

PUC – COGEAE

EDLENE FREITAS DE AQUINO

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO TRIBUTÁRIO

São Paulo – SP
Março / 2014

PUC – COGEAE

EDLENE FREITAS DE AQUINO

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO TRIBUTÁRIO

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Tributário da PUC – COGEAE sob a orientação do Professora Doutora Aurora Tomazini de Carvalho, como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Tributário.

São Paulo – SP
Março / 2014

PUC – COGEAE

EDLENE FREITAS DE AQUINO

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO TRIBUTÁRIO

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Tributário da PUC – COGEAE sob a orientação do Professora Doutora Aurora Tomazini e Carvalho, como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Tributário.

Banca Examinadora

Prof.

Prof.

Apresentado em: __ / __ / __
Conceito: _____

São Paulo – SP
Março / 2014

Aos meus pais, marido, filhos e irmãos.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. O DIREITO PROCESSUAL CIVIL E SUA MATRIZ CONSTITUCIONAL
 - 2.1 Princípios constitucionais do direito processual
3. TUTELA JURISDICIONAL
 - 3.1 Princípios inerentes à jurisdição
 - 3.2 Direito de ação e acesso à justiça
 - 3.2.1 Natureza jurídica do direito de ação
 - 3.2.2 Conceito unitário de ação
 - 3.2.3 Conceito dualista de ação
4. PROVA E VERDADE
 - 4.1 A ideia de verdade no processo civil e o conceito de verdade
 - 4.2 Conceito de prova
 - 4.3 Características, objeto, finalidade e destinatário da prova
 - 4.4 Sistemas de valoração da prova
 - 4.5 Poder de instrução do juiz
5. ÔNUS DA PROVA
 - 5.1 Fundamento do ônus da prova
 - 5.1.1 Ônus da prova e relação entre prova e verdade (ônus da prova como critério artificial de decisão?)
 - 5.2 A distribuição do ônus da prova e os requisitos para sua inversão
 - 5.3 Momento (in) adequado para a inversão do ônus da prova
 - 5.4 A inversão dinâmica do ônus da prova e os princípios constitucionais pertinentes
 - 5.5 A inversão do ônus da prova em relação aos diversos ambitos do direito material
 - 5.6 O ônus da prova no direito tributário
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

O Direito brasileiro traz em seu bojo o Processo Civil como um instrumento de atuação da jurisdição a fim de compor uma relação jurídica entre as partes e, em juízo, gerar uma pacificação social observando princípios e garantias fundamentais. Nesse sentido, o presente trabalho tem por objeto verificar qual o ônus da prova nas ações do Direito Tributário diante do Direito Processual Civil, pautando a necessidade da prova como um elemento de fundamental importância em qualquer litígio a fim de sanar dúvidas e garantir o exercício da verdade.

Para tanto, nesse caso, provar consiste em demonstrar um fato sem que haja possibilidade de refutação da verdade que está sendo por ora arguida. Logo, quando tratamos juridicamente, ao denominarmos a prova, estaremos remetendo a meios legais que possam corroborar sua comprovação, pois, a prova se dá como um conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros e até mesmo pelo juiz, a fim de certificar a verdade e solucionar uma lide em questão. Assim, é indisponível a necessidade daquele que está em uma ação se possa valer de documentos, testemunhas, declarações, vistorias, perícias, inspeção judicial, meios lícitos que demonstrem a existência de fatos passados a fim de que a jurisdição possa formar um convencimento para resolver sua lide. Importante frisar que existem meios de prova, lícitos e moralmente legítimos que não estão elencados no Código de Processo Civil, porém, mesmo assim são admitidos em nosso ordenamento jurídico.

Abordaremos os diversos aspectos que o meio probatório possui e suas características fundamentais para o devido exercício da justiça que é ansiado por cada autor ou réu de uma ação, principalmente na seara tributária. Serão abordados princípios constitucionais do direito processual civil, já que este é o ditame da será tributária, o direito de ação e acesso à justiça que todo homem precisa ter. Os conceitos de prova e verdade e sua relação no processo civil brasileiro até os sistemas de valoração de prova e o livre convencimento do magistrado que atua em uma lide. Notório observar os aspectos relevantes que a doutrina aborda no conceito de prova e suas características para o momento de inversão do ônus probandi.

Há que se frisar que o tema do trabalho é atual e polêmico, pois não há consenso na doutrina sobre qual o ônus da prova e a relação entre prova e verdade, haja vista os diversos princípios e dispositivos que serão vistos a seguir. Portanto, as próximas páginas não tentam findar o assunto, mas abordar os principais tópicos que permeiam a seara doutrina do direito tributário e buscar o auxílio das doutrinas para delimitar uma ideia crucial.

2. O DIREITO PROCESSUAL CIVIL E SUA MATRIZ CONSTITUCIONAL

A prova no direito é um tema bastante controverso diante das muitas adversidades que surgem quando alguém pleiteia um direito que diz ser seu, haja vista que, para surgir um direito de algo é necessário que a parte contrária tenha a obrigação de cumprir aquilo que é questionado. Ademais, o Direito é, acima de tudo, prova, já que alegar e não provar significa não se fazer o Direito.

O processo do Direito Tributário está pautado pelas vertentes apresentadas no Direito Processual Civil, este que por sua vez, foi historicamente desenvolvido a partir da cultura de um povo que almejou a representação mais bem definida de um momento científico e cultural da ciência do processo¹. Ele tem a função de organizar a realização do processo em si mesmo; ou seja, de acordo com Dinamarco², não há normas ditadas para distribuir os bens da vida de forma adequada, nem tampouco definir como será o convívio em sociedade e, tão logo se faça necessário, é exigida a solução de um determinado conflito acionado pela parte interessada que invocará ao Estado a instauração de um determinado processo e a solução favorável deste a partir dos agentes detentores do poder que lhes é atribuído.

