ordinariamente ocorrer, enquanto a segunda continua a ser uma mera aparência da verdade (dado que esta é impossível de ser alcançada), é derivada justamente da prova produzida no caso concreto, e não da mera frequência com que o fato ocorre em situações similares.” ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. **Manual de Direito Processual Civil. Volume único**. 8. ed. Juspodivm: Salvador, 2016. p. 647.

¹⁷⁴ Como diz João Paulo Forster: “A verdade possível no âmbito do processo é fruto de uma construção democrática realizada com participação ativa de autor e réu, não se formando no interior do juiz, a partir de sua ‘íntima convicção’, mas de síntese do mencionado debate. A verdade fruto dessa extensa atividade processual é construto humano falível, mas que pode ser qualificada como ‘objetiva’ no sentido de que não pertence a um único sujeito, tendo sido submetida a refutações e que pode ser comprovada de maneira intersubjetiva.” KULCZYNSKI FORSTER, João Paulo. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil 0 V.II**. Coord. REICHEL, Luis Alberto, CAMILO DALL’ALBA, Felipe. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p.99.

¹⁷⁵ Hermes Zaneti Jr. possui pensamento nesse sentido: “A verdade absoluta no processo civil não pode jamais ser atingida. O que se obtém é, no máximo, um juízo de probabilidade, uma verdade provável. Este juízo de verossimilhança, que aporta ao final do processo com alto grau de probabilidade de ser verdadeiro, é alçado à certeza com o trânsito em julgado da decisão, erigindo-se em um patamar de certeza jurídica.” ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O Problema da Verdade no Processo Civil: Modelos de Porva e de Procedimento Probatório**. Revista de Processo, V. 116/2004. P. 337.

¹⁷⁶ Importante trazer os questionamentos de Susan Haack no que tange a verdade: “Is truth in the law just plain truth – or something sui generis? Is a trial a search for truth – or is it something more, something less, than that? Do the adversarial procedures of common-law systems promote factually sound verdicts? Do legal rules excluding relevant testimony enable the accurate determination of factual issues, or impede it? What bearing, if any, does the mathematical calculus

Diversos são os questionamentos, os quais nem todos possuem respostas objetivas e claras. Contudo, o modelo processual contemporâneo tem como fundamento a busca pela verdade – truth oriented – (verdade possível), especialmente através da prova. Prova e verdade possuem um elo que não pode ser ignorado. Atingir um só é possível através do outro.

O questionamento filosófico a respeito da verdade absoluta, verdade objetiva ou da verdade plena como refere a mencionada autora talvez seja insuperável, contudo, a busca por essa verdade, da verdade que confere ao magistrado a certeza de que julga de forma correta é o objetivo do processo civil moderno e a razão pela qual consagrou expressamente, por exemplo, o ônus dinâmico, permitindo uma adequação do procedimento probatório ao caso concreto.

Se é possível ou não, só se saberá a partir da busca incessante por ela. Quando Susan Haack questiona se o julgamento é a busca pela verdade ou se é algo a mais ou algo a menos que isso, é possível responder que, no Brasil de hoje, é sim a busca pela verdade através da prova. Pensar diferente parece desvirtuar o espírito do modelo processual, tão comprometido em entregar à sociedade e ao próprio Estado a solução que se aproxima ao máximo da “plain truth”¹⁷⁷

A prova, assim, é um caminho para a melhor decisão possível. Mas é mais do que isso. É o caminho, também, para firmar a certeza judicial. Mas a verdade não pode ser buscada a qualquer custo. Por isso, na relação entre prova e verdade, a primeira como meio e a segunda como consequência, deve estar de acordo com as demais garantias, como já referido anteriormente.

Se a verdade fosse o fim último e imprescindível para o processo, desnecessário seria o regramento sobre a obtenção de provas por meios ilícitos. A limitação da produção de provas apenas através de meios legítimos é sintomática. Há, portanto, limitação dentro da própria Constituição Federal e do Código de Processo quanto até que ponto é possível chegar para se descobrir a verdade. O sistema processual, seja ele o presente na Constituição, seja o adotado pelo CPC

of probabilities have on the degree and standards of proof invoked in the law? What role can statistical evidence appropriately play in legal proof? How does the argument and counter-argument of adversarial proceeding differ from what scientists do as they seek out, sift, and weigh evidence? How can courts best handle the scientific testimony on which they now so often rely, and how are they to distinguish genuine Science from pretender – or reliable scientific testimony from unreliable hokum?.” HAACK, Susan. Evidence Matters – Science, Proof and Truth in the Law. Cambridge, 2015. P. Introdução, XV.

¹⁷⁷ HAACK, Susan. Evidence Matters – Science, Proof and Truth in the Law. Cambridge, 2015. P. Introdução, XV.

busca um processo justo, o qual inclui a busca pela verdade dentro de limites bem estabelecidos. Por isso, também, os poderes do juiz na produção probatória também estão submetidos aos limites constitucionais. A ninguém é conferido poderes absolutos e atemporais para a busca da verdade.

Que fique claro. Impor limitações não significa, em absoluto, renunciar a sua busca. Significa, apenas, adaptação a todas exigências que a ordem jurídica impõe. Nenhum princípio, hoje, é absoluto. Todos, em algum momento, encontram-se em choque com algum outro conceito que os relativiza. A busca pela verdade não é diferente. A tentativa de reconstrução dos fatos encontra obstáculos naturais, como a duração razoável do processo. Não é possível tornar uma parte eternamente refém até que sejam produzidas as provas suficientes para demonstrar a certeza. Existiria, fosse esse o caso, uma desproporcionalidade conceitual, em que a busca pela verdade superaria outros ideais igualmente importantes, como a não eternização do conflito.

Fosse a verdade força motriz indispensável para o deslinde do processo, se permitiria a tortura para obtenção de confissão, se permitiria a violação da intimidade do lar sem ordem judicial para busca de documentos e outras provas. Fosse a busca da verdade ponto insuperável, a coisa julgada não faria sentido, pois não raro, os avanços científicos permitem a produção de provas que à época de determinado julgamento não era possível, constatando que um *error in iudicando* fora cometido.

Essa, todavia, não é a ideia do Processo Civil moderno, o qual é calcado em um marco democrático, baseado em contraditório. As provas, para demonstração da verdade, devem ser obtidas por meios que atendam ao apregoado pela Constituição Federal. E ao assim ser, não há como impor a busca por verdade absoluta, seja porque inatingível sob o ponto de vista fática, mas também sob o ponto de vista técnico.¹⁷⁸

¹⁷⁸ José Tesheiner bem explica: “Não se pensa, pois, em “verdade absoluta”. É evidente, também, que um enunciado não se torna verdadeiro por resultar de um processo. Nessa linha de pensamento, não há uma verdade processual ou formal não passa às vezes de uma solene mentira. Quando se fala, pois, em verdade formal, aponta-se para o fenômeno de que, para efeitos processuais, determinado evento é havido como existente ou inexistente. Tem-se, aí, um fenômeno processual que nenhum jurista pode negar. A expressão ‘verdade formal’ aponta para esse fenômeno. A expressão pode ser inadequada, mas tem em seu prol uma longa tradição. O fenômeno existe e não deixará de existir, porque inadequada a expressão escolhida para significá-lo.” TESHEINER, José Maria. **Direitos Fundamentais, Verdade e Processo**. In: **Direito Probatório**. Org. FÉLIX JOBIM, Marco. SANTOS FERREIRA, William. 2. ed. Juspodivm: Salvador, 2016. p. 62.

A verdade, por conseguinte, não pode ser um fim em si mesmo, sob pena de desvirtuar todos os demais objetivos do processo. A relação da prova com a verdade, como já dito, é próxima, mas não pode ser definitiva nem impositiva. Deve ser lida à luz de todo ordenamento, o qual possui uma outra série de objetivos tão ou mais importantes que a própria descoberta da verdade. E, ademais, nem sempre a verdade reflete verdadeiramente justiça, pois não raro, direito e justiça (especialmente sob um ponto de vista social) encontram caminhos colidentes.¹⁷⁹

A relação da prova com a verdade não pode escapar a essas amarras até aqui percorridas. Não se pode esquecer que o processo é um duelo argumentativo. As partes têm o direito de defender seus próprios interesses e assim o fazer, dentro dos limites da licitude, é claro. E Mesmo em um modelo cooperativo, respeitando um dever de veracidade, ainda assim as partes defenderão seus interesses, entregando evidências que as favoreçam sem necessariamente criarem qualquer violação aos deveres de colaboração e veracidade¹⁸⁰.

É possível, com tranquilidade, extrair que as partes não estão preocupadas com a verdade e com a justiça, mas sim com sua vitória. O juiz, pode-se afirmar, é o único dos três atores principais que efetivamente se preocupa com a busca pela aproximação da verdade e justiça. As provas trazidas pelas partes demonstram e dão suporte as afirmações por elas trazidas. Logo, a própria prova, não necessariamente está interessada na verdade, à exceção da prova judicial, em que nesse contexto, cresce em importância os poderes instrutórios conferidos ao juiz.

¹⁷⁹ A lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira é preciosa: “Problema distinto, por longo tempo tratado em conjunto e até confundido com o chamado princípio dispositivo, concerne à investigação dos fatos da causa. Antes porém do exame dessa matéria, cumpre analisar, a modo de premissa, a natureza da certeza a ser buscada no processo, pois a investigação probatória pode redobrar na medida em que se procure chegar mais perto da realidade fática, com reflexo imediato na atividade exercida pelo órgão judicial. Primeiro aspecto a considerar é a própria relatividade da obtenção da verdade, por não constituir fim em si mesmo, senão simples meio para aplicação do direito ao caso concreto, tão-somente colaborando para que o processo alcance sua finalidade. Essa relatividade ainda mais se acentua se atentarmos ao caráter conflituoso do processo, às dificuldades de obtenção da prova dos fatos nas circunstâncias geralmente acanhadas que ceram a investigação judicial, às limitações materiais do juiz, e às limitações materiais do juiz, e às restrições ainda hoje existentes para a admissão de certas provas ou à proeminência legal concedida à prova documental, sem falar nas reservas detalhadas e formalistas estabelecidas para certos meios de prova.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2003. p. 145.

¹⁸⁰ Sobre o dever de veracidade, vale a consulta a obra de Sobrinho Elcio de Cresc. **Dever de Veracidade das Partes no Processo Civil**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1988.

É por isso, então, que o conhecimento da verdade é apenas um dos fins da prova, mas não o único, unindo-se, portanto, as ideias já trazidas anteriormente, mas especialmente quanto à possibilidade de diminuição de incertezas.

A relação da prova com a verdade, portanto, assume um caráter necessariamente vinculado ao que estipula uma ideia de processo justo. Há, como decorrência de um processo baseado no contraditório, cooperativo e democrático a existência não de uma verdade real/absoluta, mas sim uma verdade dialogada, materializada através de um juízo de probabilidade. Assume, assim, a prova, um caráter argumentativo-demonstrativo, onde, servirá como argumento do juiz para justificar o caminho escolhido e atendendo ao dever constitucional de adequadamente fundamentar sua decisão e demonstrativo, em relação as partes, para indicar a probabilidade do direito defendido, seja pelo autor, seja pelo réu.

3.3 Direito fundamental à prova: conteúdo e alcance

A Constituição Federal, como carta aberta que é concebe a existência de direitos que não estão expressamente positivados. Pelo menos essa parece ser a melhor interpretação que se extrai do art. 5º, §2º da Carta Magna¹⁸¹. Assim, existem

¹⁸¹ Como diz Ingo Wolfgang Sarlet: “A norma contida no §2º do art. 5º da CF traduz o entendimento de que, além dos direitos expressamente positivados no capítulo constitucional próprio (dos direitos e garantias fundamentais), existem direitos que por seu conteúdo e significado, integram o sistema da Constituição, compondo, em outras palavras, na acepção originária do direito constitucional francês, o assim chamado bloco de constitucionalidade, que não se restringe necessariamente a um determinado texto ou mesmo conjunto de textos constitucionais, ou seja, não se reduz a uma concepção puramente formal de constituição e de direitos fundamentais. Assim, a despeito do caráter analítico do Título II da CF, onde estão contidos os direitos e garantias como tal designados e reconhecidos pelo constituinte, cuida-se de uma enumeração não taxativa. O art. 5º, §2º, da CF, representa, portanto, uma cláusula que consagra a abertura material do sistema constitucional de direitos fundamentais como sendo um sistema inclusivo e amigo dos direitos fundamentais. Corresponde ao entendimento dominante, doutrinário e jurisprudencial que apesar da necessidade de se evitar uma banalização da noção de direitos fundamentais, afastando-se um indesejável efeito inflacionário, a abertura material consagrada pelo art. 5º, §2º, da CF, a despeito da sua posição no texto, ou seja, no capítulo dos assim designados direitos e deveres individuais e coletivos, diz respeito a todo e qualquer tipo de direito fundamental, abrangendo, inclusive, a possibilidade do reconhecimento (além dos expressamente previstos no Título II da CF) de direitos sociais e mesmo direitos políticos. A própria previsão, no art. 7, caput, da CF, da existência de outros direitos dos trabalhadores, por si só já ampara (textualmente) esta interpretação ampliada da cláusula inclusiva do art. 5º, § 2º, da CF. A partir do disposto no art. 5ºm §2º, da CF, é possível identificar dois grandes grupos de direitos e garantias fundamentais: a) os expressamente positivados, portanto, com direito assento em texto normativo, que, por sua vez, abrangem os direitos e garantias fundamentais do Título II, os direitos dispersos pelo texto constitucional, portanto, situados em outras partes da Constituição, bem como os direitos expressamente reconhecidos e protegidos pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil; b) direitos decorrentes do regime e dos princípios ou direitos implícitos, aqui compreendidos, em sentido amplo, como todos aqueles direitos e garantias não diretamente

direitos fundamentais cuja positivação está expressa e, outros, que decorrem implicitamente a partir de uma interpretação daquilo que vem explicitado e do próprio sistema.

A partir daí, é possível verificar que os direitos fundamentais, para uma efetiva aplicação, acabam possuindo ramificações que, por decorrência lógica, adquirem um selo de fundamentalidade anexa, oriundos de um direito fundamental base. O direito à prova é um desses casos em que sua fundamentalidade decorre por uma derivação lógica da ordem constitucional-processual.¹⁸² Em outras palavras, mesmo não estando positivado no rol dos direitos fundamentais, o direito à prova assim é considerado em razão de uma lógica sistêmica¹⁸³. Quando se parte de uma

(explicitamente) positivados. Cada uma das categorias arroladas envolve, apesar da característica comum de comporem o universo dos direitos fundamentais consagrados pela ordem jurídico-constitucional brasileira, uma série de aspectos teóricos e práticos peculiares.” SARLET, Ingo Wolfgang. RUFINO DO VALE, André. **Comentários à Constituição do Brasil**. Coord: J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck. São Paulo: Saraiva, Almedina: Lisboa, 2013. P. 517.

¹⁸² Perceba-se o que diz José Afonso da Silva: “O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude de defesa, agora mais incisivamente assegurada no inc. LV do mesmo artigo: aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 431. Interessa também referir o quanto destacam Ravi Peixoto e Lucas Buri de Macêdo: “O direito à prova pode ser extraído da cláusula geral do devido processo legal, e, nos desdobramentos desta, é fato essência ao direito de acesso à justiça e ao direito de defesa, tornando-lhes mais do que mera legislação simbólica e garantindo sua efetividade; nessa perspectiva, é direito constitucional decorrente. Inclusive, avançando nesta tratativa, é possível perspectiva-lo através do §2º do art. 5º da Constituição Federal, como direito de índole fundamental. Ademais, sob outro viés, o direito à prova está previsto através da interpretação extensiva da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no seu art. 8º, e, do mesmo modo, no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, no art. 14.3, alínea ‘e’. À cláusula do devido processo legal são tributárias todas as garantias processuais, devendo estas realizar sempre o escopo de sua fonte, qual seja, a prestação jurisdicional mediante procedimento adequado, ético, sempre dialético, em tutela estritamente coadunada à realidade social e norteada pelas peculiaridades da relação de direito material em exame. A interpretação das garantias processuais, quando dubitável sua aplicação, ordinariamente deve observar a metodologia teleológica, alicerçada nos valores acima enunciados. O direito fundamental de acesso à justiça, extraído do art. 5º, XXXV, da CF/88, o qual a doutrina moderna cuidou de adjetivar-lo como efetivo, não pode ser concebido sem a oportunidade de produção de provas dos argumentos aduzidos. O próprio princípio da inafastabilidade da jurisdição prevê que sejam possibilitadas e avaliadas todas as alegações pertinentes e todos os meios lícitos à consecução da tutela do direito material, que deverá ser adequada e tempestiva.” PEIXOTO, Ravi. BURIL DE MACÊDO, Lucas. **Ônus da Prova e sua Dinamização**. 2. ed. Juspodivm: Salvador, 2016. p. 58-59.

¹⁸³ Luis Alberto Reichelt traz ainda outros argumentos que consolidam a prova como um direito fundamental: “A extensão da disciplina legal relativa à atividade instrutória dentro do sistema projetadopelo Código de Processo Civil deve ser projetada dentro do marco do direito fundamentalà prova, como verdadeira parte dele integrante. Nesse sentido, uma primeira exigência aser considerada diz respeito à necessidade de presença de normas que assegurem umapostura prestacional ativa por parte do Estado-juiz. Sendo o direito fundamental à

ideia de contraditório dialogado, não é possível excluir a prova como um direito fundamental logicamente decorrente de seu direito fundamental mãe.

Não há dificuldade de perceber o liame do direito à prova com a Constituição, em especial com os direitos fundamentais, quando se ilumina especial circunstância: que a cláusula geral do devido processo legal (constitucional) abriga e oferece ao jurisdicionado os direitos fundamentais do contraditório, ampla defesa, acesso à justiça.¹⁸⁴

A partir disso, não restam dúvidas que a constitucionalização do processo nada mais é do que uma adequação dos meios à realidade necessária para entrega de um processo justo. A supremacia das normas constitucionais sobre todas as demais é uma realidade necessária para o Estado Democrático de Direito¹⁸⁵. Portanto,

prova espécie do gênero direito à organização e ao procedimento, ele estabelece uma imposição dos jurisdicionados em face do Estado, sendo dotado de aplicabilidade imediata, cabendo ao legislador apenas o trabalho de oferecer condições para a sua concretização”. REICHELDT, Luis Alberto. **O Direito Fundamental À Prova E Os Desafios Relativos À Sua Concretização No Novo Código De Processo Civil Brasileiro**. Disponível em https://www.academia.edu/37460082/O_DIREITO_FUNDAMENTAL_%C3%80_PROVA_E_OS_DESAFIOS_RELATIVOS_%C3%80_SUA_CONCRETIZA%C3%87%C3%83O_NO_NOVO_C%C3%93DIGO_DE_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO. Acesso em: 12.11.2019.

¹⁸⁴ Como diz Fredie Didier Jr: "O direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório. A dimensão substancial do princípio do contraditório o garante. Nesse sentido, o direito à prova é também um direito fundamental." DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paulo Sarna, De Oliveira, Rafael Alexandria Curso de Direito Processual Civil. V. II. Podium: Salvador, 2015. p. 41. Vale também referir o quanto destacam Luigi Paolo Comoglio, Michele Taruffo e Corrado Ferri: "Come si è visto a suo tempo, le garanzie costituzionali dell'azione e della difesa rappresentano cardini fondamentali del processo. Nell'ambito del complesso significato di queste garanzie assume particolare rilevanza l'aspetto di esse che riguarda le prove, poiché strumento fondamentale per l'attuazione effettiva del diritto di agire e difendersi in giudizio è la possibilità di servirsi dei mezzi occorrenti per dimostrare la fondatezza fattuale delle proprie domande ed eccezioni. Viene così a delinearsi, come principio di rango costituzionale, il diritto alla prova. Esso implica che ogni parte abbia la possibilità di impiegare nel processo tutti i mezzi di prova di cui dispone al fine di dimostrare la verità dei fatti che ha allegato, e che tale possibilità sia assicurata in modo pieno e prima che il giudice formuli la decisione finale sui fatti. Sotto questo profilo il diritto alla prova è il diritto delle parti di influire sul convincimento del giudice alla prova. È il diritto delle parti di influire sul convincimento del giudice intorno ai fatti della causa, servendosi di tutte le prove di cui dispongono." COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. **Lezioni Sul Processo Civile. Il Processo Ordinario di Cognizioni**. Mulino: Bologna, 2011. p. 461-462

¹⁸⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, sobre o Estado de Direito, refere: "Há uma democracia do Estado de Direito e um Estado de Direito democrático. Daqui se infere já a posição sobre a barganha política que se desenvolve em torno do princípio democrático e da sua superioridade sobre a constituição. Esta visão não é, em geral, um índice de crença no princípio democrático mas uma expressão do pensamento decisionista. Neste sentido se deve interpretar, segundo cremos, a afirmação de HESSE, sobre a prevalência da constituição. Ao proibir rupturas constitucionais e a dissolução dos direitos fundamentais e ao restringir as alterações constitucionais, a constituição reafirma a sua supremacia mesmo em face do princípio da soberania popular. O sentido prático deste princípio da prevalência da Constituição traduzir-se-ia, sobretudo, na exclusão de modificações da constituição que eliminassem os seus próprios fundamentos (cfr. Art. 288.º). Fora estes casos, o princípio democrático e o princípio do Estado de direito contribuem ambos para a conformação e racionalização da vida da comunidade e são ambos instrumentos contra abusos de poder. O princípio democrático acentuará talvez o momento dinâmico e conformador; o

as normas constitucionais atuam como guia interpretativo para a ordenação processual¹⁸⁶. Hoje o Processo se lê, sem dúvidas, através da Constituição. As normas constitucionais são as primeiras que devem surgir quando houver a necessidade de interpretação de qualquer norma processual ou mesmo material.

Quando se fala em um devido processo constitucional e em processo justo, torna-se impossível dissociar a ideia de que o direito à prova não seja um direito fundamental. Se se quer falar em processo justo, é necessário falar em contraditório, ampla defesa, acesso à justiça formal e material, igualdade e todo rol de direitos fundamentais que acompanham essa ideia¹⁸⁷. Ao assim se estabelecer, não há como

princípio do Estado de direito colocará a tônica no momento de permanência e defesa”. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional. 6. ed. Lisboa: Almedina, 1993. p. 460.

¹⁸⁶ Sobre a constitucionalização do direito, é de se mencionar a lição de Luis Roberto Barroso: “[...] a Constituição passa a ser apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão da Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também uma interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição. A) Diretamente, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º LVI). B) indiretamente, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional por duas razões: (i) antes de aplica a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não deverá fazê-la incidir; esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada; (ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais. Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.” BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 387.

¹⁸⁷ Vale referir, sobre o processo justo, as palavras de Eduardo Cambi: “o direito ao processo justo compreende as principais garantias processuais, como as da ação, da ampla defesa, da igualdade e do contraditório efetivo, do juiz natural, da publicidade dos atos processuais, da independência e imparcialidade do juiz, da motivação das decisões judiciais, da possibilidade de controle recursal das decisões etc. Desse modo, pode-se afirmar que a direito ao processo justo é sinônimo do direito à efetiva tutela jurisdicional.” CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 107. Daniel Mitidiero também discorre sobre o tema: “O direito ao processo justo constitui princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional. É o modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para ob tenção de decisões justas (...)O direito ao processo justo é um modelo mínimo de conformação do processo. Com rastro fundo na história e desconhecendo cada vez mais fronteiras, o direito ao processo justo é reconhecido pela doutrina como um modelo em expansão (tem o condão de conformar a atuação do legislador infraconstitucional), variável (pode assumir formas diversas, moldando-se às exigências do direito material e do caso concreto) e perfectibilizável (passível de aperfeiçoamento pelo legislador infraconstitucional). É tarefa de todos que se encontram empenhados no império do Estado Constitucional delinear-lo e densificá-lo. MITIDIERO, Daniel. **Direito Fundamental ao Processo Justo**. Disponível em

deixar de reconhecer o direito à prova como presente nesse rol de direitos fundamentais. Como decorrência lógica direta do contraditório, encontra amparo constitucional evidente na qual, na concepção atual de processo, não há falar em processo justo sem que exista uma ampla possibilidade de produção de provas.¹⁸⁸

Artur Thompsen Carpes também destaca:

O acesso à tutela jurisdicional efetiva depende da adequada formação do juízo de fato, na medida em que, em não sendo corretamente acertados os fatos com o qual irá trabalhar o juiz, evidentemente não será possível falar em adequação e efetividade da tutela jurisdicional. A falha na formação do juízo obstaculiza o alcance das finalidades do processo. Se a formação do juízo de fato é imprescindível para a adequada e efetiva tutela jurisdicional, é evidente que o direito à prova também se eleva à condição de direito fundamental. Vale dizer: o direito à prova constitui, portanto, corolário imediato do direito fundamental ao processo justo. Abrange a possibilidade de a parte se

https://www.academia.edu/3223840/Direito_fundamental_ao_processo_justo Revista Mag% C3% ADster 45. Acesso em: 12.11.2019. Leonardo Greco também traz interessante construção sobre o processo justo: “Foram a constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais, particularmente desenvolvidas na jurisprudência dos tribunais constitucionais e das instâncias supra-nacionais de Direitos Humanos, como a Corte Européia de Direitos Humanos, que revelaram o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, minudenciado em uma série de regras mínimas a que se convencionou chamar de garantias fundamentais do processo, universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Esse conjunto de garantias pode ser sintetizado nas denominações devido processo legal, adotada nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição americana, ou processo justo, constante da Convenção Européia de Direitos Humanos e do recém reformado artigo 111 da Constituição italiana. Na Constituição brasileira, esse processo humanizado e garantístico encontra suporte principalmente nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem falar nos já citados princípios genéricos da administração pública de quaisquer dos Poderes, e ainda nos da isonomia, da fundamentação das decisões e outros hoje expressamente reconhecidos em nossa Carta Magna.” GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**. Disponível em <file:///C:/Users/Guilherme%20Porto/Downloads/1-4-1-PB.pdf>. Acesso em: 12.11.2019.

¹⁸⁸ Como refere Eduardo Cambi: “O valor da justiça, inerente a garantia do devido processo legal só se torna efetivo quando, no curso do processo, a ação e a defesa possam vir a ser adequadamente exercidas. Desse modo, no conceito do devido processo legal está abrangida a idéia de um procedimento, prévia e adequadamente existente (sentido estático), mas também a da efetiva participação dos sujeitos processuais nos atos que constituem esse procedimento (sentido dinâmico). Assim, as garantias constitucionais da ação e da defesa não se exaurem em um ato só formalmente previsto no procedimento (em sentido estático), mas se estendem ao longo de todo o procedimento (em sentido dinâmico), porque o efetivo acesso à ordem jurídica justa implica a plena afirmação da pretensão (ou tese jurídica) pelo autor e ampla refutação desta pretensão (antítese) pelo réu. Nesse processo argumentativo não são legítimas as restrições indevidas do Estado, limitando a participação das partes, em contraditório, e com isso tornando o exercício do poder jurisdicional abusivo, já que a utilização democrática do poder, pelo Estado-juiz, só se legitima a partir da concessão de suficientes oportunidades de argumentação para as partes. O direito à prova é uma manifestação essencial da garantia constitucional da ação e da defesa, porque “agir e defender-se provando” é uma condição necessária para a atuação dessas garantias. Consequentemente, a restrição excessiva do poder de alegar os fatos relevantes e o direito de prová-los, em juízo, tornam sem efeito a expressão dinâmica dessas garantias processuais.” CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 112-113.

valer dos meios e das fontes de prova necessários à correta formação do juízo de fato, mas não apenas isso. Implica também o direito de deduzir as provas que sirvam para a aferição da veracidade das alegações, no direito de que tais provas sejam admitidas (ou, o caso contrário, na inadmissão motivada), isto é, no direito a um adequado juízo de admissibilidade da prova, no direito de efetivamente produzir tais provas, bem como, ao fim e ao cabo, no direito à sua respectiva valoração.¹⁸⁹

Negar a possibilidade de produção probatória é negar acesso à justiça material, vez que distancia o processo investigativo de busca pela verdade, tão caro ao direito, e que permite uma solução jurisdicional mais próxima do adequada. O direito à prova constitui, efetivamente, uma das formas de consagrar um processo dialético, visto que as evidências trazidas dialogam entre si, como ponto e contraponto, a fim de formar a convicção judicial, bem como um processo democrático, onde a arbitrariedade fica distante, vez que, mais das vezes, as provas guiarão a decisão final, consagrando, assim, um Estado Democrático de Direito. Hernando Devis Echandía deixa clara a importância que a prova assume não apenas para o processo, mas para o próprio Direito.

Pruebas son asi un instrumento elemental no tanto del proceso como del derecho, y no tanto del proceso de conocimiento como del proceso en general: Sin ellas, en el noventa y nueve por ciento de las veces, el derecho no podria alcanzar su finalidad¹⁹⁰

O liame existente entre prova, verdade e justiça torna evidente que o direito à prova deve ser tratado com caráter de direito fundamental, pois há uma vinculação indissociável entre tais conceitos, os quais, em grande parte das ocasiões, um é pressuposto para a busca do outro.¹⁹¹

Como se percebe, quando existe um Processo desenhado à luz da Constituição, em que os direitos fundamentais de conteúdo processual existem para garantir a existência de um processo justo, que permita, ao menos em tese, a entrega

¹⁸⁹ THOMPSEN CARPES. Artur. **Direito Fundamental ao Processo Justo: Notas Sobre os Modelos de Constatação nas Decisões Liminares**. In: Tutelas de Urgência e Cautelares. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 178-179.

¹⁹⁰ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de la Prueba Judicial*, Tomo I. Buenos Aires: Aguilar, 1981, p. 14.

¹⁹¹ Rui Manuel de Freitas Rangel anota em semelhante sentido: “A verdade e a justiça são realidades e valores complementares. É nesta complementaridade que dentro da estrutura do processo a prova resultante da atividade probatória desenvolvida pelas partes, pelo juiz e por terceiros chega a uma determinada finalidade, ou seja, a um certo resultado.” FREITAS RANGEL, Rui Manuel de. *O ônus da prova no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2000, p.35

de uma prestação jurisdicional mais próxima possível da adequada e esperada, há a necessidade inerente, para existência de coerência interna, de garantir que o direito à prova seja tratado como fundamental.

Quando se admite que o processo tem como objetivo a busca pela verdade (nos moldes do já anteriormente exposto) não é possível admitir que a prova não possua caráter fundamental no Processo. Como já destacado, a prova é caminho necessária e inescapável para a chegada à verdade.

Contudo, neste contexto, vale dizer, o direito fundamental à prova existe e se encontra sobre aquela prova necessária para formação da convicção do juízo, para demonstração do direito e aproximação da verdade.

Assim, de outro lado, não se constitui em direito fundamental da parte a prova que pouco ou nada colabora e/ou esclarece sobre os fatos ou que apenas torna perniciosa e demorada a instrução processual.

A toda evidência, o Direito não pode dar guarida àquela prova que pouco ou nada contribui para a solução do conflito, para descobrimento de fatos relevantes e da verdade. O abuso do direito, assim, não possui guarida na legislação processual, tampouco pela Constituição.

Portanto, claro está que a fundamentalidade do direito à prova não o torna, em momento algum, absoluto, como qualquer outro direito, seja ele fundamental ou não.

Assim como a busca pela verdade não é o único objetivo do Processo, não pode ocorrer abusos no exercício do direito fundamental à prova pois ele deve ser utilizado e posto de acordo e em consonâncias com os demais direitos fundamentais.¹⁹²

Assim, é claro que cabe aos integrantes do processo, em especial ao Juiz, direcionar e fiscalizar a correta utilização do direito fundamental à prova de forma

¹⁹² Como dizem Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “O direito fundamental à prova assegura a produção da prova admissível. Note-se que a Constituição, ao vedar a admissão de prova ilícita (art.5º, LVI), a contrário sensu autoriza a admissão de toda e qualquer prova lícita. O problema está, portanto, em individualizar quais os requisitos que determinam a admissão da prova. Uma prova é admissível quando pendem nos autos duas ou mais versões a seu respeito. É pertinente quando diz respeito ao mérito da causa. E é relevante quando o seu esclarecimento é capaz de levar à verdade. Reunindo a alegação de fato todas essas qualidades objetivas, o juiz tem o dever de admitir a produção da prova. É preciso perceber, diante dessas observações, que não é possível ao órgão jurisdicional indeferir a produção da prova, entendendo-a como inadmissível, porque já convencido a respeito da alegação de fato. Confundem-se aí juízo de admissibilidade e juízo de valoração da prova.” SARLET, Ingo, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 657

adequada e não abusiva. Em um modelo de processo colaborativo, o abuso de um direito¹⁹³ deve ser rechaçado de imediato. Portanto, não podem ser tidas como aceitáveis a produção de prova inútil ou meramente protelatória por diversas razões. A uma porque viola o devido processo constitucional tornando o andamento processual inadequado, indo contra a ideia de duração razoável e a duas porque dificulta um acesso à justiça material, bem como afasta o processo de um de seus objetivos primordiais, a busca pela verdade e justiça.

Assim, a admissibilidade da prova sim deve ser alvo de controle do Juiz, em atenção à ideia de um processo colaborativo e compromissado com a busca pela melhor solução jurisdicional. Não por outra razão o art. 370¹⁹⁴ confere ao magistrado a possibilidade de indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias, tratando expressamente sobre às provas.

É verdade que não há, na legislação pátria, definição sobre o que são provas relevantes ou não, inúteis ou meramente protelatórias, contudo, é possível verificar-se que aquelas que não irão aumentar o grau de certeza ou mesmo pouco relacionadas com o centro do debate não merecem maior guarida do ordenamento.

Nesse contexto é possível tomar emprestada a definição sobre provas relevantes da Federal Rule 401 dos Estados Unidos segundo a qual “Evidence is relevant if: (a) it has any tendency to make the existence of any fact more or less

¹⁹³ Todo direito, mesmo aqueles com caráter fundamental, encontram limites impostos pelo ordenamento, mesmo que um limite de extensão, de até onde se exerce legitimamente ou onde se abusa. E sobre o abuso de direito, vale destacar aquilo que refere Fernando Augusto Cunha de Sá: “O abuso de direito traduz-se, pois, num acto ilegítimo, consistindo a sua ilegitimidade precisamente num excesso de exercício de um certo e determinado direito subjectivo: hão de ultrapassar-se os limites que ao mesmo direito são impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo próprio fim social ou económico do direito exercido. Não é, aliás, qualquer excesso a esses limites que confere ao exercício do respectivo direito carácter abusivo, mas somente o excesso que seja manifesto. Que haverá, no entanto, de entender-se por excesso manifesto? O adjectivo dirá respeito a um grau ou quantidade do excesso, ou, pelo contrário, como parece mais curial, a uma sua qualidade, isto pe, à natural evidência desse mesmo excesso.” CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso de Direito**. Almedina: Lisboa, 2005. P. 103-104.

¹⁹⁴ Sobre o tema vale destacar o que refere Zulmar Duarte de Oliveira Jr.: “Ainda que o Código tenha adotado um modelo de processo de corte cooperativo, de estrutura essencialmente dialógica, com substrato na comparticipação e no policentrismo decorrentes da aplicação dinâmica do contraditório, o mesmo Código manteve o juiz no controle das provas a serem produzidas. Essa proeminência na instrução do processo é uma necessidade de ordem pragmática, na medida em que necessário um filtro para provas a serem produzidas, a fim de que o processo não seja contaminado com provas inúteis ou protelatórias. Seria irracional que as provas aportassem no processo sem qualquer controle de sua relevância, simplesmente ao talante das partes, com todos os malefícios daí decorrentes (hiperóxia processual).” DUARTE DE OLIVEIRA JR. Zulmar. **Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença. Comentários ao CPC de 2015. V.2**. 2. ed. DA FONSECA GAJARDONI, Fernando. DELLORE, Luiz. VASCONCELLOS ROQUE, André. DUARTE DE OLIVEIRA JR. Zulmar. São Paulo: Método, 2018. P. 245.

probable than it would be without the evidence; and(b) the fact is of consequence in determining the action”. E, seguida pela Rule 402, segundo a qual “Irrelevant evidence is not admissible”.¹⁹⁵

Assim, o controle de admissibilidade da prova, dada sua relevância para o processo possui direta vinculação com o respeito ao direito fundamental à prova. Isso decorre, claramente, de uma noção que ao juiz é vedado restringir a produção probatória, salvo se essa não for relevante para a solução do feito ou violar eventuais outros direitos pertencentes às partes.¹⁹⁶

A partir disso, é possível verificar que o alcance do conteúdo do direito fundamental à prova encontra limites dentro da própria lógica processual de respeito ao processo justo e colaborativo, em que o resultado final não é aquele

¹⁹⁵ E nesse sentido vale referir a ideia de Adrian Keane: “Such evidence as a court will receive for the purpose of determining the existence or non-existence of facts in issue is referred to as admissible evidence. The admissibility of evidence is a matter of law for the judge. The most important feature of the English law of evidence is that all evidence which is sufficiently relevant to prove or disprove a fact in issue and which is not excluded by the judge, either by reason of an exclusionary rule of evidence or in the exercise of his discretion, is admissible.” KEANE, Adrian. **The Modern Law of Evidence**. 6. ed. Oxford University Press: New York, 2006. p. 21. Vale também trazer a referência de Leonard Gold: “note that evidence will satisfy the relevance standard if it has any effect on the fact-finding mission, even if that effect is minimal. The evidence does not have to be sufficient to prove the fact ‘beyond a reasonable doubt’, or even to prove that the fact is true ‘more likely than not’. In the words of Rule 401, the evidence is relevant if it has any tendency to increase or decrease the likelihood that a fact is true.” Leonard. J. GOLD, Victor. **Evidence – A Structured Approach**. Aspen Publishers: New York, 2204. p. 79.

¹⁹⁶ Sobre o debate, importa referir também as ideias de Vitor de Paula Ramos: “O CPC (LGL\1973\5) brasileiro não indica explicitamente o que considera inútil, mas a Rule 401 das Federal Rules of Evidence refere ser relevante a prova (evidence) se: (a) tiver alguma tendência de fazer com que um fato seja mais ou menos provável do que seria sem essa prova; e (b) o fato tiver consequência na determinação da ação. A doutrina esclarece que os dois critérios podem ser chamados, respectivamente, de materialidade, quando a prova diz respeito aos fatos da causa, e valor probatório, a tendência da prova de estabelecer a proposição ofertada à prova. A doutrina estrangeira afirma, ainda, que é relevante para a decisão o elemento de juízo que permite fundar em si uma conclusão acerca da verdade do enunciado fático a provar; a relevância pode-se dar tanto quanto ao fato jurídico em si, como com relação a um fato secundário. Frustra probatur quod probatum non relevat. A doutrina brasileira traz classificação um tanto diversa na forma, mas similar no conteúdo: entende ser admissível a prova que, ao mesmo tempo, for pertinente, controversa e relevante. Pertinente será aquela prova que disser respeito ao mérito da causa (similar à materialidade estadunidense); relevante aquela que tiver o condão de alterar o resultado do julgamento (similar ao valor probatório estadunidense), e controversa aquela que contar com mais de uma versão nos autos. O exame da admissibilidade é, e deve ser, preliminar, servindo para excluir ex ante provas irrelevantes. Fere, pois, o núcleo duro do direito fundamental à prova o indeferimento de prova admissível sob o pretexto de o juiz já se ter convencido sobre a verdade dos fatos. Entretanto, isso não quer dizer que as partes possam confirmar ad aeternum suas versões através das provas. Se o prévio conhecimento do juiz não pode servir de razão para o indeferimento da prova, eventual redundância da prova, por outro lado, poderá. Explica-se: existe um ponto em que a incorporação de novas provas confirmatórias significará um aumento muito pequeno de corroboração, acarretando grande perigo de desordem. O enfoque aí não será o convencimento subjetivo do juiz, mas sim a existência objetiva de elementos de juízo coerentes e consistentes entre si.” RAMOS, Vitor de Paula. **Direito Fundamental à Prova**. In: Revista de Processo, vol. 224. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/2013. p. 44.

necessariamente buscado pela parte, mas sim aquele albergado pelo sistema jurídico. Não há processo justo e colaborativo quando há a produção de provas que não são relevantes ao feito ou mesmo que violem direitos e garantias das partes, sob o pretexto da busca pela verdade.¹⁹⁷

Com isso em mente, é possível verificar que o direito fundamental à prova, portanto, vê seu conteúdo em duas dimensões, segundo afirma Luis Alberto Reichelt:

O conteúdo do direito fundamental à prova compreende duas dimensões fundamentais, a saber: o direito à prática de atos processuais com vistas ao emprego dos meios de prova que permitam persuadir o julgador no sentido da presença da correspondência entre as alegações sobre fatos juridicamente relevantes e controvertidos que tenham sido feitas pelas partes e a realidade histórica; e b) o direito à tutela jurisdicional pautada pela valoração da prova produzida nos autos de acordo com os critérios de livre apreciação da prova e de persuasão racional do juiz.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Ainda sobre os limites impostos à possibilidade de restrição do direito à prova está o que diz Eduardo Cambi: “Com o reconhecimento constitucional do direito à prova, as leis processuais não podem impedir ou restringir a atividade probatória sem a previsão de justificativas racionais que visem a tutela de outros valores ou interesses considerados mais relevantes no caso concreto. O direito à prova, todavia, não é absoluto, devendo ser compreendido à luz de alguns critérios, tais como: i) corresponder a um interesse público relevante (como, por exemplo, a descoberta da verdade instrumental, isto é, voltada para a pacificação justa dos conflitos; ii) respeitar o princípio da proporcionalidade (devendo ser sacrificado quando em confronto com outro direito cuja tutela se mostre mais relevante; iii) não violar o núcleo intangível do direito à prova (isto é, possibilitar que as partes demonstrem a veracidade dos fatos constitutivos de suas respectivas pretensões e defesas, com a utilização de instrumentos probatórios úteis e idôneos, bem como de mecanismos contraditórios).” As limitações que retirem toda a possibilidade de demonstração dos fatos que integram o thema probandum ou que tornem praticamente impossível a demonstração desses fatos devem ser consideradas inconstitucionais, porque restringem, de modo absoluto, o exercício do direito à prova. Do mesmo modo» devem ser repelidas todas as limitações relativas que imponham restrições ao direito à prova de apenas uma das partes, violando o princípio da isonomia em sentido substancial e a garantia constitucional da efetividade do contraditório. Também devem ser rejeitadas as limitações probatórias que não se coadunem com o princípio da proporcionalidade. Por exemplo, a regra contida no art. 405. § 4.º, do CPC deve ser ressaltada, uma vez que se enquadra nos escopos buscados pelo princípio da proporcionalidade no contexto da máxima efetividade do direito à prova, admitindo que o juiz ouça testemunhas impedidas e suspeitas, que, em compensação ficam desobrigadas de prestar o compromisso de dizer a verdade (art. 415 do CPC).” CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 173-174.

¹⁹⁸ REICHELTL, Luis Alberto. **O Direito Fundamental à Prova e os Poderes Instrutórios do Juiz**. In: Revista de Processo. Vol. 281. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 172. Sobre o conteúdo do direito fundamental à prova, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira realizam uma verificação um pouco mais ampla, segundo os quais: “O direito fundamental à prova tem conteúdo complexo. Ele compõe-se das seguintes situações jurídicas: a) o direito à adequada oportunidade de requerer provas; b) o direito de produzir provas; c) o direito de participar da produção da prova; d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida.” DIDIER JR. Fredie, SARNO BRAGA. Paula, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA. Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, 2. ed. Juspodivm: Salvador, 2015. p. 41.

Com esse conteúdo firmado, resta viável verificar que às partes é garantido o referido direito fundamental à prova. Contudo, sendo o processo uma união de esforços, ainda que não voluntariamente, para a solução do conflito, importa conferir ao magistrado também a possibilidade de participação ativa dentro do processo no que tange ao direito probatório. Assim, o magistrado ao verificar a necessidade de produção de provas para melhor esclarecer a lide e formar convicção tem o dever de fazê-lo, dentro dos limites da imparcialidade e dos próprios direitos das partes, os quais não podem ser ultrapassados apenas pela busca da verdade, sob pena de se possibilitar verdadeiro autoritarismo judicial, o que desborda de qualquer conceito de processo justo dentro de um Estado Democrático de Direito.

Veja-se. A delimitação daquilo que está a se discutir continua sob exclusiva titularidade das partes. Os litigantes é que estabelecem os limites da discussão. Contudo, dentro destes limites, ao magistrado é possível investigar e buscar pela solução mais próxima da verdade, pois dentro do conteúdo e do alcance do direito fundamental à prova, estão inseridos os poderes instrutórios do juiz, uma vez que a busca pela verdade é um dos fins do processo judicial.

