

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

JESSIKA CALLEYA SILVA

**ANÁLISE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 400 DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO**

Porto Alegre

2016

JESSIKA CALLEYA SILVA

**ANÁLISE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 400 DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO**

Trabalho de Conclusão apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero.

Porto Alegre

2016

*“O segredo da Verdade é o seguinte: não existem fatos,
só existem histórias”.*

João Ubaldo Ribeiro

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais, Roberto e Ilibia, por todo apoio, incentivo, carinho, compreensão e, principalmente, por sempre acreditarem na minha capacidade, durante toda a minha trajetória acadêmica. Agradeço também ao meu professor orientador, Daniel Mitidiero, por toda atenção e por abrir meus olhos ao tema fantástico da colaboração no processo civil, tema que foi objeto da sua brilhante tese de doutoramento. Durante a trajetória acadêmica, são poucos os momentos em que cruzamos com grandes professores, e Daniel é, sem dúvida, um desses grandes mestres com os quais tive a sorte de conviver. Agradeço também as considerações da minha querida amiga Flávia. Agradeço, por fim, a todos os meus colegas da especialização pelo companheirismo e pelas discussões acadêmicas.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo a análise do parágrafo único do Art. 400 do código de processo civil de 2015, o qual instituiu a possibilidade do juiz determinar medidas coercitivas para compelir as partes a exibir documentos. Busca-se responder à questão: terá o novo código de processo civil instituído um “dever” probatório em substituição ao “ônus” probatório do código de 1973? Para tanto, será feito um estudo da colaboração como modelo e como princípio de processo civil. Serão estudados os conceitos de ônus, deveres e faculdades processuais. Ainda, serão examinadas as questões relativas aos poderes probatórios dos juízes.

Palavras-chave: processo civil, cooperação, colaboração, ônus da prova, poderes instrutórios do juiz, estado constitucional.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. A COLABORAÇÃO COMO MODELO.....	7
2.1. Notas sobre cultura, interpretação jurídica e Estado Constitucional.....	7
2.2. Modelos paritário e assimétrico: pressupostos culturais.....	12
2.3. Modelo Cooperativo: pressupostos culturais.....	13
3. A COLABORAÇÃO COMO PRINCÍPIO.....	18
4. A PROVA E A COLABORAÇÃO: ÔNUS OU DEVER DE PROVAR?.....	22
4.1. Conceitos necessários: ônus e dever.....	22
4.3. Ônus da prova no Novo CPC 2015: “dever” de provar?.....	29
5. ANÁLISE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 400 DO NOVO CPC SOB A PERSPECTIVA DA COLABORAÇÃO.....	32
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	34
REFERÊNCIAS.....	35

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo analisar o tema do ônus da prova no novo código de processo civil, o qual inovou ao acrescentar o parágrafo único ao Art. 400 (cujo caput corresponde ao art. 359 do CPC/1973), que prescreve a possibilidade de o juiz adotar medidas “indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórios” para persuadir as partes a produzirem prova documental.

O Art. 400 do Código Civil de 2015 tem a seguinte redação:

Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se:

I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398;

II - a recusa for havida por ilegítima.

Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido. [Grifo nosso]

Diante disso, questiona-se: o novo código de processo civil inaugurou no direito brasileiro um dever de produção de prova pelas partes, ou a produção permanece um ônus processual?

Primeiramente, faremos uma análise dos princípios que regem o novo código de processo civil, com destaque ao modelo processual colaborativo e ao princípio da colaboração no Estado Constitucional. Em seguida, examinaremos a relação entre a colaboração e os poderes instrutórios do juiz. Isto posto, serão expostas as definições da doutrina a respeito dos conceitos de ônus, deveres e faculdades processuais. Por fim, serão expostas os argumentos a favor da apresentação de provas como um dever processual e a favor da apresentação de provas como um ônus processual.

O método de abordagem utilizado será o dialético. No que tange aos métodos de procedimento, serão utilizados dois modelos, quais sejam, o método histórico e o método monográfico. Por fim, este trabalho utilizar-se-á a técnica de pesquisa da documentação indireta (pesquisa bibliográfica e documental).

2. A COLABORAÇÃO COMO MODELO

A colaboração como modelo foi introduzida por Daniel Mitidiero na 1ª edição do seu livro *Colaboração no Processo Civil*¹. A colaboração como princípio foi apresentada por Fredie Didier². Aprofundaremos, a seguir, o estudo do tema no processo civil brasileiro.

2.1. Notas sobre cultura, interpretação jurídica e Estado Constitucional

Muito já se discutiu sobre a relação entre o Direito e a Cultura. No que tange especificamente ao processo civil, tendo sido superada a sua fase “tecnicista”, a doutrina reconhece influência da cultura nos modelos processuais vigentes. Leciona o processualista Alvaro de Oliveira que “o processo não se encontra em *res natura*, é produto do homem e, assim, inevitavelmente, da sua cultura”³. Os valores cultivados pela sociedade são fruto de experiências reais; não pertencem, pois, a um mundo ideal ou metafísico⁴. Por isso, a construção da estrutura processual não depende somente de decisões de natureza técnica, mas sim abrange decisões de “natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial”⁵. Ou seja, muito mais do que apenas estipular regras de procedimento, a escolha de um determinado modelo processual exige que sejam assumidos os valores que fundamentam a sua estrutura, principalmente no que diz respeito das relações entre o Estado, a sociedade e os cidadãos.

Como é de notório conhecimento, a ciência do Direito se desenvolveu amplamente a partir da segunda metade do século XX, transformação que atingiu diretamente o direito processual civil. Abordaremos de forma concisa alguns pontos da evolução da ciência jurídica.

Fredie Didier fez um resumo do pensamento jurídico contemporâneo, referindo quatro pontos fundamentais: (a) reconhecimento da força normativa da Constituição, (b) expansão e

¹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

² DIDIER JR, Fredie. **O princípio da cooperação: uma apresentação**. Revista de Processo. Vol. 127/2005.p. 75-79.

³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 92.

⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 94

consagração dos direitos fundamentais, (c) desenvolvimento da Teoria dos Princípios, (d) transformação da hermenêutica jurídica⁶.

Sobre reconhecimento da força normativa da Constituição, Konrad Hesse destaca que a Carta objetiva “conferir forma e modificação à realidade (...)”, tornando-se a “força ativa que influi e determina a realidade política e social.”⁷. Ou seja, a Constituição tem eficácia normativa própria, sendo desnecessária a intermediação de regras infraconstitucionais. Mais que isso, deixou-se para trás o modelo de Estado centrado na lei - o nosso modelo de Estado está baseado na Constituição⁸. Nesse contexto, consagram-se, no ordenamento, os direitos fundamentais, inclusive, no processo civil⁹. O Direito positivo, portanto, deve conter um “conteúdo ético mínimo que respeite a dignidade da pessoa humana”¹⁰. Daí o Novo código de processo civil conter nos seus artigos iniciais os seus princípios norteadores. Nesse sentido, Alvaro de Oliveira:

“Mesmo não ocorrendo o fenômeno da ilegitimidade da regra de lei em face do ordenamento constitucional, pode o juiz encontrar-se diante de lei processual obsoleta, manifestamente iníqua ou injusta, não mais correspondente às condições sociais do momento, e cuja aplicação rígida e formal seja capaz de causar dano ao sistema como um todo ou a princípios fundamentais do processo não constitucionalizados. Nesses casos excepcionais, ainda de adaptação do geral ao concreto, a solução do conflito deve pender pela justiça do caso, mesmo *contra legem*.”¹¹

Daí a afirmação de que uma decisão judicial pode ser contra a lei, mas jamais contrária ao Direito. Ainda sobre o papel da interpretação, Konrad Hesse:

⁶ JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito processual civil**. 13ª ed. Salvador: JusPodivm. 2011. V. 1.

⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991. P. 24.

⁸ JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito processual civil**. 13ª ed. Salvador: JusPodivm. 2011. V. 1.

⁹ Sobre o tema, Ingo Sarlet: “é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (...) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e **retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos**, bem como todas as posições jurídicas que (...) lhe possam ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal.” SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015. P. 317.

¹⁰ JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito processual civil**. 13ª ed. Salvador: JusPodivm. 2011. V. 1. P. 29

¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 92.p. 282, 283.