Em seu estudo é necessário abordar as diversas ligações feitas com os outros ramos do direito e, ainda mais importante, ao ramo do Direito Constitucional que acaba por ser um ponto base de outros vários ramos do direito, pois a partir da orientação de suas normas serão regulamentadas as garantias constitucionais previstas pela Constituição Federal.³ Para Dinamarco⁴, há uma recíproca influência entre a constituição e a ordem processual, pois em dado momento tanto o processo é influenciado pela Constituição quando interpreta sua Lei, quanto a Constituição recebe os influxos trazidos pelo processo para a efetivação dos princípios e garantias nela estabelecidas.

Dessa forma, Mitidiero⁵ afirma que a influência direta e imediata que sobrevém da Constituição e o estudo do direito processual é pautado por uma jurisdição constitucional, a

¹MITIDIERO, Daniel Francisco, ZANETI JUNIOR, Hermes. **Entre o passado e o futuro: uma breve introdução às incertas dimensões do presente em Direito Processual Civil**. In. MITIDIERO, Daniel Francisco, ZANETI JUNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do Processo Civil. Primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. (p.12)

²DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume I. 6ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores LTDA, 2009. (p. 42)

³ZANETI JUNIOR, Hermes. **Relações entre Processo e Constituição. Processo Constitucional**. In. MITIDIERO, Daniel Francisco, ZANETI JUNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do Processo Civil**. Primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. (p.25)

⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume I. 6ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores LTDA, 2009. (p. 55)

⁵MITIDIERO, Daniel Francisco, ZANETI JUNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do Processo Civil**. Primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. (p.25)

qual se torna dividida pela doutrina, pois seus conceitos dualizam entre a amplitude máxima que invoca a defesa dos direitos do cidadão e a coletividade das relações às ações voltadas ao controle de constitucionalidade das normas.

Assim, em relação à jurisdição, os dispositivos constitucionais que abrangem o processo evidenciam-se em: princípios e garantias constitucionais do processo (art. 5º e incisos CF); jurisdição constitucional *lato sensu* que garante instrumentalmente o exercício dos direitos; e organização judiciária.

Ainda de acordo com Zanetti Junior⁶, tais dispositivos concentram-se em torno de uma possível sistematização, a fim de se reconhecer uma ideologia da força normativa que permeia o estudo dos problemas processuais, haja vista que tal ideologia consiste, primeiramente, no direito material, o qual determinará a efetividade e a segurança jurídica que, juntas e democraticamente, obterão o valor instrumental dos ideais individuais do processo com a sociedade.⁷

Por conseguinte, no direito processual civil, tendo o direito constitucional como fonte primária, surge uma “trilogia estrutural” composta pela ação, jurisdição e processo que possuem dimensões diferentes⁸. Enquanto a jurisdição, que é estática, apresenta uma função estatal que enseja a atuação do direito, a ação, que é dinâmica, é o modo de provocação dessa atividade. E o processo, também dinâmico, é o instrumento responsável entre a ação e a efetiva prestação dessa tutela jurisdicional.

A jurisdição é o centro do processo, pois dela depende a ordem processual e nela se iniciará o exercício da função jurisdicional que cabe ao Estado. Pauta-se em duas apresentações: primeiro a do Poder Judiciário e sua atividade criativa de direito como simples aplicadora da norma regradada pelo Legislativo; em seguida, caracterizada pela relação que envolve as demais decisões tomadas pelos outros poderes, haja vista a tripartição das funções-poderes do Estado.

Entretanto, é mister observar que não se trata de dividir poderes, mas o exercício da função jurisdicional com o devido estado democrático de direito de forma una e indivisível, é

⁶ZANETTI JUNIOR, Hermes. **Relações entre Processo e Constituição. Processo Constitucional**. In. MITIDIERO, Daniel Francisco, ZANETTI JUNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do Processo Civil. Primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. (p. 33)

⁷Idem. (p. 35)

⁸CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19ª edição inteiramente revista, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009. (p. 61)

o que ressalta Temer⁹, quando afirma que “*equivocam-se os que utilizam a expressão tripartição dos poderes. É que o poder é uno. Como já vimos é atributo do Estado. A distinção é entre órgãos desempenhantes de funções.*”

Diante da necessidade de conceituar jurisdição, várias definições surgem e Câmara¹⁰ afirma que as melhores concepções, apesar de antagônicas, são as de Chiovenda e Carnelutti. Para Chiovenda¹¹, consiste em uma função em que “*limita-se o Estado, ao exercer a função jurisdicional, a declarar direitos preexistentes e a atuar na prática os comandos da lei*”. Enquanto que Carnelutti, “*defendia ser a jurisdição uma função de busca da ‘justa composição da lide’*”.¹²

Segundo Câmara¹³ não basta apenas buscar uma definição sobre a função da vontade concreta da lei, mas de atuação da vontade concreta do direito objetivo, a fim de se alcançar a conformidade constitucional da lei que deverá ser aplicada ao caso concreto.

A função jurisdicional apresenta três fatores fundamentais que permitem sua distinção das demais: a inércia, na qual o estado-juiz só atua se for provocado; a substitutividade que consiste na proibição da autotutela que era amparada pela vingança e justiça pelas próprias mãos; e a natureza declaratória na qual o Estado quando exerce sua função jurisdicional não pode criar direitos subjetivos, apenas reconhecer aqueles que são direitos preexistentes, garantindo princípios constitucionais fundamentais.

