

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PÓS-GRADUAÇÃO EM PROCESSO CIVIL**

O ÔNUS DA PROVA E O ADVENTO DA LEI N. 8.046/2010

Porto Alegre
2015

PRISCILA DAL PONTE AMADO

PRISCILA DAL PONTE AMADO

O ÔNUS DA PROVA E O ADVENTO DA LEI N. 8.046/2010

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero.

Porto Alegre
2015

*“Sejam as leis claras, uniformes e precisas,
porque interpretá-las é o mesmo, quase sempre,
que corrompê-las.”. Voltaire.*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	1
2. AÇÃO, JURISDIÇÃO E PROCESSO.....	4
3. PROVA.....	11
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	16
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	18

O ônus da prova e o advento da Lei n. 8.046/2010

Priscila Dal Ponte Amado.¹

1. Introdução

O atual Código de Processo Civil remonta ao diploma promulgado em 1939, considerado bastante defasado e complexo devido a sua robusta linguagem, o que o tornava complexo e muito teórico². Vigente no país a partir de 1974, o Código de Processo Civil sofreu diversas alterações pontuais, visando adequar a lei à nova realidade processual brasileira que saía de um governo ditatorial e encaminhava-se para uma democracia.

Sendo promulgado antes da Constituição de 1988, natural que se passando mais de vinte anos da entrada em vigor do Código Buzaid, operou-se grandes modificações na sociedade, como, por exemplo, o modo pelo qual “resolvemos” as ações postas em juízo.

Em um momento em que os acontecimentos no mundo são transmitidos em tempo real, em que as próprias relações entre as pessoas se tornam descartáveis, parafraseando o Buaman: “os relacionamentos escorrem entre os dedos”, é exigido muito mais rapidez e eficiência nas decisões.

As alterações se deram principalmente na década de noventa, situação em que o país adequava-se à nova Carta Magna.

Dentre essas mudanças destaca-se: a edição da Lei do divórcio³, uma nova Constituição Federal⁴, o Código de Defesa do Consumidor⁵, o Estatuto da Criança e do Adolescente⁶, as Leis Orgânicas do Ministério Público⁷ e da

¹ Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Aluna curso de especialização em processo Civil pela UFRGS.

² RUBIN, Fernando. [O Código Buzaid \(CPC/1973\) e o Código reformado \(CPC/1994-2010\)](http://jus.com.br/artigos/18695). *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2812, 14 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18695>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

³ BRASIL. Lei nº 6.517, de 26 de dezembro de 1977.

⁴ BRASIL. Constituição, 1988.

⁵ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

⁶ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Defensoria Pública⁸, Criação dos Juizados Especiais Cíveis⁹, um novo Código Civil¹⁰, além das alterações do capítulo das empresas que trouxe a figura da inversão do ônus da prova, e o Estatuto do Idoso¹¹. Referidas leis são exemplos de diplomas normativos que alteraram substancialmente o arcabouço jurídico brasileiro no período¹².

No que tange à matéria probatória, especificamente, esta passou a ser tratada de forma distinta, muito em face das novas tecnologias que permitiu uma cognição mais apurada dos fatos que se pretende discutir, seguindo a mesma linha de raciocínio da exigência da sociedade em ter um processo mais ágil e eficaz.

Por esse motivo, é que se torna tão importante a reformulação do Código de Processo Civil, que se adapta à nova realidade brasileira e mundial, sendo também de vital importância o estudo para compreensão do texto de lei, a fim de garantir a aplicação dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político¹³.

Ao passar por mais uma fase de transição, o novo Código de Processo Civil terá a missão de ser capaz de dar uma resposta efetiva aos problemas que enfrentamos nos Tribunais ordinariamente, afinando-se mais à realidade jurídica, adequando-se a esse novo panorama.

Os principais desafios a ser enfrentado seriam: dar mais ênfase ao tratamento conferido ao Ministério Público, revendo a necessidade de uma maior

⁷ BRASIL. Lei nº 8.625 de 1993.

⁸ BRASIL. Lei Complementar nº 80 de janeiro de 1994.

⁹ BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

¹¹ BRASIL. Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003.

¹² <http://s.conjur.com.br/dl/redacao-final-aprovada-camara.pdf> - Comissão Especial Destinada A Proferir Parecer Ao Projeto De Lei No 6.025, De 2005, Ao Projeto De Lei No 8.046, De 2010.