“a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura que a interpretação faça deles tábua rasa. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. [...] A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade.”¹²

No que tange aos pontos (c) e (d), utilizaremos as lições do jurista Humberto Ávila. O autor ensina que a ciência jurídica não se caracteriza por uma simples “descrição de significado”¹³. Isso porque a interpretação do texto não é uma mera exposição de uma acepção já previamente estabelecida no texto. Interpretar é, em verdade, um “ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos do texto”¹⁴. Ou seja, o intérprete não confere ao texto “o significado correto”¹⁵ – “a linguagem nunca é algo pré dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso”¹⁶.

O julgador, ao interpretar os textos normativos, não só descreve pré significados, mas sim constrói o significado dos dispositivos. Diante disso, não se sustenta a tese de que a interpretação jurídica se caracteriza por uma simples subsunção entre conceitos previamente estabelecidos. Essa constatação, todavia, não deve levar a conclusão de que não há significado algum no texto antes do resultado da interpretação. Isso porque o uso cotidiano ou profissional da linguagem fornece aos textos “traços de significado mínimos”¹⁷. Explica Humberto Ávila:

¹² HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.p. 22,23

¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015. P. 51

¹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015. P. 51P. 51. Apud GUASTINI, Ricardo. *Interprétation et description de normes*”. In: AMSELEK, Paul (org). **Interprétation et Droit**. Bruxelles, Bruylant, 1995.

¹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015. P. 52.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015. P. 52. Apud MULLER, Friedrich. “Warum Rechtstheorie”. In: ERBGUTH, Wilfried; MULLER, Friedrich, e NEUMANN, Volker (org). *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch, Gedachtnisschrift Bernd Jeand’Heur*. Berlin, Duncker und Humblot,1999.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015. P. 52.

“pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso. (...). Daí se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.”¹⁸

Ante o exposto, fixa-se como premissa para este trabalho que a atividade de interpretar consiste em atribuir significados ao texto, construindo sentidos – sendo este o trabalho exercido pelo juiz. A norma jurídica, destarte, se caracteriza por ser o fruto da interpretação dos dispositivos legais. Passaremos a explorar, a seguir, os conceitos de “princípio” e “regra”.

Ávila ensina que as regras são “normas imediatamente descritivas”, cuja aplicação ocorre por meio do critério de correspondência. Ou seja, as regras podem (a) descrever comportamentos obrigatórios, permitidos ou proibidos, (b) atribuir consequências jurídicas a condutas específicas. Daí sua aplicação por um critério de correspondência: é preciso analisar se o conteúdo descrito na norma encontra correspondência no fato ocorrido. Ainda, é preciso verificar, ao se fazer o estudo da correspondência, se é cumprida a finalidade do princípio “axiologicamente sobrejacente” à regra – isto é, verificar se da aplicação de determinada regra decorrerá o estado de coisas objetivado pelo princípio “que lhe dá suporte”¹⁹.

Os princípios, por sua vez são “normas imediatamente finalísticas”, cuja aplicação ocorre por meio do critério da correlação. Os princípios determinam um objetivo a ser alcançado, de sorte que o seu emprego depende de uma análise do “estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção”²⁰. Não se deve confundi-los, contudo, com valores: ao contrário desses, os princípios se “situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a **obrigatoriedade** [grifo nosso] de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas. Os valores, por

¹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015. P. 53

¹⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015.

²⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015.P. 102.

sua vez, situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico (...)”²¹. Ou seja, os princípios ordenam comportamentos para que determinados fins sejam atingidos. Esses comportamentos são, sim, vinculantes, e concretizam a eficácia normativa dos princípios.

O Art. 1º da Constituição Federal refere que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, o que, na classificação de Ingo Sarlet, constitui uma espécie de Estado Constitucional²², cuja característica mais evidente é a prevalência da “força normativa da constituição” na “solução dos problemas jurídicos-constitucionais”. A Constituição determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”²³, instaurando, assim, o direito fundamental ao processo justo²⁴. A concretização da justiça no processo se dá por meio da tutela efetiva dos direitos, exigência que estabelece um “modelo mínimo de conformação do processo”²⁵. Conforme referido por Hesse, a norma constitucional, para ser efetiva, não deve ser utilizada por uma simples subsunção ao caso concreto, a força normativa da constituição exige interpretação conforme a Constituição.

O direito ao processo justo impõe, por conseguinte, obrigações ao Estado²⁶, no âmbito dos três poderes. Nesse contexto, o juiz deve pautar sua atuação na interpretação e aplicação da legislação de acordo com a garantia fundamental do processo justo, já que “o processo só pode ser compreendido como o meio pelo qual se tutelam os direitos na dimensão da Constituição”²⁷. Sobre o tema, Daniel Mitidiero:

²¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015. P. 104. APUD Robert Alexy, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”. Archives Rechts und Sozialphilosophie. Separata 25. Frankfurt am Main, 1985.

²² Ingo Mitidiero SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

²³ Art. 5º, II, CF

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 729

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 731

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 731

“a compreensão do processo civil na perspectiva do Estado Constitucional – e, portanto, dos direitos fundamentais processuais – é o pano de fundo que alimenta toda interpretação e aplicação do processo civil atual (art. 1º do CPC/2015)²⁸.

Importante destacar também a redação da Art. 6ª do CPC 2015 “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”. Ante o exposto, Daniel Mitidiero, em tese de doutoramento, demonstrou que a norma referida tem como objetivo “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”²⁹. Antes de analisarmos o modelo cooperativo, faremos uma introdução aos modelos processuais que pautaram o processo civil historicamente. Para tanto, utilizaremos a classificação da obra do professor Daniel Mitidiero³⁰.

2.2. Modelos paritário e assimétrico: pressupostos culturais

Para analisar os modelos processuais³¹, Daniel Mitidiero classificou os pressupostos culturais que lhes dão fundamento, dividindo-os em sociais, lógicos e éticos. Os pressupostos sociais dizem respeito aos modelos de organização de determinada sociedade e sua influência na atuação do juiz de direito. Os pressupostos lógicos tratam dos métodos decisórios e suas consequências para as partes e para o juiz. Por fim, os pressupostos éticos abarcam os valores a respeito da busca da verdade e da atuação segundo a boa-fé.

O primeiro modelo estudado por Daniel Mitidiero é denominado paritário. No que tange aos pressupostos sociais, não há distinção clara entre a política, a sociedade e o indivíduo, de

²⁸ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2015. p. 50. Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

²⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2015. p. 52

³⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2015.

³¹ Sobre o tema, temos também a classificação estudada por Fredie Didier Junior, cuja análise se limita à distribuição de funções entre as partes e o juiz. O autor trabalha com os modelos denominados Adversarial e Inquisitorial. No primeiro, prepondera o princípio dispositivo, no segundo, o princípio inquisitivo. O autor sustenta, ainda, que “não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo (...) O mais recomendável é falar em predominância em relação a cada um dos temas: em matéria de produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delimitação do objeto litigioso do processo, etc.”. DIDIER JR, Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 44.

modo que o juiz está em posição de igualdade em relação as partes, podendo ser qualificado como um “fiscal” do processo, não exercendo quaisquer tipos de iniciativa probatória. Quanto aos pressupostos lógicos, o procedimento se caracteriza pela valorização da igualdade e do contraditório. A verdade, que nesse contexto é considerada apenas “provável”, é perseguida por meio da dialética, pelo método tópico argumentativo. Busca-se, em suma, o consenso. A razão humana é considerada falível, de modo que a argumentação é o instrumento para aferição da verdade provável. Por último, no que diz respeito aos pressupostos éticos, exige-se a atuação segundo a boa-fé subjetiva. Temos como exemplo deste modelo o processo na sociedade Grega³².

O segundo modelo é denominado assimétrico (hierárquico). A organização social neste modelo se caracteriza pela nítida separação entre o indivíduo, a sociedade e o Estado, cuja interação se dá de forma vertical – o Estado está em posição hierarquicamente superior ao indivíduo. Nesse contexto, o juiz representa o Estado, estando em posição assimétrica em relação as partes, sendo a iniciativa probatória uma de suas prerrogativas. Quanto aos pressupostos lógicos, esse modelo segue a metodologia das ciências exatas: pressupõe-se a existência da verdade absoluta que pode ser encontrada por meio da razão. Assim, o juiz é o conhecedor da “vontade concreta da lei” (*iura novit curia*) – as partes apresentam os fatos e o juiz revela o Direito. No campo da ética, entende-se que a verdade deve ser buscada pelo Estado, exigindo-se a boa-fé tão somente na conduta das partes. Como exemplo deste modelo, temos o processo Prussiano Setecentista³³.