3.4 As partes e a produção de provas no processo civil contemporâneo

3.4.1 Produção de provas pelas partes e ônus da prova

A produção da prova pelas partes é debate que necessariamente deve ser abordado, especialmente quando se procura estabelecer alcance e limites a esse direito que, como visto, é integrante do rol dos direitos fundamentais.

Desse debate, surge a necessidade de se abordar a questão dos ônus probatórios, pois tema que gera debates na doutrina há certo tempo. A Prova dentro do Processo Civil possui caráter protagonista para o atingimento de seus fins. Em um contexto de um sistema de processo adversarial, ganha em relevância bem estabelecer como se dará a distribuição do ônus da prova entre as partes e de que forma ele pode ser trabalho externa, a nível legislativo e doutrinário, e interno, refletindo diretamente sobre às partes, evidencia quais os valores que estão sendo protegidos pelo Processo, quais os vetores valorativos que este defende. Por tal

razão, a relevância sobre a produção da prova pela parte e a distribuição do ônus que acompanha essa produção sempre terá papel de inegável destaque.¹⁹⁹

A relevância do tema é, como dito, pouco mais que evidente, pois diretamente vinculada a ideia de possibilitar uma melhor prestação jurisdicional, mais preocupada com as idiosincrasias concretas das partes e, igualmente, está ligado diretamente à função exercida pelas partes no debate judicial, frente as particularidades de cada caso concreto.

É, em certa medida, intuitivo entender que o juiz, ao ter as versões e provas entregue pelas partes tomará a decisão com base na versão que melhor foi provada ou que tirou o véu de dúvida sobre sua verossimilhança. Um exercício comparativo de versões e provas levará o magistrado a uma decisão, seja ela fruto de convicção formada (seja para procedência ou improcedência), seja ela fruto da impossibilidade de criação dessa convicção e por decorrência, na negatização à pretensão exposta, a depender dos ônus distribuídos ao longo do processo.²⁰⁰

E a ideia de que o processo judicial, ao fim, é uma comparação de estórias e provas não é equivocada. Ocorre que há uma profundidade que confere complexidade a esse exercício que deve ser bem compreendida, pois há influencia direta na maneira de como tal exercício será realizado e sob que condições e regras.

Quando se está a debater ônus probatórios se caminha em direção ao núcleo deste debate, pois, fatalmente irá, ao final, determinar quem deverá provar o

¹⁹⁹ Chiovenda já dizia: “A disciplina do ônus da prova figura entre os problemas vitais do processo; e aqui se vinculam as mais profundas diferenças entre os processos de civilizações diversas, como desde o princípio explanei, confrontando entre si o processo romano e alemão no momento de seu encontro. E tanto maior importância encerra o instituto quanto menos se amolda uma disciplina expressa e genérica.” CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil. V. II.** Tradução de J. Guimarães Menegale. Saraiva: São Paulo, 1965. p. 375. Também interessante destacar, sobre o ônus da prova em na ideia de um processo adversarial, a ideia de Bruce L. Hay e Kathryn E. Spier: “Adversary systems of justice typically give the parties (not the judge) the task of adducing evidence on contested issues in litigation.¹ Such a policy immediately raises the problem of dividing that task between the parties. Who, as between plaintiff and defendant, should be given the job of producing evidence on a contested issue? Burden of proof rules are the device courts employ to address this problem. By giving a specified party the burden of proof on a given issue, the court tells that party that he must either come up with evidence supporting his position or suffer an adverse judgment on that issue.” HAY, Bruce L., SPIER, Kathryn E. **Burdens of Proof in Civil Litigation: an Economic Perspective.** In: Chicago Journals, The Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 2, June, 1997. Jstor: Chigago. p. 413.

²⁰⁰ Como diz Eduard K Cheng: “As proponents of the story model have long argued. the legal system does not ask decisionmakers do determine wheter litigants have established their cases to a particular level of certainty. Instead, decisionmakers compare the stories or theories put forward by the parties, and determine which story is more compelling in light of the evidence. However, far from calling into doubt the viability of probabilistic theories of evidence, this comparative procedure is found at the heart of standard methods of hypothesis testing in statistics.” CHENG, Eduard K. **Reconceptualizing the Burden of Proof.** The Yale Journal. N 122, 2013. P. 1258.

que e de, por decorrência lógica, no processo comparativo que cabe ao magistrado para que ele possa decidir a demanda para um lado ou para outro.

Como anteriormente exposto, há uma vinculação indissociável entre prova, verdade e justiça. Nessa linha, o caminho leva, necessariamente ao debate sobre os ônus probatórios e sobre sua possível redistribuição ao longo do debate judicial, visando, é claro, uma melhor prestação jurisdicional, especialmente à luz de um modelo de processo colaborativo, em que há uma readequação de perspectiva sobre as posições processuais assumidas pelos integrantes do processo. A distribuição do ônus da prova assume caráter essencial no debate jurídico, uma vez que há a possibilidade, através do ônus dinâmico, de adequações e redistribuições proporcionais desses ônus.^{201 202}

²⁰¹ Importa destacar o que refere Antônio Dall'agnol sobre o tema: "Pela teoria da distribuição dos ônus probatórios, portanto: a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo e; c) desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos e extintivos, etc. Releva, isto sim: a) o caso em sua concretude e; b) a 'natureza' do fato a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo." DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. **Distribuição dinâmica dos ônus probatórios**. Revista Jurídica. n. 2809/11. Nota dez: Porto Alegre, 2001. p. 11.

²⁰² Sobre a necessária distinção entre o princípio da colaboração e a distribuição dinâmica do ônus da prova, a referência a Leandro Giannini é indispensável: "Desde hace un tiempo vengo prestando atención a uno de los principales inconvenientes que presenta la llamada teoría de carga dinámica de la prueba, como es la ausencia de claridade acerca de sus alcances concretos. Me referí allí a los problemas que suscita la utilización indistinta que en nuestro médio se ha dado a dicha noción, como incluyendo aspectos referidos no solo a la distribución del onus probandi en sentido estricto, sino también a la valoración de la conducta de las partes en juicio (en especial las consecuencias de su ausencia de colaboración). Se trata de una confusión susceptible de producir inconvenientes prácticos significativos a la hora de resolver los casos sometidos a esta doctrina." E segue o referido autor: "La tesis sostenida en el trabajo antes citado se basa en la necesidad de distinguir los alcances de los institutos procesales analizados (carga dinámica de la prueba y principio de colaboración), ya que la aplicación de los mismos dentro de su campo específico de acción puede conllevar a soluciones absolutamente divergentes, especialmente en los casos en los que, pese a la plena cooperación prestada por el demandado, no se puede coleccionar prueba suficiente para tener por acreditados los hechos afirmados en la pretensión. La idea puede ser sintetizada de este modo: a) Por una parte, la teoría da carga dinámica expresada como una regla diferenciada de distribución del onus probandi, implica poner en cabeza de quien está en mejores condiciones de probar determinados hechos, la carga de hacerlo (dejemos por ahora de lado en qué condiciones usualmente calificadas como excepcionales, corresponde aplicar esta doctrina). En términos tradicionales, la distribución de la carga de la prueba implica una forma de regular las consecuencias de la incertidumbre acerca de los hechos, debiendo el juez frente a la ausencia de medios suficientes de convicción, optar por la tesis fáctica sostenida por la parte contraria a quien fuera cargado con ese imperativo (típicamente la parte que requiere la demostración de un presupuesto fáctico como condición para obtener la tutela pretendida). La regla de juicio analizada (modernamente desterrada por importantes doctrinarios como la exteriorización de una carga propiamente dicha) hace pesar las consecuencias de la incertidumbre en cabeza de quien está en mejor posición de probar. B) Por la otra, el principio de la colaboración, en su consecuencia procesal más notable en el ámbito de la prueba conlleva a la posibilidad de extraer indicios (o argumentos de prueba) o sanciones propiamente dichas en lo referido a la demostración de los hechos controvertidos, como derivación de la omisión de aportar elementos de juicio razonablemente disponibles para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos." GIANNINI,

Em um sistema *truth-oriented*, como é o caso da ordem processual brasileira, ganha especial destaque esse debate. Como se sabe, ao final do processo, é necessário que seja apresentada uma decisão, vedado o *non liquet*, tradicionalmente vinculada à ideia de um ônus objetivo da prova colocado sob os ombros do juiz e sua utilização como regra de julgamento. Portanto, o magistrado, convencido ou não de alguma das teses, deve solucionar o debate.²⁰³ Isso porque, admitir o contrário, seria deixar o jurisdicionado sem solução, o que não pode se admitir em um sistema em que há o monopólio da justiça pelo Estado. Assim, ainda que a convicção não seja plena, ainda que as provas não tenham sido suficientes para confirmar ou desmentir tese ou antítese, impõe-se ao magistrado o dever de apresentar uma solução.²⁰⁴

Leandro J. **Revisitando la Doctrina de la Carga Dinámica de La Prueba. Aportes para Esclarecer sus Principales Problemas Conceptuales.** In: **Contra La Carga de La Prueba.** Jordi Nieva Fenoll, Jordi Ferrer Beltrán, Leando J. Giannini. Madrid: Marcial Pons, 2019. P. 99-101.

²⁰³ Vale referir Gustavo Calvino: “Al imponerse la prohibición del pronunciamiento non liquet, el deber de resolver presenta dos frentes diferentes para los que debe brindarse una solución real y aplicable em cada caso concreto: a) la problemática de la oscuridad, insuficiencia o inexistencia de norma, u b) la falta de prueba de algún hecho, que lo deja sumido en la incertidumbre. El primer inconveniente se supera por médio de la interpretación, integración o creación de la norma en algunas hipótesis por parte de los jueces, con lo que se los autoriza a realizar algunas tareas de normador secundario, limitado al assunto que se encuentra bajo su conocimiento. EL segundo contratempo exige la elaboración de reglas de carga probatoria. Y es así que, cuando se le veda a los jueces la posibilidad de pronunciar un non liquet sobre la cuestión de derecho, a causa de lo dudoso de la cuestión fáctica, las reglas sobre carga de la prueba ven incrementada su importancia y utilidad práctica, pues son las que indican como resolver cuando algún hecho necesitado de prueba no ha sido demostrado en um proceso dado.” CALVINHO, Gustavo. **Carga de la Prueba.** Astrea: Bogotá, 2016. p. 34

²⁰⁴ Vale trazer o que refere Leo Rosenberg: “Puede suceder en cada litigio que la exposición de las partes con respecto al desarrollo rela de las cosas no llegue a producir en el juez la convicción de la certeza, en vista de la insuficiencia de nuestros medios de conocimiento y los limites de nuestra fuerza de entedimiento. Este caso ocurre diariamente en los tribunales, tanto en los tribunales civiles como en los del crimen o administrativos. Podrá ocurrir siempre que no se aclare em todos sus detalles el acontecimiento que motiva el pleito o que no puedan comprobarse, ni como verdaderas ni como falstas, ciertas circunstancias que son importantes para la decisión judicial, sea que se confia proporcionar los elementos del juicio a las partes o que se lo encarga al tribunal, sea que las partes o bien el tribunal deban preocuparse y assumir la responsabilidad por la comprobación de la verdad de las circunstancias de hecho presentadas en el litigio, sea que, por ultimo, el procedimiento de comprobación se rige por el principio de la llamada verdade formal o ele de la llamada verdad material. Como debe decidir el juez en semejante caso? Se descarta la posibilidad de que el juez llegue a un non liquet com respecto a la cuestión de derecho, a causa de lo dudoso de la cuestión de hecho. El juez debe siempre afirmar o negar la consecuencia jurídica que es objeto del pedido de la demanda, esto es, com tal de que estén cumplidos los presupuestos procesales de la sentencia en cuanto al fondo de la causa. La sentencia no puede tener otro contenido.” ROSENBERG, Leo. **La Carga de la Prueba.2. ed.** Tradução de Ernesto Krotoschin. Julio Cesar Faira Editor: Buenos Aires, 2002. P. 15-16. Também é de se lembrar o que diz Jorge Peyrano: “se vuelve a subrayar la calidad – por ahora, al menos – de la doctrina de ‘excepción’ que debe reconocerse a la de las ‘cargas probatorias dinámicas’ pensada por y para dar adecuada solución a causas que, de lo contrario, recibirían respuestas jurisdiccionales inequívocamente inicuas. Que, entonces, no se interprete mal. De lo que se trata es, pues, no de propiciar otra regla rígida de distribución de la carga de la prueba que concurre en un pié de igualdad con los parâmetros legalmente regulados, sino de formular una pauta ‘excepcional’ que sólo puede funcionar allí donde aquéllas manifestamente operan mal porque fueron elaboradas

O ônus da prova e sua distribuição, seja ela dinâmica ou estática, cumpre uma função de inegável valor para a solução judicial, estabelecendo regras as quais serão da maior importância no momento da decisão trazida pelo juízo. O atendimento ou não ao ônus imposto irá refletir, ao final, para que lado poderá pender a decisão apresentada pelo Poder Judiciário.^{205 206}

Mas antes de se analisar mais pormenorizadamente a evolução sistemática experimentada pela ordem processual brasileira no que tange a distribuição do ônus probatório, cabe melhor explorar o conceito daquilo que se entende por ônus.

para supuestos 'normales y corrientes' que no son los correspondientes al caso. PEYRANO, Jorge W. **Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas**. In: Cargas Probatorias Dinámicas. Org. Jorge W. Peyrano, Inés Lépori White. Rubinzal-Culzoni Editores: Santa Fe, 2004. p. 24.

²⁰⁵ Vale referir aquilo que diz Micheli sobre o ônus da prova: “La noción sobre la cual se há hecho girar toda la teoría de la carga de la prueba, es precisamente la de carga entendida como entidad jurídica distinta de la obligación, en el sentido de que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir um resultado jurídicamente relevante. En tales hipótesis, un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico se alcanzado, pero, de otro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca y, por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma. La no observância de esta última, pues, no conduce a una sanción jurídica, sino sólo a uma sanción económica; y precisamente la no obtención de aquel fin, conducirá, por tanto, a una situación de desventaja para el sujeto titular del interés tutelado. MICHELI, Gian Antonio. **La Carga de la Prueba**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. EJE: Buenos Aires, 1961. p. 60-61. Sobre a ideia do que seria o ônus da prova, em uma visão clássica, vale referir o quanto destaca Fleming: “Burden of proof often means what Wigmore has called the risk of non-persuasion. Wherever in human affairs a question of the existence or non-existence of a fact is to be decided by somebody, there is the possibility that the decider, or trier of the fact, may at the end of his deliberations be in doubt on the question submitted to him. On all the material before him, he may, for example, regard the existence or nonexistence of the fact as equally likely-a matter in equipoise. If, now, the trier is operating under a system which requires him to decide the question one way or the other, then to avoid caprice that system must furnish him with a rule for deciding the question when he finds his mind in this kind of doubt or equipoise. Where the parties to a civil action are in dispute over a material issue of fact, then that party who will lose if the trier's mind is in equipoise may be said to bear the risk that the trier will not be affirmatively persuaded or the risk of nonpersuasion upon that issue. Iled the burden.of persuasion or the persuasion burden.6 Under our system. which frees the judge and jury of responsibility for investigating7 and presenting facts and arguments, placing that responsibility entirely upon the respective parties, the more common phraseology is apt enough. The risk may well be viewed as a burden which the party may take affirmative and dynamic steps to bear. It should be noted. however, that even under a system where the trier of fact had the job of investigating the facts without help or argument from the parties there would still be the possibility of doubt or equipoise when the time for decision came. A concept of the risk of non-persuasion seems to be inseparable from any system wherein issues of fact are to decided on any rational basis by human beings. FLEMING JR, James. **Burdens of Proof** . Yale Law School Legal Scholarship Repository. V. 47 . L. Rev. 51-52.

²⁰⁶ Ainda sobre o ônus de prova, diz Luis Alberto Reichelt: “O emprego da ideia de colaboração como norte da atividade de instrução processual faz com que as normas que dispõem sobre a repartição de ônus de prova possam ser examinadas à luz de duas perspectivas distintas. Ao mesmo tempo em que dispõem sobre critérios a serem empregados pelo órgão jurisdicional em sede de julgamento, ofertando alternativas ao julgador diante da proibição do non liquet, tais normas estabelecem uma adequada ordenação do debate processual, incentivando as partes com vistas ao desenvolvimento de esforços em sede de persuasão racional do juiz.” REICHELTL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.335.

Nas palavras de Marinoni e Arenhart:

É possível sintetizar o conceito de ônus como espécie de poder da parte que possibilita o agir, segundo interesses próprios não obstante a existência de uma norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízos à própria parte onerada.²⁰⁷

Vale ainda referir o que diz Cássio Benevenuto de Castro:

Ao se falar em ônus, confere-se uma liberdade condicionada para que a parte possa praticar determinado ato processual, no interesse dela mesma. Em caso de inércia, no caso da não produção da prova processual, por falta de interesse ou de conveniência, a posição de proeminência da parte – em relação ao objeto que ela pretende (provar que ‘p’) – pode restar prejudicado.²⁰⁸

Ao se tratar da ideia de ônus e sua distribuição, se ingressa em dois âmbitos caríssimos ao Processo, em especial, ao Processo visto sob a ótica da Constituição:
a) de liberdade/disponibilidade das partes, uma vez que há a opção pelo agir ou não

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio. **Prova e Convicção**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 203.

²⁰⁸ BENEVENUTTI DE CASTRO, Cássio. **Ônus da Prova – Função e Natureza Jurídica**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018. p. 72. Também vale referir o conceito trazido por Roland Arazi sobre ônus: “El término carga tiene un significado propio en el lenguaje jurídico y es la traducción que en español se acepta de la voz latina *onus*. Antes de la expresión carga fuera adoptada y aceptada por todos los juristas, el *onus* latino o el onere italiano eran traducidos como peso; por ello, en algunas tradiciones de libros italianos leemos peso de la prueba. Acutalmente, y más allá de lo que indiquen los diccionarios de la lengua, carga es un vocablo que tiene su propio significado dentro de la teoría general del Derecho. La carga señala la conveniencia para el sujeto de obrar de determinada manera a fin de no exponerse a las consecuencias desfavorables que podría ocasionarle su omisión.” ARAZI, Roland. **La Prueba en el Proceso Civil**. 3ª. Ed. Rubinzal Culzoni Editores: Buenos Aires, 2008. P. 67. Vitor de Paula Ramos também possui posição interessante sobre o ônus: “1. O ônus: 1.1 é uma situação passiva subjetiva com sujeição branda; 1.2 é atribuído por uma regra imperativa; 1.3 é uma forma de tutela que descreve um comportamento (positivo ou negativo) ‘apreciado’ pelo Direito, mas não categoricamente exigido; 1.4 dá ao sujeito a possibilidade de escolha entre o agir ou não de acordo com o comportamento (positivo ou negativo) ‘apreciado’; 1.5 agindo em ‘contrariedade’ com o comportamento previsto na regra que atribui o ônus o sujeito não estará praticando um ato/omissão contrário ao Direito, não se configurando um ilícito; 1.6 justamente por isso, ao sujeito que não quer adotar o comportamento ‘apreciado’ não poderão ser cominadas sanções diretas ou indiretas, multas, penalidades, técnicas coercitivas (exemplo: multa diária), nem mesmo ser exigido de forma alguma pelo Direito que seja adotado o comportamento previsto na regra. 1.7 a consequência para a não adoção do comportamento estará na própria regra, no resultado ‘prometido’ para cada escolha. Isto é: ‘se adotares o comportamento A terás B’; ‘se não adtares o comportamento A, não teras B’.” RAMOS, Vitor De Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil – Do ônus ao Dever de Provar**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015. p. 64-65. Ainda cabe destacar Araken de Assis neste tema: “O ônus é a necessidade de praticar atos processuais para evitar que sobrevenha desvantagem no processo. Diz-se que os ônus constituem imperativos dos próprios interesses (Gebote eigenen Interessen) por força dessa circunstância”. DE ASSIS, Araken. **Processo Civil Brasileiro. V.II, T. II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 179.

agir, daí decorrendo consequências pelo atendimento ou não do ônus que lhe foi entregue e; b) da igualdade, uma vez que distribuir ônus no processo só pode ter como objeto, por decorrência lógica, trazer uma real igualdade no debate judicial, equiparando-se armas no duelo processual.

Trata-se de uma questão de isonomia dentro do processo, pois tratar igualmente as partes não significa necessariamente uma igualdade formal, mas sim substancial, não onerando uma parte em detrimento da outra.²⁰⁹

Em realidade, é inaceitável, sob o viés de um processo justo e de um Estado preocupado com a entrega de uma prestação jurisdicional justa que existam disparidades dentro do processo além daquilo que se entende por razoável, ou seja, tudo aquilo que vier a desequilibrar injustificadamente o processo deve ser realinhado pelo juiz-diretor-administrador do processo.

Portanto, a luz de um Processo vinculado umbilicalmente à Constituição Federal, é inadmissível a promoção e a manutenção de desigualdades sob o argumento de tratamento paritário interno processual. O Processo deve servir para promoção da isonomia, reconhecendo que hipossuficiências econômicas e sociais são relevantes na busca da prestação jurisdicional justa, em que o elo mais sensível da relação processual deve ser protegido.

²⁰⁹ Nesse sentido, clara é a lição de Rafael Sirangelo de Abreu: “Está na base da noção de igualdade a ideia de equilíbrio, de modo que o tratamento desigual, para ser suficientemente justificável, deve ser aquele que busca equilibrar situação de desequilíbrio anterior ao processo ou que surja durante o processo. A realidade processual também pressupõe, portanto, um caráter dinâmico de igualdade. Essa concepção dinâmica de igualdade processual tem ao menos quatro ramificações que se complementam, cada qual com sua operacionalidade: (i) neutralidade e igual respeito aos sujeitos do processo (noção atrelada àquela da imparcialidade); (ii) não discriminação (proibição de distinções arbitrárias no conteúdo e aplicação da lei processual); (iii) redução de desigualdades que impõem desvantagens práticas (culturais, de língua, geográficas, econômicas, entre outras) e (iv) igual acesso à informação (exclusão de qualquer barreira de acesso aos meios de prova e eventuais materiais de interesse para a defesa de alguma das partes).” SIRANGELO DE ABREU, Rafael. **Igualdade e Processo – Posições Processuais Equilibradas e Unidade do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 83. O referido autor prossegue: “A igualdade processual é dinâmica porque o direito de ação e o próprio fenômeno processual são dinâmicos. Desse modo, o equilíbrio dos sujeitos do processo não pode ser dado a priori, mas depende justamente das atividades desempenhadas por cada um, do fato de terem ou não se desincumbido de determinados ônus, por exemplo. O processo, assim, mesmo antes de seu término, pode ter de colocar uma das partes em situação de desvantagem substancial com respeito à outra, na medida em que isso se justifique em face da atividade probatória de ambas, a legitimar a imediata executoriedade de determinado provimento ou outra diferenciação no bojo do processo. Isso é resultado de seu caráter relacional: o equilíbrio se dá com relação à determinada posição, ônus, faculdade ou dever e não pode ser compreendido na estrutura processual como um todo. SIRANGELO DE ABREU, Rafael. **Igualdade e Processo – Posições Processuais Equilibradas e Unidade do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 85-86.

Nessa linha, a ideia de uma repartição estática do ônus da prova esteve presente como regra durante na legislação processual de 1973, uma vez que a realidade daquele momento era distinta. A ideia básica do autor e do réu terem suas responsabilidades próprias no que diz respeito aos ônus probatório permanece, é verdade (lá está na redação do art. 373). Contudo, a rigidez sistemática, frente ao modelo de Processo que hoje está posto é claramente insuficiente e foi superada pela força da doutrina e positivada com introdução do §1º ao mencionado dispositivo, efetivando a possibilidade de equilibrar o ônus da prova quando necessário for. A busca pelos caminhos da verdade e da justiça, de forma colaborativa, anda no sentido de flexibilização normativa e procedimental, permitindo, assim a busca por uma melhor solução jurisdicional.

De toda sorte, ainda que exista essa maleabilidade na distribuição do *onus probandi*, não se pode negar que existem razões para que não ocorra uma ruptura total com a teoria tradicional do ônus probatório. Justifica-se porque, de fato, existe uma lógica inegável a imposição ao autor, que busca em juízo, o reconhecimento de um direito, que prove aquilo que alega. Igualmente, a mesma lógica se aplica ao réu no exercício de sua defesa. A simples contraposição da alegação do autor, a mera negativa não necessariamente será suficiente para evitar uma eventual procedência da demanda. Por isso, ainda se manteve com o réu o ônus de provar os fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito do autor, como regra geral.²¹⁰

A ideia de dinamização do ônus da prova vem positivada não se opõe a essa lógica, mas a torna mais adequada uma vez que reconhece e possibilita que em determinadas circunstâncias é necessário, para uma melhor tutela de direitos, reconhecer a existência de uma necessidade de flexibilização conceitual para adequação procedimental, onde devem ser consideradas as possibilidades que as partes têm de produção de determinada prova, conformando, assim, a quem estiver melhor aparelhado para efetivamente trazer a prova ao feito.

Verdadeiramente, a possibilidade de alterações no ônus da prova ao longo do debate atende ao primado do modelo colaborativo de processo, hoje vigente, uma

²¹⁰ Há interessante referência sobre a razão e importância do ônus estático realizada por Gustavo Calvino: “Esa rigidez a veces estorba, pues no es otra cosa que una restricción que el legislador impone al poder del juez para que no genere reglas a su gusto para el caso concreto que le permitan manipular el resultado, y que esto derive en el decisionismo. No hay que olvidar que, en líneas generales, en un sistema democrático todo juzgador – al dictar cualquier resolución – debe respetar el derecho y, con él, la garantía del proceso, que de este modo operan como límites. CALVINHO, Gustavo. **Carga de la Prueba**. Astrea: Bogotá, 2016. p. 179.

vez que será destinado o ônus a quem tiver melhores condições de atendê-lo. A coerência do sistema colaborativo depende da adoção de medidas que permitam moldar o processo com suas particularidades, a fim de atingir todos os seus fins jurídicos, políticos e sociais.²¹¹

Tratar o ônus pré-definido como regra colabora para organização do debate em um primeiro momento. No entanto, permitir uma flexibilização na distribuição dos ônus probatórios respeita as particularidades de cada caso devem sempre ser consideradas, especialmente com a ideia de busca pela verdade cada vez mais consolidada como fundamento ideológico da ordem processual pátria.

A ideia de um ônus exclusivamente estático, como dito, já não corresponde ao que se entende por processo justo. Para o atendimento da ideia de busca da verdade e de um processo justo, foi preciso alterar a visão que havia sido consagrada no CPC/73. Naturalmente que a ideia de dinamização do ônus da prova veio galgando espaço e seguidores junto da natural evolução do processo. A concepção de Artur Carpes bem reflete que havia uma necessidade de evolução do sistema probatório:

A generalidade e abstracionismo característicos da lei reduziram a distribuição do ônus dos ônus probatórios a um dos símbolos da igualdade formal, ao qual não importava a vida real das pessoas e eventuais distinções concretas existentes entre elas. Pretendeu garantir-se, dessa forma, a imparcialidade no tratamento das partes – que por serem ‘iguais’ deveriam ser tratadas sem discriminação – e a segurança jurídica, outorgando às partes a tão prestigiada previsibilidade do procedimento. O resultado, inexoravelmente, não é o mais adequado sob o ponto de vista de um Estado Constitucional que eleva o acesso à ordem jurídica justa à condição de direito fundamental (art. 5º. XXXV, da Constituição). A distribuição dos ônus probatórios, tal como prevista no art. 333 do Código de Processo Civil brasileiro – assim como nos outros diplomas no estrangeiro que detêm

²¹¹ Em realidade, há quem diga sobre a possibilidade de um processo sem ônus da prova. Nas palavras de Jordi Nieva Fenoll: “En consecuencia, cabe imaginar un proceso sin la presencia de la carga de la prueba? Pues bien, aunque la misma sea reconocida por la mayoría de los ordenamientos que siguen, como es obvio, una larguísima tradición histórica, la respuesta es indudablemente que sí. La antes vista carga objetiva de la prueba dio la pauta para ello, porque en realidad esa carga objetiva no tiene nada que ver con una carga. En un proceso se valora la prueba, y deben optimizarse al máximo las oportunidades de hacerlo. Tras ello, si queda algún hecho ignoto, y ante la necesidad de evitar un non liquet que crearía mayor conflictividad social, lo que hay que hacer es simplemente no darlo por probado. Ello en el fondo es un auténtico non liquet, que en el proceso penal se interpreta favorablemente al reo para protegerle del prejuicio social de la culpabilidad, pero que en el resto del proceso puede dejarse perfectamente sin juzgar. No es que no haya sucedido el hecho; lo que sucede es que se há intentado probar y no ha sido posible demostrar ni que existe ni que no existe. Y ante esa situación, no se puede aplicar la norm jurídica que parte de su existencia. NIEVA FENOLL, Jordi. **La Carga de La Prueba: Una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida**. In: *Contra La Carga de La Prueba*. Jordi Nieva Fenoll, Jordi Ferrer Beltrán, Leandro J. Giannini. Madrid: Marcial Pons, 2019. P. 43-44.

a mesma conformação hermética -, revela-se alheia à igualdade substancial das partes e à maior ou menor dificuldade que aquela onerada terá em cumprir com a missão previamente estabelecida pela lei.^{212 213}

Conforme se verifica, resta fácil atestar que a dinamização do ônus da prova é mais que a evolução de uma norma processual. Trata-se, efetivamente, da verificação e da realização que o ônus estático, muitas vezes, não é suficiente para permitir a consagração de princípios constitucionais. Assim, a dinamização do ônus da prova constitui técnica processual mais próxima dos fundamentos ideológicos firmados pela nova sistemática processual.

Se é verdade que um dos compromissos assumidos pela ordem processual é a busca da verdade e da justiça da decisão, oferecendo um julgamento de mérito sempre que possível, solucionando efetivamente o problema, faz sentido que o ônus da prova deve ser lido de acordo com as particularidades de cada caso concreto, adaptando-se, assim, às circunstâncias apresentadas e conferindo às partes uma adequação a sua situação fática. Um Processo dialogado, portanto, caminha no sentido de uma distribuição não necessariamente absolutamente pré-ordenada, mas que comporta certa flexibilização para atendimento da ideia de um processo justo e de um Estado Democrático de Direito.

A dinamização do ônus da prova é, portanto, em certa medida, tratar o Processo de forma constitucional.

Claro, a teoria do ônus dinâmico não transita sem sua parcela de ressalvas e críticas. Danilo Knijnik, por exemplo, aponta a necessária cautela na forma de utilização de tal teoria:

O ônus dinâmico não pode ser aplicado para simplesmente compensar a inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado, mas única e tão-somente para evitar a formação da *probatio diabólica* diante da impossibilidade material que recai

²¹² THOMPSEN CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova no Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.69-70

²¹³ Importante e esclarecedora também é a visão de Ravi Peixoto e Lucas Buril de Macêdo: “O direito não pode mais ser visto de maneira isolada, hermética, ignorando o que é social, político e ético; o seu lugar, e especialmente o do processo, é na tópica, propendendo à realização da dignidade da pessoa humana e demais valores constitucionais. É nesse quadro que se faz, mais do que possível, imperativo que o juiz inverta a carga probatória, concretizando os direitos fundamentais processuais de acesso à justiça e isonomia, e proporcionando o acesso a ordem jurídica justa.” PEIXOTO, Ravi, BURIL DE MACÊDO, Lucas. **Ônus da Prova e sua Dinamização**. Juspodivm: Salvador, 2014. P. 160-161,

sobre uma das partes, à luz da natureza do fato e da sintaxe da norma²¹⁴

E seguindo o referido autor:

São pressupostos para a sua aplicação que a incidência do ônus estático redunde em *probatio diabólica*, estando o litigante estáticamente não-onerado em posição privilegiada quanto ao episódio controvertido, seja por deter conhecimento especial, seja por deter as provas relevantes. Ainda, a dinamização poderá ter lugar se a prova tornar-se inacessível à parte estáticamente onerada, seja por força de conduta culposa, seja por violação dos deveres de colaboração pela parte adversa.²¹⁵

Em realidade, o Processo além de instrumento de realização do direito material, além de um espaço democrático para o debate, é também meio de realização dos princípios e valores constitucionais. Quando se admite que em certas ocasiões é necessário escapar ao ônus estático, se está permitindo que a Constituição atinja seu máximo potencial, uma vez que permite ao direito se adequar à situação concreta, tratando de forma verdadeiramente isonômica as partes, e não apenas uma igualdade formal.

A dinamização do ônus da prova, em última análise, está ligada à ideia de igualdade processual, como referido, em que se torna inapropriado ignorar as condições que as partes possuem. Parece estar em desacordo com aquilo que se espera do processo judicial impor às partes certas condições pre-determinadas sem qualquer possibilidade de flexibilização, uma vez que é da essência do ordenamento

²¹⁴ KNIJNIK, Danilo. **As (Perigosíssimas) Doutrinas do 'Ônus Dinâmico da Prova' e da 'Situação de Senso Comum' como Instrumentos para Assegurar o Acesso à Justiça e Superar a Probatio Diabolica**. In: Revista de Processo e Constituição. Revista dos Tribunais, 2006. p. 947.

²¹⁵ KNIJNIK, Danilo. **As (Perigosíssimas) Doutrinas do 'Ônus Dinâmico da Prova' e da 'Situação de Senso Comum' como Instrumentos para Assegurar o Acesso à Justiça e Superar a Probatio Diabolica**. In: Revista de Processo e Constituição. Revista dos Tribunais, 2006. p. 950. Jordi Ferrer Beltrán também expõe críticas às cargas dinâmicas: "En las páginas que anteceden he mostrado que el fundamento último de la doctrina de la carga dinámica de la prueba es epistemológico: se trata de buscar un mecanismo que maximice la aportación de pruebas relevantes al proceso. Además, los defensores de la doctrina han observado con acerto que los mecanismos tradicionales de asignación de la carga de la prueba no son capaces de generar, por sí solos, los incentivos necesarios para acercarse a esse objetivo epistemológico. El problema, sin embargo, es que la doctrina de la carga dinámica de la prueba tampoco es un buen instrumento para ello. Por eso, creo fundamental explorar otras vías que, de lege ferenda, pudieran servir adecuadamente para generar los incentivos que maximicen la aportación de pruebas relevantes al proceso sin los inconvenientes que general a carga dinámica de la prueba". BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la confusión y lo Innecesario**. In: **Contra La Carga de La Prueba**. Jordi Nieva Fenoll, Jordi Ferrer Beltrán, Leando J. Giannini. Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 79-80.

buscar um debate em igualdade de condições entre as partes. Isso não significa, é claro, que sempre ocorrerá a dinamização. Pelo contrário, apenas quando for identificada a efetiva necessidade, o magistrado poderá fazê-lo, mediante decisão fundamentada.^{216 217 218}

A paridade de armas no debate judicial parece ser o único caminho que permite, efetivamente, o atingimento do ideário de justiça apregoado pelo sistema processual brasileiro. E claro, tratar de isonomia processual, não significa, contudo, ferir a imparcialidade judicial transformando o magistrado em um distribuidor de regras processuais, mas sim impedir que desvantagens indevidas ocorram no duelo das partes. Essa parece ser a única forma da ordem processual caminhar no sentido de

²¹⁶ Nas palavras de Rafael Abreu: “A estrutura nítida, entretanto, de relação da igualdade com o direito probatório está na sistemática de distribuição dos encargos probatórios e dos riscos inerentes à (não) produção da prova. O processo tem como pressuposto um sistema de distribuição equitativa dos riscos. Tratar igualmente significa não submeter nenhum dos litigantes a um risco maior de erro em comparação a outro. Ocorre que determinadas situações não compartilham uma igualdade estática, sendo necessária a composição de um equilíbrio dinâmico. Essa exigência diz respeito diretamente ao tema do ônus da prova. A repartição dos encargos probatórios tem como escopo conferir igualdade às partes no processo.” SIRANGELO DE ABREU, Rafael. **Igualdade e Processo – Posições processuais equilibradas e unidade do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 214-215.

²¹⁷ E segue o destacado autor: “No que tange às posições das partes na produção probatória, podem surgir situações de desigualdade que correspondem a entraves de ordem formal ou material ao acesso à prova. Nesses casos, a estruturação tradicional dos ônus probatórios (estabelecida pelo caput e incisos do art. 373 do CPC) pode demonstrar-se insuficiente. O direito fundamental à igualdade é a base que permite ao juiz dinamizar a estrutura dos ônus probatórios, atingindo o ideal de igualdade na sua acepção substancial. Por essa razão, o novo Código de Processo Civil admite em casos específicos a dinamização do ônus da prova, como forma de não perpetuar desigualdades em termos de acesso ao material probatório. A dinamização, portanto, funciona como filtro isonômico do direito fundamental à prova, já que quando as partes litigam em posições materiais desiguais (o que ocorre na maioria das vezes, uma vez que a realidade é tendencialmente desigual) as rígidas regras que distribuem os encargos probatórios apenas aumentam esse distanciamento. Equilibrar a distribuição dos ônus probatórios é dividir os riscos do processo entre as partes, privilegiando a igualdade e, nessa medida, o direito fundamental à prova.” SIRANGELO DE ABREU, Rafael. **Igualdade e Processo – Posições processuais equilibradas e unidade do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 215.

²¹⁸ Também é de destacar o que diz Antônio Dall’agnol: “É, assim, verdadeiro dever do juiz o comportar-se com dinamismo. Não se lhe pede que realize parte da prova, mas seguramente que envide todos os esforços para que o litígio se resolva segundo o alegado e provado, lançando mão dos meios que lhe oferece o direito positivo para obviar a prova insuficiente, ou mesmo inexistente, antes de abrigar-se sobre a regra do art. 333 do CPC. O compromisso do juiz, diz amiúde, mas nunca é demais repetí-lo, é com o caso concreto. Deve submeter-se à norma jurídica, sem dúvida, mas jamais esquecer-se que ela não se exaure no aspecto formal, na lei, senão que se compõe de elementos outros, que as mais das vezes só se lhe oferece com o processo. A doutrina da carga dinâmica da prova, assim, vem a ser um instrumento a mais para a correta solução do caso, encontrando plena realização em sistemas que operam com o princípio da persuasão racional, segundo os termos do art. 131 do CPC (...). Os limites do exame judicial são estabelecidos pelos limites da própria demanda, mas a solução há de oferecer o juiz com base no que se encontra nos autos demonstrado, independentemente de onde se originou a demonstração, admissível que é, inclusive, a sua própria iniciativa.” DALL’AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. **Distribuição dinâmica dos ônus probatórios**. Revista Jurídica. n. 2809/11. Nota dez: Porto Alegre, 2001. p. 20.

realização dos valores constitucionais. Disparidades injustificadas apenas afastam o processo do caminho da verdade e da justiça.²¹⁹

Nessa ideia, William B. Rubenstein:

Procedural systems that fail to acknowledge equipage disparities, that create systems of unequal procedural rules, or that lead to inconsistent substantive outcomes are likely to be procedural systems in distress.²²⁰

É claro que para a alteração do ônus probatório, critérios devem ser respeitados e por isso também é que há a necessidade de fundamentação da decisão. Qualquer modificação nas regras do jogo, ainda que tais alterações sejam expressamente previstas, devem ser justificadas por quem pretende alterá-las, demonstrando a necessidade para tanto. Permitir que o arbítrio injustificado comande a distribuição do ônus da prova fere a democracia processual e não atende a ideia de igualdade.²²¹

E, nesse sentido, a norma prevista no art. 373 §1º do CPC, permite essa dinamização, mas o magistrado não poderá modificar, transportar o ônus de uma

²¹⁹ Ainda nessa linha, vale trazer mais uma vez Rafael Abreu: “A igualdade em perspectiva interna ao processo não se refere somente ao livre exercício do direito de ação e defesa, mediante simetria nas posições desempenhadas por cada ator do embate processual, mas à necessidade de que esses disponham de equívocos oportunidades práticas, durante todo o iter procedimental, em matéria de debate probatório, alegações, recursos e demais posições, para que tenham, na prática (e não simplesmente na teoria), iguais possibilidades de obter justiça. A credibilidade do processo como instrumento de resolução de conflitos depende de sua capacidade de oferecer uma perspectiva de equilíbrio a todos os seus participantes, sendo indispensável que os litigantes possam nutrir alguma expectativa de vitória. Não é à toa que o art. 7º do NCPC assegura às partes ‘paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus e deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório’. O código, portanto, estrutura como norma fundamental (o art. 7º. Insere-se no capítulo destinado às normas fundamentais do código) o direito à igualdade processual.” SIRANGELO DE ABREU, Rafael. **Igualdade e Processo – posições processuais equilibradas e unidade do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 79

²²⁰ RUBENSTEIN, William B. **The Concept of Equity in Civil Procedure**. In Cardozo Law Review. N. 1865. 2001-2002. p. 1911.

²²¹ Nessa linha está o que destaca Artur Carpes: “Assim, muito embora o parágrafo primeiro do art. 373, CPC, sugira, mediante a utilização da terceira partícula ‘ou’, que a dinamização seria aplicada a partir da constatação quanto à violação da igualdade ou do direito à prova, isto é, um ou outro de modo isolado, esta não é a interpretação adequada do referido dispositivo. Para que o juiz determine a dinamização não bastará, com efeito, seja simplesmente constatada a disparidade de armas no contexto probatório. Não bastará, do mesmo modo, tão-somente a constatação quanto à excessiva dificuldade ou impossibilidade de obtenção da prova. Para que seja aplicada a dinamização do ônus da prova, é indispensável que seja verificada, em concreto, não apenas a contrariedade do direito fundamental à igualdade substancial, mas também a excessiva dificuldade ou impossibilidade na produção da prova. Ausente uma ou outra dessas condicionantes, será indevida a dinamização, devedo o juiz aplicar ordinariamente as regras do ônus da prova.” THOMPSEN CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova no Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 118.

parte para outra se isso se configurar em um ônus impossível para quem foi posto. Da mesma forma, isso também acabaria retirando a isonomia do debate judicial, o que, por óbvio, não é o objetivo.²²²

A ideia de reequilíbrio dos ônus probatório torna-se absolutamente lógico quando se toma como premissa para um processo democrático a existência de diálogo entre os atores processuais. Isso porque o diálogo judicial torna verdadeira a ideia de trabalho em busca da melhor decisão, onde todos devem colaborar para tanto.

A lógica da adequação do ônus ao caso concreto torna-se mais evidente quando se caminha adiante da habitual compartimentação do ônus probatório em subjetivo e objetivo. O primeiro tradicionalmente entendendo-se como uma imposição às partes, indicando o que deve ser provado. Por sua vez, o segundo dirigido especificamente ao magistrado, sendo uma verdadeira regra de julgamento, indicando ao juiz como deverá decidir a lide.

João Batista Lopes melhor explica a ideia da divisão em ônus objetivo e subjetivo:

Como se vê, há dois aspectos do ônus da prova, bem claros e definidos: a) o ônus subjetivo (a quem incumbe provar); b) o ônus objetivo (encerrada a prova, irrelevante é indagar se houve estrita observância das regras que regem o ônus subjetivo da prova, pois o juiz, destinatário dela, julgará a causa levando em consideração todos os elementos constantes dos autos.²²³

Contudo, é possível um pouco mais adiante na categorização em ônus subjetivo e objetivo, podendo-se falar também em ônus imperfeito²²⁴ ou incompleto,

²²² Como diz Guilherme Rizzo Amaral: “Distribui-se, assim, o ônus da prova, para aquele que estiver em melhores condições de dele se desincumbir. Esse é o sentido da norma contida no §1º do novel art. 373.” RIZZO AMARAL, Guilherme. **Comentários Às Alterações Do Novo Cpc**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 498.

²²³ BATISTA LOPES, João. **A Prova no Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 46. Roland Arazi tem traz posição um pouco diferente, pois afirma não ser necessário falar-se em ônus objetivo e subjetivo. Refere o mencionado autor: “Se afirma que se trata de dos conceptos distintos: la primera atende a cómo se distribuye la carga de la prueba entre los litigantes; la segunda indica las consecuencias de la falta de prueba. No creemos que la distinción apuntada justifique la dualidad entre carga subjetiva y objetiva, ya que ésta no es más que el efecto de la primera. Ante la falta de prueba, el juez tiene el deber de resolver el litigio en favor de la parte que no tenía la carga de probar. Desde este punto de vista, no existe carga para el juez, sino verdadero deber cuyo cumplimiento es obligatorio. La carga, como tal, es siempre subjetiva y recae sobre la parte a quien es útil la prueba de que se trata. ARAZI, Roland. **La Prueba en el Proceso Civil**. 3ª. Ed. Rubinzal Culzoni Editores: Buenos Aires, 2008. P. 73-74.