Assim, é relevante saber que a função jurisdicional só pode atuar em casos concretos de conflitos de interesses que configurem uma lide ou litígio e, desde que, os interessados invoquem a tutela exercida pelo Estado a fim de obedecer aos preceitos da ordem jurídica e a aplicação da norma. E ao invocar a tutela, tanto autor quanto réu, deverá provar sua alegação, a fim de garantir o que almeja. Do contrário, se suas alegações não tiverem provas, por conseguinte, não haverá a tutela desejada.

⁹ TEMER, Michel, **Elementos de Direito Constitucional**, São Paulo, Malheiros, 14ª ed., 1998, p. 118. In: MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **Jurisdição, ação e processo à luz da processualística moderna: para onde caminha o processo?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 64, 1 abr. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3902>>. Acesso em: 24 nov. 2010.

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19ª edição inteiramente revista, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009. (p. 67)

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil, vol II**, p. 3 apud. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19ª edição inteiramente revista, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009. (p. 66)

¹² CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de derecho procesal**, vol II, trad. Esp. De Santiago Sentís Melendo, p. 5 apud CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19ª edição inteiramente revista, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19ª edição inteiramente revista, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009. (p. 66)

A ação possui a natureza de sua explicação disputada por duas correntes doutrinárias. A primeira, pautada por Chiovenda, versa sobre a ação como um direito concreto à tutela jurídica para a qual todo direito corresponde a uma ação que a tutela¹⁴. Enquanto que para a outra corrente, filiada por Pontes de Miranda, entre outros, a ação abstrata aparece como uma situação jurídica na qual o autor dirige ao Estado um interesse de proteção e este por sua vez torna-se responsável pela função jurisdicional.¹⁵

A parte possui um poder jurídico, uma faculdade, que consiste na obtenção da tutela necessária para seus próprios direitos quando lesados ou, ainda, para a definição das situações jurídicas controvertidas e devidamente provadas. E, não obstante também cabe ao “réu” o direito de exigir do Estado sua oposição quanto à pretensão do autor e sua declaração de ausência de que existe direito subjetivo elencado pelo autor, com a devida prova, em momento oportuno, que afastará sua responsabilidade.

Portanto, como afirma Theodoro Junior, a ação é um direito, tanto para autor quanto réu, a um pronunciamento estatal capaz de solucionar o litígio que versa uma incerteza ou insegurança gerada por um conflito de interesses e, para tanto, independe a solução dada pelo juiz.¹⁶

O processo, anteriormente, tinha uma relação intrínseca com o direito material, o que dificultava a noção de sua importância e autonomia como um instrumento da vida democrática¹⁷. Após a evolução do seu estudo os juristas especializados em processo civil consideraram-no como uma espécie de procedimento e não mais um gênero. Comportando a noção de dinamismo e transformação pode-se conceituar o processo como um fenômeno em que diversos atos atrelam-se a fim de se obter a prestação jurisdicional pretendida por quem de direito. Humberto Teodoro define que “*entre o pedido da parte e o provimento*

¹⁴ARAÚJO, Antonio Carlos de, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. In: MITIDIERO, Daniel Francisco, ZANETI JUNIOR, Hermes. **Entre o passado e o futuro: uma breve introdução às incertas dimensões do presente em Direito Processual Civil**. In: MITIDIERO, Daniel Francisco, ZANETI JUNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do Processo Civil. Primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. (p. 42)

¹⁵MITIDIERO, Daniel Francisco. **Por uma teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação**. In: revista da Ajuris. Porto Alegre; s/ed., 2002, PP. 156/165, n. 88, tomo I, também publicado na Gênesis revista de Direito Processual Civil. Curitiba: gênese, 2002, PP. 676/681, n. 26; mais recentemente, deste mesmo autor, Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, PP. 66/111, tomo I, In: MITIDIERO, Daniel Francisco, ZANETI JUNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do Processo Civil. Primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. (p. 43)

¹⁶THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. (p. 56)

¹⁷FAZZALARI, “Procedimentos e Processo (Teoria Generale)”, op. Cit., p. 820. In: In: MITIDIERO, Daniel Francisco, ZANETI JUNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do Processo Civil. Primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. (p. 48)

*jurisdicional se impõe a prática de uma série de atos que formam o procedimento judicial (isto é, a forma de agir em juízo), e cujo conteúdo sistemático é o processo”.*¹⁸

Gonçalves Correia afirma que *“o processo deve ser tido, sob o viés jurídico, como a soma da relação jurídica e do procedimento. Tome-se a relação jurídica-processual como ‘alma’ do processo, e o procedimento, como ‘corpo’ deste”.*¹⁹

Processo é, então, o método como uma lide é composta em juízo e não pode ser submetido a uma única forma, pois depende das particularidades que envolvem as pretensões argüidas ora pelo autor ora pelo réu. O processo existe devido a necessidade de um serviço jurisdicional pleiteado pela parte que dela necessita. E tal condição está intrinsecamente ligada à prova e ao ônus dessa prova que será apresentada para a solução da lide.

Assim, dependendo de cada caso e as exigências que comportam as pretensões, surge o procedimento a ser adotado na composição da lide, ou seja, o rito a ser definido de acordo com cada caso. O procedimento evidencia na relação processual existente a ‘forma’ que servirá como escopo da tutela jurisdicional, ordena os atos processuais necessários de uma forma coordenada a fim de que as partes envolvidas instiguem uma à outra com a finalidade de se obter uma composição de litígio e, por consequência, a solução deste.

Ademais, observa-se que o direito de ação é a exigência do julgamento de mérito de determinada pretensão no mundo jurídico enquanto que a defesa consiste no poder negativo da ação, ou seja, será o momento em que o réu apresentará a contraposição dos fatos apresentados pelo autor no momento da ação com o fim precípua de provar quem tem a razão na lide.