2.3. Modelo Cooperativo: pressupostos culturais

Daniel Mitidiero, em tese de doutoramento³⁴, apresentou um terceiro modelo, o qual constitui uma “superação dos modelos isonômico e assimétrico”³⁵: o modelo cooperativo de processo civil. O autor leciona que o Estado Constitucional está fundado em uma sociedade

³² MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2015.

³³ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2015.

³⁴ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2015.

³⁵ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2015.

cooperativa cujo princípio basilar é a dignidade da pessoa humana, cujo fim maior é a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”³⁶.

Quanto aos pressupostos culturais sociais, no modelo cooperativo o juiz atua de forma “isonômica na condução do processo e assimétrica no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa”³⁷. Essa organização processual visa um “ponto de equilíbrio”³⁸, tornando o processo uma “comunidade de trabalho”³⁹ – expressão inaugurada no Brasil, cumpre salientar, pelo Professor Alvaro de Oliveira⁴⁰.

O contraditório deixa de ser uma garantia formal de validade, obrigando o juiz a promover o debate e o diálogo efetivo com as partes, por meio dos deveres de esclarecimento, debate, prevenção e auxílio⁴¹. A decisão deve levar em conta, portanto, todo diálogo ocorrido durante o processo, ou seja, as partes devem ter tido oportunidade de influenciar a decisão do magistrado.

O dever de esclarecimento consiste no dever do magistrado de “se esclarecer junto das partes”⁴² a fim de evitar decisões fundadas em “percepções equivocadas, apressadas”⁴³. Por exemplo, caso o juiz tenha alguma dúvida sobre o cumprimento de determinados pressupostos de validade, antes de anular o ato, o juiz deve intimar as partes a se manifestarem sobre a questão. Como consequência do dever de esclarecimento, está o dever de indicação, segundo o qual o juiz deve indicar as partes as consequências jurídicas que podem ser atribuídas aos fatos narrados, as quais não foram mencionadas pelas partes⁴⁴.

É comum, na prática forense, ocorrer o seguinte exemplo dado por Júlio César Lanes: “processos em que “o autor disse “A”, o réu defendeu-se sustentando “B”, foi colhido material probatório “C”, a sentença, a seu turno, decide “1,2,3”, sob fundamentação “y”, ou seja, o

³⁶ Art. 3º, I, da CF 1998. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

³⁷ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2015. P. 64.

³⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Poderes do juiz e visão Cooperativa do processo**. Revista da Ajuris. Nº 90, 2003.

³⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2015. P. 65.

⁴⁰ “O ativismo judicial mostra-se hoje fundamental, mas é preciso temperá-lo com atribuição de poderes também às partes, na perspectiva de mais estreita colaboração e diálogo entre os sujeitos processuais. Nem o juiz ditador, nem o juiz escravo das partes, e sim o exercício da cidadania dentro do processo: colaboração das partes com o juiz, este igualmente ativo na investigação da verdade e da justiça. Em suma, o juiz, hoje, deve ser cooperativo.”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. P. 289

⁴¹ SOUZA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o Novo Processo Civil. 2. Ed. Lisboa: Lex, 1997.

⁴² SOUZA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o Novo Processo Civil. 2. Ed. Lisboa: Lex, 1997.

⁴³ JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito processual civil**. 13ª ed. Salvador: JusPodivm. 2011. V. 1. P. 86.

⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2015. P. 69

diálogo é nenhum, e a surpresa, uma certeza”⁴⁵. O processo não passa, nesse exemplo, de um diálogo entre surdos. Isso acontece como fruto de uma tradição que separa as “questões de fato” das “questões de direito”: as partes narram os fatos, enquanto o juiz aplica o direito – tradição representada pelo brocado *iura novit curia*. O magistrado estaria então desvinculado dos argumentos jurídicos elegidos pelas partes, pois ele é, de fato, o “conhecedor do direito” capaz de aplicar a “resposta correta”⁴⁶. A utilização do brocado pressupõe que a interpretação jurídica é fruto de um mero silogismo, de aplicação matemática, estando a resposta correta no próprio texto normativo. Havendo uma resposta correta obtida por meio silogismo, a justificção da decisão acaba reduzida ao seu “iter lógico (...) não há, para o intérprete, qualquer preocupação com individualização, valoração e escolha”⁴⁷.

Ocorre que a criação da norma se caracteriza pela “reconstrução” de sentido ao texto – fato que nos leva a análise dos pressupostos culturais lógicos do modelo cooperativo. A própria palavra sentença tem origem no termo em latim “*sententia*”, cuja origem, por sua vez, está no gerúndio do verbo “*sentire*”, em português, sentir⁴⁸. O julgador, ao julgar, portanto, “declara o que sente”⁴⁹. Partindo da premissa de que a interpretação e a consequente criação da norma pressupõem o papel de construção de sentido realizado pelo intérprete, a motivação das decisões deve conter o processo da construção do significado atribuído pelo intérprete, isto é, deve conter as razões que levaram o intérprete àquela conclusão.

Além disso, questiona-se a separação estrita entre fato e direito, conforme tese de doutoramento defendida por Júlio César Lanes, veja-se:

“prudente lembrar-se que, de acordo com a teoria *cética*, “a interpretação envolveria atos de vontade *e/ou* conhecimento, de modo

⁴⁵ LANES, Júlio Cesar Goulart Lanes. **Fato e direito no processo civil cooperativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 187.

⁴⁶ LANES, Júlio Cesar Goulart Lanes. **Fato e direito no processo civil cooperativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001

⁴⁷ “O sistema é pleno, e o juiz, para motivar, encontrará a regra a ser aplicada. Disso tudo, extrai-se que a coerência da motivação, para tal linha de interpretação, encontra forte guarida na lei. De certo modo, é como se fosse confiada ao legislador a interpretação do direito. Fica meramente disfarçado o juiz porta-voz do legislador.”. LANES, Júlio Cesar Goulart Lanes. **Fato e direito no processo civil cooperativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001 p. 189, 191 Apud ENGISH, Karl. *La idea de concreción em el derecho y em la ciência jurídica actuales*. Estudio preliminar, epílogo y traducción de Juan José Gil Cremas. Granada: Cames, 2004. P. 282.

⁴⁸ LANES, Júlio Cesar Goulart Lanes. **Fato e direito no processo civil cooperativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

⁴⁹ LANES, Júlio Cesar Goulart Lanes. **Fato e direito no processo civil cooperativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. P. 198. Apud ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 6 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

que o Direito seria (re)criado pelo intérprete e não (apenas) pela autoridade que o instituiu”. Conforme explica a doutrina, o juiz de certo modo cria a norma do caso e nesse ato conecta o caso ao sistema, daí apontar a inseparabilidade entre a *questão de direito em abstrato* e a *questão de direito em concreto*. Isso, por outro lado e ao mesmo tempo, acredita-se que compreende o entrelaçamento entre *questões de fato* e *questões de direito*, partindo-se da seguinte conjectura: o referido “em abstrato” diz para com a norma escolhida para o fato, enquanto o referido “em concreto” puxa, automaticamente, o fato segundo o conteúdo da norma”⁵⁰.

Partindo dessas premissas, quais sejam, (a) a norma implica construção de sentido (inexistência de somente uma resposta correta), (b) entrelaçamento entre questões de fato e questões de direito, verifica-se que não há mais espaço para as chamadas “decisões surpresa”. Ensina Mitidiero: “as partes têm o direito de se pronunciar também sobre a valoração jurídica da causa”⁵¹.

Nesse contexto, verifica-se o segundo dever judicial no processo cooperativo, o dever de debate, segundo o qual o magistrado tem o dever de dialogar com as partes, abrindo espaço para que seja influenciado, antes de proferir qualquer decisão, inclusive em relação às matérias de ofício⁵². Nesse aspecto, “a concretização do princípio da cooperação é, no caso, também uma concretização do princípio do contraditório”⁵³.

Temos também o dever de prevenção, que se caracteriza pelo dever do juiz de prevenir as partes a respeito das consequências do “uso inadequado do processo”⁵⁴ – objetiva-se evitar, assim, decisões terminativas. Destacam-se quatro possibilidades de manifestação do dever de prevenção (1) a explicitação de pedidos pouco claros, (2) destacar lacunas quanto a questões de fato, (3) adequação do pedido a situação concreta e (4) sugestão de certas atuações⁵⁵.