¹³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

intervenção em qualquer ação de estado, exigência de um tempo em que se proibia o divórcio; o Código de Processo de 1973 nada dispõe sobre a Defensoria Pública, sendo um órgão de vital importância previsto na Constituição Federal de 1988; o grande número de ações que são compostos por um juiz arbitral vem crescendo cada vez mais. Neste aspecto, o Brasil é o quarto país do mundo em número de arbitragens realizadas na Câmara de Comércio Internacional. Ainda, deverá haver previsão legal de um modelo adequado para disciplina processual da desconsideração da personalidade jurídica, instituto consagrado no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, amplamente utilizado na prática forense; o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e do papel normativo da função jurisdicional; seria também necessário criar uma disciplina jurídica minuciosa para a interpretação, aplicação e estabilização dos precedentes judiciais, estabelecendo regras que auxiliem na identificação, na interpretação e na superação de um precedente.

Outro ponto importante é o processo em autos eletrônicos que já é uma realidade. Em poucos anos a documentação de toda tramitação processual no Brasil será eletrônica, devendo o CPC bem disciplinar essa realidade.

No plano social, as mudanças importantes que refletiram no acesso à justiça e na concessão da sua gratuidade, no progresso econômico, na incorporação ao mercado de grande massa de consumidores e na necessidade de resolução de demandas com multiplicidade de partes repercutem diretamente no exercício da função jurisdicional e ocasionaram aumento exponencial do número de processos em tramitação, realidade cujos problemas o Código de Processo atual ainda não resolve completamente.¹⁴

Por fim, faz-se mister, ainda, revisar os conceitos sobre ônus da prova no Processo Civil, enfrentar os pontos problemáticos do Código atual e discutir acerca das soluções propostas pelo Novo CPC.

¹⁴ Redação final aprovada pela Câmara dos Deputados – novo CPC.

2. Ação, Jurisdição, Processo

Entre as diversas perspectivas das relações sociais, os conflitos de interesse representam um aspecto importante da vida em comunidade. A sociedade atual convive com inúmeros tipos de conflitos que não se baseiam apenas na estrutura tradicional de partes individuais.¹⁵

Tais conflitos podem ser também coletivos e inclusive de características abstratas, como na ação coletiva. O reconhecimento da complexidade dessas relações fez com que o processo civil previsse outras formas de procedimentos que não apenas a ação individual, a fim de dar efetividade à justiça resolutiva dos conflitos.¹⁶

Inicialmente os conflitos eram resolvidos através da força, onde a vontade do mais forte prevalecia sobre o mais fraco. Com o fortalecimento do Estado, no direito romano, o papel de dirimir os conflitos foi avocado, proibindo-se autotutela.¹⁷

Dessa forma o indivíduo, para ter seu interesse satisfeito, deveria se submeter às regras ditadas pelo Estado através do direito de ação.

Para a doutrina civilista do século XIX o conceito majoritário de ação estava intimamente ligado ao direito material, na medida em que para se obter o direito de agir, necessário que haja uma violação do direito subjetivo, fazendo parte, portanto, de uma mesma realidade, porém apresentadas de maneiras distintas.

O ponto de partida para a reelaboração do conceito de ação foi a polêmica entre os romanistas Windscheid e Muther, travada na Alemanha, na metade do século XIX.¹⁸

¹⁵ Marinoni, Luiz Guilherme. Manual do processo de conhecimento – 5 ed., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 29/30.

¹⁶ Marinoni, Luiz Guilherme. Manual do processo de conhecimento – 5 ed., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 29/30.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Campos, Odete Camargo De Campos. Direito Processual Civil. Teoria Geral Da Jurisdição (Principais Teorias Sobre a Ação) Porto Alegre, 2007.

Na teoria de Muther, o direito romano era composto de direitos, ou seja, entre o direito lesado e o direito de ação, nascendo, assim, dois direitos de natureza pública: o direito do ofendido a tutela jurídica do Estado (direito subjetivo que está vinculado ao direito de agir contra o Estado) e o direito do Estado à eliminação da lesão, contra quem a praticou (o Estado exerce o direito de agir contra o obrigado)¹⁹.

Windscheid entende que a *Actio* “era a faculdade de realizar a própria vontade através de uma perseguição em juízo”²⁰, ou seja, a violação do direito não faz surgir a ação, mas sim a pretensão a um direito de agir. O autor acabou por aceitar algumas ideias do adversário, admitindo um direito de agir exercível contra o Estado e contra o devedor, acabando por se completarem as duas doutrinas.

Para Chiovenda, o direito de ação é dirigido contra o adversário, a fim de fazer valer a vontade da lei sobre ele, através de uma sentença favorável, projetando os efeitos jurídicos²¹. É o poder que se exercita mediante uma declaração de vontade relativa aos efeitos visados, e não exige nenhuma ação física, se não a suficiente para manifestar e manter no decurso do processo a vontade de que a lei atue.