Dinamarco²⁰ afirma que a ação e a defesa, tanto quanto a jurisdição, estão presentes no processo e entre elas existe um equilíbrio amparado pelo devido processo legal no qual deverá vigorar peso à razão àquele que melhor apresentar suas provas, ou seja, o ônus da prova cabe como exercício de tutela jurisdicional no qual a ação e a defesa são guiadas pela isonomia das partes, o contraditório e a ampla defesa.

¹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. (p. 46)

¹⁹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 1. In: MITIDIERO, Daniel Francisco, ZANETI JUNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do Processo Civil. Primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. (p. 48)

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume I. 6ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores LTDA, 2009. (p. 306)

2.1. Princípios constitucionais do direito processual

O Direito Processual, como foi dito anteriormente, tem intrínseca ligação com os princípios do Direito Constitucional, principalmente porque há que se levar em conta a supremacia da Carta Magna diante das outras leis. Por consequência é de fundamental importância notar as regras que os princípios constitucionais apresentam e delimitar no momento probatório de uma lide a inversão do ônus da prova como sendo a utilização de um preceito constitucional, pois a partir dessa delimitação novos conceitos surgirão e será possível elencar os aspectos gerais sobre o ônus da prova e o seu momento adequado ou inadequado.

O mais relevante princípio que norteia o Direito Processual é o do ‘devido processo legal’ que está no bojo do artigo 5º da CF, LIV, pois dele emanam todos os outros princípios. Nele há duas vertentes, pois se apresenta tanto no âmbito material quando protege o direito à liberdade do ser humano quanto no âmbito formal ao oferecer o devido acesso à justiça àquele que dela necessitar. Entretanto, mister se faz a referência ao ‘acesso à justiça’ pois é necessário frisar que este deve ser justo e eficaz. É o que afirma Câmara quando diz que:

“a garantia de acesso à ordem jurídica justa, assim, deve ser entendida como a garantia de que todos os titulares de posições jurídicas de vantagem possam ver prestada a tutela jurisdicional, devendo esta ser prestada de modo eficaz, a fim de se garantir que a já referida tutela seja capaz de efetivamente proteger as posições de vantagem mencionadas.”²¹

Dessa forma, ao devido processo legal cabe a garantia da proteção jurídica almejada quando alguém recorre ao judiciário e, por consequência, os outros princípios tornam-se corolários.

Nesse sentido, é de vital importância observar o devido processo legal da parte ré que também deverá ser protegido, haja vista as premissas que abrangem as garantias que todos possuem diante dos princípios constitucionais que amparam a tutela jurisdicional. Assim, há que se resguardar as diversas garantias presentes no devido processo legal, por exemplo, a inadmissibilidade em incluir provas ilícitas que violariam e fariam por carecer a legitimidade processual que protege a parte ré.

Portanto, a doutrina se divide sobre o momento de inversão do ônus da prova se caberá a parte autora ou a parte ré o que altera substancialmente o teor do que trata o dispositivo do devido processo legal, portanto há que se analisar sempre qual o melhor fundamento de

²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19ª edição inteiramente revista, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009. (p. 36)

resposta sobre tal questionamento a fim de não deixar gerar uma insuficiência diante de um princípio constitucional.

Outro princípio é o da isonomia (ou igualdade) entre todos, expresso de forma direta no caput do artigo 5º da Constituição Federal e consagrado pelo Direito Processual Civil no inciso I do artigo 125. Atentando para o fato de que, em um processo justo e dentro do devido processo legal as partes deverão ter um tratamento igual, refuta-se à idéia de que isso seja possível imediatamente. Porém, é bem sabido que nem todos são “iguais” e que as diversidades estão presentes em todas as sociedades, logo, torna-se obrigatório que se respeite tais diferenças, a fim de que se alcance a garantia almejada.

Portanto, o jargão “tratamento igual às pessoas iguais e desigual às pessoas desiguais” é de fundamental importância para que esse princípio vislumbre o seu intuito, afinal “o dever é do Estado de assegurar tratamento que supra as desigualdades naturais que existem entre as pessoas”.²²

O terceiro princípio é o do juiz natural, apresentado pela Carta Magna nos incisos XXXVII e LIII do artigo 5º. Nos incisos citados, a garantia desse princípio se dá, primeiramente, pela observância da existência de uma jurisdição competente constitucionalmente apta a garantir que ninguém deixará de ser sentenciado por autoridade competente, ou seja, “os processo tramitarão apenas perante juízos cuja competência constitucional seja preestabelecida”²³, e de acordo com o que vem definido nos artigos 102, 105, 108 e 109 de quais são os órgãos jurisdicionais competentes e quais suas competências em razão de suas atribuições.

Outro ponto relevante do princípio do juiz natural é o da imparcialidade do juiz, ou seja, a pessoa física do juiz deverá atentar para a obrigação de estar imparcial, sem qualquer interesse pessoa em relação ao fato apresentado para sua sentença, pois do contrário sua decisão estará eivada de vícios, o que gera causa de impedimento e suspeição, pontos presentes no Código de Processo Civil nos artigos 134 e 135.

E na busca pela imparcialidade e garantia de um processo justo e dentro do devido processo legal, cabe ao magistrado a busca pela verdade através de provas que lhe serão apresentadas. E, de forma imparcial, o juiz outorgará à parte que lhe convir a obrigação de apresentar fatos que corroborem sua ação sobre determinado fato. Não obstante, o ônus ou a inversão de tais provas é de fundamental relevância, cabendo apenas ao magistrado tal

²² Idem, (p. 43)

²³ Idem, (p. 43)

fundamento e o momento (in) adequado para que se faça tal inversão deverá sempre vir pautado pela razão e pela emoção que reveste o trabalho de um juiz, haja vista que a verdade nem sempre está onde se apresenta.