Por dever de auxílio, tem-se o dever do juiz de auxiliar as partes na “superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou cumprimento de ônus ou dever processuais”⁵⁶. Por conseguinte, caso as partes encontrem dificuldades

⁵⁰ LANES, Júlio Cesar Goulart Lanes. **Fato e direito no processo civil cooperativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

⁵¹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015 p. 89.

⁵² Idem.

⁵³ JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito processual civil**. 13ª ed. Salvador: JusPodivm. 2011. V. 1. p. 87.

⁵⁴ SOUZA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o Novo Processo Civil. 2. Ed. Lisboa: Lex, 1997. P. 65, 66, 67

⁵⁵ SOUZA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o Novo Processo Civil. 2. Ed. Lisboa: Lex, 1997.

⁵⁶ SOUZA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o Novo Processo Civil. 2. Ed. Lisboa: Lex, 1997.

importantes para obter informações ou documentos indispensáveis à execução de um “ônus ou dever processual, o juiz deve, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”⁵⁷.

Nesse contexto, é imprescindível reconsiderar o brocardo *iura novit cúria* e os poderes instrutórios do juiz. Para tanto, Alvaro de Oliveira ressalta a necessidade de se distinguir os planos do direito material e do processual. Quando se fala em direito material, a prerrogativa de ajuizar o processo e determinar o seu conteúdo permanece faculdade das partes, independentemente de sua natureza. É vedado ao juiz alterar o pedido ou a causa de pedir, fato que afetaria diretamente a sua imparcialidade. Ao tratar-se de direito processual, contudo, o interesse público exige que o juiz esteja convicto ao decidir, baseado, na medida do possível, na verdade dos fatos. Para esse propósito o legislador regulamentou os poderes instrutórios do juiz, cuja atuação pode ser controlada pelo contraditório e pela exigência de motivação das decisões⁵⁸.

A justiça e a efetividade, ante o exposto, são valores fundamentais do modelo colaborativo. Nesse contexto Sérgio Mattos leciona que “é fora de dúvida que a questão da divisão do trabalho entre o juiz e as partes, pelo que concerne à investigação dos fatos da causa, insere-se também na problemática da eficácia social do processo”⁵⁹. Não se pode admitir, por exemplo, que uma ação de investigação de paternidade seja julgada sem a realização do exame biológico. Nesse sentido, a iniciativa probatória do juiz, respeitados os “limites dos fatos extremados pelas partes”⁶⁰, mostra-se irrefutável para garantia da efetividade do processo civil. Nesse sentido, Sérgio Mattos:

“O ativismo judicial, no campo da instrução probatória, concorre para tornar mais efetivo o processo. Desse modo, restringir a atividade *ex officio* do juiz para a realização da prova, ou reputá-la excepcional, significa, em última análise, limitar, para parte que tem razão, o acesso à ordem jurídica justa.”⁶¹

⁵⁷ SOUZA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o Novo Processo Civil. 2. Ed. Lisboa: Lex, 1997. 67.

⁵⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Poderes do juiz e visão Cooperativa do processo**. Revista da Ajuris. Nº 90/2003. p. 55-81.

⁵⁹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 89.

⁶⁰ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 89.

⁶¹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 102.

No que tange aos pressupostos éticos, busca-se, no modelo cooperativo, a verdade provável. Junta-se a lição de Marco Eugênio Gross a respeito da busca da verdade no modelo colaborativo:

“A colaboração [...] surge aqui como modelo ideal para se atingir a verdade necessária para a justa solução do caso concreto: é que o diálogo entre as partes e o juiz é *funcional* para a busca da verdade. Em outros termos: o processo coloca em evidência uma verdade geral, ou seja, aquele conhecimento que não se consegue sem a mediação dialética que comporta a afirmação do verdadeiro como superação do não verdadeiro e do falso [...] A partir disso, a conclusão só pode ser no sentido de que a verdade que se consegue no processo é relativa.”⁶².

No que tange a boa-fé, conforme redação do Art. 5º do novo CPC “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.” Ou seja, todos os sujeitos do processo devem agir em conformidade com a boa-fé subjetiva e objetiva.

O modelo cooperativo tem como objetivo, ante o exposto, a tutela dos direitos mediante um processo justo – que culminará em uma decisão de mérito justa e efetiva⁶³, em tempo razoável – baseado no diálogo e na cooperação do juiz para com as partes, e das partes para com o juiz.

3. A COLABORAÇÃO COMO PRINCÍPIO

Além de constituir um modelo, a colaboração é também um princípio processual, o qual estabelece um “estado de coisas a ser promovido”⁶⁴. Já em 1984, o jurista Barbosa Moreira sustentava que ao juiz estava vedado levar em consideração na decisão quaisquer elementos de prova sobre os quais não houvesse manifestação das partes durante o processo, de forma a garantir, assim, um contraditório efetivo⁶⁵. Contudo, quem inaugurou o estudo aprofundado

⁶² 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. 226/2013. p. 115-145.. P. 136

⁶³ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2015.P. 70

⁶⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015.

⁶⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo**. Revista de Processo. Vol. 37/1985. p. 140-150.

sobre o tema foi o professor Alvaro de Oliveira⁶⁶, que propôs uma “visão cooperativa do processo”⁶⁷.

Partindo da premissa de que a interpretação “só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade” e também devido ao fato de que “todo direito litigioso apresenta-se incerto de forma consubstancial”, Alvaro de Oliveira chamou atenção para a necessidade de retomar o diálogo judicial para formação da decisão⁶⁸ - com ampla colaboração “tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa”⁶⁹. Além disso, a visão cooperativa põe em prática o conceito de uma democracia mais participativa, na medida em que possibilita o exercício da cidadania⁷⁰. Outra consequência importante da cooperação é a garantia de um contraditório efetivo, que deixa de ser exigência apenas formal. As partes devem ter oportunidade de participar da construção da convicção do juiz, influenciando o seu convencimento⁷¹.

Conforme explica Hermes Zaneti Júnior⁷², a democracia não está mais reduzida a uma mera representatividade: seu conceito foi ampliado para um sistema onde há efetiva participação dos cidadãos. A mudança de paradigma atinge também o Judiciário, cujas decisões devem “identificar uma solução passível de justificação racional e de aceitação dessa racionalidade pelos participantes do discurso, que possa ser compreendida como justa”⁷³. Exige-se, nesse contexto, um juiz “ativo e leal”, que promova o efetivo exercício do

⁶⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010

⁶⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Poderes do juiz e visão Cooperativa do processo**. Revista da Ajuris. Nº 90/2003. p. 55-81.

⁶⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Poderes do juiz e visão Cooperativa do processo**. Revista da Ajuris. Nº 90/2003. P. 62,63

⁶⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Poderes do juiz e visão Cooperativa do processo**. Revista da Ajuris. Nº 90/2003. P. 62, 63

⁷⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Poderes do juiz e visão Cooperativa do processo**. Revista da Ajuris. Nº 90/2003.P. 63 Ainda sobre o tema “Mostra-se imperiosa, como facilmente se intui, a participação dos interessados no *iter* de formação do provimento judicial destinado a interferir em sua esfera jurídica. E essa participação deverá ocorrer, à evidência, da forma mais paritária possível, de modo que permita a intervenção dos interessados mediante equitativa distribuição dos respectivos poderes, faculdades e ônus, com efetiva correspondência e equivalência entre as posições contrapostas. A correspondência e equivalência assinaladas influenciam a própria *estrutura* do procedimento, necessariamente dialética, e devem condizer ainda com a *dinâmica* dialética do processo.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. P. 158.

⁷¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Poderes do juiz e visão Cooperativa do processo**. Revista da Ajuris. Nº 90/2003. P. 62, 63

⁷² JÚNIOR, Hermes Zaneti. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

⁷³ JÚNIOR, Hermes Zaneti. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.P. 61

contraditório pelas partes por meio da “ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa”⁷⁴.