²²⁴ Paulo Osternack Amaral bem explica a ideia de ônus perfeito e imperfeito: “O ônus pode ser classificado em perfeito ou imperfeito, de acordo com a consequência que a sua inobservância

ganhando-se espaço de adequação para melhor adaptar ao que se hoje se espera do Processo.

Não se pode ignorar que há, já há certo tempo, um aumento da participação do juiz na construção da prova no processo. Sendo esse agente ativo e produtor de elementos, e não mais apenas receptor, a dinâmica impõe uma revisitação as ideias antes concebidas. Sendo, portanto, o juiz um elemento ativo no processo, como diretor da lide que é, cabe a ele também administrar as circunstâncias fáticas que se apresentam, adequando o procedimento probatório, quando for necessário.

Bem apanha essa ideia Luis Alberto Reichelt:

Diante de um aumento dos poderes do juiz em sede de instrução processual, a contraposição entre as ideias de ônus da prova em sentido subjetivo e ônus da prova em sentido objetivo, originalmente à luz de uma perspectiva histórica cede lugar para a construção de um modelo pautado na ideia de cargas probatórias imperfeitas ou incompletas, no qual a liberdade atribuída às partes para a produção de provas convive com o papel ativo do órgão jurisdicional na atividade de investigação da realidade histórica considerada juridicamente relevante.²²⁵

seja apta a gerar na parte infratora. O ônus perfeito é aquele que descumprido, acarretará necessariamente consequências negativas ao onerado. É o que se passa com o ônus de recorrer da sentença desfavorável: se a parte sucumbente não interpuser o recurso, a sentença transitará em julgado, consumando de forma definitiva as consequências do julgamento; contudo, caso recorra, a parte terá chance de reverter a sentença desfavorável. O ônus imperfeito, por sua vez, caracteriza-se pela probabilidade de que seu descumprimento gera alguma situação de desvantagem. Exemplo de ônus imperfeito é a produção de provas. A não produção de uma prova não gerará necessariamente consequências negativas a quem incumbia tal encargo. Não significa que a parte será derrotado no processo. Afinal é possível que o juiz determine ou a parte contrária requeira a produção de tal prova, cujo resultado seja favorável justamente àquele sujeito que a deixou de produzir. Ou, ainda, que o julgador se convença de que a parte desidiosa tem razão, à luz do contexto probatório existente nos autos. OSTERNACK AMARAL, Paulo. **Provas – Atipicidade, Liberdade e Instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 46.

²²⁵ REICHELTL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 336. No entanto, parecela qualificada da doutrina ainda defende a tradicional ideia de ônus objetivo e subjetivo. Nesse sentido, Artur Thompsen Carpes: “O ônus da prova consubstancia-se não apenas critério de julgamento, que informa ao juiz como deve julgar quando as provas não são suficientes para a formação da convicção sobre os fatos da causa, mas também critério de organização da atividade probatória, que informa às partes a sua parcela de responsabilidade na formação da prova destinada à construção do juízo de fato. O ônus da prova exerce, portanto, dupla função: a um, desempenha importante papel no que tange à estruturação da atividade probatória das partes (função subjetiva); e, a dois, funciona como regra de julgamento, a ensejar, no caso de insuficiência de provas aptas a formas o convencimento judicial, sentença contrária aos interesses da parte que não cumpriu seu encargo (função objetiva), na medida em que é vedado ao juiz pronunciar-se pelo non liquet.” THOMPSEN CARPES, Artur. **Notas Sobre a Interpretação do Texto e Aplicação das Normas Sobre ônus (Dinâmico) da Prova no Novo Código de Processo Civil**. In. Direito Probatório. Org. Marco Felix Jobim, William Santos Ferreira. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 280.

A questão acaba sendo iluminada, pois não se pode ignorar que apesar da ideia de um modelo colaborativo de Processo pautar a dinamização do ônus da prova, bem como também conferir poderes ao magistrado de produzir as provas, existem espectros de interesses diferentes. Ao juiz há o interesse de descobrir a verdade, indiscutivelmente, enquanto que às partes há o interesse de provar a sua versão dos fatos e refutar a versão do adversário.²²⁶

Isso posto, não se pode ignorar que ao magistrado é imposto o dever de decidir. E tampouco se pode ignorar que, vez aqui e vez ali, o mesmo terá de utilizar-se do ônus da prova para decidir, pois nem sempre o conteúdo probatório presente é suficiente para criação da convicção necessária para por fim ao conflito. E por uma parte do ônus recair exclusivamente ao juiz, sendo uma regra de julgamento, é que parece acertado conferir a este a possibilidade de ter maior poder na distribuição do ônus probandi, escapando (com as ressalvas já pontuadas) à noção clássica de que ao autor cabe provar o fato constitutivo e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor.

Não se está, como poderia se pensar, conferindo maior complexidade ao instituto injustificadamente. Está-se, sim, reconhecendo a sua importância e adaptando-o as novas exigências de processo justo, colaborativo, constitucional e apto a atender a sua principal função, a composição dos conflitos e a pacificação social.

²²⁶ Como diz Araken de Assis: “A direção dos esforços probatórios empreendidos pelo juiz e pelas partes discrepa profundamente. O juiz almeja apurar a veracidade das alegações de fato para decidir com justiça. As partes aspiram demonstrar a veracidade das próprias alegações e a falsidade das alegações do adversário para obter sucesso. Por esse motivo, as partes que, eventualmente, adquirem o direito à prova, cuja violação provocará o chamado cerceamento de defesa, também têm o ônus de provar as respectivas alegações, desejando obter o efeito jurídico pretendido. É da essência do processo civil que as partes tenham o direito de provar e o ônus de provar as alegações de fato.” ASSIS, Araken De. **Processo Civil Brasileiro. V.II, T. II.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 179. Contudo, o mesmo referido autor é um crítico da distribuição dinâmica da prova frente a realidade brasileira. Nas palavras do referido autor: “A teoria da distribuição dinâmica baseia-se em premissa claramente irreal: o juiz e a juíza brasileira, encarregados de processar e julgar milhares de processos, não tem vagares e os instrumentos necessários à ponderação dos interesses em jogo. Não é por outra razão que só se dão conta da conveniência da mudança das regras do ônus na oportunidade do julgamento. Em realidade, a distribuição dinâmica constitui um enorme perigo ao processo garantista. Apressadamente demais, salvo engano, rejeitou-se a quebra da parcialidade em favor dos vulneráveis, invariavelmente beneficiados dessa maneira. Não é outro motivo da inexistência de critérios legais e da sua irrelevância. Esquece-se o melhor princípio: ‘O arbítrio do juiz em liberdade total e não condicionado a determinados parâmetros legais que balizem a sua atuação não é um bom princípio’”. DE ASSIS, Araken. **Processo Civil Brasileiro. V.II, T. II.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.204.

A imposição arbitrária da atual disposição do ônus probatório hoje não mais encontra lugar em um processo que prima pela justiça e busca sempre uma relação de igualdade muito além da formalidade prescrita em lei. Quando a imposição do conceito clássico da distribuição do ônus probatório impedir o efetivo acesso à justiça e a justa composição da lide, por certo a regra geral deve ceder à regra específica, que a norma processual vigente não atende a contento.

3.4.2 produção de provas pelas partes e preclusão

Estabelecido que a prova hoje constitui-se em um direito fundamental, o que, por decorrência, confere a possibilidade de produção da prova tão amplo quanto possível dentro do processo e, também firmado que hoje o ordenamento adota uma ideia de ônus dinâmico da prova, conferindo ao juiz a possibilidade de redistribuição das cargas probatórias uma vez identificada a necessidade de tornar verdadeiramente isonômica a disputa processual, parece também importante, neste perspectiva, tratar de outro instituto que merece atenção, em especial sob a ótica dos poderes do juiz dentro do processo.

Para o início do debate sobre a preclusão e a produção da prova, duas premissas devem ser estabelecidas para dar sequência sobre o entendimento do instituto, especialmente pela sua vinculação e pela limitação que pode conferir aos poderes probatórios das partes e sua incidência muito mais branda frente aos poderes instrutórios do juiz, como forma de manutenção da ordem do processo, sem, contudo, impedir a atividade investigativa necessária para busca da solução do conflito. Portanto, a preclusão é fenômeno não pode ser reduzido a questões internas do processo e, tampouco, pode ser restringido às partes, pois ao juízo também deve ser imposta a vedação de agir de forma contraditória ou surpresa.

Nesse sentido, a ideia de Antonio do Passo Cabral:

É verdade que o conceito tradicional de preclusão era muito limitado. Chiovenda, ao falar em 'perda' de uma 'faculdade', parecia limitar a preclusão às situações jurídicas exercitáveis pelas partes, e acabou por levar a literatura a rejeitar a existência de preclusões para o juiz. A doutrina e a jurisprudência, há muitos anos, vêm corrigindo o conceito, falando em 'extinção de situações jurídicas', até porque existem evidentemente preclusões para o juiz. Mas vencidos os preconceitos que limitavam a preclusão ao interno do processo e aos atos das partes, e se admitimos que há outros atos processo, com ou sem

efeitos materiais, que merecem uma estabilidade extraprocessual, fica mais simples aceitar a preclusão como forma geral de estabilidade processual.²²⁷

A estabilidade do sistema processual, seja ela interna ou externa, traduz-se, em outras palavras, no direito fundamental à segurança jurídica. A preclusão, classicamente tratada de forma interna ao processo e como limitação às partes, possui, verdadeiramente, papéis que se sobressaem a essa indevida restrição conceitual, como referido acima. Perceba-se, a própria coisa julgada é técnica de preclusão, vez que impede a rediscussão eterna dos feitos, parece inviável referir que a preclusão possui apenas efeitos internos ao processo.

A preclusão cumpre papel importante na ordenação e no andamento do processo, uma vez que estabelece diversos tipos de limitação com intuito de melhor adequar o procedimento ao exercício dos direitos fundamentais de forma que estes não venham a ser utilizados de forma abusiva. Como forma de estabilizar o debate, caminha na linha de dar mais previsibilidade interna atuando, também, como forma de garantir que a demanda transcorra de acordo com a lealdade processual que se espera.

O exercício de qualquer direito deve ser realizado dentro de um contexto de limitações constitucionais, não havendo, assim, possibilidade de abuso desses direitos. Ademais, é direito das partes, especialmente à luz de um modelo colaborativo de Processo, que não sejam surpreendidos por atos contraditórios, repetidos ou realizados intempestivamente, seja pela parte adversária, seja pelo próprio juízo.

O instituto da preclusão, nessa linha, é uma técnica processual que serve a ideia de tornar o Processo um mecanismo dinâmico, que caminhe sempre para frente, sem retornos ou desvios desnecessários. Nesse ideário, funciona como uma construção sistêmica para permitir que se consagre, da forma mais efetiva possível, a

²²⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **As Estabilidades Processuais como Categoria Incorporada ao Sistema do CPC**. In: Coisa Julgada e Outras Estabilidades Processuais. Coord. Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral. Juspodivm: Salvador, 2018. p. 51.

ideia da duração razoável do processo, impedindo, portanto, idas e vindas que, a toda evidência, desbordam da agilidade que se pretende dar ao procedimento.^{228 229}

Mas, vale referir, não apenas ao andamento processual e ao direito fundamental a duração razoável atende o instituto da preclusão. Como forma de manutenção da boa-fé e, inclusive ao modelo colaborativo, a preclusão impede a prática de atos a qualquer tempo, repetidos e contraditórios protegendo a segurança e a própria efetividade e a eficiência do processo.²³⁰

Limitações temporais, lógicas e pela própria ideia de impedir prática repetida de atos (preclusão consumativa) são medidas necessárias com objetivo claro de não permitir que as partes levem aquilo que lhes é um direito assegurado ao ponto de torná-lo uma subversão ao próprio sistema. Isso porque, se sabe, as partes com o

²²⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I. 17. ed. Juspodivm: Salvador, 2015. p. 419. Vale também destacar a lição de Rennan Faria Krüger Thamay: “Trata-se de mecanismo de estabilidade das decisões judiciais que se alia, fortemente, à segurança jurídica para, conseqüentemente, trazer paz social. Sabe-se que a preclusão está estruturada em três modalidades tradicionais que demonstram a impossibilidade de, em regra, praticar determinado ato processual, sem significar isso imutabilidade do que fora decidido, assim como pressupõe a res iudicata, instituto amplamente diferente, mas ligado pela conseqüente estabilidade das decisões judiciais. KRÜGER THAMAY, Rennan Faria. **Manual de Direito Processual Civil**. Saraiva: São Paulo, 2018. P. 331.

²²⁹ Ainda em linha semelhante está a lição de Antonio do Passo Cabral: “A preclusão é um fenômeno da essência do processo, cujo encadeamento de atos teleologicamente destinado a um fim comum exige um ‘caminhar’ sempre adiante. Se a marcha procedimental estivesse constantemente sujeita ao contratempo de retornar, sem qualquer restrição, às fases anteriores, o processo teria dificuldade de encontrar um fim adequado, especialmente à luz do mandamento constitucional que impõe sua duração razoável. Nesse contexto, vê-se que o procedimento deve ter sua tramitação regulada porque a sucessão de atos processuais deve possuir não apenas um encadeamento lógico, mas também um ritmo cronológico. A preclusão contribui, por conseguinte, para o transcurso e a solução do processo de maneira ordenada e eficiente. De fato, um dos fatores que assegura esse ritmo compassado ao processo é a preclusão, com a ordenação da atividade processual dos litigantes, o que se observa na fixação de termos rígidos e prazos peremptórios, na vedação por inadmissibilidade da conduta incompatível com um ato anterior, ou na proibição de repetir atos já praticados. Portanto, a sucessiva prática de atos processuais e o avanço procedimental vão gerando uma ‘irreversibilidade tendencial’ de cada uma das condutas tomadas anteriormente, de onde se pode extrair que a preclusão, no determinar sempre um ‘andar para frente’, é uma conseqüência principiológica, natural do procedimento.” PASSO CABRAL, Antonio do. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas – Entre Continuidade, Mudança e Transição de Posições Processuais Estáveis**. Juspodivm: Salvador, 2013. p. 117-118.

²³⁰ Como dizem Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “A preclusão fundamenta-se na segurança jurídica. E isso por uma razão muito simples – ao precluir a prática de determinado ato ou ao encerrar o debate a respeito de determinada questão, torna-se certa e estável dentro do processo a situação jurídica consolidada, outorgando expectativa legítima às partes no não retrocesso do procedimento e direito à observância do resultado da preclusão. Processo seguro, portanto, é processo em eu as regras de preclusão são devidamente dimensionadas pelo legislador infraconstitucional e observadas pelo juiz na condução do processo” MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 518.

interesse que possuem em ver provado e demonstrado sua versão dos fatos tende a extrapolar suas faculdades se não lhes forem impostos limites.²³¹

A preclusão, portanto, exerce, dentro da lógica processual, papel de fundamental importância. Contudo, há diferentes formas do instituto ser aplicado, como referido, bem como essas limitações acabam sendo impostas com muito mais gravidade às partes do que ao juízo, ainda que este não esteja, de forma alguma, imune aos efeitos da preclusão.

Veja-se, tradicionalmente, a preclusão possui um alcance muito mais amplo no que tange a restrição do momento das alegações de fato, pois uma vez firmados, apenas excepcionalmente é que é possível aditá-las ou modifica-las. Outro, contudo, é o procedimento no que refere a instrução do processo, especialmente sob a ótica de um Processo preocupado com a investigação da verdade, não só pelas partes, mas também pelo juiz. Isso porque o juiz-diretor da demanda, além de ter seus próprios poderes instrutórios, pode reabrir a possibilidade de produção de prova às partes se assim entender conveniente para demonstração de um fato relevante ao feito.

De todo modo, para fins de compreensão mais ampla, a sistematização do instituto e sua forma de organização é tradicionalmente conferida ao mestre italiano Giuseppe Chiovenda, o qual tratou sobre o tema em diversos ensaios e obras. Disse o referido autor:

Todo processo, uns mais, outros menos, e da mesma forma o nosso processo, com o fim de assegurar precisão e rapidez ao desenvolvimento dos atos judiciais, traça limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a consequência de que, além de tais limites, não se pode usar delas. Emprestei a essa consequência o nome de 'preclusão', extraído de uma expressão das fontes que se empregava, precisamente com o significado que lhe

²³¹ Arruda Alvim bem resume a tripartição na divisão conceitual da preclusão: "A preclusão comporta diversas classificações. A mais comum é a que a divide em: a) temporal, a mais importante (=comum); b) lógica; e c) consumativa. Diz-se temporal a preclusão quando um ato não é praticado, pelo fato de se ter praticado outro ato que, pela lei, é definido como incompatível com o já realizado, ou que esta circunstância deflue inequivocamente do sistema. A aceitação da sentença envolve uma preclusão lógica de não recorrer. Assim, quando a parte toma conhecimento da sentença, vindo até a pedir sua liquidação, aceita-a tacitamente, não mais lhe sendo dado recorrer. Fala-se, finalmente, em preclusão consumativa, quando se pratica o ato processual previsto na lei. Não será possível, depois de consumado o ato, praticá-lo novamente." ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Manual de Direito Processual Civil**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 660.

dou, na 'poema praeclusi' do direito comum, ressalvando-se que, no direito moderno, naturalmente se prescinde da ideia de pena.²³²

A preclusão, como forma de controle da ordenação do processo, tem incidências em diferentes proporções em duas diversas dimensões, ingressando no âmbito da liberdade da parte e do próprio juízo, uma vez que ambos estão vinculados à preclusão, mas os primeiros através de uma rigidez mais evidente o segundo com uma flexibilização maior por razões diversas, mas certamente, no âmbito da investigação da verdade (através dos poderes instrutórios), essa flexibilização da preclusão ao juiz está ligada a uma maior inquisitorialidade, vez que ao magistrado é permitido buscar elementos para seu convencimento quando entender necessário.

Esse aumento de inquisitorialidade, em verdade, apenas vem ao encontro da construção de um modelo efetivamente colaborativo na busca por uma solução que se aproxime o máximo possível da verdade e da justiça, tornando lógico, dentro do sistema processual, que a preclusão no que diz respeito à fase instrutória, possua tratamento diferenciado quando se está a tratar dos poderes instrutórios do magistrado.

De outro lado, sobre as partes, a preclusão funciona como limitador temporal, lógico e consumativo para as alegações e para a prática dos atos. As partes, tanto para aquilo que afirmam, quanto para aquilo que praticam no processo devem obedecer às limitações impostas pela preclusão e estar cientes das possíveis consequências negativas que o não atendimento podem gerar. Ou seja, essa primeira dimensão, vinculada diretamente às partes, possui um rigor procedimental alto, vez que restringe o exercício das faculdades processuais conferidas. A produção probatória, por exemplo, possui momento específico aos quais autor e réu estão vinculados. Caso não os pratiquem no momento determinado, poderão perder o direito de produzir a prova. Se deixam de juntar o rol de testemunhas quando determinado pelo juiz, poderão perder a possibilidade de ouvi-las. Se deixam de apresentar os quesitos ao perito no prazo determinado pelo juízo, não poderão ver seus questionamentos respondidos e assim por diante com todas as provas. Claro, que de outro lado, ao juiz é possível determinar a produção da prova requerida, mesmo que fora do prazo, caso entenda essencial e pertinente para o deslinde do feito.

²³² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil. V. III.** Tradução de J. Guimarães Menegale. Saraiva: São Paulo, 1965. p. 156

Nessa linha, vale referir aquilo que diz Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Em primeiro lugar, interessa analisar a preclusão como princípio, considerada, portanto não em si mesma, mas no seu complexo, organizada em sistema dentro da estrutura processual, com vistas ao direito e precípuo funcionamento desta. De maneira inequívoca, ressalta aqui o seu íntimo relacionamento com o formalismo processual, porquanto a adoção mais ou menos rígida da preclusão conduz a maior ou menor elasticidade processual, a maior ou menor liberdade das partes, influenciando de conseguinte a atividade do órgão judicial na condução e desenvolvimento do processo.²³³

Neste ponto, parece ficar claro, com certa tranquilidade, que a preclusão é instituto que deve ser aplicado a todos os sujeitos do processo, claro, com intensidades diferentes como dito. Isso leva, portanto, a uma outra necessária dimensão da preclusão. Aquela que é destinada ao Juiz. Certamente o magistrado, ainda que diretor do processo, está também vinculado à preclusão – todos têm a necessidade de manutenção da coerência dentro do processo. Contudo, sua vinculação é sensivelmente mais branda. O Juiz está vinculado à preclusão, pois ele deve também dar estabilidade interna ao feito, ou seja, não é possível que tome atos contraditórios, sob pena de inviabilizar uma compreensão lógica do processo pelas partes. Por exemplo, não pode o Juiz dizer que está satisfeito com a produção probatória, dizer que é caso de julgamento antecipado e apresentar uma sentença que julga improcedente a demanda por falta de provas. Nesse caso, há uma contradição insuperável, a qual o sistema não pode dar guarida, e, portanto, há uma vinculação judicial a ideia de preclusão lógica.

Na mesma linha, uma vez deferida pelo juízo a produção de prova requerida pela parte, não pode este mesmo juízo, posteriormente, revisar sua decisão. Há, igualmente, preclusão sobre o tema, uma vez que à parte foi criado o direito a produção, não pode este direito ser retirado, salvo mediante recurso de quem interesse tiver. Como se vê, todos os sujeitos do processo devem agir de modo colaborativo, com respeito à boa-fé. Por isso que a preclusão é aplicável não apenas às partes, mas também ao juízo, mesmo que em diferentes esferas de rigidez.²³⁴

²³³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 170.

²³⁴ Novamente vale referir Antonio do Passo Cabral: “Com a consideração do processo como ambiente de colaboração, passou-se a exigir comportamentos coerentes dos sujeitos do processo: a eles é vedado sinalizar com uma conduta em determinado sentido e depois contradizer a expectativa criada com o comportamento anterior. E esta abordagem nos remete a novos

No entanto, existem circunstâncias em que a preclusão não se aplica ao magistrado. Essa possibilidade fica bem clara quando se percorre o debate sobre os poderes instrutórios do magistrado.

As premissas até aqui trabalhadas deixaram evidenciado que a busca pela verdade passa necessariamente por uma produção de provas exaustiva e que o interesse na busca pela verdade é mais intenso na seara judicial do que na seara das partes (as quais, como referido, buscam demonstrar a sua versão e refutar a antítese, pouco preocupadas com a verdade, mas sim com o resultado favorável).

Portanto faz sentido e, mais do que isso, atende à própria lógica processual flexibilizar a preclusão para o magistrado. Isso porque a ele é permitido, a qualquer momento, reabrir a fase instrutória e determinar a produção de prova que entende fundamental para entrega de uma decisão de mérito justa.²³⁵

lineamentos da segurança jurídica no processo. (...). Hoje, a proteção às expectativas legitimamente criadas, derivada da boa-fé objetiva, abrange vários institutos dela decorrentes, como abuso de direitos processuais e o estoppel, muito utilizados nos sistemas do common law, bem assim o princípio da proteção da confiança, a Verwirkung, a proibição de comportamento contraditório (nemo potest venire contra factum proprium), o tu quoque, dentre outros, todos conceitos que possuem objetivos comuns e fazem parte de uma mesma constelação de ideias, proibindo condutas incompatíveis com comportamentos anteriores.” PASSO CABRAL, Antonio do. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas – Entre Continuidade, Mudança e Transição de Posições Processuais Estáveis**. Juspodivm: Salvador, 2013. p. 128. A ideia de que a preclusão é aplicável também ao magistrado possui relevantes vozes na doutrina processual. Marinoni, Arenhart e Mitidiero destacam: “A preclusão constitui a perda, extinção ou consumação de uma posição jurídica processual em face do decurso do tempo (preclusão temporal), da adoção de comportamento contraditório (preclusão lógica) e do efetivo exercício da posição processual (preclusão consumativa). Dirige-se às partes e ao juiz. A preclusão é elemento ordenador que assegura o caráter evolutivo e dinâmico do processo. Ao pautar o procedimento, serve conjuntamente com ele como verdadeira espinha dorsal do formalismo processual. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. V. 1. 2. ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 518. Em linha semelhante está o quanto destaca Fredie Didier Jr.: “Também há preclusão lógica em relação ao juiz. Dá-se, por exemplo, quando ele concede tutela antecipada com base em abuso do direito de defesa (art. 311, I, CPC), o que é incompatível com a recusa em condenar o réu por litigância de má-fé com base no mesmo comportamento abusivo (...). Ao adotar um comportamento que contrarie comportamento anterior, a parte ou o juiz atua de forma desleal, frustrando expectativas legítimas de outros sujeitos processuais.” DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. v. I. 17. ed.** Juspodivm: Salvador, 2015. p. 423.

²³⁵ Em linha similar está o que diz Paulo Osternack Amaral: “Não há preclusão temporal para o juiz em matéria de prova, não apenas porque os prazos fixados para o juiz são impróprios (cujo descumprimento não gera consequências processuais), mas também e, virtude de o art. 370 do CPC não estabelecer nenhum prazo para o juiz ‘determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito’. Ainda em matéria probatória, a preclusão consumativa incide para o juiz apenas no caso de prova já deferida – hipótese em que não poderá alterar o seu posicionamento e resolver indeferí-la. Todavia, nada impede que o juiz de ofício determine a produção de prova já indeferida, pois tal conduta não implicaria em negar nenhum direito das partes.” OSTERNACK AMARAL, Paulo. **Provas – Atipicidade, Liberdade e Instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 42.

Mesmo em grau recursal, é possível que o magistrado, identificando lacunas que possam ser preenchidas para melhor apuração dos fatos converter o julgamento em diligência para que se produza determinada prova. Claro que, se houver a produção desta nova prova, às partes deve ser conferido o devido contraditório, para que possam se manifestar adequadamente sobre o conteúdo daquilo que foi entregue.²³⁶

Heitor Sica tem interessante comentário:

Contudo, é necessário ressaltar que, como a produção de provas é destinada não só ao magistrado singular, mas também ao tribunal, uma prova que aquele reputou desnecessária pode ser reconhecida útil pelos membros deste, e sua produção pode ser determinada por ocasião do julgamento de um recurso de apelação.²³⁷

A lógica de relativizar a preclusão quando está a se tratar da possibilidade do magistrado (re)abrir a instrução, mesmo em momentos em que, tradicionalmente, a fase probatória já está encerrada, funciona uma vez que ao juiz é lícito buscar elementos suficientes para criar convicção quando a atuação das partes for insuficiente para tanto. Assim, a preclusão judicial deve ter sua aplicação realizada à luz da extensão dos poderes instrutórios do magistrado, adaptando, por decorrência, o sistema as nuances do caso concreto.²³⁸

²³⁶ Antônio Dall'agnol corrobora o quanto afirmado, ainda que sob a égide do CPC/1973, contudo, em nada há de modificado quanto à possibilidade de produção probatória pelo órgão superior, razão pela qual a menção encontra grande pertinência: "O princípio abrangido pelo art. 130, do Código, não é privativo do juiz que atua em primeiro grau. A ele podem invocar, também, os juízes integrantes do segundo grau, seja quando na direção de processo originário, seja quando no exercício de atividade revisional, neste último caso desde que competente para reexame da matéria de fato. (...) Decidindo o segundo grau – portanto, o tribunal no exercício de sua competência funcional de reveisção – pela necessidade de realização de prova, de ofício, razão não há para cassar a sentença já proferida. Produzida a prova, com atenção obviamente ao princípio do contraditório, disporá sobre o objeto litigioso, sem que isso implique em quebra do princípio do duplo grau, pois o reexame se dará, apenas que eventualmente enriquecido." DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. **Comentários ao Código de Processo Civil. V. 2.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 146-147

²³⁷ MENDONÇA SICA, Heitor Vitor. **Preclusão Processual Civil.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 243.

²³⁸ Como diz José Roberto dos Santos Bedaque: "Verifica-se, portanto, a necessidade de compatibilização entre a posição ora defendida e o instituto da preclusão. Diante da omissão da parte a quem competia a providência, deve o magistrado valer-se dos demais elementos constantes dos autos para formar sua convicção. Todavia, se forem eles insuficientes, pode e deve o juiz, justificadamente, determinar a produção de outras provas, ouvindo até mesmo as testemunhas não arroladas no momento adequado. Em outras palavras: as regras processuais referentes à preclusão destinam-se apenas a possibilitar o desenvolvimento normal da relação processual. Não podem prevalecer, porém, sobre o poder-dever do juiz de tentar esclarecer os fatos, aproximando-se o quanto possível da verdade, pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente ocorrerá se a decisão resultar da atuação da norma a fatos efetivamente verificados."

No Processo há o encontro do interesse privado com o público. O caráter ambivalente é inegável, sendo necessário conciliar os interesses. Portanto, os direitos e interesses das partes devem ser preservados em conjunto com o caráter publicista do processo, o qual ganha em relevo quando expõe o interesse em solucionar a demanda com a entrega de uma prestação jurisdicional mais próxima da verdade possível. Nessa linha, tanto a preclusão deve ser aplicada a todos os integrantes do processo, como os poderes do magistrado de produzir prova em momentos não usuais deve também ser respeitado.

Contudo, há de se destacar que mesmo os poderes instrutórios do magistrado encontram limites que não podem ser ultrapassados. E esse limite está no respeito ao justo processo, o qual confere às partes uma série de direitos fundamentais, de ordem material e processual, o qual não pode, o magistrado, sob o argumento de buscar convicção e verdade, deixar de respeitá-los. E nessa linha, a preclusão se aplica também ao magistrado quanto, limitando, então, a extensão de seus poderes a serem exercidos dentro do debate judicial.

3.4.3 Produção de provas pelas partes e princípio da comunhão da prova

A produção da prova, como já evidenciado, caminha sempre na ideia de descoberta da verdade. Por isso que é conferido uma extensa possibilidade de produção probatória às partes, mas também ao juízo. A densificação do direito probatório apenas ratifica a importância do instituto para o Direito, uma vez que permite a entrega de uma prestação jurisdicional mais justa e adequada ao caso concreto.

Como há essa busca pela verdade, faz sentido que todos elementos que possam contribuir para criar convicção no magistrado não pertençam à parte, mas sim ao processo. Tal situação é o que se conhece por princípio da comunhão da prova (alguns autores referem como princípio da aquisição). Portanto, a prova, uma vez produzida, pertence ao processo, desimportando para sua valoração que a produziu. Quer isso dizer que uma prova produzida pelo autor pode ser valorada em seu

A preclusão faz com que a parte não mais possa exigir a produção da prova por ela desejada. Mas não afasta o poder conferido ao juiz de determinar, de ofício, a realização das provas que, a seu ver, possam contribuir para a justiça do provimento a ser por ele proferido." BEDAQUE DOS SANTOS, José Roberto. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 21-22.

desfavor (o que é diferente de impor à parte o dever de produzir uma prova que pode vir a prejudicá-lo no debate judicial).

Echandia bem explica o princípio da comunhão da prova:

Consecuencia de la unidad de la prueba es su comunidad; esto es, que ella no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que solo a este beneficie, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso, debe tenérsela en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla. Como el fin del proceso es la realización del derecho mediante la aplicación de la ley al caso concreto y como las pruebas constituyen los elementos utilizados por el juez para llegar a ese resultado, nada importa quién las haya pedido o aportado; desde el momento que ellas producen la convicción o certeza necesaria, la función del juez se limita a aplicar la norma reguladora de esa situación de hecho.^{239 240}

O princípio da comunhão da prova apenas reflete a lógica processual que hoje vigora em nosso ordenamento (materializado pelo art. 371, do CPC²⁴¹), visto que há esse compromisso ideológico firmado em buscar a solução judicial através da perseguição da verdade. Nessa esteira, não faria qualquer sentido ter uma prova

²³⁹ ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría General de la Prueba**. 5. ed. Temis: Bogota, 2002. P. 110. Na mesma linha está Juan Montero Aroca: “Aunque el principio tiene contenido general (si una parte interpone mayor sentido, significando que si un hecho há sido probado, el juzgador tiene que partir de él en la sentencia, siendo indiferente qué parte lo haya probado. Dicho de otra manera, todas las pruebas se incorporan al proceso, son del proceso en que producirán certeza y tienen como destinatário el juez.” MONTERO AROCA, Juan. **La Prueba en el Proceso Civil**. 3. ed. Civitas: Madrid, 2002. p. 83.

²⁴⁰ Na doutrina Pátria Araken de Assis segue na mesma linha: “Chama-se princípio da aquisição, porque o processo adquire a prova, independentemente da iniciativa que lhe originou, também designado de princípio da comunhão. Essa última terminologia soa mais apropriada: o resultado da atividade probatória é comum aos sujeitos processuais. O juiz analisará o conjunto da prova por seu valor intrínseco e não em virtude da sua origem. A cláusula intermediária do art. 371 (...) consagrou, expressis verbis, o princípio da aquisição. A prova produzida é do processo, e, não, das partes ou do juízo. O princípio da comunhão expõe a impropriedade da noção de ônus subjetivo da prova: em lugar de ser vítima da inércia ou deficiência da sua atuação, eventualmente a parte onerada beneficiar-se-á com a atividade probatória da parte contrária e do juiz.” ASSIS, Araken De. **Processo Civil Brasileiro. V.II, T. II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 257.

²⁴¹ Comentando o dispositivo referido, Guilherme Amaral reconhece o princípio da comunhão da prova como sendo expressamente positivado pelo CPC. Segundo refere o autor: “A única alteração proporcionada pelo art. 371 e relação ao seu correspondente no CPC revogado diz respeito à referência expressa de que a valoração da prova independente do sujeito que a produziu. Tal já era reconhecida plenamente na doutrina, na medida em que se depreendia do vocábulo ‘livremente’, contido na redação do art. 131 do CPC revogado (aliás, ausente no atual art. 371). Assim, da valoração da prova produzida pelo autor poderá emergir a convicção do juiz acerca de fato alegado pelo réu, e vice-versa. Trata-se, aqui, do reconhecimento do princípio da comunhão da prova, segundo o qual, uma vez produzida a prova, não pertence a quem a produz e, sim, ao processo. RIZZO AMARAL, Guilherme. **Comentários às alterações do Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 494.

trazida ao processo, mas não poder ser utilizada\valorada por estar em desacordo com os interesses de quem a produziu. Ora, qualquer das partes ao produzir uma prova deve realizar uma análise de pertinência sobre a conveniência de produzir determinada prova, pois ela pode sim ser interpretada em desfavor dos interesses de quem a trouxe ao feito.

A prova, uma vez levado ao feito, escapa às mãos de quem solicitou ou mesmo a produziu. E, parece, diferente não poderia ser frente a toda o ideário que constitui o sistema probatório. À prova deve ser atribuído um valor interpretativo único, a despeito de quem a tenha produzido e indiferentemente de uma distribuição dinâmica da prova. Em linha de princípio norteador, pouco sentido faria se a prova que fosse trazida ao processo servisse exclusivamente para demonstrar a posição de quem a produziu, como já referido. A ideia do sistema *truth-oriented* impõe uma ideia diferente, exigindo do juiz que valere as provas independentemente de quem a produziu. A verdade não se importa com quem a expôs, ainda que tenha feito isso de forma involuntária.²⁴²

O princípio da comunhão da prova acaba, por sua própria natureza, por andar muito próximo às regras de distribuição do ônus da prova, em especial quando se fala no ônus objetivo e sua utilização como regra de julgamento, bem como da ideia de ônus imperfeito, o qual, possibilita à parte, mesmo não atendendo ao ônus da prova, ainda assim ter sucesso na demanda.²⁴³

²⁴² Barbosa Moreira bem explica a ideia da prova pertencer ao processo, sendo irrelevante quem a produziu, mesmo que venha ocasionar eventual prejuízo: “E basta pensar no seguinte: se a prova for feita, pouco importa sua origem. Nenhum juiz rejeita a prova do fato constitutivo, pela simples circunstância de ter sido ela trazida pelo réu. Nem rejeita a proa de um fato extintivo pela circunstância de, porventura, ter sido ela trazida pelo autor. A prova do fato não aumenta nem diminui de valor segundo haja sido trazida por aquele a quem cabia o ônus, ou pelo seu adversário. A isso se chama ‘o princípio da comunhão da prova’: a prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência. E quando digo que pouco importa sua proveniência, não me refiro apenas à possibilidade de que uma das partes traga a prova quem em princípio competiria à outra, senão também que incluo aí a prova trazida aos autos pela iniciativa do juiz.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Juiz e a Prova**. In: Revista de Processo, n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 181.

²⁴³ Nessa linha vale referir Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini: “O ônus de provar é um ônus imperfeito. A parte que não produz prova que lhe caiba não será, necessariamente, a derrotada. E isso basicamente por dois motivos. Primeiro, por força do princípio da comunhão da prova. O juiz, ao apreciar e valorar a prova, terá liberdade para considerar quem os produziu. E com base nisso, eventualmente o juiz pode chegar àquele mesmo convencimento a que a prova objeto do ônus o levaria. Assim, até mesmo uma prova produzida pelo adversário da parte que não cumpriu o ônus probatório pode tornar irrelevante essa omissão. Além disso, como já se viu, também o juiz tem a possibilidade de produzir provas de ofício – inclusive aquelas sobre as quais recaía o ônus da parte.” WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil, V.II**, 16. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016.p. 236.

Fica evidente que a comunhão da prova atende, portanto, a necessidade de não impedir uma decisão que pode ser dada apenas porque parte “a” ou “b” produziu a prova essa caminhou em desencontro com seus interesses.

E quando se fala na necessidade de utilização dos mecanismos de regra de julgamento para que se traga uma decisão ao processo, deixa de importar o ônus subjetivo, ou seja, a quem era imposta a responsabilidade de produção de determinada prova. Quando não há prova suficiente ou inexistem provas, cabe ao magistrado utilizar do ônus objetivo para realizar a prestação jurisdicional. Nessa linha, o ônus subjetivo apenas vai ser utilizado como forma de análise de quem não produziu a prova que deveria, sendo, então, considerado no momento da decisão quem não se desincumbiu daquilo que deveria provar para ter sua tese reconhecida.

244

É claro que para uma utilização de um ônus objetivo, as partes devem ter a possibilidade concreta de se desonerar dos seus próprios ônus, razão pela qual tem o direito de saber quais provarão terão de produzir no processo, pois devem estar cientes do risco de que ao não se desonerar de provar aquilo que lhe cabia, há risco de revés dentro do processo.²⁴⁵

A referência de exposição à risco e não certeza de derrota no caso da parte não se desonerar do ônus que a ela originalmente pertence ou que a ela foi designado é seminal no que diz respeito ao princípio da comunhão da prova, uma vez que confirma a ideia de que as provas, ao pertencerem ao processo, podem ser interpretadas para qualquer dos lados. Assim, mesmo que uma parte não tenha nada provado, se a parte contrária produz e traz uma prova que pensou que lhe favoreceria,

²⁴⁴ A ideia de Daniel Amorim Assumpção Neves anda nessa linha: “O interessante aqui, e nisso o aspecto objetivo do ônus da prova interage com o aspecto subjetivo, é que a regra de julgamento não se importa com quem tinha o ônus de provar, mas sim com a efetiva produção da mesma, independentemente de seu responsável. O juiz somente passará no caso concreto a analisar o aspecto subjetivo do ônus da prova se for forçado a aplicá-lo como regra de julgamento (aspecto objetivo), o que só ocorrerá, conforme já afirmado, se não houver prova suficiente para formar seu convencimento.” ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. **O Princípio da Comunhão da Prova**. In: Provas: Aspectos Atuais do Direito Probatório. Coord. Daniel Amorim Assumpção Neves. São Paulo: Método, 2009. p. 128-129. Vale também trazer a referência a Jorge Augusto Pais de Amaral: “Não é, porém, indispensável que a prova seja feita pela parte sobre a qual recai o ônus. O que importa é que a prova seja feita, isto é, que o juiz fique convencido. A prova pode ser produzida pela outra parte ou ser obtida por iniciativa do juiz” PAIS DE AMARAL, Jorge Augusto. **Direito Processual Civil**. 3. ed. Almedina: Lisboa, 2002. p. 235.

²⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio. **Prova e Convicção**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 218.

mas o magistrado interpreta de forma diversa, é possível que a vitória seja dada a quem nada produziu.

Nessa linha está o que diz Cândido Dinamarco:

A verdadeira dimensão do ônus probatório e das consequências do seu descumprimento conduz ao reconhecimento de sua relatividade. Esse ônus, posto que importantíssimo no processo e para a efetividade dos direitos, inclui-se entre aqueles cuja inobservância não determina fatal e inexoravelmente consequências inevitáveis para o sujeito – e um ônus só é absoluto quando as consequências são fatais e matemáticas, como o de alegar a incompetência relativa, o de recorrer contra decisões desfavoráveis, etc.²⁴⁶

Portanto, há uma imbricação inerente entre ônus da prova objetivo e o princípio da comunhão da prova. A utilização da regra de julgamento (ônus objetivo), a qual deve ser *ultima ratio*, pois insatisfeito com a produção probatória das partes, pode o magistrado buscar por si o esclarecimento dos fatos e das alegações, demonstra que mais importante que o atendimento ao ônus da prova por uma ou outra parte, para o processo, é o convencimento do julgador. A regra de julgamento só será utilizada, então, quando existir, como diz Dinamarco, um “vazio probatório”.

Vale a referência completa ao destacado autor:

Isso significa que a regra de julgamento exerce função subsidiária no sistema, só se cogitando dela quando restar no processo um vazio probatório em relação a algum fato relevante, não tendo vindo aos autos uma prova suficiente a seu respeito.²⁴⁷

A existência desta insuficiência probatória, mesmo após utilização dos poderes instrutórios do juiz, pela impossibilidade de criar convicção obriga o magistrado a verificação daquilo que foi trazido ao processo, desimportando quem produziu, sopesar sobre quem recaia o ônus sobre a produção das provas requeridas ou designadas, a e partir daí utilizar-se da regra de julgamento, momento em que se

²⁴⁶ É o que defendem Marinoni e Arenhart: “É fundamental perceber que o ônus da prova, ainda que não deva ser necessariamente cumprido pela parte vencedora, constitui um alerta para o risco de que essa pode ser vencida se não provar, o que é obviamente suficiente para se concluir que o princípio da aquisição da prova e a atuação judicial pertinente à instrução probatória jamais serão capazes de obscurecer a importância de se alertar a parte de que, a não observância a expõe a risco.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. V. III.** 8. ed. Malheiros: São Paulo, 2019. p. 95-96.

²⁴⁷ RANGEL DINAMARCO, Cândido. **Instituições de Direito Processual Civil. V. III.** 8. ed. Malheiros: São Paulo, 2019. p. 93.

cruzam a comunhão da prova e o ônus objetivo, vez que tudo que tiver será valorado a despeito de quem tenha realizado a produção da prova.²⁴⁸

3.5 Poderes instrutórios do juiz no processo civil contemporâneo

A legislação processual brasileira expressamente confere ao magistrado a possibilidade, não apenas de controle das provas que são produzidas (Impondo o indeferimento de requerimento de produção de provas inúteis ou protelatórias), mas também permitindo expressamente que o juiz possa ordenar a produção de provas (art. 370, CPC).

Como foi possível se perceber, ao longo do texto a questão vêm sendo tratada de forma lateral. No entanto, neste ponto específico a ideia é mergulhar mais profundamente neste debate que parece inevitável, pois quando se fala em Prova, necessariamente, há de se trazer a possibilidade que o Juiz tem de trazer elementos para dentro do processo, colaborando com a descoberta da verdade e permitindo que crie sua convicção de forma a solucionar o conflito.

Tradicionalmente, o Processo no Brasil transitou com um caráter vinculado a ideia de dispositividade, cabendo às partes alegar e demonstrar o seu direito, sendo o juiz um espectador à espera das evidências para dizer o direito. Contudo, como se viu, há hoje um modelo colaborativo de processo, no qual se espera que todos os agentes do Processo trabalhem em busca da verdade para uma prestação jurisdicional que venha a, efetivamente, pacificar o conflito.