Adiante, o quarto princípio é o da inafastabilidade do controle jurisdicional apresentado no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna no qual outro fundamento Constitucional se apresenta como garantia de que ao Estado cabe a obrigação de atender a qualquer demanda que um titular de direito venha a lhe confiar. Afinal, a lei concede àquele que se sentir lesado ou ameaçado a busca pela justiça através da proteção do Estado que intervirá e tutelará o direito material que é buscado.

Outro corolário do devido processo legal é o do contraditório, o qual possui uma característica vital na essência do Direito Processual, pois sem ele não há a realização de um processo justo. Alguém que se sente lesado e busca a tutela do Estado deixa outrem diante da necessidade de apresentar sua contestação àquilo que foi reclamado, um fato que se não observado eiva de vícios a efetividade do conhecimento do processo que é crucial a todos os integrantes de uma lide. É o que afirma Dinamarco²⁴, quando diz que “o contraditório se exerce mediante reação aos atos desfavoráveis, que eles venham da parte contrária ou do juiz – reage-se à demanda inicial contestando e à sentença adversa recorrendo.”

Portanto, é crucial a importância de tal princípio para a existência de um processo, haja vista que, se não houver contraditório, não haverá exercício do poder soberano que emana da Lei Maior.

Ademais, diante da observância dos princípios primordiais fica a obrigação de atentar sempre, e motivadamente, a todos eles a fim de cumprir as exigências que surgem em cada caso concreto. E é precípua a necessidade da garantia dos princípios Constitucionais que regem a vida jurídica de qualquer cidadão que necessite da tutela estatal.

É notório que o devido processo legal é como um núcleo da lei, um ponto objetivo que se estabelece na função de garantir o acesso à justiça. Assim, por tal definição é importante, também, que diante dos princípios constitucionais elencados esteja a disposição os preceitos que abrigam o momento probatório, e sua inversão quando necessário, a fim de sanar todas as dúvidas sobre a obrigação de provar do autor ou do réu de um processo.

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume I. 6ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores LTDA, 2009. (p. 222)

Como afirma Dinamarco²⁵:

“Ao sentenciar em desfavor de uma das partes sem ter colhido as provas admissíveis que ela haja regularmente requerido, o juiz viola ao mesmo tempo as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.”

Assim, ratifica-se o conceito de que os princípios constitucionais são vitais para a solidificação da efetividade do acesso à justiça e por consequência o momento probatório como liame entre este e aquele.

3. TUTELA JURISDICIONAL

A tutela jurisdicional é uma função que consiste na proteção de direitos subjetivos elencados pela Carta Magna em seu art. 5º, XXXV. Conceituar a tutela jurisdicional não cabe apenas em uma corrente doutrinária, haja vista, a dificuldade em conceitos unos sobre determinada ciência e as inúmeras transformações vivenciadas pelo direito processual civil. Assim, generalizando, seu conceito baseia-se na proteção que o judiciário, o Estado com um poder-dever, outorga ao autor ou ao réu do litígio.

Chiovenda diz que

*“a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva”.*²⁶

Dinamarco define como *“função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”*.²⁷

Diddier conceitua como uma “função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão de controle externo e com aptidão pra tornar-se indiscutível”.²⁸

²⁵ **Idem (p. 203)**

²⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3ª ed. 472f. V2. Campinas –SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2002. (p. 08)

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume I. 6ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores LTDA, 2009. (p. 315)

²⁸ DIDDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil – teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 5ª Ed. Vol 1. Editora Juspodivm, 2010. (p. 83)

Para Câmara, há a ênfase nas três funções da atividade jurisdicional (cognitiva, cautelar e executiva) relativamente ao direito material, e conceitua como *“a função do Estado de atuar a vontade concreta do direito objetivo, seja afirmando-a, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática”*.²⁹

Portanto, a partir de tantos conceitos, é notório que ao Estado cabem a ordem máxima de poder e o cumprimento de decisões, tornando-se o responsável pela tutela jurisdicional que consiste na composição obtida pela intervenção dos órgãos jurisdicionais que substituem as vontades das partes em um litígio a fim de, a partir de uma sentença de mérito, aplicar o efetivo direito material que os litigantes almejam, observando, obrigatoriamente, o caso concreto em questão.

Os direitos subjetivos para alcançarem a tutela pretendida deverão ser reconhecidos judicialmente (tutela de conhecimento), ou pela efetivação concreta que se reproduz (tutela executiva) ou, ainda, pela proteção efetiva que se pretende (tutela de segurança cautelar ou inibitória).

Na tutela de conhecimento, o Judiciário aplicará a lei ao caso concreto com coerção e autoridade, a fim aplicar uma sentença e definir o direito positivo existente na lide, essa tutela pode ser declaratória, constitutiva ou condenatória.

A tutela declaratória traz em seu bojo o questionamento da existência, ou não, da relação jurídica que foi argüida em juízo com uma sentença declaratória com efeito *“ex tunc”*, fundamentada pelo art. 4º, I, CPC. Assim, a sentença será positiva quando afirma a existência do direito e negativa quando nega esse direito. E, a sentença que julga improcedente uma demanda do autor é declaratória negativa, enquanto que a que julga improcedente a própria ação declaratória negativa é a chamada declaratória positiva.³⁰

A tutela constitutiva por sua vez possui a função positiva de criar ou modificar direitos e obrigações; ou função negativa quando extingue direitos e obrigações, com efeito, *“ex nunc”*, ou seja, a partir do momento em que está sendo transitado em julgado a sentença constitutiva.