Para Daniel Mitidiero, o fundamento do princípio da cooperação está na “necessidade de uma equilibrada distribuição da cota de participação para cada um dos participantes do processo”⁷⁵, participação que se traduz no direito ao contraditório e à igualdade durante o processo⁷⁶. Diante disso, o princípio da colaboração não vincula as partes entre si – mas sim o juiz para com as partes e as partes para com o juiz, promovendo a equilibrada participação entre os sujeitos do processo⁷⁷. Para o autor, não seria lógico obrigar as partes que estão em litígio a colaborarem entre si, haja vista a cooperação não se fundamentar na exigência de boa-fé, mas sim na divisão do trabalho no processo⁷⁸.

Importante salientar que a divisão do trabalho entre o juiz e as partes leva em consideração o caráter interpretativo do Direito para garantia de uma decisão de mérito justa e efetiva⁷⁹ - a justiça e a efetividade das decisões constituem, assim, a finalidade do princípio da cooperação. O exercício pelos juízes dos deveres assinalados no item cooperação como modelo (diálogo, auxílio, prevenção e esclarecimento) tornam-se fundamentais para efetividade do processo porquanto evitam a perda do tempo com questões formais. Valoriza-se, pois, as decisões de mérito em detrimento das decisões terminativas⁸⁰.

Mas, afinal, o que seria uma decisão justa? Michele Taruffo⁸¹ estabelece um “algoritmo” baseado em três critérios: (1) escolha e interpretação corretas da regra jurídica, (2) apuração correta dos fatos relevantes e (3) procedimento válido de justo. Para que a decisão seja justa, todos os critérios devem estar presentes, e o princípio da cooperação é fundamental para sua concretização. Quanto aos números 1 e 3, o princípio garante o contraditório efetivo, posto que as partes têm o direito de influenciar o juiz, participando efetivamente, por meio do diálogo, da

⁷⁴ JÚNIOR, Hermes Zaneti. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 103

⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 103

⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁷⁸ Importante salientar, para Freddie Didier, entretanto, o princípio da cooperação pode ser classificado tanto como subprincípio do princípio do devido processo legal, quanto como um subprincípio do sobre princípio da boa-fé processual. Por isso, para o autor, o princípio da cooperação determina deveres de conduta tanto para as partes quanto para os juízes. DIDIER JR, Freddie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. DIDIER JR, Freddie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador : JusPodivm, 2012. v. 2

⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015..

⁸¹ TARUFFO, Michele. **Idee per una decisione giusta**. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile. Mileno: Giuffò:1997, n.2.

escolha da norma adequada ao caso concreto. Além disso, as decisões de mérito tornam-se prioridade, sendo atribuídos ao juiz deveres de esclarecimento e prevenção. Quanto ao número 2, o princípio da cooperação traz consigo o dever de auxílio do juiz, que possui a prerrogativa de tomar iniciativa probatória para formar sua convicção sobre a verdade dos fatos.

Ante o exposto, percebe-se que o princípio da colaboração assegura uma “maior confiabilidade na prestação da tutela jurisdicional”⁸². Isso porque a cooperação entre o juiz e as partes evita as chamadas “decisões surpresa”, dada a obrigação do juiz debater com as partes, dando oportunidade de influenciá-lo antes de proferir uma decisão.

O princípio da cooperação está fundamentado, em suma, no próprio Estado Constitucional, conforme aula de Marco Eugênio Gross:

“a colaboração (a) está ligada aos direitos fundamentais, pois o direito fundamental ao processo justo reclama a colaboração processual, ao mesmo tempo em que a colaboração vai ao encontro da dignidade da pessoa humana; (b) é um meio para se atingir a segurança jurídica e (c) está conectada diretamente com a ideia de participação e, conseqüentemente, à democracia que é inerente ao Estado Democrático.”⁸³

O Princípio da Colaboração, portanto, se traduz na qualificação do diálogo como uma “ferramenta” essencial para condução do processo⁸⁴, por meio do contraditório efetivo, evitando a prolação de decisões terminativas e promovendo a igualdade material entre as partes⁸⁵ – a fim de concretizar o princípio do processo justo e a garantir a prolação de decisões judiciais justas e efetivas⁸⁶.

⁸² 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. 226/2013. p. 124

⁸³ 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. 226/2013. p. 125

⁸⁴ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2015. Apud FICCARELLI, Beatrice. Fase preparatória del Processo Civile e Case management Giudiziale. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011.

⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2015.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

4. A PROVA E A COLABORAÇÃO: ÔNUS OU DEVER DE PROVAR?

Conforme referido na introdução desta monografia, o Art. 400 do Código de Processo Civil de 2015 tem a seguinte redação:

Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se:

I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398;

II - a recusa for havida por ilegítima.

Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido. [Grifo nosso]

A adoção de medidas coercitivas para obrigar a parte a produzir a prova requerida vai de encontro, conforme será exposto a seguir, ao conceito de “ônus”. A dúvida que se coloca é a seguinte: teria o Novo Código instituído no ordenamento o “dever” de produzir prova?

4.1. Conceitos necessários: ônus e dever

Em razão da delimitação espacial do presente estudo e, a fim de estabelecer premissas para seu desenvolvimento, para explicitação dos conceitos de ônus, obrigação e faculdade utilizaremos os ensinamentos de dois autores: Alfredo Buzaid⁸⁷, idealizador do Código de 1973, para que fique evidenciado a visão adotada pelo Código vigente, e Vítor de Paula Ramos⁸⁸, que trabalha de forma exemplar o entendimento de que o novo código de processo civil introduziu, no lugar de um “ônus”, um “dever” de prova.

Buzaid explica - utilizando os ensinamentos de Carnelutti, um dos grandes estudiosos do tema - que a “obrigação é o lado passivo, a que corresponde do lado ativo um direito subjetivo”⁸⁹. Ou seja, a obrigação se caracteriza pela submissão da vontade ao direito de um

⁸⁷ BUZOID, Alfredo. **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972.

⁸⁸ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁸⁹ BUZOID, Alfredo. **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 60.

terceiro – o conceito está vinculado, portanto, a uma sujeição/subordinação. A faculdade, por sua vez, é “a possibilidade de agir no campo da liberdade (...) é a antítese de obrigação”⁹⁰ – configura, portanto, uma escolha.

Já o ônus ocorre quando “o exercício de uma faculdade é posto como condição para obtenção de certa vantagem”⁹¹. Portanto, o ônus estabelece uma ação cuja consequência é uma vantagem, de modo que seu descumprimento pode ser associado a um risco⁹².

Ramos aprofunda a discussão, tendo como base a Doutrina Italiana⁹³. O autor sustenta que a regra jurídica, quando determina um ônus ou um dever (obrigação), é sempre imperativa, de modo que, na prática, poderemos diferenciar os conceitos tendo como parâmetro a consequência que a regra impõe para seu descumprimento. Quando a regra impor uma vinculação “mais branda” da vontade, se tratará de um ônus, contudo, quando a regra impor uma vinculação mais radical da vontade (um ilícito), se tratará de uma obrigação (dever)⁹⁴. Ramos ressalta, ainda, que ambos os conceitos trabalham com fins públicos, nada obstante, no ônus, o fim público está em uma posição “apenas mediata”⁹⁵. Em síntese: “a regra que atribui um ônus descreve um comportamento “apreciado”, mas não categoricamente exigido, ao passo que a que atribuiu dever descreve um categoricamente desejado”⁹⁶.

Por consequência, o descumprimento de um dever caracteriza um “ilícito”, ou seja, um ato contrário ao Direito. O descumprimento de um ônus, ao revés, impõe ao onerado uma desvantagem previamente prescrita em lei, sendo vedada, nesse contexto, a atribuição de meios coercitivos para seu cumprimento.

A diferenciação dos conceitos é fundamental para o direito probatório. O código de 1973 classifica a produção de prova como um ônus, de modo que, caso a parte incumbida da produção da prova não se desincumba, essa não cometerá ato ilícito. O Novo Código, contudo, prescreve que o juiz poderá adotar medidas coercitivas a fim de que a parte produza a prova requerida. Dado que o conceito de ônus não admite a atribuição de meios coercitivos para sua realização, teria o novo código instituído um “dever” de produzir prova?

⁹⁰ BUZAID, Alfredo. **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 61.

⁹¹ BUZAID, Alfredo. **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972., p. 61.

⁹² BUZAID, Alfredo. **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 61.

⁹³ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 63.

⁹⁴ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁹⁵ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 64.

⁹⁶ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 64.