²⁴⁸ João Batista Lopes, por exemplo, defende a ideia de que em não existindo provas suficientes para criar convicção, há a necessidade de um julgamento de improcedência. Nas palavras do referido autor: “A redação artigo revela o acolhimento do princípio da comunhão da prova. Por ele, a prova, após sua produção, pode beneficiar uma parte ou outra parte, uma vez que o que releva é a formação do convencimento do juiz. Por exemplo, as testemunhas arroladas pelo autor – há equívoco quando se diz testemunhas do autor ou testemunhas do réu, poru elas não pertencem a qualquer das partes – poderão fornecer elementos de convicção contrários à posição por ele defendida. Por outras palavras, interessa o que foi provado e não quem provou, na clássica fórmula de Rosenberg. Por outras palavras, o juiz deve julgar de acordo com o conjunto probatório dos autos independentemente da indagação sobre quem carrou aos autos os elementos que lhe formaram a convicção. Assim, ou existe prova suficiente e o juiz decide de acordo com ela ou, na falta ou insuficiência de prova, está impedido de proferir o *non liquet*, devendo julgar improcedente o pedido.” BATISTA LOPES, João. **Comentários ao Código de Processo Civil. V. 2.** Coord. Cassio Scarpinella Bueno. Saraiva: São Paulo, 2017. p. 252. A conclusão do autor parece estar parcialmente correta. Ocorre que o juiz deve julgar improcedente na falta de provas em um contexto em que não houve alteração ou redistribuição do ônus da prova. Se, de outro lado, o ônus observou inversão ou mesmo significativa modificação, é possível que à parte a qual incumbiu a redesignação não traga nenhum elemento para demonstrar seu direito.

Para reconhecer ao juiz uma maior atividade dentro do Processo foi necessário abrir maior espaço para certa inquisitorialidade e isso se faz conferindo poderes ao magistrado que o possibilite a produzir provas quando entender necessário. Este fenômeno, conhecido como poder instrutório do juiz, caminha na direção de um modelo verdadeiramente colaborativo, compromissado a entregar a melhor decisão possível.²⁴⁹

Vale lembrar as palavras de Luis Alberto Reichelt sobre o tema:

A participação ativa do órgão jurisdicional no processo é uma premissa importante para a construção de um modelo adequado às exigências próprias da realidade contemporânea. Sendo as tensões decorrentes do aumento das diferenças sociais e culturais entre as partes cada vez mais fortes, o reforço dos poderes do juiz serve como instrumento para minimizar a influência exercida por fatores preexistentes ao próprio debate processual. A atribuição ao juiz de poderes relacionados à direção material do processo serve como meio para a realização de um processo inspirado pelo critério da igualdade substancial, como norte a regular as relações entre as partes, destinado à obtenção de justiça social, livre de amarras formalistas.²⁵⁰

²⁴⁹ Sobre a ideia de dispositividade e inquisitorialidade do Processo, a ideia de Cândido Dinamarco: “Prepondera largamente no processo civil a regra de que em princípio competem às partes a busca de fontes de prova e a iniciativa de incluí-las na instrução processual, não cabendo ao juiz senão recebe-las, processar os meios de prova segundo os procedimentos que a lei estabelece e afinal levar em conta os resultados, ao julgar. Essa passividade judicial integra os modelos processo civil dispositivo clássico, em que ao juiz é imposto um comportamento estático e receptivo, sem outra missão no curso do procedimento senão a de dirigi-lo e chama-lo à ordem quando necessário. A premissa central desse sistema é a disponibilidade dos direitos materiais em conflito, que teria por consequência processual a outorga às partes da ampla liberdade de serem mais atuantes ou menos em relação à instrução da causa, suportando depois as consequências de suas próprias omissões. (...) Essa concepção radical vem no entanto sendo superada, mitigando-se gradualmente a lógica privatista que lhe está à base, seja porque ne só de direitos disponíveis o processo civil trata, seja porque o juiz de hoje cabe um comportamento dinâmico no processo. Não há mais clima para tanto predomínio do princípio dispositivo, que exclui os comportamentos inquisitivos do juiz no processo e na sua instrução. Aquela ideia radical é espelho das premissas privatistas do processo civil, que hoje é reconhecidamente infrmado pela natureza de instituto de direito público. RANGEL DINAMARCO, Cândido. **Instituições de Direito Processual Civil. V. III.** São Paulo: Método, 2019. p. 56-57

²⁵⁰ REICHELTE, Luis Alberto. **O Direito Fundamental à Prova e os Poderes Instrutórios do Juiz.** In: Revista de Processo. Vol. 281. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 172. Importa também destacar o que referem Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “Em paralelo, vem-se consolidando o entendimento de que, ao lado dos dois modelos já consagrados de estruturação do processo – o adversarial e o inquisitorial –, existe um terceiro modelo – o cooperativo –, baseado no princípio da cooperação, como visto no v. 1 deste Curso, caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório é revalorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida. A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se condução cooperativa do processo, sem destaque para qualquer dos sujeitos processuais – ou com destaque para todos eles. DIDIER JR. Fredie, SARNO BRAGA. Paula, ALEXANDRIA DE

A ideia que hoje parece vigorar sobre o Processo é que este não mais estritamente um combate de teses entre as partes para que o juiz, ao final, diga o direito. Ainda que o caráter de “duelo” permaneça, há um redirecionamento da função dos atores do processo, onde se estabelece um verdadeiro diálogo democrático horizontal entre todos os seus integrantes, colocando em simetria, ao longo do debate, partes e juiz (respeitando-se, como já destacado no capítulo anterior, os momentos de inevitável assimetria, como o ajuizamento da demanda e quando do proferimento da decisão).²⁵¹

O sistema processual deve ser o mais democrático possível, visto que se o próprio Estado é democrático, não poderia o Direito dar guarida a um processo autoritário. Não por outra razão, existe uma vinculação fortíssima do Processo com o direito ao contraditório, pois expressão maior da democracia processual. Portanto, todos os meios que visem democratizar o Processo tanto quanto possível são bem-vindos. Nessa linha, tudo que possa tornar o Processo um meio de debate que efetivamente batalhe por uma igualdade substancial deve ser consagrado.²⁵²

OLIVEIRA. Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, 2. 10. ed. Juspodivm: Salvador, 2015. p. 87.

²⁵¹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira bem que não há mais monopólio das partes no que diz respeito a instrução da causa: “Quando do aforamento da ação, a parte dispõe do seu interesse material (ainda hipotético) e, por consequência, do poder de pedir a tutela jurisdicional. Já dentro doprocesso, as iniciativas, especialmente de conteúdo probatório, são escolhidas à vista da técnica própria do instrumento processual, conforme pareçam mais adequadas para atingir a finalidade desejada. Inexiste, porém, monopólio da parte quanto à instrução da causa, mesmo com referência a interesses puramente privados. Como bem se ressaltou, entre nós, “O problema aqui não é de disponibilidade ou indisponibilidade do interesse, mas de um instrumento com que o Estado aplica a norma ao caso concreto, atendendo, com isso, a um interesse seu”, com o que, concedendo-se poderes instrutórios ao juiz, subtrai-se da parte o poder de direção formal do processo, passando ela à condição de colaboradora do órgão judicial. A verdade é que não se pode mais aceitar o juiz inerte, de braços cruzados, e que encarava o processo como coisa das partes.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O Juiz e o Princípio do Contraditório**. Disponível em <file:///C:/Users/Guilherme%20Porto/Downloads/68822-284279-1-PB.pdf>. Acesso em: 24.08.2019.

²⁵² Alexandre Freitas Câmara nesse sentido: “Não basta, porém, que os fins do processo estejam de acordo com o modelo democrático que se pretende ver observado no Estado brasileiro. Também os meios para alcançá-los precisam ser qualificados pela legitimidade. É que na democracia os fins não justificam os meios. Assim, de nada valeria, por exemplo, um processo que atuasse a vontade concreta do direito objetivo sem que nele se permitisse a efetiva participação, em contraditório, dos interessados no provimento final. Do mesmo modo, seria ilegítimo um processo que, a pretexto de promover a execução forçada de um crédito, privasse o executado do mínimo existencial (penhorando expropriando, por exemplo, verbasalimentares que ele percebe). A legitimidade democrática dos meios é, em outros termos, a legitimidade democrática do próprio processo, vista aqui sua instrumentalidade em seu aspecto negativo (ou seja, a partir da premissa segundo a qual o processo é um meio, e não umfim em si mesmo. FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Poderes Instrutórios do Juiz e Processo Civil Democrático**. Disponível em https://www.academia.edu/369759/Poderes_Instrut%C3%B3rios_do_Juiz_e_Processo_Civil_De_mocr%C3%A1tico. Acesso em: 24.08.2019.

Há uma lógica inegável em conferir ao juiz poderes instrutórios, vez que é do interesse do Estado, e não apenas das partes, a solução do conflito. Parece, inclusive, razoável afirmar que o Estado, como terceiro imparcial, é quem efetivamente possui interesse na verdade e quem está preocupado com a justiça. Isso porque, verdadeiramente, às partes interessa demonstrar a sua verdade, ou seja, demonstrar que suas alegações possuem mais consistências que as contra alegações e que por decorrência deve sair vencedor no debate judicial, pouco ou nada preocupado se a decisão reflete o melhor direito. Nessa linha, não apenas ganha em sentido lógico, mas como cresce em importância conferir ao magistrado, dentro dos limites dos direitos e garantias constitucionais das partes (em especial contraditório e liberdade), a possibilidade de também produzir provas quando este não esteja satisfeito com a atividade probatória trazida pelas partes, pois, mal ou bem, recai sobre ele a responsabilidade de solucionar o conflito.

Em linha semelhante, está o que diz Paulo Osternack Amaral:

A produção de provas de ofício pelo juiz extrapola o eventual interesse das partes. Destina-se a prestigiar o interesse do Estado na correta solução do litígio. Logo, a produção de provas de ofício, em princípio, não ofenderá a exigência de igualdade processual. Ao contrário, como regra, terá o objetivo de aprofundar a investigação de modo a permitir a formação mais adequada da convicção judicial. Afinal, a imparcialidade não pode funcionar como fundamento para que se oculte a verdade. A investigação aprofundada – dentro dos limites da causa – entregará às partes uma decisão justa e adequada.²⁵³

²⁵³ OSTERNACK AMARAL, Paulo. **Provas – Atipicidade, Liberdade e Instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.42-43. A ideia do caráter público do Processo, com interesse na solução do litígio de acordo com a verdade é defendida por Taruffo: “Em relação ao oferecimento das provas, um princípio geral aplicado a todos os sistemas é o de que as partes suportam o ônus e têm o direito de apresentar qualquer elemento de prova relevante e admissível. Um tema mais interessante, todavia, diz respeito ao poder do juiz de buscar, de ofício, elementos de provas adicionais. Em todos os sistemas centrados nas partes, entretanto, esse tema carece de sentido. Esse o processo civil é concebido como mera *Sache der Parteien* ou como uma atividade livre entre indivíduos privados, a consequência óbvia é a de que o juiz não possui qualquer papel ativo a desempenhar na produção da prova. O julgador decidirá sobre os fatos unicamente com base nas provas oferecidas pelas partes. Essa é a ideia básica que subjaz ao conceito tradicional de *aversarial system* nos países *common law*. Essa também é a ideia fundamental que permeia os sistemas processuais de *civil law* do século XIX e também alguns dos sistemas atuais. Todavia, essa ideia tradicional estava fadada a perder boa parte da sua força nos sistemas processuais modernos. As razões históricas e teóricas para essa mudança são muito complexas. As razões mais importantes foram: o surgimento de concepções do processo civil como instrumento público para a proteção de direitos e o papel do juiz como *longa manus* do Estado que provê tal proteção; a tendência em favor da busca da verdade no processo civil e a falta de confiança na iniciativa das partes; a necessidade crescente de direção e de controle por parte do juiz sobre o procedimento e a exigência de suplementar as iniciativas probatórias das partes quando essas se mostrarem insuficientes para provar os fatos em litígio. A combinação desses fatores e sua influência sobre a regulação ativa à produção das provas determinaram o

Ressalva ao que diz o supra referido autor deve ser feita. A busca pela verdade, como já destacado ao longo do texto, ainda que seja um dos fins do Processo, não é o único nem o principal. Quer isso dizer, mais importante que buscar a verdade é a manutenção de um processo justo, que dê guarida a todos os direitos processuais-constitucionais de caráter fundamental.²⁵⁴

Significa isso dizer que não é legítimo conferir poderes instrutórios ao juiz que venham a violar direitos das partes. O poder instrutório do juiz pode e deve ser exercido no espaço existente entre a busca pela verdade e a proteção aos direitos das partes. Nem menos nem além deve ser visto como aceitável, sob pena de em um lado existir um sistema relapso e desinteressado e de outro um sistema autoritário.²⁵⁵

Também é de ressaltar. O poder probatório conferido ao juiz não pode jamais ser substitutivo ao direito das partes provar, mas sim complementar. Quer isto dizer que se a atividade das partes não for suficiente para formação do convencimento judicial, o Juiz terá mecanismos para tomar para si a investigação dos fatos, buscando um convencimento, novamente, respeitando a ideia de um processo vinculado ao contraditório e a própria liberdade das partes. Quer isso dizer, não pode o magistrado tornar-se inquisitor, não podem seus poderes se tornarem desproporcionais, tampouco desarrazoados. Nessa linha, se ainda assim não for possível o magistrado

surgimento de uma tendência generalizada em favor de que o juiz tenha um papel ativo na busca de provas adicionais às oferecidas pelas partes (...) Ademais, a base racional do papel ativo do juiz na produção probatória reside n propósito de se estabelecer a verdade dos fatos em litígio, um propósito que em si mesmo não possui caráter autoritário algum, ao fundar-se – pelo contrário – na exigência de possibilitar ao julgador que tome decisões justas. TARUFFO, Michele. **A Prova**. Marcial Pons: São Paulo, 2014. p. 109-110.

²⁵⁴ Nessa linha, Arruda Alvim: “Como já asseverado a busca da verdade no processo civil é um dos objetivos almejados, mas não único, de sorte que essa busca se submete às restrições determinadas pelo ordenamento jurídico, sendo o ônus da prova o caminho natural para a resolução da lide caso a ausência de elementos suficientes decorra da inércia de uma das partes.” ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Manual de Direito Processual Civil**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 855.

²⁵⁵ Santiago Sentis Melendo também dedicou alguns escritos ao que chamou de perigos que podem representar os poderes do juiz sobre o qual é de se trazer a lição do referido autor: “Ya hemos visto el más natural, y por ello el más frecuente, de los peligros; y también el más difícil de determinar: el no ejercicio de esos poderes. Providencias para mejor proveer? Por qué y para que? Si sobre la parte pesa la carga de la prueba, que la cumpla, que haga frente a ella. Lo mismo en cuanto al reconocimiento judicial acordable de oficio em nuestros código: que lo pida la parte. Y com este critério, un magistrado puede pasarse la vida sin hacer uso de esos poderes que la ley há puesto en sus manos; y que los ha puesto para que se ejerciten. Por existe el perigo de signo contrario. El ejercicio, el uso abusivo de esos poderes, que puede presentar dos caracteres bien diversos: el uso abusivo por mentalidad inisitoria del juez; acaso no es el tipo del juez más frecuente el que quiere saberlo todo; y, para ello, indagar, inquirir. Y, cuando no, al menos esclarecer; pero también escudriñar. SENTIS MELENDO, Santiago. **La Prueba – Los Grandes Temas del Derecho Probatorio**. EJE: Buenos Aires, 1978. P. 208-209.

formar sua convicção, exercendo, proporcionalmente seus poderes, deverá fazer uso das regras de julgamento do ônus da prova.

Importa destacar o papel notadamente mais relevante do magistrado em toda atividade processual no contexto atual. Não apenas é ele o diretor formal do processo, mas também possui algum controle material, tendo a possibilidade de certo controle protetivo sobre a produção de provas (eliminando aquelas provas inúteis ou protelatórias), para assim, existir um processo com maior igualdade pelo processo e não pelo poder individual.²⁵⁶

Não há, vale dizer, qualquer substituição na liberdade das partes no seu direito fundamental à prova. O reforço do papel do juiz dentro do processo apenas colabora para concretização de um caráter democrático do processo, compromissado com a busca pela melhor solução judicial, através de uma verdadeira igualdade que

²⁵⁶ Sempre é válido lembrar as ideias de Cappelletti, o qual já falava sobre um juiz ativo no processo como forma de garantir uma igualdade material: "Con esta fórmula se quiere aludir al hecho de que el juez, además de los poderes de dirección formal, viene asumir también poderes atinentes al objeto deducido en juicio, a la 'materia' de proceso. No se llega todavía a la conclusión extrema de desvincular al juez del poder dispositivo y exclusivo de las partes en materia de acción y de excepción (y de determinación de los elementos constitutivos de la acción y de la excepción, entre ellos el elemento causal); pero se atribuye, sin embargo, al juez un poder de intervención, de solicitud, de estímulo: él puede hacer presente a la parte la irregularidad no solamente formal de la acción propuesta, lo incompleto o impreciso de las alegaciones o de las peticiones, la posibilidad de cambiar, de ampliar, de corregir la propia posición. La concepción que aquí llega a surgir, y que se ha manifestado típicamente y, hay que decirlo inmediatamente, con excelencia de resultados (no obstante sus obvios y innegables riesgos en el plano psicológico de la imparcialidad judicial) en el código de Klein de 1895, es la de un proceso entendido como Wohlfahrtseinrichtung, instrumento en suma para el bienestar social. Esto es, se quiere realizar un proceso inspirado en el criterio de la igualdad sustancial y no solamente formal de las partes, así como en el criterio de obtener una sustancial justicia no paralizada por los formalísticos diafragmas del procedimiento: en suma, un proceso en el cual el juez tiene el poder, no ya de sustituir a la de las partes su propia voluntad en la determinación de la *res judicanda*, sino de aconsejar y de asistir a las partes en su también siempre libre y soberana determinación de aquella *res*. Y esto, se entiende, en cuanto las partes mismas (o una de ellas) muestran la necesidad y el interpes de ello, cosa que se verificará especialmente en el caso de que una parte o ambas no hayan estado en situación, a menudo por razones económicas, de asegurarse una defensa suficientemente hábil y calificada." CAPPELLETTI, Mauro. **La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil**. EJE: Buenos Aires, 1976. p. 125-126.

entregue a possibilidade de uma justiça substancial. Há um caráter complementar que trabalha de modo cooperativo para busca da justiça.^{257 258}

²⁵⁷ As palavras de Cappelletti caminham nesse sentido: “si vuole realizzare cioè un proceso ispirato al criterio della uguaglianza sostanziale e non soltanto formale delle parti, nonché al criterio di ottenere una sostanziale giustizia non paralizzata dai formalistici diaframmi della procedura: un processo insomma nel quale il giudice há il potere, nongià di sostituire a quella delle parti la sua propria volontà nella determinazione della res judicanda, ma di consigliare e di assistere le parti nella loro pur sempre libera e sovranadeterminazione di quella res”. CAPPELLETTI, Mauro. **Iniziative probatorie del giudice e basi pregiudiziche della struttura del processo**. Rivista di Diritto Processuale, n. 22 (1967). P. 420. Interessa referir também o que destaca Joan Picó i Junoy: “Tercera: A incompatibilidade entre o direito à prova das partes e a iniciativa probatória do juiz: Este argumento se sustenta na ideia que os únicos sujeitos que podem aportar provas ao processo são as partes, já que a elas lhes atribui o ordenamento jurídico um direito à prova, e em consequência, é necessário evitar que o juiz possa interpor-se no exercício deste direito. A existência do mesmo a favor das partes aparece em contradição com a ideia de que o juiz possa aportar, de igual modo, provas ao processo. Esta razão é certamente censurável. O direito à prova supõe a liberdade dos litigantes de utilizar os meios probatórios que estimem oportunos para lograr o convencimento do juiz acerca do discutido no processo, porém disto não se pode deduzir que este não de dispor *ex officio* atividade probatória alguma. O reconhecimento do direito à prova – como destaca TARUFFO – não significa atribuir às partes o monopólio exclusivo em matéria probatória, pelo que não implica a eliminação de certa iniciativa probatória do juiz. Ambas as iniciativas são absolutamente compatíveis, e só poderia ser contestada esta compatibilidade se a atuação *ex officio* se configurasse não como uma faculdade senão como um monopólio exclusivo sobre as provas, vale dizer, como um dever que impedisse ou limitasse a eventual iniciativa probatória das partes.” JUNOY, Juan Picó I. **O Juiz e a Prova**. Trad: Darci Guimarães Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 99-100. Também é de se destacar o que diz Piero Calamandrei: “Reduzir a função do juiz a um puro silogismo significa empobrecê-la, esterilizá-la, dissecá-la, A justiça é algo melhor: é criação que brota de uma consciência viva, sensível, vigilante, humana. É justamente este calor vital, este sentido de contínua conquista, de vigilante responsabilidade que é necessário apreciar e estimular o juiz. O perigo maior que, em uma democracia, ameaça aos juízes e, em geral, a todos os funcionários públicos, é o perigo do vício, da indiferença burocrática, da irresponsabilidade anônima. Para o burocrata, os homens deixam de ser pessoas vivas e se transformam em números, cédulas, fascículos: uma prática, como se diz na linguagem dos escritórios, isto é, uma pasta dentro da qual estão agrupadas várias folhas protocolizadas e, em meio a elas, um homem dissecado. Para o burocrata, os desejos do homem vivo que está à espera não contam mais: vê aquele enorme cúmulo de papéis sobre seu escritório, e só trata de encontrar um meio de fazê-lo passar para o escritório de outro burocrata, seu vizinho de sala, e descarregar sobre ele o incômodo daquele problema. Ah, se esta indiferença burocrática ingressa nos juízes! Ah, se eles se acostumam ao chamdo pulsantes de sua responsabilidade. Quem pensa no peso das dores humanas que são confiadas à consciência dos juízes, se pergunta como eles, com tão terrível tarefa, conseguem dormir à noite sonhos tranquilos. Ainda, o sistema da legalidade, a entende-lo de forma demasiadamente escolástica, com a enghosa mecânica do silogismo judicial, parece feito propositalmente para tolher do juiz o sentido da sua terrível responsabilidade, e para ajudá-lo a dormir sem pesadelos. Há na praça um enforcado condenado à morte pelo juiz. A sentença foi executada, mas a sentença era injusta: o enforcado era inocente.” CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 48-49.

²⁵⁸ A ideia de José Roberto dos Santos Bedaque deve ser destacada: “Pelo que a experiência tem demonstrado, todavia, tais postulados asseguram tão somente a igualdade formal entre os litigantes, o que, evidentemente, não satisfaz ao jurista preocupado com o fim social do direito e que, por isso, não se contenta com meras figuras de retórica. Não é compatível com o Estado social de direito o processo civil individualista, cujos dispositivos consagram como valor absoluto a autonomia das partes, que se sobrepõe ao próprio escopo da atividade jurisdicional e do instrumento estatal de solução das controvérsias. Entre as regas que não asseguram a real igualdade entre os litigantes, encontra-se a da plena disponibilidade das provas, reflexo de um superado liberal-individualismo, que não mais satisfaz as necessidades da sociedade moderna, pois pode levar as partes a uma atuação de desequilíbrio substancial. Muitas vezes, a inércia dos sujeitos parciais no processo na fase instrutória deve-se a fatores econômicos ou culturais e não

A participação do juiz na instrução do processo não o equipara a investigador. Sua atividade não substitui o direito das partes de produzirem todas provas que forma pertinentes e úteis para solução da demanda. Ocorre que, entendendo que a atividade instrutória das partes insuficientes, pode o magistrado buscar também elementos que o ajudem a criar verdadeira convicção sobre a demanda, colaborando assim com uma igualdade substancial dentro do processo. Importa destacar que mesmo o magistrado determinando a produção de uma ou outra prova, ainda assim poderá não criar convicção, pois inconclusivas ou insuficientes. Portanto, conferir a possibilidade do magistrado a faculdade de, sentindo a necessidade, produzir prova, caminha na direção de um dos marcos axiológicos do Processo, qual seja, entregar uma prestação jurisdicional que analise efetivamente o mérito da demanda.

Como dizem Marinoni e Arenhart:

Não há dúvida que o juiz, para formar a sua convicção, pode determinar prova de ofício. Isso, porém, não significa que a participação de ofício do juiz se dirija à busca da verdade. O objetivo da produção da prova de ofício é o de possibilitar ao juiz, quando as provas produzidas pelas partes lhe parecem insuficientes, a elucidação dos fatos imprescindíveis para a formação da sua convicção sobre o mérito.²⁵⁹

Mesmo a crítica que eventualmente é feita imputando ao poder instrutório do juiz uma violação ao dever de imparcialidade não procede. O fato do juiz produzir a prova não o torna automaticamente advogado da parte. Muito antes pelo contrário, diminui a chance de equívocos. Ademais o argumento de que o juiz ao determinar a produção de uma prova não tem conhecimento de seu resultado e, por decorrência, não o faz a favor de nenhuma das partes parece ser insuperável.²⁶⁰

à intenção de dispor do direito. Para evitar essa situação, várias medidas vêm sendo adotadas pelo legislador processual. Dentre elas, vislumbra-se o reforço do poder instrutório do juiz. A cada dia, aumenta o número de defensores das ideias de que somente um comportamento ativo do julgador faz com que seja respeitado um dos princípios processuais de maior relevância social: o da igualdade real entre as partes.” SANTOS BEDAQUE, José Roberto do. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 106-107.

²⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio. **Prova e Convicção**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 99-100.

²⁶⁰ Na linha do exposto está a lição de Jordi Nieva Fenoll: “Pero es que incluso considerando el argumento principal de los autores que relacionan prueba de oficio con imparcialidad, resulta algo infamante para el Juez afirmar que con su actividad de proposición de prueba no tenga otr opción que pretender favorecer a una u outra parte, es decir, que no tenga otra alternativa que prevaricar si propone algún médio de prueba. El juez incluso en un outro proceso civil, se va a encontrar con un elenco de hechos controvertidos que deberá averiguar para poder dictar sentencia. Es posible

O sistema processual brasileiro é orientado por uma série de princípios base que dão norte àquilo que deve ser obedecido para que o Processo seja considerado justo, e por decorrência, adequado e democrático. Nessa linha, toda e qualquer atividade probatória que vier a ser exercida pelo magistrado deve estar também limitada e orientada pelo direito do contraditório das partes sobre a prova que vier a ser determinada a produção pelo juiz. Não há atividade probatória legítima, seja ela de quem for, se não houver a possibilidade de exercício do contraditório.

Vale referir Comoglio, Ferri e Taruffo:

È poi da escludere che il giudice possa trasformarsi in un sorta di investigatore svolgendo autonomamente indagini dirette a scoprire l'eventuale esistenza di prove di cui nessuno gli abbia dato notizia nel processo. Pel altro verso, è necessario che il giudice eserciti i suoi poteri istruttori in modo da non ledere la fondamentale garanzia del contraddittorio delle parti. Ocorre - di conseguenza - che alle parti venga sempre riconosciuta la facoltà di formulare eccezioni ed obiezioni alle iniziative probatorie del giudice, nonché la possibilità di dedurre prove diverse e contrarie rispetto a quelle disposte d'ufficio e la possibilità di partecipara alla loro assunzione.²⁶¹

Neste debate acaba por ganhar relevância distinção entre os meios e as fontes de prova, uma vez que ao magistrado é possível, através de seus poderes instrutórios, se utilizar de todos os meios de prova, contudo sobre as fontes seus poderes não sejam tão extensos.

Os meios de prova são técnicas procedimentais internas ao processo. De outro lado, as fontes de prova são identificadas como fenômenos que existem primeiramente fora do processo, a despeito da existência da demanda, para depois, através dos meios de prova, serem incorporadas ao feito.²⁶²

que pese a todo, no lo consiga, y tras ello tenga que utilizar las reglas de carga de la prueba, que en absoluto son incompatibles, por cierto, con la actividad oficial en materia probatoria. Es decir, las partes propondrán unos medios de prueba. Supongamos que el juez pueda disponer la práctica de algunos medios adicionales. Pues bien, si el resultado probatorio es infructuoso, el juez podrá utilizar igualmente las reglas de carga de la prueba, juzgando en contra de la parte que verosímilmente hubiera debido disponer de la prueba, pero no la há aportado. Por todo ello, entiendo que la unión entre imparcialidad y prueba de oficio no es más que una secuela de una discusión que tuvo su sentido en el siglo XIX, pero que hoy há dejado de tenerlo por completo.” NIEVA FENOLL, Jordi. **La Valoración de la Prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 187.

²⁶¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. **Lezioni Sul Processo Civile. II Processo Ordinario di Cognizioni**. Mulino: Bologna, 2011. p.470.

²⁶² Como diz Cândido Rangel Dinamarco: “Meios de prova são técnicas processuais destinadas à investigação de fatos relevantes para a causa. Diferentemente das fontes, que vêm do mundo exterior para o interior do processo, os meios de prova são fenômenos internos do processo e do procedimento. Atuam sobre aquelas e cada um deles é constituído por uma série ordenada de atos integrantes deste, realizados em contraditório, com observância das formas estabelecidas em

O juiz, assim como as partes, tem total disponibilidade sobre os meios de prova, podendo se utilizar de qualquer um deles para esclarecer os fatos, além de meios atípicos, desde que moralmente legítimos. Nessa linha, os poderes instrutórios se estendem o tanto quanto possível. Diferente, no entanto, ocorre com as fontes de prova, uma vez que fatores externos ao processo e, portanto, por vezes, alheios às pretensões probatórias das partes e dos magistrados.

As fontes de prova existem de forma independente à existência do Processo enquanto que os meios só existem a partir da instauração do feito. Portanto, o domínio sobre os meios de prova, por decorrência lógica, acaba sendo muito mais amplo no espectro dos poderes instrutórios do juiz do que o domínio sobre as fontes de prova. Isso porque é possível que nem sempre se tenha conhecimento sobre alguma fonte de prova ou mesmo não seja possível trazer ao processo determinado meio de prova.

O que se percebe, com facilidade, é que não há mais espaço para se questionar a possibilidade ou não da produção probatória do magistrado. Seja porque

lei e comandados pelo juiz. (...). São fontes de prova admitidas no processo civil brasileiro todos os seres materiais ou imateriais capazes de gerar informações, sem nenhuma exclusão em tese. (...) As técnicas probatórias incluídas no Código de Processo Civil como meio de prova são o depoimento pessoal das partes, a prova testemunhal, a documental, a pericial, a inspeção judicial e a confissão." DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. V. III.** 8. ed. Malheiros: São Paulo, 2019. p. 99-101. Vale referir também a separação conceitual oferecida por Santiago Sentis Melendo sobre fontes e meios de prova: "Ahora bien: si queremos tener un concepto exacto de esa realidad que para nosotros es la fuente de prueba, independientemente de que origine o no una actividad procesal representada por un medio, hemos de admitir que fuente es, como hemos señalado, un concepto metajurídico, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso; mientras que medio es un concepto jurídico y absolutamente procesal. La fuente existirá con independencia de que se siga o no el proceso, aunque mientras no se llegue a él su existencia carezca de repercusiones jurídicas; y, cuando las tenemos, proponemos los medios para incorporarlas al proceso. Por eso, cuando en preceptos de los códigos procesales se dispone que las partes, con la demanda y con la contestación ofrezcan la prueba de que intenten valerse, lo que se está diciendo es que manifiesten de que fuentes disponen, para que el juez acuerde los medios de traerlas a los autos. En general, me parece que no es difícil la distinción: nos la puede ofrecer la pre-existencia, ya que no la pre-constitución. Me atrevo a decir (en contra, o prescindiendo, de Laserra) que todas las pruebas (todos los elementos probatorios) son pre-existentes (y, en algunos casos, pre-constituidos), como fuentes; y se constituyen en el proceso como medios. Nos basta con dirigir la vista a las pruebas que los códigos suelen enumerar y regular (como medios, se nos disse; pero también, y en realidad, como fuentes). SENTIS MELENDO, Santiago. **La Prueba – Los Grandes Temas del Derecho Probatorio.** EJEA: Buenos Aires, 1978. p.151-152. También interesa referir o que diz Jaime Guasp sobre os meios de prova: "Media de prueba es todo aquel elemento que sirve, de una u outra manera, para convencer al Juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado. El medio es, pues, sea cual sea su naturaleza, un instrumento como su nombre indica: algo que se maneja para contribuir a obtener la finalidad específica de la prueba procesal. No debe confundirse con el sujeto, ni con la materia, ni con la fuente de la prueba, aunque consista en una persona, en una cosa o en una actividad. El concepto del medio de prueba es, por lo tanto, muy amplio, ya que encierra en sí una multitud compleja de fenómenos concretos. GUASP, Jaime. **Derecho Procesal Civil. T. I. 4. ed.** Civitas: Madrid, 1998. p.317.

a doutrina, em sua maioria, como demonstrado, entende necessária essa possibilidade, seja porque o próprio CPC expressamente conferiu aos juízes essa possibilidade. Ademais, trata-se de uma decorrência de toda a lógica do sistema processual, em um modelo colaborativo, que busca a horizontalização das relações, bem como melhora a qualidade da prestação jurisdicional.

4 DISCUTINDO A IMPOSIÇÃO PELO JUIZ ÀS PARTES DE PRODUÇÃO DE PROVAS DESABONATÓRIAS NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO, SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS

Primeiramente, cumpre um esclarecimento. A prova desabonatória, para fins do que aqui se pretende, é aquela prova que pode trazer prejuízo a quem a produziu. A partir disso, a imposição à parte do dever de produzir determinada prova que lhe prejudica merece uma atenta reflexão, em especial sob a ótica de uma série de direitos fundamentais processuais, os quais estendem às partes também uma série de prerrogativas que devem ser sopesadas de modo adequado frente aos poderes instrutórios que o juiz possui no processo.

A possibilidade de atividade judicial é benéfica e deve ser incentivada, mas também deve encontrar limites que não venham a violar direitos e garantias das partes.

A participação do juiz na atividade probatória é ponto absolutamente consolidado no ordenamento brasileiro. Em uma perspectiva de um processo colaborativo e dialogado, comprometido com uma prestação jurisdicional de qualidade não há como imaginar o magistrado apenas como ente reativo, alheio às idiossincrasias do processo e da situação das partes.

Alguns institutos, para isso, são adaptados a permitir, por decorrência, uma maior participação do juiz, não apenas na produção da prova, mas em todo o contexto instrutório do feito.

Como se viu, a preclusão temporal quanto à produção das provas é absolutamente relativizada no que diz respeito ao juiz, uma vez que esse pode reabrir a qualquer momento que entender adequado para buscar evidências ao feito. Isso, de fato, pode ser realizado inclusive, em sede recursal, garantido, obviamente, a participação das partes na produção das provas.

Da mesma forma, é conferido ao Juiz-diretor do processo a possibilidade de readequar os ônus probatórios, visualizando este a necessidade de um balanceamento em razão de eventual desequilíbrio injustificável no feito sobre as condições das partes de produzirem suas provas e batalharem, de forma isonômica, por suas posições.

Contudo, existe diferença importante entre duas situações que merecem destaque: uma diz respeito ao Juiz produzir provas por si e para seu convencimento

e distribuir dinamicamente o ônus. Outra situação diversa é o Juiz impor às partes a produção de uma prova, com a possibilidade de medidas coercitivas, inclusive, em especial, prova que possa ser prejudicial aos interesses da parte.

Não se pode negar que há certa dificuldade em aceitar a possibilidade de o Juiz impor às partes o dever de produção de prova, uma vez que, a despeito do dever de veracidade, ainda assim existem limites, impostos por todo contexto de direitos fundamentais-processuais que devem ser, no mínimo, postos à reflexão antes de possibilitar, efetivamente, determinadas imposições judiciais.

Portanto, fica evidenciado que neste ponto se pretende analisar efetivamente até onde o poder instrutório do juiz pode ir sem violar uma série de outros direitos das partes, especialmente naquilo que transforma um direito em um dever de provar, com a possibilidade de imposição de produção de prova contra os próprios interesses.

De todo modo, ao se analisar a questão, alguns pontos, aqui se imagina, devem ser tratados, como por exemplo, as razões que trabalham a favor da possibilidade da imposição de prova pelo juiz, como também as razões que militam em desfavor de tal imposição, tudo, é claro, sob a luz de um Processo democrático.

Mas não apenas tais pontos devem ser destacados. O direito fundamental à prova e o compromisso assumido de busca pela verdade convém tratar, especialmente para se verificar até que limite esta busca encontra respaldo constitucional. Da mesma a relação da prova com a liberdade, como deve ser visto uma como garantia da outra, mas até que limite.

Em linha semelhante, é de se analisar se a prova desabonatória, em algumas circunstâncias, não adquire o selo de prova ilícita, por ser produzida com a violação de direitos conferidos às partes. E por fim, também é de se analisar o papel que essa mesma prova assume na formação do convencimento judicial.

4.1 Razões que militam em favor da possibilidade da prática de atos pelo juiz com vistas à imposição de produção de provas desabonatórias pelas partes no processo civil, sob a ótica dos direitos fundamentais processuais

Primeiramente, é de se destacar que parcela importante da doutrina (se não a maioria) entende pela possibilidade do juiz impor à parte o dever de produzir determinada prova, mesmo na hipótese de isso configurar a possibilidade da produção

ir em contrário aos interesses de quem a produz. Agarrados em argumentos que efetivamente possuem peso, caminha até com alguma tranquilidade tal possibilidade. De todo modo, ainda que esta posição seja contrária ao que aqui se pretende trabalhar, ainda sim vale trazer, mesmo que brevemente, algumas dessas razões que dão suporte para tão qualificada doutrina.²⁶³

Os argumentos, em suma, que militam a favor da possibilidade de o Juiz impor à parte a produção de uma prova giram em torno do compromisso assumido com a busca da verdade, a qual possui inegável relevância na sistemática processual vigente. Também, em semelhante linha, se encontra a ideia de entrega de uma prestação jurisdicional mais efetiva e que possibilite a diminuição de desigualdades dentro do processo, uma vez que há, certamente, uma inegável desigualdade social, econômica e cultural que muitas vezes prejudicam a descoberta do direito. No mesmo andar, a busca por uma decisão de mérito em tempo razoável também parece permitir que ao juiz sejam conferidos determinados poderes para melhor exercer sua função jurisdicional.

Com essas linhas mestras firmadas, caminha com tranquilidade a ideia de que são as partes que primeiro decidem levar o conflito de interesses ao Poder Judiciário. Nessa mesma esteira, também é tranquilo o trânsito da ideia de que cabe às partes delimitar aquilo que será apreciado por este mesmo Poder Judiciário. A ideia de dispositividade das partes para delimitar a extensão do debate permanece.

A partir da delimitação do que se está a debater, passa o próprio Estado a ser interessado na resolução adequada do conflito. Portanto, o Juiz-diretor, como responsável por oferecer solução ao conflito, passa a ter a possibilidade, respeitados esses limites acima referidos, bem como respeitados os direitos fundamentais processuais das partes e também a questão da própria pertinência daquilo que deve

²⁶³ Por exemplo, Araken de Assis entende pela existência do dever de provar, em razão do dever de colaboração. Diz o destacado autor gaúcho: "O pronome indefinido usado no art. 379 indica que o dever de cooperação tem extensão universal. Partes e terceiros têm o dever de colaborar para que o juiz, perseguindo a quimérica verdade objetiva, forme seu convencimento. Chega-se a afirmar, em exagero, que todos se encontram 'subjugados' pela jurisdição. O juiz não é suserano de ninguém no Estado Constitucional Democrático. Decorrendo a colaboração dos deveres salpicados na lei processual, parece assaz duvidoso, naturalmente, normas dessa índole induzirem as partes e assolharem base sólida e sincera à formação de uma comunidade de trabalho no seio do processo. A comunidade de atividade recíproca e contraditória afigura-se essencial à consecução dos fins políticos e sociais do instrumento concebido para aplicar o direito objetivo. A colaboração das partes na investigação da verdade para formar as bases do convencimento do juiz a respeito do tema da prova constitui dever e, não, ônus. DE ASSIS, Araken. **Processo Civil Brasileiro. V. II. Tomo II.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 268.

ser provado, de trazer elementos complementares ao feito para que possa criar sua convicção, diminuindo, ao máximo, a incerteza sobre os fatos.

Nessa linha, surgem os poderes instrutórios do juiz como mecanismo complementar a busca de uma solução adequada do feito. Como já dito, esses poderes compõem a base de um Processo democrático e dialogado, que está comprometido com a busca pela verdade. Isso porque o Processo, axiologicamente vinculado à colaboração, ao contraditório para uma busca de uma solução justa ao conflito, reclama a atuação judicial para que possa conferir uma prestação jurisdicional tempestiva e efetiva.

Um modelo de processo mais horizontal necessita, portanto, que o juiz possa se unir às partes na produção de provas quando necessário for, ou seja, quando aquilo que foi produzido não foi capaz de gerar convicção judicial, não diminuindo, suficientemente, as incertezas a ponto de extrair uma verossimilhança tal que permita a criação dessa convicção, sem, contudo, ferir a necessária imparcialidade.²⁶⁴

A partir daí surgem discussões como quais os limites impostos a esses poderes instrutórios, como já tratado. Da mesma forma, outro debate que merece atenta reflexão é a possibilidade, então, de nesse contexto de um juiz apto a produzir provas, se é possível que além de produzir provas por si mesmo, possa impor à parte a produção de elementos que podem ser prejudiciais à sua defesa no debate judicial.

Sabe-se, primeiramente, que ao juiz é possibilitado a produção da prova de forma acessória, ou seja, quando considerar insuficiente a atividade realizada pelas partes. A partir dessa premissa, o juiz pode participar ativamente do processo de

²⁶⁴ Aliás, sobre a imparcialidade judicial, quando o Juiz passa a produzir provas, como já dito ao longo deste trabalho, não parece subsistir tal temor, uma vez que o interesse judicial não está colocado para um dos lados do debate, mas sim para a efetiva solução adequada. Michele Taruffo tem posição interessante sobre o tema, ao referir que o juiz sempre se posiciona para um dos lados em todos os momentos do processo, mas que isso é nada mais que o decorrer natural de sua própria função. Nas palavras do jurista italiano: “Pode-se observar que, na realidade, o juiz se posiciona a favor de uma parte e contra a outra em qualquer momento do processo, ou seja, em todas as ocasiões em que dispõe ou decide alguma questão relativa ao procedimento ou resolve questões preliminares ou prejudiciais; porém, ninguém há de pensar que por essa razão, e em cada um desses momentos, o juiz perca a sua imparcialidade. Uma vez que o juiz tabula rasa e absolutamente passivo não existe, e tampouco pode existir no curso do processo, deveríamos concluir que o juiz nunca é imparcial: com isso, todavia, qualquer discurso sobre o processo resultaria desprovido de sentido. Não se compreende, por outro lado, porque o juiz torna-se parcial quando dispõe de uma prova de ofício ou sugere às partes que a proponham, e não se torne, por exemplo, quando admite ou exclui uma prova proposta por uma parte, ou, ainda, quando reduz a lista de testemunhas ou encerra a instrução probatória com fulcro no art. 209 do Código Processual Civil italiano.” TARUFFO, Michele. **A Prova**. Marcial Pons: São Paulo, 2014. p. 208.

produção de provas, cabendo, portanto, verificar quais limites devem ser levados tais poderes, sob a ótica de diversos direitos fundamentais processuais, os quais devem ser adequadamente balanceados para verificação do abuso ou não do exercício do poder instrutório.

Não se quer, obviamente, um juiz que se transforme em inquisitor autoritário, uma vez que isso violaria a própria essência de um Estado Democrático de Direito. Mas, ao mesmo tempo, é saudável, frente a todo o panorama contemporâneo do Processo, que o juiz tenha certo grau de liberdade para também trazer elementos ao feito. Essa liberdade conferida ao magistrado, também, por óbvio, deve ser posta e cotejada em contraste com a própria liberdade das partes.

O autorregramento da vontade é um dos marcos valorativos desse CPC, uma vez que possibilita que as partes possam alguns “negociar” dos termos em que se dará o debate, como autorizado pelo art. 190, CPC.

Seguindo essa linha de raciocínio, o CPC estabelece algumas situações em que, aparentemente, há a possibilidade de o juiz impor à parte o dever de produzir determinada prova, mesmo que essa venha a andar contrariamente àquilo que a parte defende em sua tese.

Vale lembrar que o modelo processual colaborativo é comprometido com a busca da verdade, o que, em uma primeira análise justificaria a presença de um juiz mais inquisitor, o qual tem poderes amplos para descoberta dos fatos e entregar uma decisão que refletisse, tanto quanto possível, a verdade. Vale lembrar, também, a busca por uma prestação jurisdicional efetiva é um dos objetivos firmados pelo modelo de processo vigente.

Por decorrência, existe uma série de compromissos e valores assumidos por este modelo de processo que permite, ao menos em tese, imaginar a ideia do magistrado efetivamente poder ingressar na esfera mais íntima da parte, forçando-o a produzir determinada prova, mesmo contra sua vontade, tendo, inclusive, mecanismos legitimadores a partir dos comandos legais presentes, para realizar tal imposição.

A partir disso, é claro, é necessário verificar se há uma violação ou não de direitos fundamentais de caráter processual que tornem essas imposições aceitáveis em um contexto processual dialético e democrático.