Já a tutela condenatória é ensejada pelo autor que visa, além da cognição do direito a condenação do réu ao cumprimento efetivo de uma determinada obrigação gerada por um

²⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 10ª ed. 538f. V1. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004. (p. 309)

³⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2ª. Edição. Volume III. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

título judicial que irá possibilitar o cumprimento da obrigação. É o que afirma Dinamarco quando diz que:

*“como toda sentença de mérito, a sentença condenatória, é portadora de uma declaração; o que distingue das demais é o segundo momento lógico, consistente na criação de condições para que a execução passe a ser admissível no caso, isto é, para que ela venha a ser a via adequada para o titular do direito buscar sua satisfação”.*³¹

Por consequência, o efeito da sentença condenatória é “*ex tunc*”, ou seja, seu efeito retroage até determinado ponto que o juiz irá definir a fim de alcançar a reparação adequada ao pedido pleiteado pelo autor.

3.1. Princípios inerentes à jurisdição

Greco Filho diz que a jurisdição é tanto um poder, quando atua como a manifestação do Estado, quanto uma atividade, ao manifestar direitos e concretizar obrigações³² e por ser uma atividade que está ligada à atuação jurídica possui princípios inerentes que norteiam sua atividade, são eles:

a) **Inércia:** o Estado deve ser invocado à ação pela parte que busca seu direito. Em nenhuma hipótese é permitido que o Estado ou os agentes detentores da investidura exerçam o chamado à ação, garantindo um princípio fundamental da ação. Em nenhuma hipótese é permitido ao juiz que exerça de ofício a invocação de uma ação, pois assim estaria ferindo um escopo social, o de agir de forma imparcial. E, depois de provocado, o Estado deverá assumir sua imparcialidade e valer-se das devidas provas que serão apresentadas pelas partes a fim de, garantindo o devido processo legal, profira sentença que determinará a resolução da lide. Entretanto, existem exceções a serem observadas, como por exemplo, nos casos em que o magistrado “de ofício” pode declarar a falência de um comerciante no curso de um processo de concordata, se verificar a falta de algum requisito para esta (art. 162, Lei de Falências); instaurar a execução trabalhista (art. 878, CLT); conceder ordem de *habeas corpus* (art. 654, §2º, CPP); e decretar prisão preventiva. E, assim, embora permaneça a inércia como característica da jurisdição, esta fica basicamente, mitigada à instauração do processo e a determinação do objeto litigioso.

³¹ Idem.

³² GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro. Volume I – Teoria geral do processo e auxiliares da Justiça**. 17ª edição, atualizada. Editora Saraiva, 2003. (p. 167)

b) Inevitabilidade: pauta-se pela obrigatoriedade de intervenção estatal após o chamamento do Estado ao processo. Nesse princípio Dinamarco³³ frisa a existência de uma característica de “autoridade e sujeição na qual figuram o Estado e o particular”, haja vista, ser fator legitimante o poder exercido por aquele. Há que se falar que não há uma obrigação em alguém se colocar como parte em um processo, porém, depois de inserido no pólo da lide estará sujeito a propositura da demanda que o Estado impor, o que, inclusive, independe de aceitação ou não das partes que compõem o litúgio, pois configura como a proposição de uma situação jurídica amparada pela sentença constitutiva que será usada até mesmo pelo emprego da força, se necessário. E, a não aceitação, pelas partes, do que foi decidido pelo Estado gera um cumprimento coercitivo através da tutela executiva.

c) Indeclinabilidade: o Estado não pode deixar de atuar quando este for invocado, não possui uma faculdade, mas o dever de solucionar os litígios que lhe forem apresentados e nem tampouco delegar competência entre órgãos do Poder Judiciário. Theodoro Junior³⁴ ressalta que não há exceção a esse princípio mesmo nos casos de cartas precatórias ou de ordem, pois não há delegação de poder e sim colaboração entre os órgãos judiciários, haja vista que cada órgão estará dentro de sua indelegável competência.

d) Não obstante, a inafastabilidade que é um direito fundamental previsto no Art. 5º, XXXV da Carta Magna torna-se presente como um instituto importante para o exercício da prestação jurisdicional invocada, pois, a Constituição prevê em seu bojo que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito que seja elencada, independente de o autor ter razão ou não na causa que está buscando, pois é um “direito abstrato”³⁵. Doravante, outra característica é a necessidade de se adequar a tutela jurisdicional ao procedimento, processo de cognição, que melhor atender a demanda requerida a fim de atender as peculiaridades de cada caso. E, no exercício do devido processo legal e da ampla defesa e contraditório caberá o magistrado apreciar os fatos que lhe são apresentados e valorar as provas de acordo com sua subjetividade e imparcialidade atendendo sua obrigação de prestação tutelar decorrendo a indelegabilidade que consiste na competência do Poder Judiciário em possuir o comando e controle do juiz natural com função exclusiva.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume I. 6ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores LTDA, 2009. (p. 318)

³⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. (p. 41)

³⁵ DIDDIER JR, Fredie, BRAGA. **Curso de direito processual civil – teoria geral do processo e processo do conhecimento**. Volume I. 12ª edição. Editora Juspodivm, 2010. (p. 105)

e) Investidura: é a atuação do Estado através de seus órgãos competentes com agentes investidos do devido poder estatal que é exigido.

f) Juiz natural: consiste na determinação de um juiz competente de acordo com as regras gerais e este não poderá ser invocado por critérios pessoais ou subjetivos, mas sim impessoais e objetivamente pré-estabelecidos de forma a atender princípios como o do devido processo legal e do contraditório.

g) Territorialidade: o juiz só possui autoridade no limite territorial que abrange o seu município, ou seja, a jurisdição é soberana e manifesta-se em um determinado território, Estado.

h) Unicidade: a jurisdição é uma e indivisível, porém existem repartições administrativas entre os órgãos que são utilizadas apenas para melhor exercício que são a jurisdição civil, Justiça Federal e Estadual.