4.2. Ônus da prova no CPC de 1973: o “poder” de provar

A palavra prova, em processo civil, diz respeito “tanto a atividade que os sujeitos dos processos realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos (...) quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz”⁹⁷. Ainda, o verbete pode significar aquilo sobre o qual o juiz foi convencido – afinal, é possível referir que o fato não foi provado quando o instrumento utilizado pelas partes não foi capaz de convencer o juiz de sua existência⁹⁸.

A doutrina moderna entende que os fatos não constituem, verdadeiramente, “objeto da prova”. Isso porque fatos são existentes ou inexistentes. O que as partes buscam é a comprovação de suas alegações sobre os fatos, ou seja, as “adjetivações ou qualificações” feitas pelas partes sobre os fatos⁹⁹. O ordenamento admite a produção de prova sobre fatos controversos, ou seja, sustentados por uma parte e negados pela outra, vedando a utilização da prova ilícita. Existem três exceções à regra, sendo possível a produção de prova sobre fato incontroverso quando o juiz sente a necessidade de ampliar seu convencimento¹⁰⁰, quando direitos indisponíveis estiverem em jogo e quando a lei exige que a prova se revista de forma especial¹⁰¹. Além de controversos, as afirmações de fato objeto de prova devem ser relevantes, ou seja, devem ter conexão com objeto da causa. Por fim, as provas devem versar sobre fatos determinados, ou seja, “identificados no tempo e no espaço”¹⁰².

Esclarecidos o conceito e o objeto da prova, resta saber o que cada parte está incumbida de provar. O Art. 333 do Código de Processo Civil de 1973 (cuja redação se repete no Art. 373, I e II do CPC/15) determina que o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Buzaid ensina que essa divisão teve origem no Direito Romano,

⁹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1. p. 320.

⁹⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1.

⁹⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador : JusPodivm, 2012. v. 2. p. 44.

¹⁰⁰ Esta hipótese não é unânime na doutrina. Ver JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil**. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

¹⁰¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador : JusPodivm, 2012. v. 2.).

¹⁰² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador : JusPodivm, 2012. v. 2. p. 45.

especificamente, no período formular, no qual se entendia que o autor deveria comprovar a sua pretensão. O réu, do mesmo modo, ao afirmar, por exemplo, que já pagou o crédito, deveria comprovar a sua quitação, por medida de equidade – daí o brocado “*non numeratae pecuniae ou non adimplenti contractus*”¹⁰³.

A regra permanece no direito atual, contudo, com uma diferença fundamental: a proibição do “*non liquet*”¹⁰⁴. Ou seja, o juiz não pode se abster de decidir sob argumento de que os fatos narrados “não estão claros”. Assim, a divisão do ônus da prova, além de constituir uma regra de procedimento, consubstanciada na indicação às partes de quais fatos devem provar, constitui também uma regra de juízo, a qual “orienta o juiz quando há um non liquet em matéria de fato”¹⁰⁵. Assim, a legislação estabelece um critério a ser utilizado pelo juiz na hipótese do conteúdo probatório não ser suficiente para formação de uma convicção, segundo a qual a parte que não se desincumbiu do ônus que lhe fora atribuído deve arcar com as consequências negativas da sua inércia. O exemplo clássico é a presunção de veracidade dos fatos do documento cuja produção foi determinada a uma das partes, contudo, ela não produziu a prova requerida¹⁰⁶.

Marinoni esclarece que o juiz não está proibido de julgar em favor da parte que não cumpriu a regra do ônus da prova. Isso porque o convencimento deve levar em conta todo o conjunto probatório. Assim, em que pese a falta de determinado elemento cuja produção era esperada, não é necessária a utilização da regra de julgamento quando as provas que foram produzidas são suficientes para formar a convicção do julgador¹⁰⁷. Refere o jurista: “a ideia de ônus da prova não tem o objetivo de ligar a produção da prova a um resultado favorável, mas sim o de relacionar a produção da prova a uma maior chance de convencimento do juiz”¹⁰⁸.

¹⁰³ BUZUID, Alfredo. **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 52.

¹⁰⁴ **Redação CPC/73**: Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. **Redação CPC/15**: Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

¹⁰⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador : JusPodivm, 2012. v. 2. p. 79.

¹⁰⁶ **Redação CPC/73**: Art. 359. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar: **Redação CPC/15**: Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se:

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 179.

Ademais, o princípio da aquisição processual da prova estabelece que a prova, uma vez produzida, perca qualquer vínculo com a parte incumbida do ônus. Isto posto, uma vez juntada ao processo, “a prova sai da esfera de disposição daquele que a providenciou [aspecto subjetivo] (...) tornando-se pública, comum, e parte integrante do conjunto probatório [aspecto objetivo], para favorecer ou desfavorecer quem quer que seja”¹⁰⁹.

Ante o exposto, conclui-se, de acordo com código vigente, o ônus da prova jamais poderá ser classificado como um dever. Marinoni refere que o ônus da prova constitui um “poder da parte que possibilita o agir segundo interesses próprios (...) cuja inobservância pode trazer prejuízo a própria parte onerada”¹¹⁰. Isto é, sendo o ônus um “poder”, não há possibilidade de uma parte impor à outra a produção da prova. Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva “não faz sentido dizer que alguém tenha direito a que outrem faça prova no seu próprio interesse”¹¹¹. No mesmo sentido, Theodoro Jr. “não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir prova do adversário (...) fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente”¹¹².

Cumprido salientar, o direito fundamental à prova, decorrente do princípio constitucional do devido processo legal, que se consubstancia no “conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela Lei¹¹³ [típicos e/ou atípicos, desde que lícitos], para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirmam”¹¹⁴. Isto é, para concretização do princípio do processo justo, as partes devem ter acesso a instrumentos – que se substanciam nos meios de prova típicos e atípicos – capazes de comprovar as suas afirmações sobre fatos (incontroversos, relevantes e determinados). Entretanto, considerando que a produção da prova é um ônus, e não uma obrigação, o direito à prova se restringe a possibilidade da parte ter meios

¹⁰⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador : JusPodivm, 2012. v. 2p. 27.

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 178.

¹¹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1.) p. 326.

¹¹² JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil**. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 430.

¹¹³ **Redação CPC/73**: Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. **Redação CPC/15**: Art. 369. 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.

¹¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III. p. 47.

de produzir as provas que tenha consigo. Não se admite, assim, que uma parte se utilize de medidas coercitivas para obrigar a outra parte a produzir prova que não seja de seu interesse.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao tratar da ação de exibição de documentos, editou súmula que expressamente proíbe a aplicação de multa como meio coercitivo¹¹⁵. Em um dos precedentes originários do verbete sumular, o Tribunal entendeu que o meio capaz de suprir a falta de exibição é a busca e apreensão¹¹⁶. Em outro precedente listado, o Tribunal julgou no sentido de que a presunção do Art. 359 do CPC de 1973 não se aplicava ao processo cautelar¹¹⁷, sob justificativa de que a ação cautelar de exibição de documento visa apenas a obtenção do documento ou a coisa. A pena de confissão, por sua vez, somente poderá ser aplicada quando há uma pretensão vinculada a alegação de existência do fato, o que ocorre apenas no processo principal, e não no cautelar.

O direito a prova encontra limites, ainda na proibição da utilização da prova ilícita. À vista disso, a pergunta que se faz é a seguinte: até que ponto o processo se preocupa com a busca da verdade?

Alvaro de Oliveira ensina que a obtenção da verdade é relativa, de sorte que não pode constituir um fim em si mesmo, “senão simples meio para aplicação do direito ao caso concreto”¹¹⁸. Isso em razão do caráter conflituoso do processo, no qual as partes buscam provar as suas afirmações (adjetificações) sobre os fatos, e não os fatos em si – de modo que as provas produzidas chegam ao processo e ao juiz já tendo sido submetidas a um primeiro juízo de valor. Nessas circunstâncias, Alvaro de Oliveira reflete que a tendência atual é que o processo se contente com uma “verdade possível, própria da condição humana, a ganhar no domínio processual a dimensão de pura verossimilhança”¹¹⁹. Pode-se dizer, assim, que a busca da

¹¹⁵ Súmula 371: “Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória.”

¹¹⁶ PROCESSO CIVIL. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. DESCUMPRIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. -A busca e apreensão é a medida cabível para tornar efetiva a exibição dos documentos, caso não seja atendida espontaneamente a ordem judicial. - Não cabe a aplicação de multa diária em ação de exibição de documento. (AgRg no Ag 828.342/GO, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/10/2007, DJ 31/10/2007, p. 325)

¹¹⁷ AÇÃO DE EXIBIÇÃO. PROCESSO CAUTELAR. No processo cautelar, o desatendimento da determinação de que se exhiba documento ou coisa não acarreta a consequência prevista no artigo 359 do Código de Processo Civil. (REsp 204.807/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/06/2000, DJ 28/08/2000, p. 77)

¹¹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 202.