Como se vê da leitura do parágrafo único do art. 400, CPC, é possível que o magistrado tome medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias

para a exibição de determinado documento. Importa destacar que se constitui em inovação legislativa, sem equivalente no Código de Processo anterior, fato que realça aqueles compromissos de busca pela verdade e de cooperação assumidos pelo CPC, em que há, efetivamente, uma participação mais intensa do magistrado na reconstrução dos fatos.²⁶⁵

Fica evidenciado, primeiramente, que o CPC atual, ao menos neste particular, não se contenta com a presunção em desfavor de quem deixa de produzir determinada prova ou entregar determinado documento, possibilitando, inclusive, trazer a cominação de multa pelo descumprimento.

Em linha semelhante caminha o art. 403, o qual também estende ao magistrado a possibilidade de ordenar a apreensão, com a imputação de crime de desobediência.

Os poderes instrutórios conferidos ao juiz no art. 370 alcançam um novo patamar quando trazidos para os dispositivos acima mencionados. A leitura desses poderes instrutórios, passa, necessariamente pela realização de que o direito fundamental à prova não pertence apenas às partes, mas também ao próprio órgão jurisdicional - daí os poderes instrutórios.

Luis Alberto Reichelt é claro sobre o tema:

Tomando-se em conta tais premissas, o que se vê é que o direito fundamental das partes à prova não está associado à ideia de iniciativa probatória exclusiva dos litigantes, mas, também, pode ser instrumentalizado através da outorga de poderes instrutórios ao órgão jurisdicional. O fato de o direito fundamental à prova compreender a

²⁶⁵ Marcos André Franco Montoro traz ideia nesse sentido: “O parágrafo único do art. 400 do CPC/2015 – que não tem regra similar no CPC/1973 – amplia e flexibiliza as alternativas colocadas à disposição do juiz ao decidir o pedido de exibição. No sistema do CPC/1973, se o documento ou a coisa não fosse apresentado, e sendo a recusa considerada injusta, a única alternativa concedida ao juiz era a aplicação da presunção de veracidade antes explicada. Então, ao menos em tese, o sistema do CPC/1973 somente dá ao juiz duas alternativas (em caso de recusa fundamentada do requerido): ou consedra legitiima a recusa do requerido e rejeita o pedido de exibição, ou considera ilegítima a recusa do requerido e considera provado o fato alegado pelo requerente que seria supostamente comprovado com a apresentação do documento ou da coisa. No sistema do CPC/2015 existe uma alternativa ‘intermediária’, que é exatamente a aplicação das medidas de apoio do parágrafo único do art. 400. Assim, o juiz pode considerar que a recusa é ilegítima, mas ficar na dúvida se o conteúdo do documento ou da coisa é o que o foi alegado pelo requerente. Então, em tal hipótese, em vez de se aplicar a presunção de veracidade prevista no caput e nos dois incisos do art. 400, o juiz deve tomar medidas necessárias para a obtenção física do documento ou da coisa. Isso ocorre pela aplicação das medidas de apoio listadas no parágrafo único, que podem ser indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.” FRANCO MONTOR, Marcos André. **Código de Processo Civil Anotado**. 3º ed. Coord. CRUZ E TUCCI, José Rogério. CAETANO FERREIRA FILHO, Manoel. CARVALHO APRIGLIANO, Ricardo de. FAGUNDES DOTTI, Rogéria. GILBERT MARTINS, Sandro. GZ Editora: Rio de Janeiro, 2018. P. 593.

liberdade das partes de produzir provas sem sofrer limitações injustificadas não exclui a possibilidade de atribuição ao julgador do dever ou do poder de atuação na mesma seara, adotando um papel ativo nos casos em que os litigantes não tenham praticado atos com vistas ao exercício do referido direito.²⁶⁶

Importa notar. Conferir poderes ao magistrado permite, em alguma medida, amenizar diferenças preexistentes que podem prejudicar um debate em condições mínimas de igualdade.²⁶⁷ Não se pode negar que há uma tensão crescente em razão do aumento de diferenças culturais, sociais e econômicas que pode levar a um debate judicial desigual e que permitir ao magistrado ingressar no debate de forma a também produzir provas pode trazer uma maior igualdade no debate quando se imagina esse juiz como um ente desinteressado no resultado final quanto ao mérito, mas interessado, de outro lado, na descoberta da verdade para entrega da prestação jurisdicional mais adequada.

Isso caminha na própria ideia da efetividade do processo, o qual, ao ter mais um ente apto a produzir provas para descobrir a verdade, consagra a ideia de que todos devem colaborar para a entrega de uma decisão de mérito justa e efetiva em tempo razoável.

Há que se lembrar que a possibilidade de o juiz impor às partes o dever de produzir determinada prova, mesmo uma prova desabonatória, obedece esse compromisso axiológico firmado pelo CPC de uma busca pela verdade mais intensa. O Processo deve ter mecanismos para diminuir as desigualdades entre as partes dentro do debate judicial.²⁶⁸

²⁶⁶ REICHELDT, Luis Alberto. **O Direito Fundamental à Prova e os Poderes Instrutórios do Juiz**. In: Revista de Processo. Vol. 281. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 172.

²⁶⁷ Mauro Cappelletti sobre o tema: “si vuole realizzare cioè un processo ispirato al criterio della uguaglianza sostanziale e non soltanto formale delle parti, nonché al criterio di ottenere una sostanziale giustizia non paralizzata dai formalisticidiframmi della procedura: un processo insomma nel quale il giudice há il potere, nongià di sostituire a quella delle parti la sua propria volontà nella determinazione della res judicanda, ma di consigliare e di assistere le parti nella loro pur sempre libera e sovrana determinazione di quella res.”CAPPELLETTI, Mauro. **Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiriche della struttura del processo**. Rivista di Diritto Processuale, n. 22 (1967). p. 420.

²⁶⁸ Como diz José Roberto dos Santos Bedaque: “O processo deve ser dotado de meios para promover a igualdade entre as partes. Um deles, sem dúvida, é a previsão de que o juiz participe efetivamente da produção da prova. Com tal atitude poderá ele evitar eventuais desigualdades econômicas que repercutam no resultado do processo.” SANTOS BEDAQUE, José Roberto do. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 107. Na mesma linha, segue o referido autor: “A real igualdade das partes no processo somente se verifica quando a solução encontrada não resultar da superioridade econômica ou da astúcia de uma delas. Nem o preparo técnico do advogado deve ser decisivo. O processo não é jogo, em que o mais capaz sai vencedor, mas instrumento de justiça com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito”. SANTOS BEDAQUE, José Roberto do. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7. ed. São

Como se vê, não são poucas as razões que militam em favor da possibilidade de o magistrado impor à parte a produção de determinada prova. A ideia de um processo mais preocupado com a verdade, como já dito, pode tornar mais aceitável a ideia de um juiz que possua poderes para a busca de uma decisão justa, com intuito de entrega de uma prestação jurisdicional efetiva parece ter bom trânsito, especialmente pois positivado no CPC.

Assim, sob argumentos como os referidos, busca pela verdade, efetividade do processo, uma diminuição nas desigualdades, entrega de uma prestação jurisdicional que analise o mérito em tempo razoável, o CPC e parcela da doutrina aceita a possibilidade de um magistrado que ingresse na esfera de liberdade da parte para forçar a produção de determinada prova, ainda que esta possa vir a prejudicar a parte que a produza, incluindo a possibilidade de cominação de multa para exatamente forçar esse cumprimento.

Importa referir desde já que este posicionamento não parece ser o mais adequado nem é o adotado aqui neste trabalho, contudo importa realizar este breve apanhado para compreender eventuais razões pelas quais a ideia parece ganhar boa aceitação na doutrina pátria, vez que poucos contestam a validade de tal entendimento.

4.2 O direito fundamental à prova e o compromisso com a descoberta da verdade

Dois temas que já foram tratados ao longo do trabalho e cuja relevância para compreensão do tema é de fundamental importância são o direito fundamental à prova e a busca da verdade. Efetivamente, são dois temas que estão umbilicalmente interligados, pois para a descoberta da verdade é necessária uma ampla possibilidade probatória. Trata-se de conclusão que não necessita de maior reflexão, pois evidente.

Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 109. Há que se destacar que, mesmo que o processo não seja um jogo, há um embate de tese e antítese. Cada parte, ainda que desigualdades devam ser combatidas efetivamente, possui a liberdade de trazer seus elementos probatório para o processo de acordo com aquilo que entedem adequado. Para tanto, se o magistrado perceber uma desigualdade tal que venha a prejudicar a possibilidade de um equilíbrio adequado, poderá, nesta hipótese, tentar trazer um balanceamento com algumas medidas, especialmente através da dinamização do ônus da prova.

Como já destacado, a prova se constitui em um direito fundamental derivado. Surge como corolário de uma série de direitos que constituem o processo justo, mas em especial o contraditório e o acesso à justiça.

O compromisso da busca pela verdade decorre também de um compromisso constitucionalmente assumido que é a distribuição material de justiça através do já exaustivamente mencionado processo justo.

Portanto, há uma clara ligação entre o direito fundamental à prova e o compromisso de busca pela verdade. E nessa linha, é importante compreender que um é o caminho para o outro, dentro dos limites estabelecidos pela própria Constituição e também pela ordem processual, para que sejam atingidos os fins dentro daquilo que entende por adequado a ordem jurídica.

A nova sistemática processual criou mecanismos que aumentam os poderes instrutórios do juiz, dando ainda maior amplitude ao direito fundamental à prova, exatamente por existir um compromisso de se buscar a verdade. E quanto a isso não existe oposição, em geral. O que deve ser bem pontuado é que existem alguns desses mecanismos que parecem ultrapassar o que se entende por proporcional na busca dessa verdade por ferir outros direitos das partes que devem ser preservados, para evitar um excesso de poder que rapidamente transforma-se em autoritarismo judicial. O direito fundamental²⁶⁹ à prova para a busca da verdade ele não caminha apenas na direção de permitir todas as medidas possíveis para reconstrução dos fatos. Ele funciona como mecanismo para salvaguardar compromissos assumidos pela ordem jurídica, mas que se submete também aos limites impostos por essa mesma ordem.

Com isso dito, não há como escapar a uma constatação evidente - a importância do tema prova para demonstração da veracidade -. Nessa linha, Cândido Rangel Dinamarco demonstra com clareza como a prova é o caminho adequado para a busca da verdade.

²⁶⁹ Sobre os direitos fundamentais, dentre os quais o direito fundamental à prova, na linha do que vinha sendo exposto, vale destacar o que diz Eduardo Cambi: "Os direitos fundamentais configuram o epicentro axiológico da ordem jurídica, condicionando o exercício da hermenêutica e da produção da norma (eficácia irradiante dos direitos fundamentais). Pode-se, pois, apontar como característica marcante do neoconstitucionalismo a onipresença da Constituição. Por detrás de uma regra legal, há uma norma constitucional que a confirme ou a contradiga. Isto porque as constituições contemporâneas contêm denso conteúdo material, composto por valores, princípios, direitos fundamentais e diretrizes aos poderes públicos e aos entes particulares, sendo difícil conceber um problema jurídico que não encontre alguma resposta no texto constitucional e, em certas situações, até diferentes orientações [...]"CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 58-59.

Direito à prova é o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirma em relação aos fatos relevantes para o julgamento. Ele é exercido mediante o emprego de fontes de prova legitimamente obtidas e a regular aplicação das técnicas representadas pelos meios de prova. A imensa importância da prova na experiência do processo erigiu o direito à prova em um dos mais respeitados postulados inerentes à garantia política do devido processo legal, a ponto de se constituir em um dos fundamentos pilares do sistema processual contemporâneo. Sem sua efetividade não seria efetiva a própria garantia constitucional do direito ao processo.²⁷⁰

Estando estabelecido que o conhecimento racional dos fatos, através do direito fundamental à prova, é a busca por uma verdade processual ou verossimilhança relativa ao contexto dos fatos e contrafatos alegados (nos termos do já firmado anteriormente). Portanto, ao se admitir que a verdade busca é a verdade possível, se percebe que o compromisso com a busca pela verdade é de imediato relativizado em face de uma série de outros compromissos assumidos pela ordem jurídica. Ou seja, a verdade absoluta, reconhecidamente inatingível, não é a pretensão sistemática do processo. A partir daí é possível duas conclusões: a) o direito fundamental à prova atua como mecanismo permissivo do ideal de busca à verdade; b) O reconhecimento da impossibilidade de atingimento da verdade absoluta admite que limites são impostos na sua busca para preservação de uma série de outros direitos.²⁷¹

Os valores ora trabalhados são, inegavelmente, compromissos derivados de toda ordenação constitucional. E por essa mesma ordenação encontram limites que devem ser respeitados a fim de evitar que um ideal se sobressaia demasiadamente sobre outro, desvirtuando aquilo que é buscado em um processo que seja razoável em todos seus âmbitos, sem exageros interpretativos que

²⁷⁰ RANGEL DINAMARCO, Cândido. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. III. 8. ed. Malheiros: São Paulo, 2019. p. 51.

²⁷¹ Como dizem Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini: “A averiguação dos fatos da causa, a reconstrução histórica de tais fatos, não é, em si mesma, o objetivo final do processo. Escopo do processo é, repita-se, solucionar conflitos, prestando-se tutela jurisdicional a quem tem razão, mediante atuação da vontade concreta do ordenamento jurídico. E a verificação dos fatos ocorridos é apenas um importante passo, uma etapa, para a consecução desse objetivo.” WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, V.II, 16. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016.p. 226.

pretendam justificar abusos disfarçados de busca por realização de valores constitucionais.

O valor constitucional que deve sempre estar em evidência é o da proporcionalidade²⁷², o qual serve como freio a todos os demais a fim de exatamente preservar a utilização da ordem jurídica de forma adequada e conforme um ideal de democracia processual, em que imposições artificiais e camufladas pela letra lei não ganhem força e distorçam a natureza das normas que constituem o ordenamento jurídico.

O direito fundamental à prova e a busca pela verdade não escapam a esse controle. Como já destacado, nenhum direito, mesmo que fundamental é absoluto. Nenhum ideal, mesmo que axiologicamente vinculado ao processo, é também absoluto. Todos devem encontrar limites, os quais balanceiam o sistema o afaste de autoritarismos.²⁷³

Por mais relevantes que sejam os compromissos assumidos com a busca da verdade, transformando o direito à prova em direito fundamental, não se pode esquecer que emprestar poder ao Estado de forma quase ilimitada, como ocorre em alguns dispositivos do Código de Processo Civil (Art. 400²⁷⁴, parágrafo único, art.

²⁷² Para bem ilustrar, é importante mencionar a ideia de Humberto Ávila, que de forma clara, fornece valiosa lição sobre o postulado da proporcionalidade: “O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?). Nesse sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico” ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 183

²⁷³ Novamente é possível referir Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini: “Todo o processo jurisdicional, na medida em que busca atuar a vontade concreta do ordenamento, visa idealmente à verdade. Trabalha, por conta das limitações humanas, com a verossimilhança, mas sempre buscando a verdade. Agora, existem também outros fatores e valores a considerar. – A impossibilidade de a controvérsia permanecer permanentemente não resolvida – quando não se consegue apurar os fatos; - existência de situações urgentes que exigem a proteção provisória em vista da sua aparência; - as peculiaridades concretas da situação de direito material que, por vezes, são incompatíveis com uma reconstrução probatória mais intensa; - a necessidade de a produção das provas respeitar valores jurídicos fundamentais (contraditório, intimidade, integridade física...)” WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil, V.II**, 16. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016.p. 226-227.

²⁷⁴ A doutrina, em sua maioria, parece aceitar sem grandes ressalvas a possibilidade do magistrado adotar medidas que imponham à parte do dever de produzir a prova determinada pelo juiz, o que, no sentir do que aqui se imagina, deve encontrar um limite claro quando esta prova significar auto

403), dando a possibilidade de atividade coercitiva a despeito de todas os demais direitos fundamentais, tanto processuais quanto materiais, insculpidos na Constituição Federal, levam o jurisdicionado a uma caminho de perigoso flerte com o autoritarismo e com a arbitrariedade do pior tipo, aquele legitimado por lei e disfarçado de garantia.

4.3 Razões que militam em favor da impossibilidade da prática de atos pelo juiz com vistas à imposição de produção de provas desabonatórias às partes no processo civil, sob a ótica dos direitos fundamentais processuais

Após uma análise das razões que dão sustentação e podem justificar uma atuação mais enérgica do magistrado na busca por evidências, buscando, claro, salvaguardar uma prestação jurisdicional mais efetiva, se faz necessário, de outro lado, verificar se existem razões que tragam certo temperamento na atuação do juiz, o qual, ainda que possa produzir provas, deve fazê-lo respeitando uma série de direitos fundamentais de natureza processual.

prejuízo dentro do processo. De todo modo, é de se referir o que dizem Marinoni, Arenhart e Mitidiero comentado o destacado artigo: “O art. 400, parágrafo único, CPC, autoriza o juiz a empregar qualquer medida ‘indutiva, coercitiva, mandamental ou sub-rogatória’ para a satisfação da ordem de exibição. Resta superada a Súmula 372, do STJ, que não tem mais cabimento à vista do preceito expresso em sentido contrário. A regra que alude a medidas ‘mandamentais’, o que porém, constitui imprecisão técnica, na medida em que as decisões com eficácia mandamental são exatamente aquelas que empregam medidas de indução (aí incluídas as de coerção, como a multa coercitiva, e as de pressão positiva, que são vantagens oferecidas para o cumprimento da ordem); ao lado das decisões com eficácia mandamental, podem ser veiculadas decisões com eficácia executiva, que veiculam medidas de sub-rogação (v.g., a busca e apreensão de documento). Assim, seria mais preciso o texto aludir apenas a medidas de indução e sub-rogação; o excesso, porém, na redação, pode contribuir para deixar claro que o juiz tem amplo espaço para eleger a técnica mais adequada para a obtenção do documento ou da coisa buscadas. Cabe ao juiz decidir qual medida empregar, não estando vinculado a eventual pedido da parte requerente. A medida, também pode ser alterada se verificado seu insucesso no caso concreto.” MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 5. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 537. Também sem qualquer objeção às medidas estendidas ao Juiz no CPC está o que diz Daniel Amorim Assumpção Neves: “Não obstante, o parágrafo único do dispositivo ora comentado prevê expressamente a possibilidade de adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido. Numa primeira leitura a novidade mostra-se abosultamente incompreensível, porque se a não exibição do documento ou coisa permite a conclusão de veracidade dos fatos que se pretendia provar com a exibição, qual exatamente a utilidade da adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias? O legislador, entretanto, parece ter criado na própria redação legal que deu ao dispositivo a possibilidade de torná-la minimamente lógica e sustentável. Ao prever que as medidas executivas serão adotadas somente quando necessário, permite a interpretação de que sua adoção somente se justifica naqueles casos em que a presunção de veracidade não pode ser gerada.” ASSUMPÇÃO NEVES, Daneil Amorim. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coord: DO PASSO CABRAL, Antônio, CRAMER, Ronaldo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 610-611.

Essa parece ser a função que cumpre o art. 379, quando torna claro a exceção que a qualquer medida que possa ser imposta à parte se isto for lhe trazer um dever de produzir uma prova contra si mesmo.

Admitir que o magistrado possa impor à parte a possibilidade de produzir uma prova contra si mesmo (desabonatória), parece ir de encontro ao que se imagina por um ordenamento efetivamente democrático.

Como há previsão expressa no art. 379 de que à parte é garantido o direito de não produzir prova contra si mesma. O referido dispositivo entra em conflito com algumas outras normas previstas no CPC, tal qual o § único do art. 400, o art. 403 (ambos já referidos acima) e também há um conflito aparente com a própria ideia do CPC de estabelecer poderes instrutórios fortes ao juiz para que esse tenha a possibilidade de investigação da verdade de forma mais incisiva.

Parece, portanto, de início, trazer o pensamento de parcela da doutrina que também entende o 379 como um limitador aos poderes do Juiz. Por exemplo, João Batista Lopes destaca:

O modelo constitucional de processo adotado entre nós repele a ideia de que a parte tenha o dever de colaborar irrestritamente com a justiça a ponto de ser compelida a produzir prova contra si própria. Em razão disso, o artigo cuidou de preservar o direito de a parte não produzir prova contra si própria, disposição que não havia no estatuto anterior. Como é curial, o juiz não pode obrigar ninguém a admitir a existência de fatos que possam prejudicar a defesa de sua posição no processo.²⁷⁵

²⁷⁵ LOPES, João Batista. **Comentários ao Código de Processo Civil. V.2.** Coord. Scarpinella Bueno, Cássio. Saraiva: São Paulo, 2017. P. 267. Vale a referência A Fernando Gajardoni, Luiz Delloro, André Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira jr.: “Vale sempre a pena repetir, se não existem direitos absolutos, tampouco se apresentam deveres absolutos na ordem jurídica. Normalmente, o direito à não autoincriminação envolve o direito de permanecer em silêncio, o direito de não produzir elementos de prova contra si próprio, o direito de não ser compelido a apresentar provas que lhe comprometam, bem como não ser constrangido a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que potencialmente afetem sua esfera jurídica. Embora tais mais focados para o âmbito processual penal, os mesmos se aplicam ao processo civil, principalmente quando não exista disciplina específica em contrário. Os diversos ramos da árvore do direito permanecem umbilicalmente presos a um tronco único e comum, não obstante a autonomia científica e metodológica reconhecida a cada um deles.)” DUARTE DE OLIVEIRA JR. Zulmar. **Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença. Comentários ao CPC de 2015. V.2.** 2. ed. DA FONSECA GAJARDONI, Fernando. DELLORE, Luiz. VASCONCELLOS ROQUE, André. DUARTE DE OLIVEIRA JR. Zulmar. São Paulo: Método, 2018. P. 299. Não se ignora, de outro lado, que pareça importante e qualificada da doutrina, entende que o art. 379 deve apenas proteger a parte contra a autonicriminação. É o caso de William Santos Ferreira, o qual defende a seguinte interpretação do destacado artigo: “De forma inovadora, e com redação ruim, o início do disposto no art. 379 excepciona o direito da parte de não produzir prova contra si própria. Lido isoladamente poderia levar a conclusão absurda de completa negação do ‘dever de colaboração’ descrito no art. 378 e no próprio art. 379, o que não faz qualquer sentido, sendo uma postura extremamente individualista, em contraposição à toda estrutura do estado de direito

Com isso, alguns argumentos, de início, devem ser referidos para demonstrar que não é possível admitir que o juízo possa impor à parte um dever de provar quando esta prova caminhar contrariamente aos seus próprios interesses, uma vez que tal posição, segundo se pensa, viola a própria ideia de um ordenamento democrático.

Assim, uma limitação aos poderes instrutórios do Juiz, em especial à luz da limitação imposta pelo art. 379 passa, minimamente, por três argumentos principais. A defesa da liberdade das partes, a compreensão de que o contraditório é um direito e não um dever e, por fim, de que o Processo deve se afastar de ideais que tenham o condão, mesmo que potencialmente, de violar a democracia defendida pelo próprio ordenamento jurídico, a qual, obviamente, se aplica também ao Processo.

Portanto, como se pode imaginar, toda e qualquer imposição, em um Estado Democrático de Direito, deve estar fundamentada na proteção de um interesse maior e que venha trazer maior benefício na solução do conflito. Existe a necessidade de preservação de certos limites, a fim de que o processo não seja indefinidamente poderoso.

As palavras de Marina Gascón Abellán bem demonstram o que se pretende elucidar:

Los ordenamientos jurídicos tienen que preservar también determinados valores ideológicos. Se trata más exactamente de valores extraprocesales que se consideran relevantes (el interés público, la privacidad de ciertas relaciones, la dignidad humana, los derechos y libertades fundamentales) y justamente para preservarlos se instituyen en el proceso algunas reglas. La mayoría de ellas son limitaciones o prohibiciones probatorias, es decir reglas que impiden o limitan el uso de ciertas fuentes y/o medios de prueba y/o suprimen o limitan la eficacia e la información aportada por ellas. Reglas por tanto que, enderezándose primariamente a la tutela de los comentados valores, los hacen prevalecer frente a las exigencias de averiguación de la verdad.²⁷⁶

preconizada no art. 3º da CF, de uma sociedade justa e solidária. A parte só está autorizada a não produzir prova contra si, para observar a garantia constitucional nos casos em que a prova poderia ser utilizada para acusação da parte no âmbito criminal.” SANTOS FERREIRA, William. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr, Eduardo Talamini, Bruno Dantas. 3. ed. Revista dos Tribunais São Paulo, 2016. p. 1146.

²⁷⁶ ABELLÁN, Marina Gascón. **Los Hechos en el Derecho – bases argumentales de la prueba**. 2. ed. Marcial Pons: Madrid, 2004. P. 131.

Não se pode perder de vista que o Poder Judiciário é essencialmente uma instituição para salvaguardar o jurisdicionado de qualquer autoritarismo, razão pela qual é necessária vigília constante para que a autoridade que possui não se transforme em autoritarismo legitimado pela lei.

Qualquer interferência nos direitos das partes ou mesmo a imposição de um dever deve ser realizada de forma a considerar toda a gama de direitos e garantias que possuem, sob pena de se migrar para um autoritarismo judicial indesejado, legitimado sob a égide de uma pretensa busca pela verdade e uma prestação judicial mais eficiente.

Uma importante observação parece ser necessária. Ainda que se entenda que há uma necessária limitação ao poder instrutório do juiz, acertadamente trazida pelo art. 379, isso não reduz significativamente a possibilidade do magistrado de produzir provas. A possibilidade de oitiva de testemunhas, produzir prova pericial, inspeção judicial são todas possibilidades que não estão vinculadas à restrição da referida norma.²⁷⁷

²⁷⁷ A possibilidade de determinar a produção de prova pericial de ofício possui aceitação tranquila em outros países. Por exemplo, no ordenamento estadunidense, há previsão expressa de tal possibilidade na Federal Rule of Evidence n. 706 (consulenze técnico). De outro lado, a ley de enjuiciamento civil da Espanha caminhou em sentido contrário, limitando o poder instrutórios dos juízes, conforme diz o art. 435: “Artículo 435. Diligencias finales. Procedencia.
1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas:
1.ª No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429.
2.ª Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas.
3.ª También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286.
2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.
En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.” Ainda sobre o ponto vale trazer o que refere Michele Taruffo sobre o tema: “Também a Espanha represente em muitos aspectos um caso interessante. De um lado, um código tipicamente liberal como a Ley de Enjuiciamento Civil de 1881 previa no seu art. 304 as chamadas diligencias para mejor proveer, isto é, um poder de iniciativa instrutória que poderia ser exercido pelo juiz, antes da decisão, quando entendesse necessário complementar as provas ofertadas pelas partes. A atual Ley de Enjuiciamento Civil, publicada em 2000, eliminou esse poder – reduzindo assim o âmbito de iniciativa do juiz – e previu no art. 435 somente uma diligencia final com a qual o juiz pode determinar de ofício a renovação das provas já produzidas se o respectivo resultado não foi satisfatório. Todavia, isso não implica que o juiz espanhol tenha sido reduzido de fato a um estado de total passividade no que concerne à produção das provas. Em realidade, o art. 429 da LEC atribuiu-lhe o poder de assinalar às partes as provas cuja produção entende conveniente, quando entender que as provas requeridas pelas partes

A partir disso, não há razão para negar que a busca pela verdade é sim um dos objetivos do processo, como já exaustivamente posto ao longo do texto. E diferente não poderia ser ou não haveria sentido na própria existência de um processo nos moldes que hoje está. Aliás, a descoberta da verdade é um dos fundamentos éticos do processo.

No entanto, da mesma forma também é fundamento do processo, no mínimo no mesmo grau de importância, a liberdade das partes. Nessa linha, já estando estabelecido que a verdade não é o único nem o mais importante fim do processo, fica evidente que limites a essa busca devem ser impostos ao longo do ordenamento jurídico, pois a manutenção da democracia processual é bem que deve ser a todo custo mantido.

Identicamente, existe a busca por um processo efetivo e colaborativo. Assim como a verdade, colaboração e efetividade são nortes a serem seguidos sob um ponto de vista ideal de processo. Todas as pretensões constitucionais devem ser perseguidas. Ocorre que essas pretensões devem ser alcançadas respeitando também outros direitos que pertencem as partes, consagrando, assim, o processo justo e democrático.

A busca da verdade, através da prova, obedece essa equação. Direitos fundamentais agem como autorizadores e limitadores, simultaneamente, pois essa é a função que cumprem de harmonização do sistema. Assim, o direito fundamental à prova, que trabalha para a busca da verdade, também conhece limitações. Sobre o tema, vale referir Carlos Castelo Branco:

De todo o modo, em termos singelos, os limites ao direito à prova podem ser de duas ordens: Intrínsecos (inerente à atividade probatória) ou extrínsecos (devidos a requisitos legais de proposição probatória). Os limites intrínsecos do direito à prova deduzem-se da tutela constitucional de diversos direitos fundamentais e concretizam-se naqueles pressupostos ou condições que, por natureza, devem ser observados por qualquer prova, podendo reconduzir-se à pertinência e à ilicitude da prova. Os limites extrínsecos derivam do carácter

possam resultar insuficientes para verificação dos fatos. Nesse caso, o juiz indica às partes os fatos sobre os quais entende que as provas são insuficientes e pode também indicar 0 com base naquilo que ressaí dos atos da causa – quais provas deveriam ser produzidas.” TARUFFO, Michele. **Poderes Instrutórios do Juiz na Europa**. In: **Processo Civil Comparado: Ensaio**. Tradução de MITIDIÉRO, Daniel. Marcial Pons: São Paulo, 2013. p. 70-71. Portanto, se verifica que os poderes instrutórios do juiz, ainda que existam nos ordenamentos anglo-saxônicos, como também na Europa continental e nas América do Sul também, visto o próprio exemplo brasileiro, verifica-se que existem limites a serem impostos a tais poderes, sempre como forma de preservação de certos direitos e da própria democracia processual.

processual do direito à prova e concretizam-se na observância das formalidades processuais imprescindíveis para o seu exercício.²⁷⁸

Faz parte do ideal do processo justo o respeito a liberdade das partes, como dito, mas também ao contraditório e a democracia processual. Qualquer imposição judicial que obrigue a parte tomar atitudes que venha a lhe causar dano, com a vênia necessária aos entendimentos diversos, viola o próprio conceito de democracia processual, como regra.

O contraditório deve ser visto em um contexto de processo colaborativo, é verdade. Contudo, o contraditório é direito da parte de influenciar o juízo na decisão. Não é possível pensar que o contraditório possa ser transformado em um dever passível de prejudicar a própria parte. Ora, o direito de influenciar é necessariamente um direito de influenciar positivamente o juízo. Portanto, não se pode extrair da ideia de um contraditório colaborativo que há um dever da parte participar na instrução de forma que venha a se prejudicar, a partir de uma imposição judicial.

Há, logo, através dessa imposição judicial, uma violação do próprio espírito do contraditório, que garante o direito de influência à parte. Contraditório é participação, e a participação é sempre opcional, sobre a qual a parte, se não o fizer, arcará com as consequências disso. A essência da democracia, seja ela dentro ou fora do processo, é a possibilidade de participar. O contraditório, assim, é quem garante democracia dentro do processo exatamente porque permite, não obriga, a parte a influenciar o juízo.

Quando o juiz impõe à parte esse dever de produzir uma prova contra seus próprios interesses, por decorrência, viola simultaneamente a liberdade e o contraditório.

Por isso, o art. 379 cumpre um papel de limitador, é claro, mas de estabilizador do sistema, garantindo certa segurança aos litigantes, evitando imposições que caminham perigosamente próximas ao autoritarismo judicial desmedido e desproporcional.²⁷⁹

²⁷⁸ CASTELO BRANCO, Carlos. **A Prova Ilícita: Verdade ou Lealdade?** Almedina: Lisboa, 2018. p. 83.

²⁷⁹ Sergio Gilberto Porto e Daniel Ustárriz bem pontuam a necessidade de harmonização sistemática, conformando direitos para que nenhum deles seja utilizado de forma abusiva, obliterando outros direitos nesse andar: “Sob a ótica constitucional, o desafio lançado é o da harmonização sistemática (e não o da mecanização). A interpretação das normas objetiva, portanto, conciliar os direitos, à luz dos valores constitucionais, e jamais tyrannizar princípios. (...). Sem a ótica globalizada do fenômeno (que é sempre complexo, pela suposta incidência de diversos direitos e pretensões), o magistrado corre o sério risco de aplicar o direito de maneira maniqueísta, ocasionando a felicidade de um cidadão e a ruína de outro. Um dos limites claramente definidos pela doutrina e

Sob um ponto de vista axiológico, tão importante quanto a busca pela verdade e pela efetividade, está a preservação dos âmbitos de liberdade do jurisdicionado, no qual está quais provas pretendem trazer ao feito, razão pela qual parece encontrar um claro limite o poder instrutório do juiz, bem como o dever de colaboração na preservação do direito de não se produzir prova prejudicial a si mesmo.²⁸⁰

Vale lembrar que a convicção judicial é formada por todo contexto probatório trazido ao feito pelas partes feito sob um contraditório qualificado, o qual pressupõe, respeito ao direito de influência e ao direito de participação. Quando revelada insuficiente a atividade probatória das partes, pode o magistrado determinar de ofício a produção de provas complementares que auxiliem na formação de sua convicção. Ainda, ao magistrado é dada a possibilidade de julgamento pela regra do atendimento aos ônus probatórios, quando mesmo com toda instrução, restou insuficiente para estabelecimento de certeza judicial. Quer isto dizer que, faz parte da formação do convencimento do juiz sobre a resolução do feito, o atendimento aos ônus de prova, seja ele o ônus legal presente no art. 373, caput, seja ele dinamizado conforme possibilita o § 1º do mesmo dispositivo.

A partir disso, o ganho que se pode atingir com a possibilidade de imposição à parte de produção de uma prova, mesmo que prejudicial, parece ser menos intenso que a possibilidade de mau uso da norma, tornando-a válvula para a aplicação de arbítrios judiciais.

pelas modernas Cartas Constitucionais encontra-se na proteção do núcleo essencial. A intervenção estatal, no exercício de direitos e liberdades, deve ser criteriosamente justificada à luz do interesse público e sempre precedida de um juízo de proporcionalidade, entre os direitos colidentes. As pessoas vivem em sociedade, de sorte que a convivência sadia e seu relacionamento deve ser sempre estimulado pelo direito.” PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. **Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil – O Conteúdo Processual da Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 31-32. Os mesmos autores, na linha da harmonização dos direitos fundamentais de caráter processual seguem referindo: “A Constituição Federal ao contrário de algumas Constituições Estaduais, não menciona explicitamente o princípio da proporcionalidade. Contudo, ele se apresenta como um cânone inafastável do Estado de Direito, ao evitar que o poder, ao invés de ser exercido equitativamente em prol da cidadania, seja imposto despropositadamente.” PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. **Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil – O Conteúdo Processual da Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.32.

²⁸⁰ A ideia de Paulo Bonavides merece ser lembrada: “princípios que compõem um sistema jurídico-democrático, tais como a liberdade e a igualdade, têm que ser postos conjuntamente, em relação dialética com a realidade, num debate de compromisso, em busca da solução mais adequada, evitando-se construções unilaterais ou unidimensionais, que importem o sacrifício de um princípio em proveito de outro: por exemplo: a igualdade sufocando a liberdade, ou a liberdade reprimindo a igualdade.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Malheiros: Rio de Janeiro, 2003. p. 132.

Ainda que o processo não deva ser visto essencialmente como um jogo propriamente dito, não se pode ignorar que às partes é possível buscar a melhor estratégia para defender sua posição.

E ainda que se saiba que o juiz tem o dever de zelar por um processo que seja disputado em paridade de armas, isso não significa que possa ingressar em certas esferas de liberdade da parte, violando o contraditório.

Para tornar o processo mais igual já possui a possibilidade de alterar o ônus da prova de acordo com as posições processuais e de acordo com as particularidades que os litigantes trazem para dentro do feito, sejam elas sociais, econômicas ou culturais.

A escolha de quais provas aportar ao processo faz parte dessa liberdade. Impor à parte qual prova ela deve trazer ao processo é admitir uma inquisitorialidade desmedida e que não é saudável ao sistema, não pelo caso concreto em si, mas pela porta que fica aberta em razão da possibilidade de se justificar, basicamente, qualquer medida judicial invasiva com base legal para tanto.

A escolha da prova é diferente, vale dizer, de alterar a verdade, mentir, etc. Tais atitudes violam, é claro, o ideal de boa-fé e podem ser alvo de sanção, no entanto, não se pode, da mesma forma, confundir a escolha das provas a serem utilizadas ou não com má-fé.

Atingir uma prestação jurisdicional eficiente, que descubra a verdade, sob um viés colaborativo, sacrificando-se direitos não condiz com o que se espera de um Estado Democrático de Direito, não é o caminho que se busca percorrer e causa certa espécie que grande parcela da doutrina processual, em nome de um dever de veracidade, aceite com certa tranquilidade a invasão judicial no âmbito de liberdade das partes.

Pouco adianta descobrir a verdade e ser vilipendiada a ideia de liberdade. Pouco importa buscar um processo colaborativo e diminuir a esfera de garantias processuais que são tão caras e que tanto custaram para serem conquistadas e consolidadas, através da premissa de um processo justo, inerente ao Estado Democrático Constitucional.²⁸¹

²⁸¹ Como já dizia Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “O que ponho em questão é a eficiência como fim, sem temperamentos, como meta absoluta, desatenta a outros valores e princípios normativos. O ponto é importante porque esses ditames axiológicos, além de se afinarem mais com a visão de um Estado democrático e participativo, poderão não só contribuir para a justiça da decisão como até para a própria efetividade.” ALVARO DE OLIVEIRA. Carlos Alberto.

Não se pode, sob o argumento de descobrir a verdade e dar efetividade ao processo para evitar injustiças, desabrigar uma série de direitos que, na hipótese de serem relativizados, também levarão ao cometimento de uma outra injustiça. Por isso que a ideia de um processo justo é uma equação delicada, a qual deve ser sempre vista de forma ampla, a ponto de possibilitar a busca por uma solução judicial justa, mas nos limites impostos por todo o contexto constitucional que compõe a ordem jurídica brasileira.

Laercio Becker já afirmava:

A busca frenética da verdade não passa de um tapume de autoritarismo e suposta infalibilidade, a tentar fazer desnecessário qualquer prurido ético na decisão judicial.^{282 283}

Fosse a busca da verdade, a efetividade fins únicos do processo não existiria a previsão constitucional da vedação de provas ilícitas (como já destacado anteriormente) nem existiria, no próprio CPC, o direito de a parte não produzir prova contra si mesmo (art. 379, CPC).

É claro que esse direito de não produzir prova contra si mesmo deve também ser adaptado a nova realidade processual, sob um viés colaborativo. Não há absolutismo em qualquer direito ou em qualquer. Assim, a parte deve colaborar para com a condução do processo, de acordo com a boa-fé, operando com veracidade e de forma a não criar obstáculos injustificados, nem causando embaraços ao desenvolvimento do processo. Contudo, autorizar a imposição de um dever de produção de prova pelo Poder Judiciário à parte caminha em um perigoso limiar entre a atividade lícita e atividade autoritária (o que, por sua própria natureza dentro de um Estado Democrático, ganha caráter de duvidosa constitucionalidade).

Poder-se-ia debater, com mais profundidade, se o direito de não produzir provas contra si mesmo seria também estendido aos direitos ditos indisponíveis

[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(3\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(3)%20-formatado.pdf). Acesso em: 08.10.19.

²⁸² BECKER, Laércio Augusto. **Sobre a Incerteza e o Conteúdo Ético do Processo Civil**. Fabris: Porto Alegre, 2012. P. 314.

²⁸³ Ainda em sentido semelhante, vale destacar o quanto afirmam Marinoni e Arenhart: “Recorde-se que o mito da verdade já foi o discurso que legitimou a tortura e as ordálias. Em algumas culturas mais recentes, o mesmo postulado autorizou a prática de magia e o recurso a oráculos no campo processual. Na atualidade brasileira, não são raros os exemplos de decisões que atrelam suas conclusões à ‘verdade substancial’, dando ainda maior força ao mito e maior eco a essa ilusão de ótica.” MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio. **Prova e Convicção**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 61.

(frequentemente debatidos em processos de direito de família, por exemplo, pois recheado de normas de ordem pública), em razão da intensidade e possíveis direitos protegidos. Contudo, quando se está a debater questões de direitos disponíveis, parece ser inevitável a conclusão que o direito de não produzir prova contra si deve prevalecer.

Nessa linha, importa destacar também que em algumas circunstâncias, é necessário compreender que o próprio direito de não produzir prova contra si mesmo também pode ser excepcionado, mas apenas dessa forma, como exceção. Por exemplo, as hipóteses previstas no art. 399 dão conta de algumas circunstâncias em que a parte tem, efetivamente, o dever de exhibir a prova. Mas trata-se de circunstâncias específicas, as quais não podem ser tidas como regra. Isso porque, por exemplo, quando o documento for comum as partes e apenas uma o possuir, existiria um abuso do direito previsto no art. 379, vez que impediria a outra parte de exercer adequadamente a ampla defesa e o contraditório, ou seja o documento é também seu.²⁸⁴

Não se pode olvidar, entretanto, que a liberdade e o contraditório são direitos fundamentais em todas as suas diferentes esferas. Assim, a parte tem o direito de não querer provar determinada circunstância e para tanto já existe consequência prevista dentro do próprio ordenamento, qual seja, a presunção negativa decorrente da não realização da prova, em especial quando seria seu o ônus de demonstrar o fato alegado. Há a liberdade de participar na formação da convicção judicial, há o

²⁸⁴ O Código de Processo Civil e Comercial argentino possui previsão que mais se amolda aquilo se entende adequado para a questão de possibilidade de produção de prova contra si. Diz o art. 388: “Art. 388. - Si el documento se encontrare en poder de UNA (1) de las partes, se le intimará su presentación en el plazo que el juez determine. Cuando por otros elementos de juicio resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido, la negativa a presentarlo, constituirá una presunción en su contra.” Como se vê, mesmo se o documento for comum às partes, mas estiver na posse de uma delas, existirá a presunção contra quem se negar a entregar, mas não há a possibilidade de coerção para obter o documento. Carlos Raul Ponce bem pontua o tema: “En tal sentido su artículo 388 establece que (...). La doctrina está de acuerdo en que este aporte documental implica, como lo hemos señalado, una carga procesal y no un deber u obligación legal, de ahí que ante el incumplimiento del requerimiento judicial no cabe ningún tipo de coacción al respecto, sino que dadas las condiciones del caso tal proceder jugará como una presunción em contra del renuente. Además, agregáíamos que tal conducta procesal podrá ser ponderada al momento de sentenciar en los términos del artículo 163, inciso 5º de Código Procesal. De toda esta elaboración tenemos que atento al verdadeiro concepto de carga procesal, el requerimiento jurisdiccional no altera el principio según el cual nadie está obligado a suministrar prueba em su contra (nemo tenetur edere contra se), que rige solamente cuando se está en presencia de una obligación o un deber procesal.” RAÚL PONCE, Carlos. **Prueba en Poder de la Parte Contraria. Postergación de la Bilateralidad.** In: **Prueba Ilícita y Prueba Científica.** Director: ARAZI, Roland. Rubinzal Culzoni Editores: Santa Fé, 2008. p. 242.

direito de influenciar o juiz. Dá mesma forma, há o direito de não participar e de não influenciar e arcar com as possíveis consequências negativas dessa não participação.

Não significa dar à parte a possibilidade de mentir. Mas sim de suportar as consequências de não trazer determinada prova para o processo, consequência natural do ônus, sem, contudo, violar a sua liberdade. Como dito, existem limites a todos os direitos e também a todos os deveres.

O próprio art. 400, *caput*, do CPC refere que irão se presumir verdadeiros os fatos se o requerido não realizar a prova sem justificativa. Logo, não há razão para impor à parte o dever de produzir uma prova que pode ser utilizada em seu desfavor. O dever de colaboração não chega a este ponto e nem deveria. O poder instrutório do juiz, da mesma forma, não foi desenhado para possuir tamanho espectro de invasão ao direito fundamental de liberdade da parte.