Na teoria clássica, Savigny vai entender o direito de ação “como sendo um direito material resultante da transformação pela qual o direito subjetivo passaria após ter sido lesado”.²²

Note que os adeptos deste entendimento vão falar sobre direito material para explicar ação processual, corroborando, assim, a afirmação de que no direito romano a ação processual está mais próxima à violação do direito originário.

Segundo Liebman, por muitos séculos antes que se iniciar a formulação do conceito de ação, esta não era considerada nada mais que um aspecto misto de direito privado, que a parte autora afirmava pertencer-lhe. Não haveria

¹⁹ TEORIA GERAL DO PROCESSO – LUIZ GUILHERME MARINONI – 163-166

²⁰ TEORIA GERAL DO PROCESSO – LUIZ GUILHERME MARINONI – 165.

²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Tradução da 2ª Ed. por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. v. I

²² TEORIA GERAL DO PROCESSO – LUIZ GUILHERME MARINONI – pg. 163

distinção entre o direito subjetivo, se não o mesmo direito subjetivo, num aspecto novo, que busca obter satisfação por meio do processo²³.

Ultrapassado o conceito de que a ação seria a “simples” violação do direito material, a primeira reação foi dada por Adolf Wach, que elaborou a teoria concreta sobre o direito de ação.²⁴

Para esta teoria a tutela é um direito autônomo, não pressupondo necessariamente o direito subjetivo material violado ou ameaçado, como demonstram, por exemplo, as ações meramente declaratórias e/ou voluntárias (o autor pode pretender uma simples declaração de inexistência de uma relação jurídica).²⁵

Para o jurista a ação é dividida em direito material e processual. Processual quando pertencente ao direito público e material ao direito privado, ou seja, o Estado tem a obrigação de conceder à tutela jurídica a quem diz ter um direito à demanda em que pretende seja dado uma sentença favorável. O direito concreto é considerado pertinente somente em relação àquele que tem efetivamente razão e obtém uma sentença favorável.²⁶

Tal teoria, por óbvio, não vigorou por muito tempo, uma vez que não haveria como explicar a sentença de improcedência.

Para Degenkolb, o direito de agir diferencia-se do direito material, uma vez que este não necessita ser reconhecido para que se possa obter o direito de ação²⁷. Ele reconhecia o direito de ação como sendo um direito autônomo frente ao Estado, conferido a todos que invocassem a prestação da tutela jurisdicional.

Nesta mesma linha, Mortara irá dizer que o direito de agir não prescinde do reconhecimento do direito material. Para exercer o direito de ação não há, inclusive, a necessidade de boa-fé do autor ou a consciência de ter tido seu direito material violado²⁸. Ou seja, o direito de ação surge quando um dos sujeitos

²³ LIEBMAN, Eurico Tullio. Concepto de la acción cível. Revista de Estudos Jurídicos e Sociales. Montevideu, Ano XII, Tomo XIII, Nº70, p. 118 □220, 1940 - www.webartigos.com/artigos.

²⁴ TEORIA GERAL DO PROCESSO – LUIZ GUILHERME MARINONI – p. 163

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

nega o direito a outro. Porém, para que um dos dois tenha efetivamente direito, necessário que haja uma sentença favorável à pretensão de uma das partes.

Couture parte da afirmação que o direito de ação está fundada no direito de petição, garantido constitucionalmente na maior parte das constituições escritas. Sendo o direito de petição o gênero e a ação civil espécie. Exercido este direito, tanto o juiz como o adversário são coagidos a agir. O primeiro devendo se pronunciar sobre o pedido posto em juízo e o segundo a se defender, caso não queira sofrer as consequências da “confissão ficta”²⁹. Existe o direito de ação independente do direito consciente à violação do direito material, tendo o cidadão direito de acesso à justiça, independente de sua boa-fé.

Por fim, Libman, coaduna com o entendimento esboçado por Couture, no sentido de que é um direito do cidadão a ter acesso a justiça. Todavia, além disso, prevê que sejam observados condições para que a ação seja reconhecida: sujeito legítimo, causa de pedir e pedido, desdobrados, ainda, em legitimação para agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.³⁰

Atualmente a teoria acolhida pelo nosso ordenamento jurídico brasileiro é a apresentada por Libman, em que faltando uma das chamadas condições da ação, não há como se julgar o mérito do processo, devendo ser declarada sua extinção, conforme previsto no atual Código de Processo Civil, art. 267, VI.

Portanto, a ação é o direito que cada indivíduo tem de buscar do Estado, através do juiz, de forma imparcial uma solução para um conflito através de uma relação processual, desde que, obedecidos os pressupostos processuais.

Assim, tendo em vista que o conflito é inerente à sociedade e a possibilidade de resolução de conflitos é estendida a todos, as regras que garantem o acesso à Justiça tornam-se uma garantia prevista na nossa Constituição.