¹¹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 202.p. 205.

verdade é um dos objetivos do processo, contudo, está longe de ser um princípio absoluto¹²⁰. Trata-se, pois, de um “fator de legitimação para o direito processual”¹²¹.

Por fim, merecem ser tecidos breves comentários sobre a produção de prova de ofício pelo juiz. Dinamarco leciona que o modelo de processo civil dispositivo clássico tem como pressuposto a “disponibilidade dos direitos materiais em conflito”¹²², cuja consequência é a liberdade das partes sobre sua atuação no processo - sendo que a parte que, por livre escolha, tiver menor empenho probatório, deverá arcar com as consequências negativas do vazio probatório. Esse entendimento se fundamenta na visão privatista do processo, a qual foi restou superada pela doutrina, na medida em que o processo não trata apenas de interesses disponíveis (por exemplo, nos casos de direitos de família), mais que isso, no Estado Democrático de Direito, “a jurisdição é uma função pública por excelência, voltada a escopos associados ao interesse da sociedade como um todo”¹²³. Não se admite que o juiz permaneça inerte diante de uma evidente injustiça. O CPC de 1973, destarte, já investiu o juiz do “poder-dever de tomar iniciativas probatórias em alguns casos”¹²⁴.

A atividade probatória do juiz, nada obstante, encontra limites na própria atuação das partes, as quais possuem o conhecimento sobre os fatos, estando restrita às chamadas “provas referidas” e à determinação de prova pericial, quando, destaca Marinoni, as partes não tiverem silenciado sobre ela – “o que demonstra que o ativismo do juiz em relação à produção da prova

¹²⁰ Sobre o tema, importante ressaltar a lição de Ovídio Baptista da Silva “Ao contrário do que sucede com a investigação científica, a verdade com base no qual se exige que o juiz pronuncie a procedência ou a improcedência da demanda jamais se apresenta como o resultado de um encadeamento de fatos e circunstâncias, dispostos em conexão lógica determinante de uma única consequência possível. Quem participa da experiência forense sabe que, na grande maioria dos casos, especialmente naqueles em que o conflito seja mais profundo e de maior relevância, a prova colhida nos autos oferece duas versões antagônicas, de que se pode perfeitamente retirar tanto a procedência quanto a improcedência da causa. Daí afirmar LUIS RECASÉNS SICHES que os conceitos de “verdade” e “falsidade” são estranhos ao domínio do direito, em que deve ter lugar o que ele denomina de “lógica razoável”, diversa da lógica das ciências naturais (*Nueva filosofía de la interpretación*, p. 277)”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1. p. 321.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 29.

¹²² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III. p. 52.

¹²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III. p. 54.

¹²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III.) p. 54. Ainda, sobre o tema, Theodoro Jr.: “o princípio dispositivo atribui às partes toda iniciativa, seja na instauração do processo [delimitar o que será objeto da lide], seja no seu impulso. As provas só podem, portanto, ser produzidas pelas próprias partes, limitando-se o juiz a função de mero espectador. (...). Há duas derivações importantes do princípio dispositivo: a) o princípio da demanda e b) o princípio da congruência. ”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 33

jamais poderá eliminar a importância da regra do ônus da prova em sentido objetivo (como regra de juízo) e em sentido subjetivo (como regra dirigida às partes)”¹²⁵.

Em resumo: no Código de 1973 o ônus da prova constitui regra de indicação às partes da sua incumbência probatória, assim como regra de julgamento dirigida ao juiz. Trata-se de um “poder”, cujo descumprimento gera uma desvantagem a parte que não se desincumbiu do ônus.

4.3. Ônus da prova no Novo CPC 2015: “dever” de provar ?

O Art. 400, I e II, do Novo CPC, contém a exata redação do Art. 359, I e II do CPC vigente, contudo, o novo código inova ao acrescentar o parágrafo único, cuja redação é a seguinte: “Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido”. A adoção de medidas coercitivas para obrigar a parte a produzir a prova requerida vai de encontro, conforme exposto no item 2, ao conceito de “ônus”. A dúvida que se coloca é a seguinte: teria o Novo Código instituído no ordenamento o “dever” de produzir prova? Ramos¹²⁶ entende que sim.

Ramos adota como premissa que a “verdade existe e é objetiva”, não sendo determinada pela linguagem consenso¹²⁷, mas sim pela correspondência da afirmação com o que efetivamente ocorreu no mundo real – “a verdade existe quer alguém tenha conhecimento sobre ela quer não tenha”¹²⁸. A ligação entre prova e verdade, para ao autor, é teleológica, de modo que o processo, para ser justo, deve ser o mais “*true oriented*” possível¹²⁹.

A redação do parágrafo único do Art. 400 do novo CPC parece ter elevado a busca da verdade a outro patamar no processo civil. Isso porque foi dado ao juiz instrumentos de coerção para obrigar a parte a exibir o documento o qual se negou anteriormente, ao invés de

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 192.

¹²⁶ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹²⁷ A verdade, para Ramos, é o que de fato aconteceu no “mundo lá fora”. Cita, como exemplo, o fato da Terra girar em torno do Sol. Não importa a forma como nós descrevemos o movimento (linguagem), do mesmo modo, não importa se concordamos ou não com a regra (se a maioria acreditar que o Sol gira em torno da Terra). Isso não influencia a regra: a Terra continuará girando em torno do sol. RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 193.

¹²⁸ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 28.

¹²⁹ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

simplesmente se aplicar a regra de julgamento do caput do Art. 400. Ou seja, priorizou-se a busca da verdade, ao invés de se aplicar uma presunção a respeito dos fatos.

Sobre a regra de julgamento do ônus da prova, Ramos faz uma crítica bastante interessante. O autor dá o seguinte exemplo: se um fornecedor de produtos ajuíza ação sustentando que seu veículo sofreu danos no estacionamento de um centro comercial, pela regra do ônus da prova, o autor deve provar o fato constitutivo de seu direito (que o veículo sofreu danos no estacionamento) e o centro comercial fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor (por exemplo, que os danos não ocorreram no seu estacionamento). Suponha-se que o autor comprove, por meio de fotografias, que existiam câmeras de segurança no local, e requeira a juntada do vídeo. Caso o vídeo demonstre cabalmente que um funcionário do centro comercial causou danos ao veículo dentro do estacionamento, segundo a regra do ônus da prova, não há como obrigar o réu a juntar o vídeo, cabendo, na negativa, a aplicação da pena de confesso do Art. 359 do CPC vigente.

Utilizando o exemplo relatado, Ramos chega à seguinte conclusão: se o réu levar a prova ao processo, o risco de julgamento procedente é de 100%. Contudo, caso o réu não produza a prova, ele arca apenas com o “risco” do julgamento improcedente. Isso porque, conforme referido no item anterior, o juiz deve levar em consideração todo conjunto probatório. Caso o autor não consiga comprovar, por exemplo, que estacionou o carro no centro comercial (vamos supor, o centro não tenha dado recibo de pagamento do preço do estacionamento), o juiz poderá julgar a demanda improcedente. Conclui Ramos:

“o sistema, mesmo diante da inversão do ônus da prova, favorece, portanto, a parte que não colabora com judiciário, a quem é deferida a possibilidade de “esconder” uma prova somente pelo fato de desfavorecer-lhe. O “risco”, remoto e não concreto, gerado pelas “ameaças” do (inexistente) “ônus subjetivo”, não são minimamente “persuasivos” para fazer com que o réu escolha trocar uma situação de sucumbência incerta por uma de sucumbência certa.”¹³⁰.

A vista desta crítica, Ramos sustenta que a existência de um “dever” de produzir prova melhor se enquadra nas exigências do Estado Constitucional Brasileiro. O processo atual não mais se desenvolve com intuito de atender aos interesses privados das partes, pelo contrário “a

¹³⁰ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 87.

descoberta da verdade atende não apenas ao interesse da parte, mas também ao interesse do Estado¹³¹. Nesse sentido, enquanto o direito a prova está diretamente ligado aos princípios do devido processo legal e do acesso à justiça, o dever de provar é decorrente dos deveres de lealdade e boa-fé processuais.