A previsão que surge no art. 379, do CPC não é por acaso. Com a existência de um aumento nos poderes instrutórios do juiz, especialmente sob o viés de um processo cooperativo, a norma trabalha exatamente como um claro limite ao que se espera de um processo colaborativo. O equilíbrio entre a busca pela verdade, através de um processo colaborativo e o respeito às prerrogativas garantidas às partes de não causar o próprio prejuízo²⁸⁵. A colaboração, portanto, encontra limites claros dentro da própria legislação processual, mas também dentro do próprio modelo constitucional de Processo, o qual, não pode aceitar certas imposições autoritárias travestidas de efetividade.²⁸⁶

²⁸⁵ O ZPO alemão, na seção 384, por exemplo, possui linha semelhante quando excusa a testemunha de responder perguntas se tal procedimento lhe expuser a risco de dano patrimonial. Zivilprozessordnung: § 384 Zeugnisverweigerung aus sachlichen Gründen: Das Zeugnis kann verweigert werden: 1. über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einer Person, zu der er in einem der im § 383 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Verhältnisse steht, einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde; 2. über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einem seiner im § 383 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Angehörigen zur Unehre gereichen oder die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden; 3. über Fragen, die der Zeuge nicht würde beantworten können, ohne ein Kunst- oder Gewerbegeheimnis zu offenbaren.

²⁸⁶ Vale trazer também o que destaca Gustavo Calvino: “Las cargas procesales son asumidas, o no, por cada una de las partes durante el desarrollo del procedimiento procesal, respondiendo por lo general a una estrategia previamente delineada con el fin de desplegar un mejor ejercicio del derecho de defensa. Y aun en los casos em que la parte no há fijado una clara o eficiente estrategia, la actitud que vaya demostrando frente a las cargas que se le presenten, igualmente tendrá como objetivo su defensa en juicio.” CALVINHO, Gustavo. **Carga de la Prueba**. Astrea: Bogotá, 2016. p. 29. O mesmo autor continua, ao referir que o ônus probatório é uma ação ou omissão no direito de defesa, o que, em outras palavras, significa que a juntada de determinada prova ou não constitui um legítimo exercício do contraditório e da ampla defesa. Diz o destacado autor: “Dejando de lado la definición más conocida y repetida de carga procesal como imperativo del propio interés, estimamos que es posible avanzar hacia una más cabal exolicación si se

Como se vê então, a previsão trazida pelo parágrafo único do art. 400 do CPC deve ser lida com ressalvas, uma vez que a possibilidade de imposição à parte deve necessariamente obedecer ao limite do direito conferido à parte de preservar a sua posição processual sem prejudicá-la.

O desenho processual hoje é caracterizado pela existência de ônus das partes, como regra, e alguns deveres. E mesmo os deveres existentes, não podem, assim se sente, chegar ao ponto de impor a prática de determinados atos. É claro que a omissão na prática de um ônus poderá gerar um prejuízo decorrente da presunção que irá ocorrer em seu desfavor. Mas essa presunção é axiologicamente diversa do dever imposto pelo magistrado à parte de produzir uma prova que venha a prejudicá-lo dentro do processo.²⁸⁷

Ademais, não há de se olvidar, sobre um ponto absolutamente prático. A prova, uma vez entranhada no processo, deixa de ser da parte e passa a pertencer ao próprio processo (princípio da comunhão da prova). Com isso, é possível que esta prova produzida venha a ser utilizada em outros processos futuros, gerando consequências nefastas em demanda que talvez sequer existiria não fosse a imposição de produção da prova, uma vez que a prova emprestada assume um caráter ainda mais relevante na sistemática processual vigente.

Assim, mesmo que realizada mediante um amplo contraditório, há um fato de inescapável autoritarismo, que viola a liberdade da parte de produzir ou não a prova e arcar com o ônus de não o fazer.

contemplan tres factores: a) la aludida diferenciación entre proceso y procedimiento; b) su origen en una conducta voluntaria de la parte, y c) el dinamismo peculiar que exhibe la norma procedimental. Com ello, pueden examinarse las cargas desde un punto de vista tanto procesal como procedimental. L carga procesal no se entronca con un simple interés que puede lелgar a tener una parte procesal, sino con algo más amplio y transcendente: el ejercicio del derecho de defensa en juicio. Por lo tanto, a nuestro critério, la carga procesal – que exhibe um carácter insular – es una conducta voluntaria positiva u omisiva – que requiere una actividad ulterior en el primer supuesto – que la parte expresa en el proceso, en el marco del ejercicio de su derecho de defensa en juicio, conforme las alternativas que le presenta la norma procedimental, produciendo una consecuencia jurídica determinada.” CALVINHO, Gustavo. **Carga de la Prueba**. Astrea: Bogotá, 2016. p. 31.

²⁸⁷ Vale dizer, há qualificada doutrina que entende o contrário, restringindo a interpretação conferida ao art. 379. Essa é a ideia, por exemplo, de Vitor de Paula Ramos. Nas palavras do referido autor: “Uma possível (e inconsistente, a nosso ver) objeção à construção de um dever de produzir provas pode advir de uma impressão, bastante difundida, segundo o qual haveria, no ordenamento jurídico brasileiro como um todo (inclusive no âmbito civil, portanto), um suporte direito constitucional de não produção de provas em próprio desfavor. Tal ideia, apesar de ser aparentemente adotada no art. 379 do Novo CPC, necessita ser desmistificada.” RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 104.

Não se ignora a possibilidade de a parte estar deliberadamente ocultando a prova para o feito por saber que pode prejudica-la. No entanto, dois mecanismos já previstos no sistema parecem oferecer solução suficiente sem a necessidade de impor à parte que viole sua liberdade. A dinamização do ônus da prova aliada as possíveis presunções (prevista no próprio art. 400, como referido) tornam suficiente, como regra, a ideia de a parte que não trouxer a prova sofrerá as consequências de tal omissão, presumindo-se verdadeiro o fato alegado contra si.

Roland Arazi possui interessante passagem que ajuda a compreender que, efetivamente, as partes não têm dever de produzir provas a favor nem contra, mas sim um ônus e que devem arcar com as consequências na omissão em atender a carga da prova:

Ambas partes tienen la carga de colaborar para el esclarecimiento de los hechos, y la conducta observada por ellas durante la sustanciación del proceso constituirá un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones (art. 163, inc. 5º, parte última, CPN). Dentro de las medidas para expresamente a alguno de los litigantes que produzca determinada prueba porque está en mejores condiciones de hacerlo, bajo apercibimiento de considerar su omisión como un indicio en su contra, si el ordenamiento procesal no lo autoriza distribuir la carga de la prueba según las circunstancias del caso. La afirmación de que 'nadie está obligado a suministrar prueba a su contrario', carece de fundamento. En rigor, nadie está obligado a producir prueba ni a su favor ni en su contra; son siempre cargas que tienen consecuencias desfavorables para quien las incumple. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, expresamente, pone a cargo de una de las partes el suministrar prueba a la otra en algunos casos, como en el supuesto de que un documento se encuentre en poder de una de ellas: el juez intimará su presentación en el plazo que determine y la negativa a presentarlo constituirá un indicio en su contra, cuando por otros elementos de juicio resultase manifiestamente verosímil su existencia y contenido (art. 388, CPN).²⁸⁸

É claro que o direito de não produção de prova contra si mesmo foi inicialmente pensando para o âmbito do processo penal. A Constituição é clara quando fala que ao preso é concedido o direito ao silêncio. No entanto, como já dito, houve uma modificação importante, no âmbito civil, daquilo que se espera das partes e do Juiz dentro do debate judicial. Das partes e do Juiz, se espera que cooperem para a busca de uma decisão de mérito justa em tempo razoável. No que diz respeito

²⁸⁸ ARAZI, Roland. **La Prueba en el Proceso Civil**. 3ª. Ed. Rubinzal Culzoni Editores: Buenos Aires, 2008. p. 29-29.

exclusivamente ao magistrado, a este foi dado a possibilidade de um papel ativo na tentativa da descoberta da verdade.

Exatamente por este compromisso assumido na busca pela verdade e por uma efetividade maior que é importante estabelecer firmemente onde estão os limites para essa busca mais intensa, sob pena, de como já referido, ocorrer uma deturpação sistêmica perniciosa, em que se justifica diversas invasões no âmbito da liberdade do jurisdicionado.

Assim, o art. 379 funciona como pilar daquilo que no processo é tido como aceitável. Ainda que qualificada parte da doutrina entenda que o art. 379 deve ser interpretado restritivamente²⁸⁹, apenas para os casos em que a produção da prova pode ter sérios riscos de incriminação, essa não parece ser a ideia trazida pelo Código de Processo Civil.

Se essa fosse a ideia, seria desnecessária a inclusão da norma no CPC, uma vez que a partir de uma interpretação da Constituição, já se garantiria a parte o direito de não se auto incriminar. No entanto, a norma foi posta efetivamente para estabelecer um limite às possibilidades probatórias, as quais como dito, não podem ser ilimitadas apenas sob o argumento de busca da verdade.

Na mesma linha, parece reduzir à norma ao seu mínimo potencial quando se refere que deve estar relegado a confirmar as hipóteses previstas nos arts. 388, 404 e 448 do CPC, vez que são hipóteses em que as partes já estão escusadas de produzir a prova pelas circunstâncias especiais ali referidas. Se o Art. 379 serve apenas como confirmação desse direito nessas hipóteses, também não haveria razão para sua existência dentro da codificação processual.²⁹⁰

²⁸⁹ A qualificada doutrina de Vitor de Paula Ramos caminha no sentido contrário do que aqui se defende. Nas palavras do autor gaúcho: “Quanto ao processo civil, em outras palavras, simplesmente inexistente no ordenamento jurídico brasileiro algum direito, mormente fundamental, de não produção de provas contra si próprio, não podendo tal argumento servir como limite para a construção de um dever de produzir provas, mesmo quando essas forem potencialmente prejudiciais ao obrigado. Giz-se o ponto: não existe na Constituição ou no ordenamento jurídico brasileiro (ao contrário do sugerido pelo art. 379 do Novo CPC) qualquer dispositivo ou fundamento para que se vede ao legislador a possibilidade de instituição de procedimentos de busca da verdade no âmbito cível que determinem à parte o dever de produzir determinada prova. Daí que a referência do mencionado art. 379 deve ser interpretada de maneira restritiva, somente para casos com possíveis consequências sérias de autoincriminação.” RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 107.

²⁹⁰ Em sentido contrário está a posição de Marinoni, Mitidiero e Arenhart: “A referência ao direito de não produzir prova contra si deve ser compreendido no contexto de todo o código. Não existe no âmbito civil um ‘direito geral de não produzir prova contra si’ semelhante ao direito contra a autoincriminação criminal. Isso seria, aliás, absolutamente incompatível com os deveres gerais impostos às partes (art. 77, I, II e III, CPC), com a regras que combatem a litigância temerária (art.

Em realidade, a interpretação deve ser nos exatos termos daquilo proposto pela norma. Ou seja, a parte tem o dever de colaborar, ressalvado a possibilidade de quando esta colaboração vier a produzir prova contra seus interesses. O juiz pode buscar a prova e determinar sua produção, desde que a prova não venha a violar os próprios interesses da parte a quem se está exigindo a produção, pois há sim violação direta ao direito de liberdade da parte. O texto é claro e funciona como limitação evidente e propositadamente importada para o âmbito do processo civil. Hoje, por força do disposto na norma referida, há sim um direito de não trazer elementos, de forma forçosa e coercitiva, que causem prejuízo a posição processual defendida.

Claro que por todo compromisso com a busca pela verdade, pelo dever de veracidade, o artigo 379 parece, por vezes, estar deslocado dentro da sistemática processual que se inclina fortemente na busca pela solução judicial compromissada com a verdade. Contudo, exatamente pelas razões expostas, de que há um grande poder na busca pela verdade, que ele cumpre um papel fundamental de garantidor da democracia processual, agindo como um limitador necessário para abusos.

O estabelecimento de limites aos poderes instrutório do juiz, função cumprida pelo art. 379, é essencial para a correta interpretação do sistema processual, o qual se vincula, indissociavelmente a ideia de democracia. E há parcela importante da doutrina que entende exatamente pela necessidade de existir limitações a esses poderes instrutórios.²⁹¹

Verdadeiramente, há também que considerar o seguinte. Se existem formas menos agressivas de se obter resultado satisfatório para solução do conflito, é desnecessário conferir a qualquer sujeito a possibilidade de imposição de um dever

80, II, III, IV e V, CPC), e com todas as outras regras em matéria probatória inseridas no código, a exemplo das regras sobre confissão, sobre a exibição de documento ou sobre a inspeção judicial nas partes. A regra geral é o dever de colaboração, que é amplo e abrange tanto as partes, como terceiros. A exceção fica por conta das regras específicas que estabelecem regras de exclusão, que são as hipóteses a que se refere a parte inicial do art. 379, CPC. Fora desses casos expressos, não há direito da parte a não produção de prova, mesmo que ela possa implicar prejuízo para sua situação jurídica.” MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 5. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 514.

²⁹¹ Júlio Lanes, em linha semelhante, defende a ideia de uma atividade probatória equilibrada do juiz, o que se coaduna, em certa medida, com o estabelecimento de limites aos poderes do juiz. Como diz o destacado autor: “Expressão adotada para disciplinar os poderes instrutórios do julgador, no sentido de que seja proativo na busca da verdade, sem, porém, invadir o papel das partes, ou seja, deve cooperar com as partes e dela receber cooperação, permitindo, passo a passo, a futura decisão justa da causa.” LANES, Júlio Cesar Goulart. **O Fato e o Direito no Processo Civil Cooperativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 164.jm

que anda em caminho contrário àquilo que se defende em um processo democrático, dialogado.

Assim, como referido, a possibilidade de distribuição de um ônus dinâmico, cujo cumprimento ou não, necessariamente gerará consequências a quem não atendê-lo, aliado a possibilidade de presunções (como já existente no próprio Código Civil, art. 232), cumprem, com suficiência, aos anseios da sistemática processual, sem a necessidade de imposição de deveres mais graves e que não andam no mesmo caminho de um processo democrático.

E mesmo nas hipóteses em que há a impossibilidade de se utilizar a presunção de veracidade, a distribuição do ônus da prova parece ser suficiente para impor à parte sanção suficiente pelo não atendimento àquilo que deveria demonstrar.

Importante perceber o seguinte. A existência de um limite ao que pode ser produzido pelo juiz como prova não diminui em importância os poderes a ele conferidos no campo probatório. Ao magistrado é possibilitado buscar a oitiva de testemunhas, ordenar a realização de perícia, realizar inspeção judicial por iniciativa própria, dentre outros. Ou seja, mesmo com a existência do art. 379, impedindo que a parte seja obrigada a produzir uma prova contra si, existem diversos mecanismos que guardam maior correspondência com a ideia de um processo democrático e que não geram qualquer violação do direito de liberdade da parte, para atender, de forma equilibrada, aos escopos jurídicos e sociais do processo.

Existindo uma Constituição que é absolutamente garantista, uma vez que confere ao cidadão uma série de direitos fundamentais, dentro os quais, diversos levam a criação do conceito de processo justo, sempre que há o aumento de poder de determinada instituição (no caso, ao aumentar os poderes do juiz, há um aumento da possibilidade de interferência do Poder Judiciário), deve necessariamente existir um contrapeso, a fim de reforçar determinadas garantias.

A razão para a necessidade de reforço dessas garantias, frente a um claro aumento dos poderes do juiz é trancar a possibilidade na distorção na utilização desses poderes, o que poderia levar a jurisdição a um autoritarismo inadmissível frente ao Estado Democrático de Direito e frente a própria concepção democrática de processo.

Assim, as razões que levam a interpretação, não restritiva, mas sim literal ou mesmo expansiva do art. 379, ainda que menor em número, certamente, são

axiologicamente relevantes frente toda configuração constitucional em que caminha nossa ordem jurídica.

Deste modo, fica evidenciado que a previsão trazida pelo art. 400, parágrafo único, é um excesso ao que se pode considerar em um legítimo exercício do poder instrutório do juiz quando sua busca por provas invadir a esfera privada quanto às provas que serão ou não aportadas no processo pela parte não podendo, sob de violação da ordem processual e, mais importante, da ordem constitucional. Portanto, o limite previsto no art. 379 deve imperar frente a previsão existente no art. 400, parágrafo único, o qual só pode ser utilizado quando não violar o quanto expresso na norma limitadora do 379.

Se há dever de provar, este é exceção. E por ser exceção, não pode ultrapassar certos limites impostos pela ordem constitucional e pela própria ordem processual. Especialmente quando, como dito, já existirem mecanismos suficientes para permitir o magistrado buscar criar sua convicção.

4.3.1 A relação entre prova e liberdade

A expressão “liberdade” possui uma carga axiológica de inegável importância. É a antítese do autoritarismo, é o valor que um Estado Democrático de Direito busca proteger. Um dos mais severos compromissos assumidos pela Constituição Federal é, como se sabe, a defesa dessa referida liberdade.

O espectro que, primeiramente salta aos olhos, é a liberdade de ir e vir. Contudo, existem outros espectros do direito fundamental à liberdade que possuem grande relevância para toda ordem jurídica, em especial no âmbito do Processo.

E para a manutenção da liberdade, em um dos seus vários aspectos, surge o Processo. O Processo, por sua vez, utiliza de diversos mecanismos para não se tornar autoritário, permitir que o direito seja protegido de forma democrática, mesmo que eventualmente com o uso de certa impositividade. Um desses mecanismos de defesa da democracia processual é necessidade da existência de provas para uma decisão judicial que esteja de acordo com o que se espera de um Estado Democrático de Direito.

Não por outra razão prova e liberdade possuem íntima conexão. A prova é garantidora da democracia e por isso sua busca é norteadada por um princípio de liberdade, garantido ao jurisdicionado e ao próprio juiz uma alta possibilidade de

buscar elementos para uma decisão justa. Ambos são direitos fundamentais garantidos a todos jurisdicionado. A prova, como já referido, é um direito fundamental decorrente do contraditório e do próprio acesso à justiça. A liberdade, por sua vez, é direito fundamental autônomo.

Ocorre que, ainda que a liberdade para busca da prova seja ampla, existem outros âmbitos da liberdade que também devem ser respeitados internamente no processo. E por isso é importante compreender que a liberdade de buscar elementos, em especial por parte do Poder Judiciário, encontra limite exatamente no direito à liberdade que a própria parte é titular, qual seja, de trazer as provas que entender pertinentes ao feito e de não produzir prova contra si mesma. Provar ou não, como regra, deve ser sempre uma opção da parte aliado à distribuição do ônus de provar, pois a partir daí existe o livre arbítrio de tentar se desonerar de sua incumbência, aceitando que se não o fizer, terá contra si uma presunção desfavorável, que pode ou não, levar a uma decisão desfavorável.²⁹²

Importa referir, a liberdade do magistrado de produzir as provas de ofício não pode se sobrepor a liberdade das partes, ou seja, para referir o que já disse Calmon de Passos, “O desafio de hoje, portanto, é tornar realidade a democratização da sociedade, sem prejuízo da democratização do Estado. Em outros termos, - conservar-se a prioridade do bem-estar social, mas sem restrições ao sacrifício da esfera da liberdade”²⁹³

A partir disso, fica evidente que a liberdade possui, certamente conteúdo de alta complexidade, pois possui diferentes espectros, como visto. Todos são titulares de liberdade e toda liberdade, para ser exercida de forma razoável e

²⁹² Artur Thompsen Carpes bem descreve o ônus e suas consequências, o que bem se aplica naquilo que se está a defender nesse trabalho, ou seja, que à parte não se pode impor um dever de provar, especialmente quando a proba é contrária ao seu interesse. No entanto, é possível modificar os ônus probatórios no processo, como forma de dar maior igualdade ao processo, sem, contudo, violar as liberdades das partes nem o contraditório. Na linha do destacado autor: “Falar em ônus da prova significa referir-se a encargo atribuído à parte no sentido de demonstrar a veracidade de certo enunciado fático. O ônus da prova impõe à parte onerada, portanto, a opção entre cumprir e não cumprir o encargo probatório. Ambas as condutas são toleradas pelo direito, muito embora o onerado conviva com um risco que pode ser implementado no caso de descumprimento do ônus. Caso os enunciados fáticos que fundam a demanda não seja suficientemente provados, isto é, não sejam capazes de subministrar o juízo a respeito da sua respectiva probabilidade, o órgão judicial julgará em desfavor da parte onerada. Por outras palavras: aplicará a regra de julgamento, desestimando a ação ou a defesa pelo descumprimento do ônus da prova.” THOMPSEN CARPES, Artur. **O Ônus da Prova no Novo CPC – do Estático ao Dinâmico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 33.

²⁹³ Citação já trazida na nota de rodapé n. 66.

proporcional, deve ser limitada pela própria liberdade do outro ou de outros direitos de semelhante hierarquia.

Dentro do processo, não é diferente. As partes possuem ampla liberdade para decidir trazer o conflito para apreciação do debate e quais os limites que serão postos para apreciação (princípio dispositivo), assim como também possuem ampla liberdade de exercer seus direitos processuais para defender sua posição jurídica²⁹⁴. Respeitar a ideia de devido processo constitucional significa respeitar, de forma harmonizada, é claro, todo rol de direitos e garantias fundamentais, de natureza processual e material.²⁹⁵

A disposição das partes é manifesta dentro do processo em diversos searas. É possível referir o art. 190 como expressão dessa liberdade. Ou seja, dar às partes a possibilidade de exercer a liberdade é um dos motes da nova ordem

²⁹⁴ Como refere Fábio Caldas de Araújo: “neste sentido, é lícito afirmar que o poder de produção da prova insere-se no campo de liberdade das partes; portanto, no poder de disposição. (...). E sobre os poderes do juiz, segue o autor: “conforme já frisado, sua atuação, embora não seja supletiva, deve ser secundária. A atividade primária deve competir às partes sob a ótica temporal.” CALDAS DE ARAÚJO, Fábio. **Curso de Processo Civil. V. I.** São Paulo: Malheiros, 2016. p.196-197.

²⁹⁵ Vale trazer referência ao que diz Sérgio Gilberto Porto: “Assim, pode-se afirmar que o processo civil é composto de regras processuais próprias do microssistema que é, tal qual outros segmentos do direito processual. Entretanto, muito embora as particularidades de cada ramo do direito processual, existem, além e antes dessas peculiaridades, garantias de ordem constitucional que iluminam o entendimento preferencial que deve ser dispensada a atuação do processo judicial. Desse modo, pouco importa em que área de incidência e qual a disciplina processual presente, aos demandantes deve ser assegurado o gozo de certos direitos inerentes ao devido processo da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, tais como a ampla defesa, o contraditório, o direito à vedação a prova ilícita, a fundamentação das decisões, a publicidade, o exercício do duplo grau de jurisdição e tantos outros expressos ou implícitos na Constituição Federal. O conjunto desses direitos, vez que contemplados na Constituição Federal, constituem um verdadeiro sistema processual fundamental e matriz que, como dito, incide em todos os microssistemas processuais e, por decorrência, sobre esses faz valer seus comandos, ou seja, no processo civil, mode especial, de nada vale deferir o prazo de resposta ao réu se a seguir lhe é negado direito à plenitude de defesa nos termos da proposta constitucional, pois o direito de resposta deve, acima de tudo, amoldar-se exatamente aos propósitos da garantia constitucional-processual do contraditório, ainda que possa, aqui ou ali, sofrer mitigação face esta ou àquela particularidade do caso concreto. Dito de outro modo, o macrossistema processual que é representado pelo direito processual fundamental entretém relações com os demais microssistemas processuais existentes, pois estes devem-se amoldar àquele, pena de – se assim não for – gerarem vícios de ordem fundamental-processual, face à violação a Constituição, e, por consequência, invalidades na forma de prestar a adequada jurisdição. Desse modo, pode-se inferir que existem relações estreitas e energizadas entre Constituição e Processo. Mais do que isto: existe subordinação da microdisciplina processual a macrodisciplina constitucional-processual. Há, portanto, um grande sistema de índole constitucional-processual voltado para o processo judicial e instituído obviamente pela Constituição Federal. Esse tem por função reger todos os microssistemas processuais, modo especial o novo processo civil, que deve a ele estar amoldado, sob pena de violação da grande cláusula do Devido Processo do Estado Democrático de Direito, chamado pela Constituição – de modo incorreto, é verdade! – de Devido Processo Legal (art. 5º, LIV) e que mais adequadamente deve ser compreendido como Devido Processo Constitucional, vez que seu propósito é fazer valer os valores constitucionais no curso do debate judicial.” PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania Processual - Processo Constitucional e o Novo Processo Civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. 29-30.

processual civil.²⁹⁶ Nessa linha, ganha força a ideia de liberdade e responsabilidade. Ou seja, a parte tem a liberdade de agir ou não agir e arcar com as consequências de seus atos. A ideia de ônus caminha exatamente nesse sentido. O ônus tem uma carga de liberdade ínsita em seu conceito, pois não obriga nem impõe um dever, mas sim entrega à parte a responsabilidade pelo agir. Se agir e atender o ônus, terá se desincumbido. Se, de outro lado, se omitir e não atender ao ônus, poderá sofrer consequências de sua inação.²⁹⁷

Trazer o debate para o Poder Judiciário significa que se está a renunciar, ao menos em alguma medida, certas liberdades ou certo grau de liberdade (por exemplo, após a citação, o autor não poderá mais desistir da ação, salvo concordância do réu).

No que diz respeito ao instituto da prova cível, também vigora o princípio da liberdade da prova. Ou seja, as alegações de fato podem ser provadas por todos os meios típicos e atípicos desde lícitos e/ou moralmente legítimos. Como se vê, a relação entre prova e liberdade é íntima, pois ambos combatem um inimigo comum: o autoritarismo judicial. E da mesma forma, a liberdade também cumpre papel importante na relação com o ônus, como acima referido. Há a possibilidade de a parte

²⁹⁶ Novamente é possível referir Fábio Caldas de Araújo: “Na distribuição do ônus probatório o princípio dispositivo também revela sua importância. As partes têm a livre iniciativa quanto à inversão do ônus por meio de negócio jurídico processual (art. 190 do CPC), tal como estabelece o art. 373, §3º, do CPC. A manifestação do poder de disposição revela-se na liberdade de alteração da distribuição da carga probatória perante o Código de Processo Civil.” CALDAS DE ARAÚJO, Fábio. **Curso de Processo Civil. V. I.** São Paulo: Malheiros, 2016. p.197-198.

²⁹⁷ Vale lembrar o que diz Luis Alberto Reichelt: “A correta compreensão dessa dúplici perspectiva em relação às regras sobre ônus da prova impõe sejam abandonados alguns preconceitos. A primeira dificuldade a ser enfrentada reside na confusão entre a aceitação de que a existência de um incentivo às partes constitui-se em conteúdo das regras que estabelecem os ônus da prova, orientação que impõe à parte a necessidade de conjugar a sua liberdade de agir ou não agir e o estabelecimento prévio de reflexos decorrentes da sua eventual inatividade, e a defesa de um conceito de ônus de prova construído à luz do processo civil contemporâneo, um modelo pautada nas ideias de que a cada uma das partes corresponde o dever exclusivo de fornecer as provas relativas às alegações sobre fatos juridicamente relevantes favoráveis À defesa dos seus respectivos interesses e de que a inércia da parte necessariamente acarreta a aplicação de uma regra de julgamento em seu desfavor. Sob o signo do espírito da colaboração que pauta o processo civil contemporâneo, em consonância com as exigências próprias de um Estado Social de Direito, as partes não possuem o dever de produzir provas, mas apenas dispõem da faculdade de participar ativamente da atividade de instrução do processo juntamente com o órgão jurisdicional. Diante do aumento dos poderes do juiz em sede de instrução processual, a contraposição entre as ideias de ônus da prova em sentido subjetivo e ônus da prova em sentido objetivo, originalmente à luz de uma perspectiva histórica cede lugar para a construção de um modelo pautado na ideia de cargas probatórias imperfeitas ou incompletas, no qual a liberdade atribuída às partes para a produção da prova convive com o papel ativo do órgão jurisdicional ma atividade de investigação da realidade histórica considerada juridicamente relevante.” REICHELT, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 336.

atender aos ônus que lhe são entregues ou não e a partir de aí lidar com as consequências que podem ser negativas em razão do não atendimento.²⁹⁸

Fica claro, portanto, que as regras de ônus da prova e sua distribuição servem como mecanismo para que as partes identifiquem o que devem fazer ou não fazer para demonstrar o direito que pleiteiam ou contra o qual se defendem. Dessa forma, também ficam cientes de que caso não atendidos os ônus que a elas foi designado, seja pela regra geral, seja pela regra da distribuição dinâmica, poderão sofrer uma consequência negativa. Mas não mais do que isso, pois, o ônus confere à parte a liberdade de optar por produzir ou não a prova e arcar com as implicações de seu não atendimento.

Que a prova é uma das maiores expressões da democracia dentro do Processo não há como negar. E por ser essa significativa demonstração de liberdade é que não pode se constituir em dever, como regra. O dever de provar, se existente, deve ser tratado como absoluta exceção e jamais ao ponto de impor à parte o dever de provar, mesmo que caminhe em seu desfavor a produção dessa prova.

Barbosa Moreira já referia:

No que concerne à iniciativa oficial, cumpre ter em mente que os ordenamentos ocidentais, ainda quando autorizem o juiz a proceder *ex officio* à colheita de provas, não chegam a criar o dever de fazê-lo. Aliás, mesmo no mundo socialista, tão avesso ao “dispositivismo”, a secção 18 dos Princípios do processo civil da União Soviética, por exemplo, limita-se a estatuir que, se a prova produzida for insuficiente, o tribunal pode instruir as partes e outras pessoas no sentido de fornecerem provas adicionais, “ou colher tais provas por iniciativa própria” – isso depois de estabelecer que a cada parte incumbe provar os fatos em que se apoia como base de suas pretensões ou defesas.²⁹⁹

A prova cumpre função de relevância inegável, pois confere legitimação social ao ato decisional do Poder Judiciário, uma vez que afasta a ordem judicial do

²⁹⁸ Como bem referem Fredie Didier Jr, Paula Sarno e Rafael Alexandria de Oliveira: “Numa primeira perspectiva, elas são regras dirigidas aos sujeitos parciais, orientando, como um farol, a sua atividade probatória. Tais regras predeterminam os encargos probatórios, estabelecendo prévia e abstratamente a quem cabe o ônus de provar determinadas alegações de fato. Fala-se aí em ônus subjetivo (ônus formal, segundo Barbosa Moreira) ou função subjetiva das regras do ônus da prova, que permite ‘dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato’.” DIDIER JR. Fredie, SARNO BRAGA. Paula, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA. Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, 2. 10. ed. Juspodivm: Salvador, 2015. p. 107.

²⁹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Julgamento e Ônus da Prova**. In: Temas de Processo Civil – 2ª série. Saraiva: São Paulo, 1980. p. 78.

arbítrio desmotivado e desarrazoado. Em outras palavras, impede o “sim porque sim” e o “não porque não”. A decisão que toma um caminho diferente do que é indicado pelas provas presentes no processo nada mais é do que um ato de arbítrio judicial injustificado e incoerente sistemicamente, veneno que deve ser combatido desde sua raiz, com intuito de bem proteger o Estado Democrático de Direito em todas as suas esferas e instituições.

Desde já, vale novamente lembrar que a liberdade exercida dentro do Processo é, obviamente, limitada em alguns espectros, pois deve ser conjugada com a liberdade da outra parte e com todos os demais direitos processuais que compõem o rol do devido processo constitucional. Ou seja, a liberdade deve ser balanceada também, uma vez que há um compromisso de busca pela verdade, de uma prestação jurisdicional justa, a ser entregue em tempo razoável, apenas para citar alguns importantes valores jurídicos que merecem também atenção.

Sempre importante lembrar que a existência de regras não significa ausência de liberdade. Mais das vezes é exatamente o contrário. A existência de normas protege a liberdade de todos. Contudo, é necessário exercício de ponderação sobre a razoabilidade de determinados dispositivos legais, pois, facilmente é possível inserir um mecanismo de abuso judicial dentro do sistema sob o disfarce de norma protetiva de direitos.

Dito isso, contudo, não quer dizer que a liberdade mesmo ampla seja passível de receber limitações quando em conflito com direitos de menor hierarquia.

O CPC privilegia a liberdade das partes, tanto que, novamente é possível referir, traz a cláusula geral presente no art. 190, que permite que as partes estabeleçam, com alto grau de liberdade, as nuances do seu debate judicial. Isso, demonstra, que a liberdade é ponto de grave importância para o sistema processual vigente.

Há, portanto, a necessidade de ponderação entre determinados valores, tais como liberdade\dever de veracidade, segurança\efetividade. A ideia de um Juiz ativista, compromissado com a busca pela verdade, mirando uma melhor prestação jurisdicional (em que, claramente, encontra-se a ideia da efetividade), deve ser tensionada e cotejada com a possibilidade respeito a valores tão importantes quanto eles, caso da liberdade e, por que não, da própria segurança jurídica oferecida pela ordem constitucional, que garante um contraditório amplo, que permeia as relações jurídicas pela efetiva possibilidade do exercício de defesa (tanto do autor quanto do

réu), permitindo que os litigantes escolham suas armas para o debate, em pé de igualdade, mas sem invasões autoritárias por parte do Estado.

Marcia Gascón Abellán pondera que a liberdade da prova deve encontrar alguns limites e que nem sempre a busca da verdade será efetivamente o objeto final, pois ponderado e balanceado com outros direitos.

En el contexto jurídico en que la prueba se desenvuelve, alguna regulación, aunque sea mínima, parece necesaria. Ello es así porque existen valores e intereses a los que el derecho debe brindar protección, y el sentido de la regulación de la prueba es justamente preservarlo, aún a costa, si fuera preciso, de minguar o incluso anular las posibilidades de averiguación de la verdad en el proceso. En efecto, aunque algunas de las reglas jurídicas que gobiernan la prueba tienen como objetivo propiciar la averiguación de la verdad, y en este sentido pueden denominarse garantías epistemológicas, muchas otras (la mayoría) se enderezan directamente a salvaguardar otros valores, lo que eventualmente puede mermar la consecución de aquel objetivo.³⁰⁰

O Processo é meio garantidor da liberdade e da igualdade. Ao prevenir abusos, seja das partes seja do próprio Estado, permite que a convivência social tenha seus inerentes conflitos solucionados em um meio livre de arbitrariedades.

O poder impositivo do Estado, não se nega, deve existir. A possibilidade de certas imposições é inerente a manutenção da própria ordem social. Contudo, o caminho para que essas referidas imposições se materializem adequadamente e não de forma desviada, deve estar basilado e concretado na ideia de proteger liberdades e não as restringir. Pouco sentido faria andar em caminho contrário quando toda

³⁰⁰ GASCÓN ABELLÁN. Marina. **Cuestiones Probatorias**. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2012. P 128-129.

ordem constitucional é construída para salvaguardar liberdades e outros valores também identicamente importantes.^{301 302}

Portanto, há sim a necessidade de preservar a liberdade da parte de trazer as provas que entender adequadas para sustentar sua posição no feito, respeitando a ideia de possibilidade de influência positiva, sabendo que essa mesma parte pode ter contra si caracterizado uma interpretação negativa ao negar-se a atender um ônus que a ela foi designado ou mesmo uma presunção em seu desfavor. Novamente parece importante destacar. O convencimento jurisdicional decorre de todo o contexto de provas que estão no processo e não de um elemento isoladamente. O Processo, como área de instrumentalização de direitos, é fiador de igualdade, sem dúvida. Contudo, é, ao mesmo tempo, garantidor da liberdade também.³⁰³

³⁰¹ A ideia de Adriana Regina Barcellos Pegini: “Observar-se, entretanto, que a liberdade de interpretação do juiz deve observar os preceitos estabelecidos na Constituição Federal, de modo a concretizar os valores e direitos por ela tutelados. Não obstante, o garantismo tem como proposição a tensão entre liberdade e poder sobre a qual se constrói o Estado de Direitos, cujo fundamento e finalidade se instalam na proteção das liberdades do cidadão em face das arbitrariedades do poder. Nesta quadra de ideias, o defensor do constitucionalismo garantista, Luigi Ferrajoli, preconiza que de um lado, a Constituição Federal de 1988 trouxe extraordinárias inovações, o que chama de constitucionalismo de terceira geração; de outro, promoveu a expansão do Poder Judiciário que pode resultar em perigosa distorção da jurisdição e conseqüente alteração do Estado de Direito, caso não seja acompanhada de um reforço de garantias constitucionais.” BARCELLOS PEGINI, Adriana Regina. **Processo Civil Democrático – Humanização do Acesso à Justiça**. Boreal: São Paulo, 2015. p. 113.

³⁰² Diego Crevelin de Sousa expõe interessante ponto de vista sobre o ponto: “Quando se diz ser vedado redefinir o conteúdo de garantias se quer dizer dar conteúdo proposto àquele derivado da Constituição. Se quer dizer dar à garantia processual um sentido contrário àquele que lhe é constitucionalmente ínsito a saber, o de garantia de liberdade das partes contra o Poder. Não poderá o legislador (ordinário ou constituinte derivado) outorgar ao Estado a titularidade de garantias processuais contra o cidadão, nem mesmo em pé de igualdade com o cidadão. Como são limites e vínculos do poder, garantias só podem ser titularizadas pelas partes. Isto é, para cada poder do Estado deve corresponder uma garantia do cidadão para controlá-lo e limitá-lo. Somente assim se pode pensar em repartição funcional equilibrada entre os sujeitos processuais. Daí por que apenas as partes podem ser titulares de garantias.” CREVELIM, Diego de Sousa. **Dever (ou Direito) de (Não) Provar Contra Si Mesmo! O Dilema em Torno do Art. 379, CPC**. In: Direito Probatório. Org. FÉLIX JOBIM, Marco. SANTOS FERREIRA, William. 2. ed. Juspodivm: Salvador, 2016. p.259.

³⁰³ Há parte da doutrina, por exemplo, que entende que o processo não está presente no ordenamento para garantir igualdade, mas sim a liberdade. Nessa linha é o que diz Diego Crevelin de Sousa: “Em desenvolvimento da ideia, dirá que uma exploração provisória do texto constitucional já identifica a institucionalidade garantística como o ‘ser’ do processo: processo é instituição de garantia, não de poder estatal; ‘instrumento a serviço do Poder jurisdicional’; afinal, é tratado no título sobre direitos e garantias fundamentais [CF, Título II], não nos títulos sobre a organização do Estado [CF, Títulos III et seqs.]. Mas é possível ainda avançar mais: o processo é instituição de garantia de liberdade (pois regulado no Capítulo I do Título II, que cuida dos direitos fundamentais de primeira geração), não de igualdade (que pe vetor que regula o Capítulo II do Título II, que cuida dos direitos fundamentais de segunda geração); presta-se, enfim, a resguardar a liberdade das partes em relação ao Estado-juiz, não a igualdade entre elas”. CREVELIM, Diego de Sousa. **Dever (ou Direito) de (Não) Provar Contra Si Mesmo! O Dilema em Torno do Art. 379, CPC**. In: Direito Probatório. Org. FÉLIX JOBIM, Marco. SANTOS FERREIRA, William. 2. ed. Juspodivm: Salvador, 2016. p. 251. A posição adotada pelo destacado autor vai além daquilo que se imagina

Essa equação acaba por permitir, de forma equilibrada, o respeito à liberdade das partes de trazer ao feito os elementos que entendem adequados, exercendo o contraditório com a manutenção da busca pela verdade, bem como permite o exercício dos poderes instrutórios sem causar nenhuma violação ou abuso incompatível com a ideia de processo democrático.

A prova deve andar livremente, sem dúvida. As partes, da mesma forma, devem ter a liberdade de trazer os elementos que entenderem necessários para demonstrar seu ponto de vista. O juiz deve ser livre para poder se convencer com os elementos que estão no feito, e se necessário for produzir provas mesmo que de forma complementar que permitam a formação de sua convicção. Com esses diversos espectros de liberdade presentes dentro do processo, fica evidenciado que se a um ou outro participante do processo for conferida liberdade irrestrita, a liberdade da qual o outro é titular será ceifada, inevitavelmente.³⁰⁴ O abuso de um direito por um dos atores do processo, necessariamente configura a violação do direito dos outros integrantes. Esse abuso, não há dúvida, pode decorrer da má utilização dos mecanismos processuais pelas partes, as quais, nesse caso, serão fiscalizadas pelo Juiz-diretor, o qual coibirá tais práticas inadequadas. Ocorre que o Juiz também pode incorrer em abusos e, nessa linha, as partes teriam muito mais dificuldade em contornar a má utilização da norma em razão da figura que cometeu essa má conduta. Nesse contexto, cresce em importância o respeito aos direitos fundamentais, no qual está inserido o contraditório e a liberdade.

ao direito a liberdade pelo processo. Isso porque, conforme se pensa e aqui exposto, o processo é também salvaguardador da igualdade. Nem mais nem menos valorado que a liberdade. Em pé de igualdade. Ocorre que, para se buscar igualdade, muitas vezes exigindo um juiz ativo, não se pode limitar exacerbadamente a liberdade, como é o risco oferecido, por exemplo, pelo aqui criticado parágrafo único do art. 400, CPC.

³⁰⁴ Calmon de Passos possui interessante pensamento sobre a ideia de liberdade e a tutela do direito, referindo-a como uma contradição. Se há tutela, não haveria liberdade. Ainda que talvez exista certa dose de exagero na afirmação do eminente jurista, é possível extrair conclusão semelhante para aquilo que aqui se defende. Quando se estende uma liberdade quase que irrestrita aos poderes instrutórios do juiz, fatalmente, de outro lado, se irá tolher demasiadamente a liberdade da parte, seja ela no âmbito que for, mas em especial no espectro de direito fundamental processual. De todo modo, vale trazer o que professa o referido autor: “Finalmente, vale ponderar que liberdade e tutela se revelam coisas incompatíveis, porquanto liberdade tutelada não é mais liberdade. É dádiva, concessão, proteção, dependência, tudo isso negação da mesma liberdade. A liberdade só comporta limites. Jamais tutela. Toda a tutela de liberdade é perda de liberdade por alguém que deixou de poder o que potencialmente podia poder, e, inferiorizado, pretende ver reparada essa perda, socorrendo-se de quem mais poderoso que o poderoso que o submeteu. Muda-se de senhor, porém se continua servo. Essa incontestável realidade é que confere a toda ordem social o caráter de um sistema de dominação.” CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Tutela Jurisdicional das Liberdades**. IN: Ensaios e Artigos. V.1. Juspodivm: Salvado, 2014. p. 422.

É, então, necessário saber que às partes é garantida a liberdade de provar e de escolher sua estratégia para o processo e quais provas irá produzir, sabendo que não é lícito faltar com a boa-fé tampouco alterar a verdade dos fatos. Ao juiz, é possibilitado que produza elementos de prova e que disponha dos meios de prova para formar sua convicção, caso a atividade das partes se revele insuficiente, contudo, deve também respeitar o direito e a liberdade conferida às partes quando as provas que essas produzem. Com os mecanismos de regra de julgamento através da distribuição dos ônus probatórios, deverá o magistrado se ater a este mecanismo para decidir quando o contexto processual for insuficiente para formação de sua convicção.

A formação da convicção judicial, o livre convencimento motivado é realizado por todo o contexto processual e não apenas por uma prova individualmente produzida ou não, razão pela qual existem mecanismos suficientes dentro do ordenamento jurídico que permitem a formação dessa convicção sem a violação das liberdades conferidas jurisdicionados.³⁰⁵

Portanto, todos os mecanismos que venham a tolher a liberdade das partes, mesmo que minimamente e em nome de salvaguardar outros valores, devem ser rigorosamente avaliados. Neste aspecto, como já destacado, existindo outros mecanismos para se buscar uma solução adequada, não há justificativa para permitir um poder estatal tão grande sobre as partes como prevê o art. 400, parágrafo único do CPC e outros dispositivos. E nessa linha, a previsão do art. 379 cumpre função de inegável importância, limitando a atividade oficiosa probatória do juiz, pois limites devem existir, uma vez que estes exercem uma proteção exatamente às liberdades, tanto individual, quanto coletiva. Tudo que é exercido sem a perfeita noção dos limites pode, rapidamente, passar a ser arbítrio.³⁰⁶

³⁰⁵ Vale destacar o que referem Marinoni e Arenhart: “A ideia de ônus costuma ser ligada a um comportamento necessário para a obtenção de um efeito favorável, ao passo que, diante do ônus da prova, a parte onerada pode obter um resultado favorável mesmo sem cumprir o seu ônus, isto é, ainda que sem produzir prova. Lembre-se que nada impede que o julgamento favorável ao autor se funde em provas produzidas de ofício ou pela parte adversa. Isso indica, com clareza, que a produção da prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável – ou para o resultado favorável. Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável, ou seja, o descumprimento do ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, mas ao aumento do risco de um julgamento contrário, uma vez que, como precisamente adverte Patti, ‘uma certe percentuale di rischio sussiste anche per la parte che há fornito la prova.’” MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio. **Prova e Convicção**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 203-204.