Essa garantia é manifestada através da Jurisdição, que deve refletir as regras contidas na Constituição, a fim de assegurar efetividade e isonomia a

²⁹ TEORIA GERAL DO PROCESSO – LUIZ GUILHERME MARINONI – p.163

³⁰ DIREITO PROCESSUAL CIVIL ODETE CAMARGO DE CAMPOS Teoria Geral Da Jurisdição (Principais Teorias Sobre A Ação) Porto Alegre, 2007

todos. Referido poder é exercido pela da administração da justiça, através dos juízes, juízo e tribunais.

Segundo a doutrina, jurisdição se entende por ser uma das “funções do Estado, mediante a qual este se substituí aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.”³¹

Tendo em vista a grande dimensão do país, o exercício do direito, por assim dizer, foi dividido por assuntos. A esta distribuição da jurisdição foi dado o nome de competências, que nas palavras de Marinoni “ nada mais é do que uma parcela da jurisdição que deve ser efetivamente exercida por um órgão ou grupo de órgãos do Poder Judiciário”³². As competências estão discriminadas na Constituição, sendo divididas em: justiça trabalhista, eleitoral, militar, federal e estadual.

Cada uma delas prestará a tutela jurídica eficaz através de uma sentença, que é um dos principais instrumentos processuais, a qual não se confunde com a tutela. O direito de ação, direito de acesso à justiça, é uma faculdade que o indivíduo possui ao ter seu direito subjetivo violado. Isso significa dizer que, ao acionar o Estado, a pessoa possui uma pretensão a ter uma resposta do Estado, já que lhe foi “tolido” o poder de agir “pelas próprias mãos”.³³

A pretensão será exercida através de um processo de conhecimento, onde o juiz vai declarar constituir ou condenar, através da prolação da sentença. A doutrina afirma que toda a sentença é declaratória, mesmo quando construtiva ou condenatória, em que pese nestes últimos dois comando ela “ultrapasse a mera declaração”³⁴. A sentença constitutiva modifica, constitui ou desconstitui alguma relação jurídica. Já sentença condenatória, dá ao sujeito a possibilidade de executar sua pretensão, que se dará através da ação executiva³⁵.

³¹ TEORIA GERAL DO PROCESSO. P 139. – Cintra, Grinover e Dinamarco

³² Idem. P.37/40.

³³ Marinoni, Luiz Guilherme. Manual do processo de conhecimento – 5 ed., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 25/27.

³⁴ Marinoni, Luiz Guilherme. Manual do processo de conhecimento – 5 ed., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 25/27.

³⁵ Marinoni, Luiz Guilherme. Manual do processo de conhecimento – 5 ed., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 25/27.

Assim, para que o julgador possa bem aplicar o direito à situação jurídica que se apresenta no processo faz-se mister conhecer os fatos através das provas apresentadas no processo, saber o que e como aconteceu, “reconstruindo os fatos a ele narrados”³⁶.

Daí a o entendimento de Chiovenda³⁷:

“toda vez que se verifica o fato ou grupo de fatos previstos pela norma, forma-se uma vontade concreta da lei, ao tempo que a vontade geral e abstrata nasce uma vontade particular que tende a atuar no caso determinado.”

Dessa forma, vê-se que no processo de conhecimento as partes ficam detidas, quase que exclusivamente, na investigação dos fatos, com o fim de se chegar à verdade substancial, que nas palavras Mittermayer, significa “a concordância entre um fato ocorrido na realidade sensível e a ideia que fazemos dele”³⁸. Para Carnelutti, o homem deve se unir aos fatos, só assim poderá entender o que se passou e como se passou, chegando, então, à verdade material (substancial)³⁹.

Fala-se aqui em verdade substancial, uma vez que há um grande problema em se chegar a verdade absoluta. Esta é entendida como sendo absoluta por cada uma das partes contrárias. Conforme explica Calamandrei, “a verdade tem três dimensões e ela poderá mostra-se diferente a quem a observa de diferentes ângulos”⁴⁰.

Dessa forma, a busca pela verdade no processo é uma ideia utópica, pois “jamais se poderá afirmar, com segurança absoluta, que o produto encontrado efetivamente corresponde à verdade” (Carnelutti)⁴¹. Cada vez que se conta uma história, um fato, um acontecimento, ocorre distorções no seu real conteúdo, tanto de quem conta, quanto de quem recebe esta informação, pois cada pessoa pode interpretar de uma forma diferente aquilo que recebe⁴².

³⁶ MARINONI – MANUAL DE PROCESSO DE CONHECIMENTO – pg. 78-83

³⁷ Idem.