O dever de prova somente pode ser afastado, assim, quando entrar em conflito com outros direitos fundamentais. Ramos traz como exemplo de limitações ao dever de prova (a) impossibilidade de forçar alguém a submeter-se a exame médico (direito fundamental da integridade física e psíquica), (b) o direito fundamental a vida privada e a intimidade, (c) a inviolabilidade do domicílio, (d) sigilo profissional – os pesos dos princípios devem ser considerados, assim, de acordo com o caso concreto¹³².

Chama atenção a redação do Art. 379 do Novo CPC¹³³, que dispõe: “preservado o direito de não produzir prova contra si própria”. Mitidiero, Marinoni e Arenhart sustentam que a disposição é “exagerada” e que, em realidade, “não existe e jamais poderia existir em um sistema como o nacional (...) a interpretação literal desse preceito (em sua parte inicial) institui e legitima a chicana processual e autoriza a litigância abertamente de má-fé, o que não se pode aceitar”¹³⁴. Ramos refere que o “princípio da não produção de prova contra si mesmo” tem como origem o direito inglês e americano, nos quais se limita ao direito penal e só pode ser invocado em face de risco real de incriminação. No direito brasileiro, o direito do silêncio está disposto no Art. 5º, LXIII da CF: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” – redação que deixa clara a limitação do princípio ao processo penal. Portanto, o Art. 379 deve ser interpretado de forma restritiva, somente produzindo efeitos em caso de “consequências sérias de autoincriminação”¹³⁵.

Ante os argumentos acima expostos, para Ramos o Novo CPC, na redação do parágrafo único do Art. 400, criou um autêntico “dever” de produção probatória – inovação que “privilegia de forma muito mais clara o direito fundamental à prova, pois o juiz tem o poder de

¹³¹ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 94.

¹³² RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹³³ Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:

I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;

III - praticar o ato que lhe for determinado.

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 256, 257.

¹³⁵ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 107.

ordenar coativamente que as partes produzam as provas consideradas relevantes”¹³⁶. Nesse contexto, o princípio dispositivo perderia espaço para busca da verdade real.

5. ANÁLISE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 400 DO NOVO CPC SOB A PERSPECTIVA DA COLABORAÇÃO

Entendemos que, no Código de Processo Civil de 2015, a produção probatória permanece um ônus processual. Isso porque o caput do Art. 400 do CPC/2015 possui a exata redação do Art. 359 do CPC/1973, estabelecendo a presunção de veracidade dos fatos que por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração ou se a recusa for havida por ilegítima. Ou seja, o requerido possui sim a prerrogativa de (1) não se manifestar, (2) apresentar recusa – caso em que, não sendo aceita a justificativa apresentada, o próprio caput estabelece a consequência negativa a ser suportada pela parte requerida.

Ademais, reiteramos, não há como averiguar a verdade real no processo. Sobre o tema, leciona Fredie Didier:

“O fato não é verdadeiro ou falso; ele existiu ou não. O algo pretérito está no campo ôntico, do ser. A verdade, por seu turno, está no campo axiológico, da valoração: as afirmações ou são verdades, ou são mentiras – conhecem-se os fatos pelas impressões (valorações) que as pessoas tem deles. [...] A prova não tem o condão de reconstituir um evento pretérito; não se pode voltar no tempo.”¹³⁷

Na medida em que o verdadeiro e o falso constituem valorações sobre fatos, é impossível atingir a verdade real no processo, dada a falibilidade da percepção humana. Temos como exemplo discussões cotidianas a respeito das cores: não é incomum que pessoas com visão saudável discutam a respeito da cor de determinado objeto. Uma pode considerá-lo verde, a outra pode considerá-lo azul. O objeto existe e é colorido, mas o conhecimento de sua cor

¹³⁶ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015p. 119.

¹³⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador : JusPodivm, 2012. v. 2. p. 73

real não é atingível. O mesmo acontece nos fatos do processo civil. Busca-se no processo civil, assim, uma verdade provável.

Como já visto, o princípio da cooperação tem como finalidade a tutela dos direitos por meio da decisão de mérito justa e efetiva¹³⁸. A decisão justa exige a ocorrência de três critérios: (1) escolha e interpretação corretas da regra jurídica, (2) apuração correta dos fatos relevantes e (3) procedimento válido de justo¹³⁹. Para que a decisão seja justa, todos os critérios devem estar presentes, e o princípio da cooperação é fundamental para sua concretização. Ou seja, a decisão justa necessita da apuração correta dos fatos relevantes, contudo, ela necessita também de um procedimento válido e justo. Ocorre aqui o choque entre valores, por exemplo, a busca da verdade e a privacidade, a busca da verdade e o princípio da proibição de provas ilícitas, a busca da verdade e a razoável duração do processo, etc. A verdade não é, portanto, um valor absoluto. Ademais, ante a inexistência de material probatório, o próprio código oferece uma solução: a presunção de veracidade dos fatos alegados e não provados.

Nesse contexto, qual foi o objetivo do Código de Processo Civil de 2015 ao introduzir o parágrafo único do Art. 400, possibilitando ao juiz adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido? A resposta está numa análise sistemática do Código, especificamente na combinação do Art. 400, parágrafo único com o Art. 6º, cuja redação é a seguinte: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”. Isto é: o novo código de processo civil ampliou os poderes probatórios do juiz, prerrogativa que vai ao encontro ao dever de auxílio instituído pelo princípio da colaboração.

A decisão de mérito justa necessita de uma apuração o mais correta possível dos fatos, em tempo razoável. Desse modo, o legislador outorgou ao juiz mais instrumentos probatórios para formar sua convicção a respeito dos fatos. Caberá ao juiz decidir (dando oportunidade as partes de se manifestar e influenciá-lo a respeito do tema), de acordo com o caso concreto, entre a aplicação da presunção de veracidade determinada pelo caput ou a necessidade de aplicar medidas coercitivas para que o documento seja exibido. Para tanto, será necessário a averiguação do conjunto probatório existente no caso.

¹³⁸ MITIDIÉRO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹³⁹ TARUFFO, Michele. **Idee per una teoria della decisione giusta**. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile. Mileno: Giuffoé, 1997, n.2.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, verifica-se que a produção de prova no processo civil brasileiro permanece um ônus processual. A prerrogativa atribuída ao juiz para determinar medidas coercitivas a fim de persuadir as partes a produzirem provas documentais foi instituída no novo código de processo civil como uma consequência do dever de auxílio do juiz. O dever de auxílio tem seu fundamento no modelo cooperativo de processo e no princípio da cooperação no Estado Constitucional. A iniciativa probatória do magistrado é instrumento cujo objetivo é a garantia da melhor apuração dos fatos possível, fator determinante para conformação da decisão justa.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015.
- BUZAID, Alfredo. **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972.
- DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador : JusPodivm, 2011. v. 1.
- DIDIER JR, Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- DIDIER JR, Fredie. **O princípio da cooperação: uma apresentação**. Revista de Processo. Vol. 127/2005.p. 75-79.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador : JusPodivm, 2012. v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III.
- GREGGER, Reinhard. **Cooperação como princípio processual**. Trad: Ronaldo Kochem. Revista de Processo. Vol. 206/2012. p. 123-133.
- 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. 226/2013. p. 115-145.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.
- KNIJNIK, Danilo. Coord. **Prova Judiciária**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.
- LANES, Júlio Cesar Goulart Lanes. **Fato e direito no processo civil cooperativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2015.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo**. Revista de Processo. Vol. 37/1985. p. 140-150.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O juiz e a prova**. Revista de Processo. Vol. 35/1984. p. 178-184.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Poderes do juiz e visão Cooperativa do processo**. Revista da Ajuris. Nº 90/2003. p. 55-81.
- PENA, Eduardo Chemale Selistre. **Poderes e atribuições do juiz**. São Paulo: Saraiva. 2014.
- RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.
- STRECK, Lênio Luiz. **Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio?**. Revista de processo. Vol. 213/2012. p. 13-34.
- TARUFFO, Michele. **Idee per una teoria dela decisione giusta**. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile. Mileno: Giuffoé, 1997, n.2.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- TORRES, Artur. **Novo código de processo civil anotado/OAB**. Porto Alegre, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.** São Paulo: Malheiros, 2009.

ZANETI JR, Hermes. **Processo constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.