Os princípios acima elencados apresentam características inerentes à sua disposição no processo civil brasileiro e mister se faz incluir a influência direta que se faz no momento probatório que uma lide impõe, haja vista que todos os princípios se correlacionam com a necessidade das provas presentes em um processo, pois elas são meios relevantes no processo de conhecimento para que haja o devido julgamento de uma pretensão argüida .

Assim, a atividade da jurisdição possui em seu escopo o amparo que o momento probatório necessita para que haja formação de provas suficientes para o livre convencimento do magistrado, até mesmo a devida inversão do ônus probandi se assim for necessário.

3.2. Direito de ação e acesso à justiça

Ao definir a existência do direito à tutela jurisdicional torna-se notório a necessidade de vislumbrar o conceito destinado ao acesso à justiça, haja vista, as profundas modificações que permearam a seara do direito processual civil. Pois, anteriormente, o direito à proteção judicial era um direito formal e individualista em uma teoria que abrangia uma ação apenas de proteção do Estado, e este sempre deveria e deve permanecer inerte até o seu chamamento.

E, nem assim, tal garantia era estendida a todos, pois inúmeras eram as diferenças de recursos, tanto financeiros, quanto de acesso prático ao sistema jurídico, existentes entre os litigantes. Entretanto, à medida que a evolução tornou-se presente nas sociedades, a atuação

positiva do Estado foi assegurada para a obtenção de todos os direitos efetivos do acesso à justiça.

É o que afirma Cappelletti e Garth quando dizem que

“o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido... assim, o acesso à justiça, será encarado como um requisito fundamental para um sistema jurídico moderno e igualitário a fim de garantir o direito de todos”.³⁶

Afinal, o processualista, diante das diversas doutrinas e correntes sociais como a sociologia, a política, a psicologia, entre outras, necessita evidenciar que o acesso à justiça não é apenas um direito social e fundamental, mas o núcleo da esfera processualista, pois sem ele não ocorre a garantia fundamental aos preceitos constitucionais.

Ademais, é utópico dizer que as diferenças sociais serão totalmente sanadas, pois existem obstáculos que não podem ser, pura e simplesmente, retirados devido à realidade de uma sociedade composta de diversas classes sociais divergentes, tanto financeiramente quanto de informação cultural que norteiam a afirmação da reivindicação do acesso à justiça.

Quando tratamos da divergência financeira esbarramos em custas processuais que podem ser dar desde o custo em geral que um processo apresenta para o seu decurso, imposto ao vencido em sua sucumbência seja ainda nos litígios que não atingem um valor montante que justifique o dispêndio do decurso de um processo. E além tratamos também do tempo que quando ultrapassa o que seria um prazo razoável acaba por afastar a justiça que deveria ser dada àquele que é parte em um litígio.³⁷

Ao falarmos no conhecimento sobre o acesso à justiça nos vemos diante um obstáculo ainda mais difícil de ser sanado, pois esbarramos em um conceito de cunho sociológico em que se exige reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. E tal problema atinge tanto os que são mais providos quanto os que não são afinal é uma situação que envolve um conhecimento jurídico básico que não é alcançado por todos os públicos de uma sociedade.

Por conseqüência, ao analisar as barreiras que se evidenciam na busca pelo acesso à justiça percebe-se estas se tornam interligadas o que dificulta ainda mais a resolução final e,

³⁶ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. (p. 13)

³⁷ Idem. (p. 17 a 19)

por isso, necessário é buscar soluções que alcancem o direito material que envolve o acesso à justiça a qualquer indivíduo.

Estabelecida a necessidade de um direito de ação que abrigue qualquer indivíduo que dela precise parte-se para a concepção que se faz entre o direito subjetivo substancial (ação privada) e o direito subjetivo processual (ação pública) que será abordada na tutela jurisdicional pretendida.

E Dinamarco aponta outra questão relevante, a de que não basta garantir o acesso à justiça em quantidade, mas aliar a qualidade que será oferecida nesse binômio de forma a produzir resultados satisfatórios, quando afirma que:

“Para a plenitude do acesso à justiça importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas”. É indispensável que o juiz cumpra em cada caso o dever de dar efetividade ao direito, sob pena de o processo ser somente o exercício improdutivo de lógica jurídica.”³⁸

Assim, além de garantir o devido acesso à justiça é precípua o exame indispensável do conteúdo substancial que configura tal acesso e providir àquele que necessita com o mínimo de garantias que lhe é direito.

Ademais, é relevante tratar da ambigüidade tipológica que existe ao se confundir acesso à justiça com acesso aos tribunais. Afinal, a Carta Magna traz no bojo do inciso XXXV, artigo 5º, a seguinte definição: *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*. Dessa forma, tal definição nos apresenta a normatização de uma lei que não excluirá da apreciação do Judiciário qualquer ameaça que alguém venha reclamar, independente de qualquer discriminação que se possa fazer. E tal garantia para ser efetivada deverá reparar o direito que fora lesionado, pois do contrário não haverá a concretização constitucional que se busca.

Para tanto o acesso à justiça não visa apenas o ingresso em uma ação, mas o recebimento de uma justiça igualitária com a participação adequada do Estado-juiz a fim de providir com a devida garantia que se busca.