³⁸ Idem.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.

⁴² Idem.

Assim, para que se chegue à verdade material do ocorrido, é necessário que haja uma compreensão, uma interpretação daquilo que foi dito. Todavia, para que se possa compreender, necessário que se já tenha uma (pré)compreensões, um (pré)conceito, o que levará a “minha verdade”. Por esse motivo que seria ilógico a busca pela verdade absoluta⁴³.

Diante disso, se no processo a busca pela verdade não deve ser o principal objetivo, então a principal função da prova no processo de conhecimento é “o convencimento do fato pelos demais sujeitos processuais”⁴⁴, e principalmente do julgador, a fim de possibilitar um diálogo por meio da retórica.

Existe entendimento diverso do esposado acima, de que a busca pela verdade é sim o principal objetivo do processo. Em seu trabalho de mestrado, Vitor de Paula Ramos⁴⁵, entende que “as relações jurídicas são efetivamente *merit-based*”⁴⁶, em que a verdade é extremamente relevante para o deslinde do feito, pois serve como um orientador de condutas.

O autor vai dizer que “o fim da prova é a verdade”, na medida em que se ajo dentro dos ditames legais, então a prova que será produzida dentro do processo me levará a uma sentença favorável, pois a conduta realizada está dentro das normas. Assim, prova e verdade estariam ligadas intrinsecamente, exercendo um papel fundamental em um Estado Constitucional⁴⁷.

Não obstante ao referido entendimento e, paradoxalmente, em que pese não ser possível se chegar a verdade absoluta, é patente que o que realmente se busca no processo através do procedimento escolhido é a verdade mais próxima possível da real.

⁴³ MARINONI – MANUAL DE PROCESSO DE CONHECIMENTO – pg.90-100

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Mestrando em Direito com ênfase em Processo Civil pela UFRGS. Advogado.

⁴⁶ Vitor de Paula Ramos explica a expressão *merit-based* através de um exemplo: “se uma regra, visando a resolver determinado problema de coordenação, expertise e eficiência afirma que quem bebe não deve dirigir, aqueles que não bebem devem ter a segurança de que, agindo exatamente como manda a lei (nem mais nem menos), não serão punidos; por outro lado, aqueles que agem em desacordo com a lei, devem saber que sua conduta tem um nexó de causalidade direto com a possibilidade de aplicação da consequência jurídica prevista, a fim de que restem desencorajados a, no futuro, procederem da mesma forma.” Pg. 02 do artigo Direito Fundamental à Prova. Revista de processo. Vol.224/2013. P41. Out/2013DTR\2013\9331. Vitor de Paula Ramos.

⁴⁷ Direito fundamental à prova. Revista de processo. Vol.224/2013. P41. Out/2013DTR\2013\9331. Vitor de Paula Ramos.

3. Prova

Prova, no vocabulário Latim, *probatio*, vem do significado de verificação⁴⁸, exame inspeção. De acordo com o dicionário, quer dizer “demonstração, testemunho, sinal, indício”.⁴⁹

Na linguagem jurídica, João Batista Lopes destaca que “o termo é alegado como sinônimo de demonstração (dos fatos alegados no processo). É a chamada prova judiciária”.⁵⁰

Carnelutti destaca que a prova “determina ou fixa formalmente os mesmos fatos mediante procedimentos determinados”⁵¹, ou seja, é através de procedimento previstos em lei que a prova será realizada, podendo se chegar apenas em uma verdade formal. Nesse sentido também o conceito da por Mittermayer: “prova é o complexo dos motivos produtores da certeza”.⁵²

Para Cintra, Grinover e Dinamarco “a prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência dos fatos controvertidos no processo.”⁵³

A prova no processo é essencial para que o juiz entenda e “reviva”⁵⁴ os fatos narrados pelas partes, a fim de se convencer e definir o mérito. Além disso, as provas também são dirigidas às partes, para que tenham conhecimento do que o outro está alegando, a fim de possibilitar uma melhor defesa e saber com quem está o ônus de provar, pois dependendo do caso específico o ônus da prova pode se inverter.

Importante destacar que nos casos em que as questões são exclusivamente de direitos, dispensa-se a demonstração dos fatos, uma vez que o juiz tem o dever de conhecê-las. Diferentemente quando as questões são

⁴⁸ João Batista Lopes – A prova no Direito Processual Civil. Editora Revista dos Tribunais. 2000. p.21.

⁴⁹ Bueno, Silveira. Minidicionário da língua portuguesa. Editora FTD S.A. p. 535

⁵⁰ João Batista Lopes – A prova no Direito Processual Civil. Editora Revista dos Tribunais. 2000. p.22.