³⁰⁶ Ravi Peixoto e Lucas Buril de Mâcedo possuem interessante posição demonstrando que impor um dever de provar nem sempre teria consequências práticas efetivas: “Uma vez que a outra parte e o juiz geralmente não sabem quais provas a contraparte possui, mudar uma categoria de ônus para dever é completamente irrelevante. Nem um nem outro são capazes de impor que uma parte

A (in)atividade da parte, frente à distribuição dos ônus de prova já indica a possibilidade de se atingir o resultado semelhante, especialmente para formação da convicção judicial, com o mecanismo das presunções e da própria regra de julgamento extraída das distribuições de ônus probatórios.³⁰⁷

Destaca-se, novamente, que a prova é mecanismo de defesa da liberdade, evitando arbitrariedades decisórias. Assim como o abuso do direito de provar (que pode vir das partes, mas também do magistrado) constitui também mecanismo incompatível com a ordem jurídica. A verdade não deve ser buscada a qualquer custo para entregar uma decisão justa. A colaboração não pode ser levada ao ponto de impor autoflagelação processual. Existem critérios de razoabilidade que devem ser respeitados, pois ao magistrado, ainda que lhe seja outorgado muito, não lhe é outorgado tudo. Não é, o Juiz, ente todo poderoso e livre de de amarras limitadores de poder.³⁰⁸

simplesmente passe a trazer para o processo elementos que seriam a ela desfavoráveis. Aliás, se uma prova não é trazida aos autos porque ela gerará a improcedência, a parte tendencialmente agirá nesse sentido de qualquer forma – seja a situação jurídica probatória chamada de ônus, dever ou de como se quiser chamar.” BURIL DE MACÊDO, Lucas. PEIXOTO, Ravi. **Ônus da Prova e sua Dinamização**. 2^o ed. Juspodivm: Salvador, 2016. p. 95.

³⁰⁷ Sobre a inatividade da parte, vale trazer o que diz James Goldschmidt: “La inactividad en el proceso, es el hecho de no desembarazarse de una carga procesal. Puede suponer, además, la no utilización de una posibilidad procesal. La inactividad procesal no es propiamente contraria a derecho, sino contraria a un imperativo del propio interés. Por eso la culpabilidad que ordinariamente se requiere para que se produzcan las consecuencias con que la ley la sanciona, es siempre una culpabilidad contra si mismo. La inactividad que tiene manifestación en el hecho de no comparecer en audiencia para debatir sobre el fondo del negocio recibe el nombre de inactividad total o contumacia.” GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**, Tradução de Niceto Alcalá-Zamora Castillo. Editorial Labor: Barcelona, 1936. p. 208.

³⁰⁸ Sempre é válido lembrar as ideias de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Lidando o formalismo processual no fundamental com a domesticação do arbítrio estatal dentro do processo, o aspecto constitucional cobra especial importância, pois em plano superior a Constituição visa a solucionar os difíceis e agudos problemas de relacionamento entre a ordem legal, justiça e liberdade. Ademais, se o direito processual civil não pode e não deve ser considerado de forma isolada, mas sim englobado, como visto, nas ideias e concepções predominantes em determinada sociedade, a ordem constitucional apresenta-se em grande parte como o desaguadouro natural dessas condicionantes. Dentro dessa linha de pensamento, reconhece-se hodiernamente aos direitos fundamentais, sem maiores objeções, a natureza de ‘máximas processuais’, direta ou indiretamente determinadoras da conformação do processo, contendo ao mesmo tempo imediata força imperativa. Desta sorte, a Constituição passa a influenciar de forma direta a posição jurídico-material dos indivíduos perante os tribunais, garantindo posições jurídicas subjetivas, assumindo natureza de direitos de defesa perante os poderes públicos com dimensão objetivo-institucional, funcionando como princípios jurídicos-objetivos para a conformação dos tribunais e do processo judicial. Sublinhe-se a grande riqueza oferecida pelo ordenamento constitucional brasileiro no concernente a máximas processuais, a evidenciar a visão essencialmente comprometida do constituinte de 1988 com a garantia dos direitos processuais do cidadão e sua preocupação em evitar, ou pelo menos, minimizar, o autoritarismo dentro do processo.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P 83-84.

Todo poder deve encontrar limites, como deve ocorrer no caso dos poderes instrutórios do juiz. A inquisitorialidade funciona de forma complementar em nosso sistema e assim deve ser. Não pode ser medida primária e nem poderia ser, pois, incompatível com a ordem processual constitucional pátria. A liberdade, salvaguardada em muitas de suas esferas pelo princípio dispositivo, é de aplicação primária, deixando a inquisitorialidade de forma adicional, quando necessária e com limites que devem estar bem evidenciados.

A rigorosa necessidade de se impor limites a essa inquisitorialidade é necessária exatamente para preservação da liberdade e da dispositividade conferida às partes.

Mesmo que sendo uma forma de exceção ao amplo direito de provar (que, repete-se, deve ser efetivamente amplo), o art. 379 trabalha como protetor da liberdade das partes e da própria prova, o que demonstra que o vínculo entre o direito de provar e o direito à liberdade são indissociáveis, pois auto complementares, visto que garantidores e limitadores um do outro, simultaneamente.

A liberdade de exercício dos poderes instrutório deve ser utilizada, mas sempre com a ideia de que se trata de mecanismo complementar. Portanto, parece inadmissível que um direito acessório esteja apto a relativizar um direito concreto e direto das partes.

Luis Alberto Reichelt possui ensinamento que bem desenha como o poder instrutório do juiz deve ser utilizado, ficando claro existem limites claros a sua utilização. Diz o mencionado autor:

Não se vislumbra, no exercício dos poderes instrutórios do juiz, qualquer perigo de transmutação do juiz em defensor de uma das partes, já que eles não autorizam a excessiva iniciativa probatória nem servem como pretexto para a liberalização de ajuda aos litigantes. O regular exercício dos poderes instrutórios do juiz pressupõe o respeito a determinados mecanismos de controle situados na dimensão dos direitos fundamentais processuais. Nesse sentido, impõe-se rigorosamente respeitado o direito fundamental à imparcialidade do órgão jurisdicional. Da mesma forma, o controle em face do perigo do surgimento de eventuais desvios e a correção daqueles que eventualmente verificado em tal contexto também restam adequadamente viabilizados nos casos em que presente o respeito ao direito fundamental à motivação das decisões e à possibilidade de

reexame da decisão mediante o exercício do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição.³⁰⁹

Como bem destaca a doutrina de Luis Alberto Reichelt, não há direito a excessiva produção probatória. Isso porque o excesso é uma das antíteses da liberdade. Todo direito que é exercido em excesso, deixa de ser direito e transforma-se em abuso. A mera previsão legal não retira a abusividade da norma, que, apesar de aparentemente caminhar no sentido daquilo que pretende o sistema processual, ou seja, uma prestação jurisdicional que desvende a verdade, acaba por ir além daquilo que se imagina por aceitável para firmar tal busca. E, ao ser abusiva e tolher a liberdade e violar o contraditório, transforma-se em norma que está inadequadamente posta na legislação. Nesse contexto, ganha em importância a previsão do art. 379, impedindo o abuso no direito probatório, retirando, portanto, a possibilidade de “excessiva produção probatória”.

Mauro Cappelletti já destacava que o aumento de poder dificilmente vem acompanhado de um aumento de responsabilidade. Nessa linha, o aumento dos poderes instrutórios do juiz acaba, cai neste mesmo problema. Quando se confere tamanho poder a um representante estatal que já é armado com uma quantidade considerável de força, caminha-se perigosamente, como já destaca exaustivamente, próximo ao autoritarismo.

Vale trazer o que defendia o autor italiano:

O poder, é bem sabido, frequentemente cresce sem o correspondente crescimento de reponsabilidade. *In rerum natura*, portanto, não existe correlação entre poder e responsabilidade, no sentido indicado por Marryman. Mas um poder não sujeito a prestar contas representa a patologia, ou seja, isto que Marryman apelida, com expressão que oculta um pouco seu conteúdo ideológica, de falta de ‘organização racional’, mas que em ciência política, se pode simplesmente rotular de autoritarismo e, na sua expressão extrema, de tirania. Parece-me sempre válida, em verdade, a afirmação de que ‘um poder sem responsabilidade é incompatível com um sistema democrático’³¹⁰.

³⁰⁹ REICHELDT, Luis Alberto. **O Direito Fundamental à Prova e os Poderes Instrutórios do Juiz**. In: Revista de Processo. Vol. 281. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 175.

³¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1989. p. 18. O mesmo autor, fazendo a referência John Marryman, traz valiosa compreensão sobre a questão do poder dos juízes: “ ‘Os juízes exercitam um poder. Onde há poder deve haver responsabilidade: em uma sociedade organizada racionalmente haverá uma relação diretamente proporcional entre poder e responsabilidade. De consequência, o problema da responsabilidade judicial torna-se mais ou menos importante, conforme o maior ou o menor poder dos juízes em questão’ “.CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes**

Existem circunstâncias em que para se provar determinado fato deverá ocorrer o sacrifício de direitos que são também constitucionalmente protegidos de hierarquia igual ou superior ao direito fundamental à prova ou mesmo das normas que conferem ao juiz poderes de buscar elementos de ofício para julgar do processo. Nesses casos, parece necessário ponderar que não há razão suficiente que justifique uma invasão tal que imponha à parte o dever de produzir uma prova que ande contra seus próprios interesses. Com a vênua que deve ser dada, parece ser, as medidas coercitivas, indutivas, mandamentais e sub-rogorárias, um excesso de poder em desacordo com o sistema processual-constitucional.

Ninguém caminha, voluntariamente, contra seus interesses. Isso ocorre apenas mediante imposição e, ainda que em algumas situações isso seja necessário, os limites trazidos até aqui devem servir como norte àquilo que pode ser tido como aceitável dentro de um processo democrático e aquilo que ultrapassa essa tênue e perigosa linha entre imposição legítima e arbítrio judicial desmedido. Nessa linha, parece insuficiente alegar que a busca pela verdade tenha peso tal a ponto de envergar o direito fundamental à liberdade que as partes possuem dentro do processo, de administrarem seus elementos probatórios conforme melhor lhe aprouver.

4.3.2 As consequências decorrentes da prática de atos pelo juiz com vistas à imposição de produção de provas desabonatórias pelas partes no processo civil, sob a ótica dos direitos fundamentais processuais

Os poderes outorgados ao juiz através do art. 400, parágrafo único, do CPC, genericamente definidos como medidas coercitivas, são obtemperados não só pelo disposto no art. 379, do mesmo código, mas também pelos primados do Estado Democrático Constitucional, em especial pelas garantias da liberdade e contraditório.

Com efeito, a se admitir posição contrária, *máxima vênua*, as consequências daí decorrentes atestariam a rejeição da ideia de uma interpretação sistemática da ordem processual. Igualmente, configurariam uma violação do processo justo, aquele que assegura às partes o uso e gozo de todos direitos e garantias constitucionais outorgadas à parte para o debate judicial.

Além disso, violaria garantias constitucionais e, por decorrência, entraria em conflito com a proposta constante do art. 1º, do CPC, integrante das normas processuais fundamentais, o qual sinaliza que o Processo será *ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil*.

Como se vê, desconsiderar as consequências acima apontadas importaria em desconhecer a verdadeira constitucionalização do direito processual já de muito registrada pela doutrina e que, agora, está claramente disciplinada no plano legislativo pelo Código de Processo Civil.

Portanto, compreender de modo diverso, vênua concedida, objetivamente representa:

a) a rejeição de uma interpretação sistemática da ordem processual, a qual tem por propósito a busca da convivência das normas processuais que aparentemente estejam em conflito. Isso por que, se interpretados isoladamente, os arts. 379 e 400, parágrafo único, importaria em incompatibilidade de propósito. Entretanto, na compreensão sistêmica da ordem processual, verifica-se com clareza, respeitada a proposta aqui apresentada, que há possibilidade de convivência.

Quando o Juiz interpreta um dispositivo isoladamente, como seria o caso na hipótese de concreção exclusiva do parágrafo único do art. 400, CPC, sem considerar a real compreensão do art. 379, importa em violação de direitos e garantias das partes dentro e fora do processo, como já destacado, pois a garantia de liberdade na produção da prova é estendida a todos os litigantes.

b) a violação da própria ideia de um processo justo, no qual, todas as garantias constitucional-processuais devem estar balanceadas, não podendo ocorrer uma imotivada sobreposição de valores. Nos termos do que já foi referido, deve sempre imperar a proporcionalidade, a fim de que os compromissos assumidos pelo CPC estejam de acordo com os direitos e garantias previstas dentro do próprio código processual e, mais importante ainda, na Constituição da República.

Nessa linha, quando o Juiz impõe à parte o dever de produzir uma prova contra si, independentemente da violação da disciplina processual constante do art. 379, também viola garantia de liberdade prevista na própria Constituição da República e igualmente o próprio direito ao contraditório.

Vale lembrar, o art. 5º, II, da Constituição Federal refere expressamente que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude

de lei”. Por conseguinte, quando o art. 400, parágrafo único, impõe o dever de exhibir prova, ele o faz em virtude da lei processual. Ocorre que a mesma lei excepciona esse dever quando refere, textualmente, que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Assim, o Juiz que impõe o dever de provar a uma das partes, através de medida coativa, mesmo que a prova venha a ferir os seus interesses, está, fatalmente, violando a norma processual do art. 379 e, por consequência, violando a liberdade de agir da parte dentro dos ditames legais, inclusive no contexto do contraditório que garante ao litigante o direito de influenciar positivamente sobre sua posição, mas não constitui um dever de manifestação.

Dar cumprimento irrestritamente ao que possibilita o parágrafo único do art. 400, do CPC e outras normas de semelhante natureza, significa violar diretamente a convivência da liberdade e legalidade adotadas pela Constituição da República e também importa desconsiderar o disposto no art. 379, do mesmo código, o qual dá uma diretiva geral para todo o direito probatório.

Mas não apenas isso deve ser destacado. Veja-se também o seguinte: na perspectiva de um contraditório colaborativo, em que há o encontro de um direito processual-fundamental e também uma das normas fundamentais do processo, é necessário estabelecer a leitura ampla e integrada dos institutos.

O contraditório sempre será um direito da parte, jamais um dever. A possibilidade de participar do diálogo estabelecido entre autor-juiz-réu é que constitui a essência do contraditório. Vale destacar, a possibilidade, não o dever. Em breves palavras, o contraditório assegura às partes o direito de manifestação e também o direito de influência na formação da convicção do juízo.

Ocorre que a ideia da possibilidade de influenciar o juízo, por óbvio, é em sentido positivo para o litigante que se pronuncia, ou seja, de que há o direito de influenciar o magistrado sob a posição defendida. Se isto, ao final terá ocorrido ou não, trata-se de tema que apenas casuisticamente poderá ser demonstrado.

Mesmo que exista um dever de colaboração inculcado nas normas processuais fundamentais, esse dever não se direciona ao ponto de impor a necessidade de colaborar com a vitória do adversário.

Nessa linha, quando ao juiz é dada a possibilidade de impor um dever à parte de exhibir documento ou coisa que atente contra seus próprios interesses, há uma violação do contraditório, pois existe – de um lado - a possibilidade de ação para

influenciar o convencimento do juízo, como também – de outro - a omissão, ou seja, posso agir ou não agir para influenciar o juízo, na medida em que se a omissão protege a posição defendida é direito da parte não atender a imposição judicial, na forma do artigo 379, do CPC. Isso, entretanto, não impede que ocorra uma presunção em desfavor da parte que deixou de atender o ônus de exhibir.

Portanto, o contraditório é também uma expressão da liberdade dentro do processo. Não se pode transformar um direito positivo (no sentido de que é uma garantia existente para beneficiar as partes) em um dever com resultado negativo. Haveria uma deturpação do espírito da norma absolutamente dissonante daquilo que se imagina. A própria ideia de devido processo constitucional restaria violada, por uma interpretação absolutamente inadequada de um direito fundamental-processual.³¹¹

O contraditório como direito é uma das expressões da liberdade, a qual resta violada quando o magistrado impõe a produção de uma prova que irá ser utilizada em desfavor de quem a produz.

Importa ainda destacar que há diferença quando a prova acaba sendo interpretada em desfavor de quem a produz, mas sua origem foi voluntária. Se o autor traz uma prova para o processo e essa acaba sendo interpretada em seu desfavor, não há violação do contraditório, não há violação de qualquer liberdade.

O contraditório se constrói através de diálogo, é verdade. Contudo, a participação no diálogo sempre será uma opção da parte. Portanto, fica ainda mais evidenciado a violação do contraditório quando há a imposição judicial na produção de uma prova desabonatória.

³¹¹ A lição de Fábio Caldas de Araújo sobre o contraditório deixa clara que o direito referido é uma possibilidade de influência positiva: “O contraditório consiste na espinha dorsal da relação processual (príncipe directeur), pois o próprio desenvolvimento da relação processual pressupõe que a atividade bilateral das partes seja desenvolvida em plenitude, para permitir que o juiz possa decidir de modo fundamentado (Zweiparteiprinzip). O contraditório pressupõe o direito à informação, a possibilidade de reação e a concessão de meios de prova das afirmações. As partes têm o direito de apresentar seus requerimentos (petição inicial/contestação/memoriais) e produzir as provas pertinentes (prova documental/pericial/testemunhal), com o objetivo de influenciar o juiz quanto à decisão do processo. O princípio do contraditório é o corolário do Estado de Direito, e exige a paridade de armas (parità dele armi) no transcorrer da relação processual, pois sem a igualdade de oportunidades não existe possibilidade de exposição das razões. O direito de influir, antes da decisão judicial, pressupõe a garantia dos meios necessários para a parte se manifestar no processo. Esta é uma das críticas mais agudas realizadas pela doutrina quanto à concepção liberal do contraditório. A atividade dialética dentro do binômio ação-reação pressupõe a igualdade material, e não meramente formal, como decorre de sua leitura. A obediência ao contraditório não exige a efetiva contradição, ou seja, a atividade dialética no processo. Cumpre-se o princípio quando se oferece à parte o direito de contraposição, que corresponde a um ônus processual.” CALDAS DE ARAÚJO, Fábio. **Curso de Processo Civil. V. I.** São Paulo: Malheiros, 2016. p.108-109.

Nessa linha, o juiz possui amplos poderes, como já tranquilamente destacado no texto e amplamente sustentado pela doutrina. Mas para o exercício legítimo desse poder, limites devem ser encontrados, a fim de evitar que se extrapole a linha da legítima atuação judicial para o indesejado arbítrio.

Todo arbítrio é indesejado. Garantir poder ao Estado não significa poder ilimitado ou irrestrito. O poder dado ao Estado é o necessário para garantir a convivência social e solução dos conflitos. Quando há arbítrio há uma violação do Estado Democrático de Direito. Isso em qualquer Âmbito de poder estatal. Quando há arbítrio judicial, há, pois, violação da democracia processual.

É por tal razão que as medidas que são estendidas ao magistrado devem conhecer os limites claros já antes destacados, mas que merecem ser novamente referidos. Assim, se o magistrado pode atingir o mesmo fim com uma atividade menos gravosa a parte, ele tem o dever de adotar tal medida, sacrificando, portanto, o menos possível quaisquer direitos das partes.

Assim, trabalhando a ideia de um contraditório colaborativo, não parece adequado ao próprio sistema possibilitar o juiz coagir a parte a exibir um documento quando se pode obter resultado igual ou muito semelhante com medidas menos gravosa.

A mecânica de cooperação deve trabalhar no sentido de preservação dos direitos também, razão pela qual a parte instada a exibir determinado documento e se se omitir em fazê-lo é muito mais adequado utilizar-se de uma presunção em desfavor de quem deixa de cumprir com o ônus, como já destacado anteriormente. Isso ainda mais em um sistema colaborativo, pois ao deixar de colaborar, trazendo o documento, o silêncio necessariamente deve militar em seu desfavor.

Além de se atingir o mesmo propósito para fins de julgamento e convencimento judicial, preserva o âmbito de liberdade da parte, a qual não será obrigada, coagida a trazer uma prova que irá militar em seu desfavor e que pode ter consequências extraprocessuais, inclusive.

Na linha de um contraditório colaborativo, impor à parte o dever de exibir documento ou coisa, criando um encargo de provar sob pena de multa, parece trabalhar em uma distribuição desproporcional de tarefas entre as partes e o Juiz. Agir de tal maneira implica em desvirtuar o instituto da colaboração, pois se estaria atribuindo um poder ao juiz que pode ser considerado desnecessário (uma vez que

podem os mesmos fins serem atingidos por meios menos onerosos) tornando-o, por decorrência, desproporcional³¹².

Importa notar. O contraditório é o “traje de gala”³¹³ da democracia. Todo conceito de democracia processual é construído em volta da ideia de um contraditório amplo. É verdade que democracia pressupõe o reconhecimento da existência de poder. Ocorre que este poder não pode ser exercido de maneira arbitrária. Assim quando existem medidas autoritárias, desproporcionais, existe uma violação do contraditório e, por decorrência, da democracia.³¹⁴

Quando o Juiz realiza imposições que são desnecessárias, por existirem outros meios para atingir o mesmo resultado, há uma medida desproporcional e autoritária. Por decorrência, há violação do contraditório e da democracia processual, o que, sob à ótica de um processo constitucional, é medida absolutamente inaceitável e em desacordo com o que se espera de um Estado Constitucional de Direito.

A centralização de poder na mão do Juiz de maneira desproporcional, portanto, é incompatível com a democracia e, sendo o contraditório a representação da democracia dentro do processo, é, por decorrência incompatível com o contraditório, violando, assim, também um dos mais sagrados direitos processuais constitucionais. Há necessidade, para fins de manutenção de um processo democrático, de um balanceamento entre a liberdade de produzir prova, seja das partes, seja do magistrado, com um critério de legalidade, mas não só isso, de proporcionalidade entre medidas, entre meios e fins.³¹⁵

4.3.2.1 A prova desabonatória como espécie do gênero prova ilícita

³¹² Nessa linha, se volta ao que já foi destacado em linha do que se entende por proporcionalidade, especialmente ao segundo nível proposto pela ideia de Humberto Ávila no que diz respeito a adequação.

³¹³ Expressão cunhada por Luis Alberto Reichelt em uma das reuniões de orientação deste trabalho.

³¹⁴ Fredie Didier Jr bem explana a ideia do contraditório como garantidor da democracia: “O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder.” DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I. 17. ed. Juspodivm: Salvador, 2015. p. 78

³¹⁵ Em sentido semelhante está o que diz Ovídio Araújo Baptista da Silva: “é mister conseguir-se um equilíbrio adequado entre a liberdade para o exercício do direito à prova e a legalidade, ou legitimidade dos meios empregados para obtê-la, pois a busca da verdade em processo civil não pode ser erigida em princípio absoluto a ponto de anular os outros princípios constitucionais básicos (...).” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. V. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 358-359

Algumas premissas estabelecidas no ponto imediatamente anterior são de fundamental compreensão para o contexto que agora se pretende trabalhar.

Se compreende que pode existir certa dificuldade em aceitar como ilícita a prova que é produzida por uma imposição judicial, ainda mais a imposição possuindo amparo legal. Contudo, não raro existem leis e dispositivos que por razões variadas, estão em desacordo com outros dispositivos ou princípios da ordem jurídica e que, portanto, devem ser reinterpretados para uma adequação ou retirados da ordem jurídica.

Não se imagina que seja o caso do parágrafo único do art. 400, o art. 403 e outras normas impositivas de natureza semelhante necessitem ser extirpadas da ordem processual. Contudo, uma reinterpretação e uma adequação devem ser feitas, pois, como demonstrado anteriormente, a sua aplicação literal fere uma série de direitos e garantias conferidos às partes dentro do processo.

Assim, tendo em vista, portanto, que a imposição da produção de prova pelo juiz de maneira desproporcional viola, em linhas gerais, contraditório, o direito à liberdade e a própria interpretação sistemática do ordenamento processual, fica mais evidente que a prova que advenha dessa desproporcional imposição seja caracterizada por ilícita, uma vez que produzida vilipendiando uma série de direitos das partes. Toda prova, que de alguma forma, não respeita a ordem jurídica, acaba se tornando ilícita e, por regra, não deve ser levada em consideração na valoração para formação do convencimento judicial, o qual deve apenas ter em conta as provas que foram produzidas de acordo com as normas de conduta processuais.

Verdadeiramente o debate sobre a prova ilícita caminha por tortuosos caminhos desde há muito tempo. Estabelece a Constituição Federal em seu art. Art. 5º, LVI que é vedado, no Processo, o uso de prova obtida por meio ilícito. Ou seja, o tema é de tão grave importância que está no rol dos direitos fundamentais da Carta Magna.³¹⁶ O CPC, por sua vez, disciplina o tema no art. 369, o qual resta assim posto:

³¹⁶ A proibição da prova ilícita encontra sua regulação em diversas outras legislações. Por exemplo, o art. 13, II, 2ª parte da Constituição da cidade de Buenos Aires refere: "Rigen los principios de legalidad, determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, doble instancia, inmediatez, publicidad e imparcialidad. Son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos." A Consituição Portuguesa, em seu art. 32, VIII também trabalha o tema: "São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações." No direito anglo-saxão a exclusionary rule também trabalha a prevenção de utilização de provas ilícitas. Nessa linha, também existem alguns princípios que presidem as razões para a exclusão das provas obtidas ilicitamente. Seriam eles o

“As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. ”

A vedação constitucional às provas ilícitas possui explicação histórica evidente. A Constituição Federal de 1988 é uma resposta direta a um período de exceção, em que diversos abusos foram cometidos contra direitos e garantias dos

Reliability Principle, o Disciplinary Principle, o Protective Principle e, por fim, o Integrity Principle. O autor Raymond Emson melhor explica cada um deles: “The Reliability Principle: If the method by which an item of evidence was obtained has adversely affected its reliability or, if admitted, would prevent the accused from being able to challenge its reliability, the evidence can be excluded to ensure forensic fairness. Conversely, the reliability principle militates against the exclusion of any demonstrably reliable evidence. (...)The Disciplinary Principle: This principle could justify the exclusion of unlawfully obtained evidence on the ground that it would deter police officers from adopting the same tactics again. Its application is exemplified by the way the United States Supreme Court has dealt with violations of the Fourth Amendment to the US Constitution prohibiting unreasonable searches and seizures (see, for example, *United States v. Leon* (1984) 468 US 897 at p. 906 and *Arizona v. Evans*. (...)The Protective Principle: The protective principle demands respect for the suspect's fundamental human rights, militating against the admission of evidence obtained in a way which violates any such right. This principle, if applied, would also have the effect of deterring police misconduct; and would operate to exclude even demonstrably reliable evidence, trumping the competing reliability principle. The Integrity Principle: This principle could operate to exclude unlawfully obtained evidence on the ground that the integrity of the criminal justice system would be brought into disrepute if such evidence were allowed to be admitted against the accused. Closely allied with this notion of judicial integrity is what Dennis refers to as the moral authority of the verdict, that is, the need to ensure that any verdict of guilt is morally as well as factually sound (Dennis, ‘Reconstructing the Law of Criminal Evidence’”. EMSON, Raymond. **Evidence**. 2. ed. Palgrave Macmillan: New York, 2004. 285-288. Ainda sobre a prova ilícita na *Common Law* vale trazer a lição de Adrian Keane, o qual relata que também há divisão interpretativa sobre a aceitação da prova ilícita: “Evidence may be obtained illegally, for example, by a crime, tort, or breach of contract or in contravention of statutory or other provisions governing the powers and duties of the police or others involved in investigating crime. Evidence may also be obtained improperly or unfairly, for example by trickery, deception, bribes, threats, or inducements. At one extreme, the view could be taken that evidence is relevant and otherwise admissible should not be excluded because of the means by which it was obtained. whether illegal, improper, or unfair; to exclude it would, in some cases, result in injustice including the acquittal of the guilty. On this view, all evidence which is necessary to enable justice to be done would be admitted; and those responsible for the illegality or impropriety could be variously prosecuted (in the case of crime), sued (in the case of actionable wrongs) or disciplined (in the case of conduct amounting to breach of some statutory, professional, or other code of conduct). The view at the other extreme would be excluded; to admit it might encourage the obtaining of evidence by such means. On this view, all such evidence would be excluded. even if this would sometimes result in injustice, including the guilty going free, in order that those responsible for the illegality or impropriety are in future compelled to respect, and deterred from invading, the civil liberties of the citizen. The modern law of evidence in this country represents a compromise between these two extreme views. Thus although, generally speaking, it reflects the first view in relations to admissibility as a matter of law, it also empowers the trial judge to exclude as a matter of discretion. However, the rationale of discretionary exclusion has yet to be fully articulated or developed. (...). Civil Cases: Prior to the introduction of the Civil Procedure Rules, such authority as there was suggested that in civil proceedings there was no discretion to exclude evidence obtained illegally or improperly. (...). As we have seen, under CPR rule 32.1(2) the court may now exclude evidence that would otherwise be admissible, and in deciding whether to do so must seek to give effect to the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly. It is submitted that, in appropriate circumstances, therefore, the court may exercise the discretionary power to exclude evidence which, although relevant, has been obtained illegally or improperly.” KEANE, Adrian. **The Modern Law of Evidence**. 6. ed. Oxford University Press: New York, 2006. p.55-58.

cidadãos, com nefastas consequências. Portanto, não se esperaria nada diferente que para redemocratização, uma série de direitos e garantias fossem materializados pela Carta Magna. Barbosa Moreira, sobre o ponto, possui interessante lição:

Explica-se tal opção, em grande parte, por circunstâncias históricas. A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguira-se recentemente o regime autoritário que por tanto tempo dominou o país, e sob o qual eram frequentes e graves as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos clamados na própria Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao “grampeamento” de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recaída nesse gênero de violências. E mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação. Se puxamos um pêndulo com demasiada energia em certo sentido e assim o mantermos por largo tempo, quando seja liberado ele fatalmente se moverá com força equivalente no sentido oposto.³¹⁷

Entende-se, de modo geral, por prova obtido por meio ilícito aquela que foi contaminada no modo de sua obtenção, tais como, por exemplo, quando se obtém prova mediante coação física ou moral, quando se obtém por violação de correspondência, dentre tantas outras hipóteses destacadas pela doutrina e pela jurisprudência. Em resumo, a prova que é obtida violando algum direito, é, em princípio, ilícita. Sempre que há a violação de algum direito, a prova é eivada de ilicitude. Claro que existem direitos de maior gravidade, cuja violação é mais grave, caso de um direito fundamental. De todo modo, para fins de considerar a ilicitude apenas, não graduá-la, sempre que ocorrer a obtenção de uma evidência em desrespeito a outro direito, a prova está contaminada por uma antijuridicidade.

De todo modo, vale trazer a definição Carlos Castelo Branco:

A prova ilícita traduz um desvalor na formação da prova, a qual, sem afetar a sua natureza extrínseca ou a finalidade probatória da mesma, foi produzida (extraprocessualmente) ou ingressou no processo, por meios ilegais ou ilegítimos, colidindo com valores e direitos protegidos, via de regra, pela própria Constituição, ou seja, violando ou postergando princípios fundamentais ou normas de direito material.³¹⁸

³¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A Constituição e as Provas Illicitamente Obtidas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 84. p. 154.

³¹⁸ CASTELO BRANCO, Carlos. **A Prova Ilícita: Verdade ou Lealdade?** Almedina: Lisboa, 2018. p. 87. É de se trazer também a conceituação de Luis Alberto Reichelt, que bem apanha o sentido da prova ilícita, caminhando em sentido semelhante daquilo que foi dito: “Para que se consiga superar os óbices acima descritos, propõe-se sejam as provas ilícitas caracterizadas como casos especiais

Sabe-se também que há uma dupla forma de se verificar a ilicitude. A ilicitude no plano direito material e a ilicitude no plano processual. A primeira referindo-se na forma de obtenção da prova pré-constituída, na formação da prova, dentre outros. De outro lado, a ilicitude processual está no momento da admissão da prova e na produção da mesma.³¹⁹

Dito isso, o debate sobre as provas ilícitas não é particularmente novo. Mesmo antes da Constituição Federal disciplinar objetivamente a rejeição a prova obtida por meio ilícito já se percebia um expressivo debate sobre a sua admissibilidade, vigorando, de modo geral, duas posições distintas. A primeira não admitindo a consideração de qualquer prova que tenha sido obtida com mácula, haja vista que não se podia fazer do processo um meio de incentivo a torpeza. Daí porque se encontrava em sede doutrinária referência ao princípio da imaculação da prova.

de invalidade na prática de atos processuais em sede de atividade de instrução por força do desrespeito a direitos fundamentais. Sobessa ótica, pouco importa se os direitos fundamentais considerados são situados no plano do direito material ou se decorrem do desrespeito a norma processual. (...) A violação a direitos fundamentais quando da produção de provas é que faz com que elas sejam consideradas ilícitas. Dessa observação exsurtem dois desdobramentos importantes. De um lado, impõe-se frisar que apenas a ofensa a determinadas normas constitucionais, qual sejam as relativas a direitos fundamentais, é que enseja a inadmissibilidade das provas ilícitas.” REICHEL, Luis Alberto. **A Inadmissibilidade Das Provas Ilícitas Na Perspectiva Do Direito Ao Processo Justo**. Disponível em: https://www.academia.edu/37460173/A_INADMISSIBILIDADE_DAS_PROVAS_IL%C3%8DCITAS_NA_PERSPECTIVA_DO_DIREITO_AO_PROCESSO_JUSTO. Acesso em: 12.11.2019. E ainda sobre o tema da prova ilícita, vale consultar a doutrina de Danilo Knijnik em: KNIJNIK, Danilo. **A “Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa” e os discursos da Suprema Corte na Decisão de 16-12-93**. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n.66 : Porto Alegre, 1996. p. 61-84.

³¹⁹ Vale trazer o dizem Marinoni, Arenhart e Mitidiero sobre o tema: “No plano do direito material, é possível pensar, em primeiro lugar, na obtenção ilegal da prova pré-constituída ou dos conhecimentos necessários para a declaração testemunhal. Se uma prova foi lícitamente construída, mas foi posteriormente obtida de modo ilícito – por exemplo, através da invasão de domicílio – o meio de prova, em si mesmo, é lícito, embora a sua obtenção tenha ocorrido mediante violação do direito material. (...) Além disso, não há como esquecer de separar as hipóteses em que a ilicitude está na formação da prova daquelas em que a ilicitude está na sua produção. (...) Há regras processuais que regulam a fase de admissão da prova. Assim, por exemplo, a admissão da prova deve considerar o momento do seu requerimento. Porém, também, não podem ser admitidas as provas documentais obtidas ou formadas com violação do direito material, e os documentos que se tornam ilícitos quando utilizados no processo. No que diz respeito à testemunha coagida e à testemunha que se vale de conhecimento obtidos de modo ilícito, a violação ocorre no momento da produção da prova. Se a coação é contemporânea à produção da prova, no segundo caso, embora a violação da intimidade para a obtenção da informação ocorra em instante anterior, a ilicitude da prova se dá no exato momento em que a testemunha é produzida. Isso evidencia claramente que a ilicitude na produção da prova pode decorrer de violação do direito material. Porém, a ilicitude da produção (não da formação) da prova deriva, em regra, de violação do direito processual.” MARINONI, Luiz Guilherme, CRUZ ARENHART, Sérgio, MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil, V. I. 2. ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 323-324.

De outro lado havia a corrente que, embora admitisse o uso da prova obtida por meio ilícito, desde que essa representasse a verdade material. Nessa hipótese, recomendavam as posições doutrinárias de então que deveria a prova ser considerada no processo e responsabilizado aquele que obteve a prova pela ilicitude praticada.³²⁰

Com o advento da Constituição e da clara pela vedação da prova obtida por meio ilícito, imaginava-se que esse debate poderia ter sido encerrado, uma vez ser muito claro o comando constitucional. Entretanto, não foi o que ocorreu e ainda hoje persiste, em alguma medida o debate sobre a possibilidade ou não do aproveitamento de prova obtida por meio ilícito.

Importa destacar que a proibição de utilização das provas ilícitas é uma forma de combate ao autoritarismo, seja ele de onde vier. Caminha, portanto, na linha do que vem sendo aqui defendido, em que a imposição de produção de prova pelo juiz, em determinadas situações caminha na direção oposta do que procura defender a Constituição Federal e que encontrou também guarida no texto do art. 379, do CPC. A defesa do jurisdicionado contra a arbitrariedade e contra o autoritarismo deve se dar em todas esferas, tanto imposição injustificada e perniciosa privada quanto estatal. A prova estar dentro da licitude é respeito ao processo justo.

A mensagem de tal proibição é muito clara, ou seja, existem limites, inclusive para a busca da justiça e para a busca da verdade, razão pela qual se impõe limitações até ao direito probatório³²¹. Isso porque buscar justiça através de abusos e violações de direito, não é justiça efetivamente, mas sim apenas disfarçar a

³²⁰ Teresa Arruda Alvim, modernamente, se alia a essa corrente: “E, por sua vez, há uma terceira corrente que adota posição intermediária, a que aderimos. Segundo esta, aquele que violou o direito material para conseguir a prova ilícita deve responder pelo ato praticado, mas a prova deverá ser aproveitada, desde que confiável (não tenha sido obtida mediante tortura, uso de drogas, coação moral, por exemplo), inexistam outros meios de prova, e estejam em jogo interesses relevantes – como os que envolvem menores – que se sobreponham à violação da privacidade.” ARRUDA ALVIM WAMBIER, Theresa. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015. P. 710.

³²¹ Ainda que em um contexto de processo penal, Maria Francisca Zapata Garcia refere que a busca pela verdade, mesmo no processo penal, encontra limites. Daí se pode, logicamente, inferir que no Processo Civil não seria diferente. Para bem elucidar, refere a destacada autora: “La discusión acerca de la teoría de la prueba ilícita-cualquiera que sea la definición que se tenga de ella- nos anuncia algo sustancial: la verdad a la que aspiramos en el proceso penal no es una meta a la que estemos dispuestos a llegar a cualquier precio.” ZAPATA GARCIA, Maria Francisca. **La Prueba Ilícita**. LexisNexis: Santiago, 2004. p. 18

arbitrariedade. A linha de que existem limites para a busca da justiça (apenas para evitar outra injustiça, é claro) se adequa exatamente ao que aqui se defende.³²²

De todo modo, mister de pronto assumir uma posição em torno da temática da prova ilícita, vez que existem debates quanto a sua utilização ou não dentro do processo. Entende-se que efetivamente a prova maculada na sua origem, ou seja, obtida por modo ilícito, como regra não possa ser utilizada. Nessa linha, a moderna doutrina entende, parece de forma majoritária, que em algumas situações, excepcionais, seria possível através da utilização do princípio da proporcionalidade, ponderando-se os valores em jogo no caso concreto.³²³

³²² Em linha semelhante está a posição de Marcelo José Magalhães Bonizzi: “Para além do fato de ser também moralmente reprovável a prova ilícita ocupa posto importante na teoria geral das provas, especialmente porque a Constituição da República, em seu art. 5º, LVI, não admite a utilização desse tipo de prova no processo. A mensagem que está por trás dessa proibição é a de que não queremos ‘justiça a qualquer preço’. O direito a prova encontra limites, portanto, nas garantias constitucionais de preservação da intimidade e da dignidade humana, do sigilo das comunicações e dos dados em geral, que só podem sofrer restrições mediante prévia determinação judicial.” MAGALHÃES BONICIO, Marcelo José. **Fundamentos da Prova Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 26.

³²³ Sobre o tema, vale trazer o que referem Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “Do mesmo modo que se pode falar na existência de um direito fundamental à vedação da prova ilícita, é indubitosa a existência de um direito fundamental à prova. Trata-se de direitos que não se contradizem; antes, eles se complementam: o direito à prova é limitado pela legitimidade dos meios utilizados para obtê-la. O problema é que, no caso concreto, é possível que esses direitos fundamentais entrem em rota de colisão. É o que se dá, por exemplo, nos casos em que o único meio de prova de que a parte dispõe foi obtido ilicitamente. Há, em relação a esses casos, posições doutrinárias as mais variadas: há quem não admita, em hipótese alguma a prova obtida ilícita; há quem a admita sempre; há quem a admita apenas no processo penal, e desde que em favor do acusado; e há, por fim, quem defenda a aplicação da máxima da proporcionalidade para a solução do conflito. Esta última é a posição que prevalece e apreze, realmente, a mais correta.” DIDIER JR. Fredie, SARNO BRAGA. Paula, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA. Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, 2. ed. Juspodivm: Salvador, 2015. p. 98-99. Vale ainda trazer o que diz Wendel de Brito Lemos Teixeira, referindo que para utilização da teoria da proporcionalidade, deve existir um controle de admissibilidade em 3 níveis, respeitando, a) adequação; b) necessidade) e, c) proporcionalidade em sentido estrito, basicamente seguindo a linha do já referido autor Humberto Ávila. Disse o Wendel: “A adequação exige que o ato utilizado seja capaz de alcançar o fim que se almeja. Assim, não seria adequado, portanto, quebrar o sigilo telefônico celular de um devedor de alimentos se este devedor não possuísse e não utilizasse aparelho telefônico desta espécie. A necessidade se configura quando o ato é imprescindível para alcançar o fim que se almeja, não havendo outras possibilidades menos gravosas. [...]. Já a proporcionalidade em sentido estrito exige que o resultado do sopesamento seja menos lesivo do que outros resultados possíveis. Exige que, dos males, seja eleito o menor.” LEMOS TEIXEIRA, Wendel de Brito. **A Prova Ilícita no Processo Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 163-164. E ainda também, em linha semelhante está a doutrina de Nelson Nery Jr.: “A doutrina se manifesta de forma bastante controversa a respeito, havendo opiniões, por exemplo, no sentido de admitir-se a prova obtida ilicitamente como válida e eficaz no processo civil, sem nenhuma ressalva. A nosso ver, entretanto, não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. A proposição da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade, devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais. NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo Civil, Penal e Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 275. Ainda é de se trazer o que destaca Teresa Armenta

Comparando a ideia de prova ilícita com o conceito de prova desabonatória emerge uma indagação: a prova desabonatória poderá ser tida por prova ilícita?

A resposta parece caminhar em sentido positivo quando esta decorrer de uma imposição judicial. Isso porque, não se pode negar a possibilidade que a parte produza uma prova contra seus próprios interesses por acidente, mas de forma voluntária. Nessa linha, vale lembrar o que no presente trabalho tem sido destacado, ou seja, que nos termos aqui sustentados, não é possível se impor à parte a produção de prova que contrarie os seus interesses no processo, por violar o disposto na regra geral da teoria da prova, estampada no art. 379 do CPC e do próprio direito ao contraditório, à liberdade e da própria democracia processual de qual as partes são titulares.

Há que se lembrar. O contraditório é um direito da parte influenciar o juízo em seu favor. Na mesma linha, a parte ainda que tenha o dever de colaborar para a descoberta da verdade, tem a liberdade de exercer o seu contraditório. A partir daí,

Deu, em um contexto de escrita mais voltado ao direito penal, mas ao que se entende aqui, plenamente extensível ao processo civil também. Diz a destacada autora: “Por um último, mas não menos importante (last but not least), a prova ilícita revela a tensão entre a tutela de bens essenciais da sociedade através do processo penal como um meio inevitável de realização do direito penal, assim como a própria liberdade e os direitos dos cidadãos, a quem se imputa a lesão de tais bens essenciais. Poderia afirmar-se, nesse sentido, que o ordenamento em seu conjunto, se situa na intersecção de dois fatores em tensão: de um lado a tutela dos citados bens essenciais que, justamente por o serem, obtém essa proteção qualificada que representa o direito penal e o processo através do qual este se realiza e que justifica, por sua vez, intromissões relevantes pelo Estado. E, por outro lado, simultaneamente e tencionado em direção oposta, as limitações (assim admitidas quando afetam os direitos fundamentais) que, devido ao que Bachof denomina sua ‘grande pretensão de validade’, reclamam a utilização de critérios singularmente estritos na hora de avaliar as repetidas medidas restritivas, enquanto impõem aos poderes públicos um grande comedimento em seus limites. Chega-se assim à seguinte conclusão: não deve prevalecer o interesse de proteção e de castigo das condutas infratoras se, para isso, lesionam-se injustificada ou desproporcionadamente os direitos (fundamentais ou não somente esses), compreendendo aqui tanto os de conteúdo material (direito à inviolabilidade de domicílio e às comunicações, à integridade física, à liberdade), como os que determinam o caráter justo e equitativo do processo (contraditório, ampla defesa, direito a utilizar os meios de prova pertinentes). Cada um desses grupos de direito de forma diferente e sobre objetos diversos. Os primeiros limitam, geralmente, a atuação do Estado na obtenção das fontes de prova, no desenvolvimento da investigação para a obtenção dos meios de prova. Os segundos costumam atuar como limitações à admissão ou atendibilidade dos concretos meios de prova em relação à regulação legal de seu acesso ao processo. Ambos, desde suas respectivas perspectivas, legitimam o Estado de Direito.” ARMENTA DEU, Teresa. **A Prova Ilícita – um Estudo Comparado**. Tradução de Nereu José Giacomolli. Marcial Pons: São Paulo, 2014. p. 28. E ainda cumpre referir a posição de Danilo Knijnik: “Por isso, a tentativa de manter uma prova ilícita nos autos, sob a alegação de que a motivação estaria calcada em elementos lícitos independentes, ou que sem ela estaria mantida, não parece compatível com o princípio do livre convencimento, entendido como sistema racional e sujeito a regras, obviamente não de pré-valorização legal. Obviamente, vencid indevidamente a etapa de admissibilidade, a influência no plano da valorização seria inevitável. Portanto, somente uma rigorosa separação de planos (admissibilidade, valorização e fundamentação) pode levar à aplicação justa e regrada do princípio do livre convencimento do juiz.” KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 23.

ao exercê-lo ou não, influenciando ou não, tem a liberdade de não trazer as provas que entenda necessárias para construção e defesa de sua posição e arcar com as consequências de não realizar tal influência. Agora, certamente, não pode a parte ser obrigada a influenciar o juízo em seu próprio desfavor.

Assim, o ato pelo qual o juiz, forte na leitura isolada do parágrafo único do art. 400 do CPC, determina medida coercitiva para entranhar prova no processo é, como visto, ato que viola triplamente a ordem jurídica, na sua compreensão sistemática. Viola o contraditório, viola o direito à liberdade e a democracia processual e viola, diretamente, o quanto disposto no art. 379, CPC. Há uma violação, portanto, de caráter horizontal, quando ignora o previsto no art. 379 e uma violação vertical de baixo para cima, quando desagasalha o direito à liberdade e ao contraditório.

Quer isso dizer que o meio pelo qual a prova é trazida para o processo é meio ilegal, por decorrência, ilícito praticado pelo próprio juízo e, por conseguinte, viola a garantia constitucional processual do uso de prova ilícita se esta for considerada na decisão, tornando, pois, a decisão atingida pelo vício da inconstitucionalidade. O Processo, como mecanismo garantidor de um processo democrático, não pode ser utilizado para tomada de medidas arbitrárias e desproporcionais.

Aliás, sendo o próprio Poder Judiciário fiscal da proporcionalidade dos atos dentro do processo, não pode este próprio perpetrar medidas que não respeitem esses critérios. Há uma inversão de valores inaceitável e incompatível com a natureza de um ordenamento constitucional democrático.

Nessa linha, poder-se-ia cogitar do juízo da proporcionalidade na hipótese vertente no texto, ou seja, que a medida coercitiva, por exemplo, seria ponderada frente ao direito de liberdade probatória, de trazer ou não os elementos de prova.

Ocorre que, não seria caso de aplicação da proporcionalidade, para justificar a utilização de dito mecanismo haja vista que existem outros meios para desfecho do tema probatório, apto a autorizar a decisão jurisdicional, qual seja, a consequência pelo não atendimento do ônus probatório e decorrentes presunções em desfavor de quem não cumpre com aquilo que lhe é devido que daí advém. Claro, como já dito ao longo do texto, o não atendimento ao ônus gera uma presunção desfavorável, mas não necessariamente definitiva, pois há todo o contexto probatório que deve ser considerado e valorado para formação do convencimento judicial.

Mas há que se notar que existe uma diferença valorativa importante, sob o ponto de vista da democracia processual, entre entregar à parte um ônus para que cumpra determinado comando, sob pena de não o fazendo, arcar com as consequências de sua omissão e permitir que o juiz imponha à parte um dever tal que o obrigue a produzir provas contra seu próprio interesse.

Nesse ponto, a liberdade da parte resta violentamente ferida. Na mesma linha, o contraditório, o qual, como visto, é um direito de influência. Essa influência, por óbvio é positiva. Não se pode transformar o contraditório em dever, sob pena de estar se desvirtuando por completo e perigosamente o sentido do direito destacado.

Portanto, quando se refere que a imposição judicial pode vir dar origem a uma prova ilícita, isso ocorre pelas diversas violações que tal mandamento causa à parte, mas mais do que isso, ao próprio ordenamento. Ainda que baseada na própria lei processual, essa possibilidade fere outros direitos, como o de não produzir prova contra si mesmo, expressamente previsto no art. 379. Há, assim, a criação de uma prova ilícita pelo próprio Juiz, pois comanda medida que contraria o sistema como um todo.

Como já se destacou, não há necessidade da existência de tal imposição, uma vez que podem ser obtidos os mesmos resultados ou muito semelhantes através de mecanismos menos onerosos aos direitos das partes. Portanto, em geral, mesmo que se buscasse a aplicação da proporcionalidade, não há como se ultrapassar o o critério da necessidade. A ilicitude da ordem, por afrontar o próprio sistema e os direitos já destacados ao longo do texto, tornam, por decorrência, a prova produzida ilícita também, sendo imprestável sua utilização para formação da convicção judicial.

4.3.2.2 A prova desabonatória e a formação do convencimento jurisdicional

As provas são de caráter fundamental para a existência de um processo democrático e justo. O livre convencimento motivado judicial, de onde emergirá a buscada decisão jurisdicional, é criada através das provas e de sua valoração, as quais surgem de uma dinâmica dialética do processo que envolve autor, juiz e réu na busca da solução judicial, cada qual com seu papel no processo.

Indo mais além, qualquer decisão judicial só será legítima se o livre convencimento motivado advir da valoração das provas que estão no processo, sejam elas decorrentes da atividade ou inatividade das partes, sejam elas decorrentes da

atuação oficiosa (e complementar) do Juiz. De todo modo, toda a atividade probatória, para que seja validamente valorada pelo juízo, deve ser construída em caráter de alto contraditório e de respeito a todos os direitos e garantias das partes.³²⁴

As provas que irão configurar a possibilidade de o magistrado atingir seu convencimento devem ser legítimas, pois se assim não forem levarão a uma decisão viciada. O convencimento judicial deve, necessariamente, decorrer de uma análise das provas produzidas de acordo com um processo justo, mais das vezes. Claro, se sabe, em uma ou outra hipótese, a prova ilícita colaborará para a criação desse convencimento. Mas isso deve ser tratado sempre como exceção.

Se sabe, todo o convencimento judicial deve ser, obviamente racional³²⁵. A racionalidade desse convencimento tem como pressuposto evidente a produção de prova e a valoração dessas provas produzidas nos autos.³²⁶ Portanto, o papel que a prova exerce sobre o convencimento judicial é mais do que fundamental, beirando a obrigatoriedade, haja vista a maior parte dos processos dependerem de provas para ter a verdade desvendada.

³²⁴ A lição de Luis Alberto Reichelt é de ser retratada, pois confirma o acima referido: “Um primeiro grupo de conclusões a ser considerado e o que nasce a partir da consideração da natureza dialética dos fenômenos jurídicos processuais. Toma-se, aqui, como ponto de partida uma realidade inafastável: a atividade de valoração da prova desenvolve-se no bojo do processo, constituindo-se em fenômeno cuja existência se estende ao longo do tempo. Não podendo ser reduzida apenas no momento da prolação de decisões. Sob essa ótica, o exame das atividades de valoração da prova e formação do convencimento judicial ganha tradução na última atividade decisória do juiz, a qual deve ser vista como ápice de uma sequência dialética, sintetizando o entrelaçamento das descrições e valorações apresentadas ao longo do processo. A atividade de valoração da prova constitui-se em um processo de sucessão de estados epistêmicos que compreende a combinação dos diversos inputs que são trazidos aos autos, e não uma conclusão inarredável em relação a eventos históricos em relação aos quais nem sempre foi possível garantir o contato imediato. Ao julgador cumpr não apenas controlar o debate travado entre as partes, mas também adotar uma postura ativa, lançando mão dos instrumentos que lhe são disponibilizados com vistas à superação das limitações que minimizam as chances de acesso imediato à realidade histórica considerada juridicamente relevante.” REICHELT, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 223-224.

³²⁵ Como já disse Cândido Rangel Dinamarco: “O livre convencimento há de ser racional, porque necessariamente alcançado mediante as forças do intelecto e não dos impulsos pessoais e eventualmente passionais do juiz. É obrigatório levar em conta as circunstâncias que ordinariamente conferem maior credibilidade a um meio de prova, ou as que no caso sejam capazes de convencer uma pessoa inteligente e sensível à realidade. Repudiam-se personalismos do juiz, cuja atividade se rege pelo princípio da impessoalidade. O convencimento do juiz deve ser alimentado por elementos concretos vindos exclusivamente dos autos, porque o emprego de utros, estanhos a estes, transgrediria ao menos as garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal, sendo fator de insegurança para as partes.” RANGEL DINAMARCO, Cândido. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. III. 8. ed. Malheiros: São Paulo, 2019. p. 126.

³²⁶ Apenas como referência, os casos exclusivamente de direito, que prescindem de prova, não se enquadram nas hipóteses aqui trabalhadas por razões pouco mais que evidentes. Se não necessidade de prova, não ocorrerá nenhuma imposição judicial para que seja produzida uma prova que pode vir a ser ilícita.

Não há dúvidas, portanto, que a valoração da prova cumpre papel importante no convencimento judicial. No entanto, exatamente por a prova ser de caráter tão fundamental para a manutenção da ordem jurídica democrática que é importante discutir se a prova desabonatória imposta pelo magistrado pode, ao fim, também ser valorada para formação do convencimento judicial.

Por decorrência, a prova desabonatória que impõe a parte um dever antijurídico, ou seja, que está em desacordo com o sistema por criar à parte o dever de se prejudicar (pois, levada em sua interpretação literal, o magistrado pode forçar a entrega ou exibição de documento ou coisa mesmo que isso prejudique a parte que produz a prova), não pode ser levada em consideração para o convencimento judicial.

A criação da convicção judicial deve chegar sempre de acordo com o respeito ao ideal de processo justo, que pressupõe o respeito à democracia processual, que por óbvio, implica por um respeito ao contraditório. Portanto, a prova desabonatória imposta pelo Juiz caminha em sentido contrário ao que diz o sistema jurídico como um todo.³²⁷

E aqui há um perigo que parece passar despercebido. Como poderá o magistrado não levar em consideração uma prova que ele próprio ordenou a produção? Seria crível imaginar que ao verificar que a prova ordenada correu contra o interesse de quem a trouxe o magistrado voluntariamente a deixaria de lado? Certamente a resposta é negativa. Novamente importa referir que em razão do juiz ser humano, a ele não mais se apagará aquilo que foi visto e, certamente, explícita ou implicitamente, fará parte de sua decisão.

Nessa linha, ganha em importância a vedação de tal imposição, pois uma vez existindo contato judicial com a prova desabonatória, não haverá uma decisão

³²⁷ A forma sistemática e circular do sistema jurídico é bem demonstrada por Rui Cunha Martins: “Os valores constitucionais são compatíveis com o Estado de Direito; os regimes da evidência são com ele incompatíveis. Entre ambos, não parece que ao sistema processual possa caber grande margem de escolher – afinal, ele é o microcosmo democrático do Estado de Direito. Na verdade, o sistema processual está contido no sistema judiciário, por sua vez espécie do sistema constitucional, derivado do sistema político, implementando-se deste modo um complexo de relações sistêmicas que metaforicamente pode ser desenhado como círculos concêntricos: como observou Comoglio, o direito fundamental ao processo justo não se cristaliza nem se exaure, em garantias particulares, mas, ao contrário, está fundamentando na coordenação de várias garantias concorrentes [,,]. Acima de tudo, as garantias em questão não apenas se somam ou justapõem, mas se articulam em relações mais complexas; na verdade, há entre elas, uma interpenetração recíproca, de tal modo que umas conferem efetividade às outras e são também por estas reforçadas, dando lugar a um sistema circular apto a assegurar, em níveis cada vez mais elevados, a proteção do indivíduo por meio do processo. CUNHA MARTINS, Rui. **O Mapeamento Processual da Verdade**. In: *Decisão Judicial*. Marcial Pons: São Paulo, 2012. P. 79-80.

legítima, pois estará permanentemente enviesada. Ademais, isso ocorreria na hipótese de que o magistrado reconhecesse que a prova produzida contra a vontade da parte por prejudicial não poderia ser considerada. No entanto, o Juiz que ordena a produção da prova à parte mesmo que essa venha a ser prejudicial, não vê, obviamente, qualquer ilicitude na sua conduta e irá valorar a prova para criar seu convencimento.

Como se vê, a questão da produção de uma prova desabonatória de forma forçada ganha perigosos rumos, pois confere ao Juiz-diretor um poder que caminha em sentido contrário ao que se imagina de um processo democrático, tendo em vista a desproporcionalidade da medida.

A ordem de provar dada à parte pelo magistrado, quando impor a tal ponto que a parte tenha que prejudicar a posição sustentada dentro do debate, há uma violação de diversos direitos (contraditório, liberdade, etc). Há, portanto, um caminho que, seguindo a lógica do que aqui foi debatido, que esta prova não pode vir a ser valorada, pois efetivamente, se constitui em uma espécie do gênero da prova ilícita.

De todo modo, a prova desabonatória deve ser excetuada pelo sistema, podendo, inclusive, vir a ser classificada como ilícita em razão da clara violação sistêmica que existe na ordem que impõe a produção da prova, mesmo que essa traga prejuízos à própria parte contra quem a ordem foi dada.

O convencimento judicial está na esfera de finalidades da prova, visto que como já dito anteriormente. Essa não é a única, pois, claramente, serve como forma para o adequado exercício da própria fundamentação que acompanhará qualquer decisão. O convencimento judicial, que não é o retrato da verdade real (como também já estabelecido) é que irá permitir que o magistrado demonstre as razões pelas quais chegou à conclusão que chegou.^{328 329}

³²⁸ Vale trazer o que referem Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “Compõem o estatuto constitucional do direito à prova a regra da livre valoração da prova e a necessidade de adoção de um modelo para formação do convencimento judicial. A valoração da prova é livre pelo juiz (arts. 131, do CPC, e 157 do CPP). Isso não quer dizer, contudo, que a formação do seu convencimento não deva obedecer a modelos compatíveis com o direito material debatido no processo. Valoração e convencimento são conceitos que não se confundem. Enquanto o juiz é livre para valorar a prova, tendo em conta que não está preso a pré-avaliações empreendidas pelo legislador, o seu convencimento está carctdo às exigências do direito material posto em juízo, obedecendo a níveis variáveis de certeza para decisão da causa.” WOLFGANG SARLET, Ingo, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 661-662.

³²⁹ Como diz em Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael de Alexandria: “Resignada diante da impossibilidade de alcançar uma verdade absoluta e, ao mesmo tempo, insatisfeita com a solução formal dada pelo legislador para conformar a realidade do processo a uma possível realidade dos

A busca pelo convencimento judicial também empresta fundamento aos próprios poderes instrutórios do juiz. Buscar a verdade, sem dúvida, mas também possibilitar que o juiz se convença através de provas de ofício quando a atividade probatória das partes for insuficiente.

Assim, nesse contexto, toda e qualquer prova que for produzida e levada ao processo trabalha para criação de convicção e convencimento do magistrado a respeito da coisa litigiosa. E nessa linha, questão sempre presente no debate sobre o uso da prova obtido por meio ilícito aqui nos limites da ideia da prova desabonatória sempre gerou a preocupação de saber em que medida a prova com o juízo teve contato, porém, não pode considerá-la, em razão de sua origem irregular, impacta na formação de sua convicção.

A prova ilícita ou a desabonatória (ainda que essa espécie do gênero daquela) acabam então por influenciar o julgador, quando, na verdade, não é aceitável, sistematicamente, que elas produzam efeitos, objetivos ou subjetivos. A prova que não foi produzida de acordo com os ditames do melhor direito não poderia, sob nenhum aspecto levar a qualquer juízo de valor sobre a questão debatida.

Contudo, a realidade não pode ser ignorada neste ponto. Ainda que sob o aspecto formal não possa o juízo se valer de prova que venha a ser extirpada dos autos por decorrência de vício na sua origem, sob o ponto de vista fático, esta impacta na consciência do julgador, pois, uma vez em contato com a evidência, está não mais sairá da retina do julgador, o qual estará para sempre enviesado com o conhecimento que não poderia ter sido levado aos autos, por estar em desacordo com a ordem jurídica. E na linha do que está sendo defendido, a busca por uma decisão justa e pela verdade não pode estar amparada, via de regra, em uma prova que está maculada por ilicitude.

Se o julgador fosse um algoritmo no exercício da jurisdição, como decorrência da chegada da inteligência artificial nos meios forenses, por certo, a solução não teria a menor influência da prova obtida por meio ilícito, vez que seria apenas rejeitada e objetivamente desconsiderada pela ausência de consciência.

fatos, surge a terceira teoria, segundo a qual o objetivo da prova judicial é dar ao juiz suporte suficiente para que possa convencer-se dos fatos discutidos no processo, proferindo a sua decisão a partir da crença de tê-la alcançado. (...). Até então essa tem sido vista como a efetiva finalidade da prova: permitir a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa." DIDIER JR. Fredie, SARNO BRAGA. Paula, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA. Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, 2. 10. ed. Juspodivm: Salvador, 2015. P. 49-50.

Todavia, neste momento os algoritmos ainda não são capazes de conduzir o julgamento de mérito das causas e também de valorar as provas excluídas ou não dos autos. Contudo, ainda hoje, o juízo de valoração é feito por um ser humano e este se tem contato com algo que impacta na sua convicção, ainda que não possa disso fazer uso objetivo, parece natural que subjetivamente ficará marcado na consciência do julgador e este, ainda que indiretamente, será impactado pela presença de uma prova obtida por meio ilícito, mas que com ela teve contato.

Desse modo, o que se está a sustentar é que não há como afastar do julgador o impacto que uma prova que ele próprio ordena, mas não poderia se socorrer, pela disciplina constitucional, mas que inevitavelmente habita o seu ser. Vale dizer, ainda que a prova não possa aparecer como fundamento da decisão a ser proferida, é certo que implicitamente responde presente e até este momento não se dispõe de meio aptos a identificar se esta compôs ou não a decisão do julgador.

Portanto, a prova desabonatória ou ilícita, muito embora, não devesse e não deva ser considerada pelo juízo, no plano subjetivo, não há como afirmar que esta não contribuiu para a formação da convicção do juízo. Nessa linha, a convicção judicial formada através do uso dessa prova, que não poderia ser levada a conhecimento do juízo, por violar direitos das partes (no caso da prova desabonatória os direitos já amplamente destacados), está viciada. E como qualquer ato viciado, não poderia surtir efeitos, pois em desacordo com aquilo que defende o Estado Democrático Constitucional.

Assim, ainda que ocorra a rejeição do sistema para a hipótese, em muitas das vezes, por certo, a prova desabonatória, se obtida e se com esta o juiz tiver contato, poderá contribuir com a formação da convicção do juízo.

Entretanto, se este vier a expressar essa circunstância como fundamento de sua decisão, indubitavelmente, viciada estará a decisão pelos argumentos antes expostos.

Os poderes instrutórios do juiz que permitem que o mesmo, de forma oficiosa, complemente a atividade probatória das partes quando esta for tida por insuficiente para criação do convencimento judicial E a verdade buscada pelo processo, por ser aquela muito próxima à verossimilhança (afastando-se, como sabido, da ideia de verdade absoluta), não deve dar guarida a meios que sejam exagerados para buscar essa verdade real, pois, efetivamente, desnecessária sua busca.

Como toda decisão será dada em caráter de verossimilhança, o remédio previsto no art. 400, parágrafo único, criado, evidentemente, para colaborar no convencimento judicial, está em desacordo com os standards de prova necessários, em especial, para o Processo Civil. Mais sentido faria que a norma referida fosse vinculada ao processo penal, desde que em busca de provas que inocência.

Na esfera cível, por possuir um patamar de verossimilhança menor que no processo penal, a norma debatida apenas possibilita o cometimento de exageros judiciais quando comanda, sob pena de multa, que a parte produza uma prova, mesmo que essa recaia em seu desfavor. A formação do convencimento judicial prescinde, portanto, da necessidade de tais imposições que a prova desabonatória traria, mas sob o preço de violar a própria ordem processual e, mais importante, a ordem constitucional.

Nessa linha, existindo a possibilidade de os ônus probatórios serem utilizados como regra de julgamento, sendo possível a distribuição dinâmica desses ônus, colocando as partes em condições mais paritárias dentro do processo e existindo a possibilidade de, caso não atendidos os ônus probatórios de forma adequada, das presunções, não há necessidade de imposição de produção de uma prova desabonatória para firmar-se o convencimento judicial.

5 CONCLUSÕES

A partir de algumas premissas estabelecidas ao longo do trabalho desenvolvido, é possível concluir que o modelo de processo civil é: primeiro, absolutamente vinculado à Constituição Federal. Segundo, é um modelo cooperativo, com relevante presença do princípio dispositivo, contudo, obtemperado por certa inquisitorialidade, materializada pela concessão ampla ao magistrado de poderes instrutórios.

É, também, axiologicamente vinculado à busca pela verdade. Para tanto, criou mecanismos importantes a fim de que a verdade seja sempre atingida, ou, ao menos, que existam meios qualificados para que se possa exercer a melhor tentativa para se chegar a esta.

Todos esses compromissos, de uma forma ou de outra, acabam sendo influenciados por um outro direito - o direito fundamental à prova -. Pois a partir deste que possível se chegar à verdade de forma colaborativa. No entanto, como se viu, os limites ao direito fundamental à prova conhecem diferentes espectros no que diz respeito às partes e no que diz respeito ao juiz.

Para provar, as partes devem sempre, por exemplo, se atentar ao momento próprio para tanto, sob pena de operar a preclusão ao direito. O magistrado, de outro lado, pode reabrir a qualquer momento a fase instrutória e também pode a qualquer momento buscar novos elementos se aqueles trazidos pelas partes forem tidos por insuficientes para formação de sua convicção. Os limites aos poderes instrutórios do juiz conhecem aspectos mais profundos, pois são mais axiológicos do que dogmáticos.

O Processo é um espaço de debate democrático garantido, especialmente, pela possibilidade de efetiva participação das partes, não apenas formal, mas substancial, materializado no contraditório. Portanto, o magistrado para exercer seus poderes instrutórios deve ter claro que não pode tudo fazer, pois, assim, como às partes, está vinculado a ideia de um processo justo, ritmado pela aplicação harmoniosa de todos os direitos e garantias fundamentais processuais e materiais.

Com isso, o debate sobre o dever de produção de provas que pode vir a ser imposto pelo Juiz à parte ganha entornos de alta relevância, uma vez que ao se permitir a imposição deste dever, estar-se-ia sacrificando, sem dúvidas, o direito à liberdade das quais as partes também são titulares. Mesmo que o direito à prova tenha

roupagem de direito fundamental derivado, este, como todos os demais direitos, encontra limites em outros direitos fundamentais de igual hierarquia.

Nessa linha, a conclusão que se chega neste momento é que, mesmo os poderes instrutórios estando altamente privilegiados pelo processo contemporâneo, estes conhecem alguns limites bem claros que não permite ao magistrado atuar como bem entender, uma vez que isso caminhará contra aquilo que se entende por Estado Constitucional Democrático.

Esses limites estão esposados não apenas na Constituição, em que o contraditório e a liberdade conferida à parte dentro do processo devem ser respeitados, mas também em um caráter infraconstitucional com a materialização do art. 379, do CPC, que permite à parte se eximir de produzir prova se esta for contra seus interesses no processo.

Essa parece ser a melhor interpretação, limitando, portanto, a possibilidade de o juiz criar um dever desproporcional às partes, como poderia se imaginar da leitura isolada do parágrafo único, do art. 400 do CPC. O exame sistemático que deve ser feito, aliado à ideia de liberdade e de um contraditório como possibilidade de participação qualificada e positiva, leva à parte o direito de se eximir de produzir provas contra si mesmo, não apenas para o âmbito do direito penal, como tradicionalmente trabalhado o instituto, mas também para o âmbito do Processo Civil.

Isso porque, a descoberta da verdade, ainda que seja um campo valorativo de extrema importância para o Processo, deve sempre ser realizada no contexto de um processo justo. E sempre que existem medidas que escapam a proporcionalidade, impondo uma oneração superior a necessária, há a criação de uma antijuridicidade legal.

Portanto, a prova desabonatória imposta pelo juiz passa a ter características de uma prova ilícita. Isso porque a ordem emanada do juízo impondo à parte este dever de produzir a prova, mesmo que essa se volte contra seus próprios interesses, viola, como exposto, o direito à liberdade da parte de litigar com as armas que escolher. Viola, da mesma forma o próprio contraditório, que jamais deve ser visto como um dever, mas sim sempre como a possibilidade, portanto, opção, do jurisdicionado participar na formação da convicção do juízo. A partir disso, ganham em relevância, para formação do convencimento judicial as regras de distribuição do ônus da prova e as próprias presunções pelo não atendimento de tais ônus.

Nessa linha, no direito probatório, há, como regra, um ônus de provar. Por exceção, é possível imaginar, eventualmente, aqui ou ali, um dever. No entanto, trata-se de ponto inadmissível, segundo se pensa neste trabalho, criar um dever à parte de produzir prova contra seus próprios interesses, pois tal medida, além de desarrazoada, uma vez que existem mecanismos menos onerosos para se chegar ao mesmo resultado, viola também ao menos dois direitos fundamentais já referidos – liberdade e contraditório –.

Assim, não há falar em um dever de provar imposto pelo juiz quando a prova for prejudicial à parte. Há, sim, um ônus que pode ser distribuído de forma dinâmica de modo a dar maior igualdade às partes, permitindo uma paridade de armas mais efetiva, em que as diferenças econômicas, sociais e culturais não exerçam uma influência maior do que a desejada para a busca da solução judicial.

Imaginar que o juiz possa, efetivamente, obrigar a parte a produzir uma prova contra seus próprios interesses é claramente um mecanismo de exagero que deve ser interpretado de forma absolutamente restrita, pois viola frontalmente a democracia processual, a qual é regida por ideias de liberdade e responsabilidade (nada mais do que o ônus), dentro do qual a parte tem a opção de influenciar o juízo, mas também tem a opção de não participar tão ativamente dessa influência quando instado a fazê-lo. Ao ter essa opção, portanto, a parte fica livre para escolher não se desonerar e, a partir daí, lidar com as possíveis consequências de sua inação.

Por derradeiro, o que resta claro é que o quanto disposto no parágrafo único, art. 400, CPC e demais artigos de natureza semelhante, é que não podem ser interpretados ao ponto de permitir que o magistrado imponha a parte o dever de auto prejuízo, pois incompatível, como dito, com um modelo democrático, construído em uma ideia de contraditório colaborativo. E nessa linha, o art. 379 do CPC trabalha como um importante limitador de abusos devendo ser interpretado conforme sua própria natureza, ou seja, como limitador ao princípio da colaboração e aos poderes instrutórios aos Juiz, operando, assim, a favor da preservação da liberdade, sem, contudo, deixar de responsabilizar aquele que não atende aos ônus processuais que lhes são atribuídos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho**: bases argumentales de la prueba. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

ABELLÁN, Marina Gascón. **Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos**. Disponível em: <file:///E:/Sobre%20%20la%20%20posibilidad%20%20de%20%20formular%20%20es%20tándares%20%20de%20%20prueba%20%20objetivos%20-%20Marina%20Gascon%20Abellan.pdf> . Acesso em: 10 nov. 2019.

ABELLÁN, Marina Gascón. **Cuestiones probatorias**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, n. 32, ene./jun. de 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIÉRO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, 1998.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf). Acesso em: 09 jun. 2019.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. São Paulo: Forense.

ANDERSON, Terence; TWININIG, William. **Analysis of evidence**. London: Weindenfeld & Nicolson, 1991.

ARAZI, Roland. **La prueba en el proceso civil**. 3. ed. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. Disponível em: https://www.academia.edu/221841/Reflex%C3%B5es_sobre_o_princ%C3%ADpio_da_demanda?auto=download. Acesso em: 11 jun. 2019.

ARMENTA DEU, Teresa. **A prova ilícita**: um estudo comparado. Tradução de Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Theresa. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Manual de direito processual civil**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2, t. 2.

ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. O princípio da comunhão da prova. *In*: ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim (Coord.). **Provas**: aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Método, 2009.

ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *In*: **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1988, 2. s.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 84.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo. *In*: **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1984, 3. s.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 35, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *In: Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1989, 4. s.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. 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*. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARCELLOS PEGINI, Adriana Regina. **Processo civil democrático**: humanização do acesso à justiça. São Paulo: Boreal, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BATISTA LOPES, João. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BATISTA LOPES, João. *In: BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.)*. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 2.

BECKER, Laércio Augusto. **Sobre a incerteza e o conteúdo ético do processo civil**. Fabris: Porto Alegre, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BURIL DE MACÊDO, Lucas; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. *In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo (Coord.)*. **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, jul. 2007.

CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CALAMANDREI, Piero. **Elogio a los jueces hecho por un abogado**. Buenos Aires: EJE, 1956.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973, v. 1.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CALDAS DE ARAÚJO, Fábio. **Curso de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, participação e processo. *In: Ensaios e artigos*, Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Tutela jurisdicional das liberdades. *In: Ensaios e artigos*, Salvador: Juspodivm, 2014, v. 1.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CALVINHO, Gustavo. **Carga de la prueba**. Bogotá: Astrea, 2016.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. **Revista de Jurisprudência do TJRS**, Porto Alegre, n. 13, 1969.

CAPPELLETTI, Mauro. Iniziative probatorie del giudice e basi pregiudicizie della struttura del processo. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 22, 1967.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidade de las pruebas en el proceso civil**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1972.

CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad**. Tradução de Santiago Santis Melendo e Tomás a. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. *In: AZZARITI, Gaetano (Ed.). Studi in onore di Enrico Redenti*. Milano: Giuffrè, 1957

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil**. Coimbra: Almedina, 2012

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. *In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). Normas fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CASTELO BRANCO, Carlos. **A prova ilícita**: verdade ou lealdade? Lisboa: Almedina, 2018.

CASTRO MENDES, João de. **Do conceito da prova em processo civil**. Lisboa: Ática, 1961.

CAVALLONE, Bruno. Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice. **Rivista di Diritto Processual**, n. 4, jul./ago. 2009.

CHASE. Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução de Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHENG, Eduard K. Reconceptualizing the burden of proof. **The Yale Journal**, n. 122, 2013.

CHEVALIER, Jacques. **O estado de direito**. Tradução de Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 2.

CLERMONT, Kevin M.; SHERWIN, Emily. **A comparative view of standards of proof**. Ithaca: Cornell Law Faculty Publications, 2002.

COHEN KOPLIM, Klaus. O princípio do contraditório na experiência alemã. **Revista Atitude**, Porto Alegre, v. VI, n. 12, jul./ago. 2012.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**: il processo ordinario di cognizioni. Bologna: Mulino, 2011.

CONTREIRAS DE ALMEIDA, Rogerio Sampaio. *In*: Arruda Alvim Wambier, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno Dantas (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. **RBDPro – Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, n. 90, 2015.

COUTURE. Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1977.

CREVELIM, Diego de Sousa. Dever (ou direito) de (não) provar contra si mesmo! O dilema em torno do art. 379, CPC. *In*: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Org.). **Direito probatório**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso de direito**. Lisboa: Almedina, 2005.

CUNHA MARTINS, Rui. O mapeamento processual da verdade. *In*: **Decisão judicial**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

DAL MOLIN DOMIT, Otávio Augusto. **lura novit curia e a causa de pedir**: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2.

DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 11, n. 2.809, 2001.

DALLA BERNARDINA DE PINHO, Humberto. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

DAMASKA, Mirjan R. **Evidence law adrift**. Yale University Press: New Haven, 1997.

DAMASKA, Mirjan R. **The faces of truth and state authority**. Yale University Press: New Haven, 1986.

DELLEPAINE, Antonio. **Nueva teoria de la prueba**. 7. ed. Bogotá: Temis, 1972.

DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 198, 2011.

DIDIER JR., Fredie. Princípio da cooperação. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; SARNO BRAGA, Paula; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 8. ed. Malheiros: São Paulo, 2019, v. 3.

DÖHRING, Erich. **La prueba**: su practica y apreciación, la investigacion del estado de los hechos en el proceso. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: El Foro, 1998.

DUARTE DE OLIVEIRA JR., Zulmar. Processo de conhecimento e cumprimento de sentença. In: FONSECA GAJARDONI, Fernando da; DELLORE, Luiz; VASCONCELLOS ROQUE, André; DUARTE DE OLIVEIRA JR., Zulmar. **Comentários ao CPC de 2015**. 2. ed. São Paulo: Método, 2018, v. 2.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de la prueba judicial**. Buenos Aires: Aguillar, 1981, t. 1.

EMSON, Raymond. **Evidence**. 2. ed. New York: Palgrave Macmillan, 2004.

FARIA BERALDO; Leonardo de. O dever de cooperação no novo código de processo civil. *In*: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FLEMING JR., James. Burdens of proof. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, v. 47.

FRANCO MONTOR, Marcos André. *In*: CRUZ E TUCCI, José Rogério; CAETANO FERREIRA FILHO, Manoel; CARVALHO APRIGLIANO, Ricardo de; FAGUNDES DOTI, Rogéria; GILBERT MARTINS, Sandro (Coord.). **Código de processo civil anotado**. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2018.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. **O novo processo civil brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático**. Disponível em: https://www.academia.edu/369759/Poderes_Instrut%C3%B3rios_do_Juiz_e_Processo_Civil_Democr%C3%A1tico. Acesso em: 24 ago. 2019.

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

GARCIA MEDINA, José Miguel. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GARCIA REDONDO, Bruno. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Juspodivm, 2017.

GIANNINI, Leandro J. **Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba: una distinción necesaria**. *In*: BERIZONCE, Roberto (Coord.). **Los principios procesales**. La Plata: Platense, 2011.

GIULIANI, Alessandro. Prova. *In*: **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1988, v. XXXVII.

GOLDSCHIMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora Castillo. Barcelona: Labor, 1936.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**. 6. ed. Lisboa: Almedina, 1993.

GRASSO, Eduardo. La colaboración nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. XX, 1966.

GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo**: o processo justo. Disponível em: file:///C:/Users/Guilherme%20Porto/Downloads/1-4-1-PB.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução de Ronaldo Kochem. Revisão de Daniel Mitidiero. *In*: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016

GROSS, Marco Eugênio. A colaboração processual como produto do estado constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 226, dez. 2013.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. 4. ed. Madrid: Civitas, 1998, t. 1.

HAACK, Susan. **Evidence matters**: science, proof and truth in the law. Cambridge, 2015.

HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Tradução de Cezar Augusto Mortari, Luiz Henrique Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 1978.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. Loyola: São Paulo, 2004.

HAY, Bruce L.; SPIER, Kathryn E. Burdens of proof in civil litigation: an economic perspective. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 26, n. 2, jun. 1997.

IHERING, Rudolf Von. **A finalidade do direito**. Tradução de José Antonio Faria Correa. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do estado em decorrência da intempestividade processual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KEANE, Adrian. **The modern law of evidence**. 6. ed. New York: Oxford University Press, 2006.

KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 66, 1996.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica. *In*: **Processo e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime). *In*: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

KRÜGER THAMAY, Rennan Faria. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

KULCZYNSKI FORSTER, João Paulo. *In*: REICHELT, Luis Alberto; DALL’ALBA, Felipe Camilo (Coord.). **Primeiras linhas de direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, v. 2.

LACERDA, Galeno. Processo e cultura. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. III, 1961.

LANES, Júlio Cesar Goulart. **O fato e o direito no processo civil cooperativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LAUDAN, Larry. **Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar**. Disponível em: <file:///E:/por-qu-un-estndar-de-prueba-subjetivo-y-ambiguo-no-es-un-estndar-%20-%20Laudan.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.

LEMO TEIXEIRA, Wendel de Brito. **A prova ilícita no processo civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014

LINDENMEYER BARBIERI, Maurício. Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz. *In*: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). **Prova cível**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MAGALHÃES BONICIO, Marcelo José. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp->

<content/uploads/2012/04/PROF-MARINONI-MARINONI-O-DIREITO-%C3%80-TUTELA-JURISDICIONAL-EFETIVA-NA-PERSPECTIVA-DA-TEORIA-DOS-DIREITOS-FUNDAMENTAIS.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2019.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 2.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, n. 139, jul./set. 1998.

MCINTYRE, Lee. **Post-truth**. Massachusetts: Cambridge, 2018.

MEDINA COLOMBIANI, José Gregorio. **El principio dispositivo y el poder discrecional del juez constitucional en Venezuela**. Caracas: Universidad Monteávila, 2011

MENDONÇA SICA, Heitor Vitor. **Preclusão processual civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1961.

MILLAR, Robert Wyness. The formative principles of civil procedure. **Illinois Law Review**, v. XVIII, may 1923.

MIRANDA, Vicente. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1992.

MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental ao processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 45, nov./dez. 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015.

MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ribeiro dos Santos, 1909.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 2.

MONTERO AROCA, Juan. **Introducción al derecho procesal**. Madrid: Tecnos, 1976.

MORELLO, Augusto M. **Dificultades de la prueba en procesos complejos**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NIEVA FENOLL, Jordi. La carga de la prueba: una relíquia histórica que debiera ser abolida. *In*: NIEVA FENOLL, Jordi; FERRER BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro J. (Org.). **Contra la carga de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2019.

OSTERNACK AMARAL, Paulo. **Provas**: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OTEIZA, Eduardo. El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba. **Revista Advocatus**, Lima, 2008.

DAVID, Leonard P.; GOLD, Victor J. **Evidence**: a structured approach. New York: Aspen, 2004.

PAIS DE AMARAL, Jorge Augusto. **Direito processual civil**. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2002.

PECZENIK, Aleksander. **On law and reason**. Springer: Sweden, 2008.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

PEREIRA DE MELLO, Rodrigo. **Provas ilícias e sua interpretação constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 2000.

PEREIRA RODRIGUES, Fernando. **Os meios de prova em processo civil**. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2017.

PEYRANO, Jorge W. **El proceso civil**: principios y fundamentos. Buenos Aires: Astrea, 1978.

PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. *In*: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICÓ I JUNOY, Juan. **O juiz e a prova**. Tradução de Darci Guimarães Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

PIMENTA DA VEIGA NEVES, Guilherme. In: ARRUDA ALVIM, Angélica; ASSIS, Araken; ARRUDA ALVIM, Eduardo; SALOMÃO LEITE, George (Coord.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHEIRO DE SANT'ANNA, Igor. A cooperação entre os sujeitos do processo civil – utopia ou realidade? **RBDPro**, Belo Horizonte, n. 86, 2014.

PIRONTI, Rodrigo; MIRÓ ZILOITTO, Mirela. O novo CPC e a motivação como dever de todos os sujeitos processuais: uma análise do dever de boa-fé e do princípio da colaboração. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 105, 2017.

PORTO, Guilherme Athayde. **Formação da coisa julgada e prova produzida**: uma perspectiva do processo coletivo para o individual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania processual**: processo constitucional e o novo processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil**: o conteúdo processual da constituição federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. **Lições sobre teorias do processo**: civil e constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Seite-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil**: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: Juspodivm, 2017.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 224, out. 2013.

RAMOS, Vitor De Paula. **Ônus da prova no processo civil**: do ônus ao dever de provar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RAÚL PONCE, Carlos. Prueba en poder de la parte contraria: postergación de la bilateralidad. In: ARAZI, Roland (Dir.). **Prueba ilícita y prueba científica**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

REDENTI, Enrico. **Dirito processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1985, v. 2.

REICHELTL, Luis Alberto. **Sobre a fundamentalidade material do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: reflexões sobre uma dinâmica de consolidação histórico-cultural**. Disponível em: https://www.academia.edu/37460104/SOBRE_A_FUNDAMENTALIDADE_MATERIA_L_DO_DIREITO_AO_PROCESSO_JUSTO_EM_PERSPECTIVA_C%3%8DVEL_N_A_REALIDADE_BRASILEIRA_REFLEX%3%95ES_SOBRE_UMA_DIN%3%82MI

[CA DE CONSOLIDA%C3%87%C3%83O HIST%C3%93RICO-CULTURAL](#). Acesso em: 12 nov. 2019.

REICHELT, Luis Alberto. **A inadmissibilidade das provas ilícitas na perspectiva do direito ao processo justo**. Disponível em: https://www.academia.edu/37460173/A_INADMISSIBILIDADE_DAS_PROVAS_IL%C3%8DCITAS_NA_PERSPECTIVA_DO_DIREITO_AO_PROCESSO_JUSTO. Acesso em: 12 nov. 2019.

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

REICHELT, Luis Alberto. Considerações a respeito da fundamentalidade do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: uma investigação a partir da cláusula de abertura do sistema de direitos fundamentais processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, a. 12, v. 19, n. 3, set./dez. 2018.

REICHELT, Luis Alberto. **O conteúdo do direito à igualdade das partes no direito processual civil em perspectiva argumentativa**. Disponível em: https://www.academia.edu/37460202/O_CONTE%C3%9ADO_DO_DIREITO_%C3%80_IGUALDADE_DAS_PARTES_NO_DIREITO_PROCESSUAL_CIVIL_EM_PERSPECTIVA_ARGUMENTATIVA. Acesso em: 11 jun. 2019.

REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental à prova e os poderes instrutórios do juiz. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 281, 2018.

REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental das partes à imparcialidade do juiz no direito processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 227, jan. 2014.

REICHELT, Luis Alberto. *In*: REICHELT, Luis Alberto; DALL’ALBA, Felipe Camilo (Coord.). **Primeiras linhas de direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, v. 1.

RIZZO AMARAL, Guilherme. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. 2. ed. Tradução de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Faira, 2002.

ROSSI, Júlio César. **Precedentes à brasileira**: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015.

RUBENSTEIN, William B. The concept of equity in civil procedure. **Cardoz Law Review**, n. 1865, 2001-2002.

SANTOS BEDAQUE, José Roberto do. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS FERREIRA, William. *In*: Arruda Alvim Wambier, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno Dantas (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; RUFINO DO VALE, André. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Lisboa: Almedina, 2013.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHÖNKE, Adolf. **Direito processual civil**. Campinas: Romana, 2003.

SENTIS MELENDO, Santiago. **La prueba**: los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: EJE, 1978.

SIRANGELO DE ABREU, Rafael. **Igualdade e processo**: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SOBRINHO, Elcio de Crescl. **Dever de veracidade das partes no processo civil**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SOUTO DIAS, Luciano. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil**: em busca da verdade. Salvador: Juspodivm, 2018.

STEFANINI AUILO, Rafael. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: Juspodivm, 2017.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Organização de Darci Guimarães Ribeiro. Tradução de Marco Félix Jobim. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TARUFFO, Michele. Poderes instrutórios do juiz na Europa. *In*: **Processo civil comparado**: ensaios. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TEIXEIRA AVELINO, Murilo. **O controle judicial da prova técnica e científica**. Salvador: Juspodivm, 2018.

TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

TESHEINER, José Maria. Direitos fundamentais, verdade e processo. *In*: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Org.). **Direito probatório**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JR., Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 102, 2011.

THOMPSEN CARPES. Artur. Direito fundamental ao processo justo: notas sobre os modelos de constatação nas decisões liminares. *In*: **Tutelas de urgência e cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRENTO, Simone. **As Cortes Supremas diante da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

TRUSOV, Alexei. **An introduction to the theory of evidence**. Moscow: Foreign Languages Publishing House, 2001.

TSCHADEK, Otto. **La prueba**: estudios sobre los medios de prueba y la apreciación de la prueba. Tradução de Ernesto Volkeining. Bogotá: Temis, 1982.

VANINE DE ANDRADE REIS, Francis. Cognição e pós-verdade. *In*: **O direito na sociedade da pós-verdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

VILLA, Pedro Sebastián. **El principio de cooperación en el proceso civil actual**. Disponível em: [http://www.academia.edu/15353215/El principio de cooperaci%C3%B3n en el proceso civil actual](http://www.academia.edu/15353215/El_principio_de_cooperaci%C3%B3n_en_el_proceso_civil_actual). Acesso em: 08 mar. 2019.

WALTER, Gerhard. **Libre apreciacion de la prueba**. Tradução de Tomáz Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016, v. 1.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da conciliação. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, v. 1.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JR., Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 116, 2004.

ZANETI JR., Hermes. **Processo constitucional**: modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAPATA GARCIA, Maria Francisca. **La prueba ilícita**. Santiago: LexisNexis, 2004.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br