⁵¹ Carnelutti, Francisco. A prova civil – Campinas: Bookseller, 2001. P.72

⁵² Tratamento da prova em matéria criminal. 2 ed. Rio de Janeiro. P.75.

⁵³ Cintra, Grinover e Dinamarco. Teoria Geral do Processo. 21ª Ed. Malheiros Editores. P.357.

⁵⁴ TEORIA GERAL DO PROCESSO – LUIZ GUILHERME MARINONI – pg. 331-337.

baseadas em fatos, em que é necessário analisar o conjunto probatório a fim de aplicar o direito ao caso em concreto.⁵⁵

Outras situações que também não necessitam de provas são os chamados fatos notórios⁵⁶, os fatos que forem confessados/admitidos por uma das partes⁵⁷, bem como àquele que litiga com presunção de veracidade⁵⁸, aplicando-se a regra contida no art. 334, do CPC.

No mais, em regra, quem alega tem o ônus de provar. Esta é a norma esculpida no art. 333 do CPC, em que o autor está incumbido de comprovar os fatos alegados, apresentando sua motivação através da petição inicial, e o réu de demonstrar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do autor na contestação⁵⁹.

Há situações em que o julgador poderá se convencer apenas intuindo a verossimilhança dos fatos narrados, sem que isso, decorra necessariamente de ter ocorrido alguma dúvida. A aplicação da referida regra não deve se sobrepor a análise do caso em concreto de um modo geral, uma vez que mesmo que a parte não cumpra com seu ônus pode ter um julgamento favorável.⁶⁰

⁵⁵ JOÃO BATISTA LOPRES – A prova no Direito Processual Civil. Editora Revista dos Tribunais. 2000. p.21.

⁵⁶ “quando faz parte do conhecimento, experiência comum, ao “homem médio”. Na alegação de fato notório não há a necessidade de prová-lo, mas apenas de demonstrar sua notoriedade. A experiência comum diferencia-se do fato notório, uma vez que esta decorre de generalização, noções, lógica, ciência que o juiz encontra em seu conhecimento (meios dos quais o homem pensa sobre o mundo). O fato notório deve ser expresso na petição inicial, diferente da experiência comum que constituem regras de juízo” – p.282-291 (MARINONI)

⁵⁷ Confissão (art. 348 CPC): quando a parte admite fato que lhe é desfavorável como verdadeiro. Divide-se em confissão efetiva (conduta positiva) e ficta (mera ficção jurídica). Tem a judicial e extrajudicial (art. 349 e 353 CPC). Fato confessado dispensa-se prova. Rosenberg: “o efeito da confissão consiste em que o fato admitido não necessita de prova e deve ser considerado pelo magistrado como verdadeiro na sentença, ainda que ele não esteja convencido de sua veracidade.” Gera a dispensa de prova e a presunção de veracidade sobre o fato confessado, o que não quer dizer que o juiz possa se convencer do contrário ao que foi confessado.

Não-contestação: no direito brasileiro os fatos não contestados são tidos como verdadeiros, o que não leva, necessariamente, ao julgamento favorável contra aquele que não confessou (art. 302, II CPC). - p.282-291 (MARINONI)

⁵⁸ “a avaliação fática não importa para o juiz, pois as conclusões hipotéticas lançadas na lei o vinculam.” Esta diz respeito a presunção absoluta, pois a presunção relativa é passível de produção de prova. - - p.282-291 (MARINONI)

⁵⁹ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁶⁰ MARINONI – MANUAL DE PROCESSO DE CONHECIMENTO – pg. 268-282

Conforme leciona João Batista, não basta afirmar que o ônus da prova é daquele que alega. É necessário que o juiz especifique quais os pontos controvertidos do processo, para então saber de quem é o ônus de comprovar.⁶¹

A doutrina faz uma crítica aos poderes de iniciativa do juiz em relação à prova, pois na medida em que o julgador pode pedir a produção de uma prova para uma das partes, “em um sistema puramente inquisitório”, a função do ônus da prova ficaria inócua diante da iniciativa do juiz em “produzir” e investigar a verdade dos fatos alegados.⁶²

Além disso, existem os casos em que o ônus da prova se inverte, quase, automaticamente. Essas relações estão previstas basicamente no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VIII.⁶³ Isso porque o consumidor encontra-se em uma posição de hipossuficiência, por ter condições técnicas inferiores em face do prestador de serviço, melhor provido para demonstrar a ocorrência de causas de exclusão de sua responsabilidade. O direito do consumidor possui garantia de defesa na Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXII⁶⁴.

Ao consumidor não há a necessidade de se provar a culpa pelo fato do produto ou do serviço, basta que haja nexos de causalidade entre o fato e/ou o dano para postular a indenização, ou seja, aplica-se a regra da responsabilidade objetiva. Nas relações de consumo não há a necessidade que o juiz declare expressamente a inversão do ônus da prova, na medida em que já está invertido pela lei.⁶⁵

⁶¹ João Batista. A prova no direito processual civil. Ed. Revista dos Tribunais. 2000. Pg.36.

⁶² Cintra, Grinover e Dinamarco. Teoria Geral do Processo. Ed. Malheiros. 2005. Pg.360.

⁶³ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

⁶⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

⁶⁵ MARINONI – MANUAL DE PROCESSO DE CONHECIMENTO – pg. 268-282.

Diante do exposto, temos que a produção da prova no processo (nos casos em que a lei exige a comprovação dos fatos) é elemento essencial para aquele que pretende vencer a causa posta em juízo.

Estas são as principais regras esculpidas pelo atual Código de Processo Civil. No entanto, conforme afirmado anteriormente, a sociedade está em constante mutação, podendo até mesmo ser comparada a uma célula viva que está sempre se modificando com o passar do tempo.

Por esse motivo é que as leis devem sempre tentar, na medida do possível, espelhar a sociedade moderna, a fim de dar à comunidade uma resposta à altura das suas necessidades atuais.

Neste diapasão que recentemente foi aprovado pelo Congresso Nacional o Novo Código de Processo Civil (Lei 6.25/2005), revogando a Lei 5.869/1973, previsto para entrar em vigor a partir de 2016.

Promulgado após o advento da Constituição Federal de 1988, o novo Código certamente trará a previsão expressa de importantes princípios consagrados pelo texto constitucional: contraditório e ampla defesa, isonomia, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e razoabilidade, legalidade, publicidade, e eficiência como bases do processo.

Logicamente que um novo Código disporá também de novas regras que deverão ditar o processo. Na parte geral do Novo Código, no que diz respeito às provas, especificamente temos as seguintes mudanças⁶⁶:

- a responsabilidade pelo pagamento da perícia passa a ser das duas partes, quando a prova for requerida por ambas (art. 97). Atualmente, em tal hipótese, só o autor responde pela despesa (art. 33 do CPC/73).

Em relação ao título que trata “Do Procedimento Comum”, destaca-se:

- a reconvenção é eliminada e se passa a admitir que o réu manifeste pretensão própria no corpo da contestação, por meio de pedido contraposto (art. 326);

⁶⁶ Redação final aprovada

- tanto a petição inicial quanto a contestação deverão, desde logo, ser instruídas com o rol de até 5 testemunhas. Hoje, são admitidas até 10 testemunhas, o que muitas vezes é utilizado como instrumento para protelação (arts. 296, 325 e 437). Ainda no ponto, as autoridades que tem prerrogativa de indicar dia e lugar para serem ouvidas como testemunhas passarão a ter o prazo de 30 dias para fazê-lo. Não o fazendo, o juiz fixará o dia. Hoje, enquanto a autoridade não designa o dia, o processo fica paralisado (art. 440).

- Na audiência de instrução, os advogados das partes farão perguntas diretamente às testemunhas, pondo fim ao sistema atual das reperguntas, o que tornará as audiências mais ágeis (art. 445).

Além disso, a colheita de depoimento pessoal e a oitiva de testemunhas poderão ser realizadas por meio de videoconferência (arts. 371 e 439), dispensando, portanto, a expedição de cartas precatórias para tal fim;

- institui-se distribuição dinâmica do ônus da prova. Com isso, se permitirá que o magistrado, diante de cada caso concreto, modifique as regras tradicionais do ônus da prova, atribuindo-o a quem tiver melhores condições de sua produção (art. 358);

- Produção antecipada de prova - aprimora-se o regramento da produção antecipada de prova, permitindo-se a antecipação da prova sem o pressuposto da urgência. Consagra-se a atipicidade da prova antecipada: qualquer prova pode ser produzida antecipadamente.

Pode-se observar que pretende-se que o processo seja mais equânime e menos moroso, a fim de dar mais efetividade à jurisdição prestada pelo Estado.

Apresentadas, em breves linhas, as principais reformas que moldarão o novo CPC, certo é que novas reformas continuarão sendo implementadas, pois as mudanças na sociedade continuarão ocorrendo em velocidade incompatível aos ajustes realizados pelo nosso legislador.

4. Considerações finais

A jurisdição mudou muito, tendo em vista as concepções de processo que se alteraram, dependendo de como a prova é gerida.

O ônus da prova é daquele que alega. Em regra, está nas mãos do autor (art. 333, I do CPC). Com o advento no novo código, a distribuição do ônus será dinâmica, ou seja, dar àquele que tem mais condições (seja financeira, seja de ordem material), o ônus de provar.

Há a possibilidade de redistribuição, nos casos de prova diabólica ou de maior facilidade de obtenção da prova contrária, bem como a possibilidade de redistribuição consensual do ônus da prova.

Tais mudanças contemplam a velocidade com que se dá as relações, em uma era de grandes tecnologias, principalmente a internet, que serve como meio difusor de notícias em tempo real.

Outro grande mérito do novo CPC foi a valorização do processo eletrônico, em consonância com o princípio da celeridade processual. Pelo novo texto, os atos processuais poderão ser total ou parcialmente digitais, desde a produção à validação. Como hipótese, advogados e partes poderão ser intimados por correio eletrônico.

O texto também determina que os sistemas dos tribunais sejam criados em plataformas abertas (softwares livres), atendendo aos mesmos requisitos hoje já aplicados aos processos, como autenticidade, integridade, temporalidade e conservação. Nos casos dos processos que tramitem em segredo de Justiça, deve ainda ser assegurada a confidencialidade, segundo infraestrutura de chaves públicas unificadas nacionalmente.

O texto ainda confirma a utilização de videoconferência (ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real) para a tomada de depoimentos e a sustentação oral quando o advogado tiver domicílio profissional em cidade diferente daquela onde está situado o tribunal. A videoconferência já vem sendo adotada por muitos tribunais nos últimos anos

Tais iniciativas darão maior agilidade e melhor efetividade na prestação jurisdicional, liberando-se da herança cartorária e burocratizada brasileira.

Contudo, em que pese tais avanços, o uso desses recursos ainda vão depender da edição de leis regulamentadoras, com base nas normas e princípios gerais estabelecidos no novo CPC.

Tal fato abre uma velha lacuna no Poder Judiciário, pois ao deixar a utilização de determinados procedimento dependendo de regulamentação, dará margem para que cada Tribunal aja de uma maneira, ferindo a integração e uniformização dos atos, dando azo a condutas abusivas e/ou ilegais.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1- Artigo Direito Fundamental à Prova. Revista de processo. Vol.224/2013. P41. Out/2013DTR\2013\9331. Vitor de Paula Ramos.
- 2- Adorno, Sérgio. Os aprendizes do Poder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- 3- Campos, Odete Camargo De Campos. Direito Processual Civil. Teoria Geral Da Jurisdição (Principais Teorias Sobre a Ação) Porto Alegre, 2007.
- 4- Carnelutti, Francesco. A prova civil – Campinas: Bookseller, 2001.
- 5- Cintra, Grinover e Dinamarco. Teoria Geral Do Processo. Ed. Malheiros. 2005.
- 6- Chiovenda, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Tradução da 2ª Ed. por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. v. I
- 7- Comissão Especial Destinada A Proferir Parecer Ao Projeto De Lei No 6.025, De 2005, Ao Projeto De Lei No 8.046, De 2010 – disponibilizado em <http://s.conjur.com.br/dl/redacao-final-aprovada-camara.pdf>.
- 8- Constituição Da República Federativa Do Brasil DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- 9- Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm.
- 10- Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.
- 11- Lei nº 8.625 de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm.
- 12- Lei Complementar nº 80 de janeiro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm.
- 13- Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm.
- 14- Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.
- 15- Lei Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm.

- 16- Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm.
- 17- Liebman, Eurico Tullio. Concepto de la acción cível. Revista de Estudos Jurídicos e Sociais. Montevideú, Ano XII, Tomo XIII, Nº70, p. 118 220, 1940 - www.webartigos.com/artigos.
- 18- Lopres, João Batista – A prova no Direito Processual Civil. Editora Revista dos Tribunais. 2000.
- 19- Didier Júnior, Fredie (Org.). Leituras complementares de processo civil. 8.ed. rev. e ampl. Salvador : Editora JusPodivm, 2010. Capítulo VIII Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real.
- 20- Lopes, João Batista. A prova no direito processual civil – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- 21- Marinoni, Luiz Guilherme e Mitidiero, Daniel. Código de processo civil : comentado artigo por artigo, 6. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014.
- 22- Marinoni, Luiz Guilherme. Manual do processo de conhecimento – 5 ed., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- 23- Marinoni, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo – 6 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 – (curso de processo civil v. I).
- 24- Mitidiero, Daniel. Processo civil e estado constitucional – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- 25- Mitidiero, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.
- 26- Rubin, Fernando. [O Código Buzaid \(CPC/1973\) e o Código reformado \(CPC/1994-2010\)](#). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, [ano 16, n. 2812, 14 mar. 2011](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18695>>.
- 27- Souza, Miguel Teixeira. Estudos sobre o Processo Civil. 2 Ed. Liboa.