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume I. 6ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores LTDA, 2009. (p. 117)

Há que se falar que o acesso efetivo à justiça vem sendo observado como um direito social básico e, utopicamente, questionam a possibilidade das partes estarem iguais em suas reivindicações e afirmação de seus direitos.³⁹

Dessa forma, o acesso à justiça é sempre um obstáculo diante dos processualistas quanto ao benefício de operar a justiça que o homem busca do Estado.

3.2.1 Natureza jurídica do direito de ação

A ação possui uma definição usual como sendo um direito público, subjetivo e abstrato do cidadão, com a devida inafastabilidade de sua jurisdição que será exercida pelo Estado-juiz visando à prestação da tutela jurisdicional prevista no art. 5º, inciso XXXV da CF/88, independente da existência do direito material concreto alegado pelo autor. Como diz Liebman *“a ação é, portanto, o direito subjetivo que consiste no poder de produzir o evento a que está condicionado o efetivo exercício da função jurisdicional”*.⁴⁰

De tal forma que a ação configure os mesmos direitos tanto para o autor quanto para o réu, pois àquele cabe a reclamação de um determinado direito e a este a possibilidade de opor a esse pedido declarando a ausência que foi invocada. Tal relação é instaurada entre o autor da pretensão e o réu que resiste e será completada com a saída do estado de inércia do Estado-juiz que terá como o objeto o estudo dessa demanda.

Diante de tal situação a ação torna-se objeto de resolução de uma lide que não poderá deixar versar dúvida ou incerteza, que é o alicerce do conflito de interesses, com a definição de uma sentença que imporá mérito ao direito de uma das partes, não importando à qual delas.

Ademais, Greco Filho aponta que:

*“o direito de ação não é dirigido contra o réu, mas sim contra o Estado, porque é o direito de obter dele uma decisão sobre determinado pedido. É verdade que com o pedido ao Judiciário, pretende o autor que os efeitos almejados se produzam contra alguém, o réu, mas o direito de agir se exerce perante o Estado-Juiz.”*⁴¹

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. (p. 15)

⁴⁰ LIEBMAN, **Manuale di Diritto Processuale Civile**, ristampa da 2ª ed., 1966, v. I, nº 13, p. 38 APUD. THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. (p. 56)

⁴¹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. Volume I – Teoria geral do processo e auxiliares da Justiça. 17ª edição, atualizada. Editora Saraiva, 2003. (p. 74)

E, não obstante há que se falar na condição do réu que almeja esclarecer o seu direito subjetivo de forma a não ser atingido pela proteção estatal que é requerida pelo autor. E assim configurar o direito subjetivo que ampara tanto um quanto o outro na pretensão jurídica.

Para Greco Filho o direito de ação está inserido em dois contextos distintos e ligados. O primeiro é o chamado direito constitucional o qual de forma mais ampla e genérica ampara-se no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal em que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

O segundo é o do direito processual de ação que está intrinsecamente ligado ao direito de ação em si, para apresentar o seu exercício na ordem jurídica, ou seja, está atendendo a pré requisitos referentes à pretensão.

E, não necessariamente havendo uma distinção entre esses dois contextos, pois o mais importante é lembrar o que afirma Greco Filho:

“o direito de ação é sempre processual, pois é por meio do processo que ele se exerce. O que existe é a garantia constitucional genérica do direito de ação, a fim de que a lei não obstrua o caminho ao Judiciário na correção das lesões de direitos, porém o seu exercício é sempre processual e conexo a uma pretensão”.⁴²

3.2.2 Conceito unitário de ação

O conceito de ação evoluiu ao longo da história do direito processual, haja vista que anteriormente, existiam muitas teorias que acabavam por não separar o direito material do direito processual. Com isso, no século XIX ainda não existia possibilidade de se colocar a ação em um plano do direito material. Assim, sob o ponto de vista da doutrina civilista, clássica ou imanentista, consistia apenas no direito material da parte em buscar algum direito material que clamava sendo seu. De acordo com Cintra⁴³ *“a ação seria uma qualidade de todo direito ou o próprio direito reagindo a uma violação”*. Devido a esse conceito inicial foi comum a definição de três conceitos: *“não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito”*.⁴⁴

⁴² Idem (p.76)

⁴³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. (p. 258)

⁴⁴ Idem (p. 258)

Para Mitidiero existem questionamentos na doutrina quando se analisa materialmente um fenômeno de ordem processual já que a teoria imanentista preserva a idéia da improcedência da ação e a existência da ação declaratória negativa.⁴⁵

Grande polêmica surgiu com os estudos dos romanistas Windscheid e Muther por volta do século XIX que demonstraram que existiam diferenças entre o direito lesado e a ação, haja vista que esta cria no direito público dois outros direitos, um que está ligado àquele que exige à tutela jurisdicional do Estado e do o direito do Estado de acionar a parte que causou a lesão a fim de buscar solução⁴⁶.

O autor Windscheid no trabalho intitulado “*A ação do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno*”, de 1856 diz que: “*a ação seria um direito à tutela jurídica nascida da lesão de direito*”⁴⁷, ou seja, representa a ação material em si, ou seja, seria a realização da própria vontade, independente da efetiva existência do direito material que se exige, pois ao Estado cabe exercer sua função jurisdicional de forma a solucionar a pretensão de direito material que foi pretendida. Para ele havia uma ordenação de pretensão a ser exigida judicialmente.

E, não obstante, ao se voltar aos direitos reais, Windscheid dizia que a partir da violação do direito de propriedade o que nasce não é o direito de agir, mas o direito à restituição da contra o possuidor. Logo, não era a ofensa que fazia o direito de ação nascer, mas o cumprimento de uma ação obrigacional é que fazia com que a ação surgisse.⁴⁸

A conclusão do estudo de Windscheid versava:

*“a pretensão é o equivalente moderno da actio, delineando-a como uma situação jurídica substancial, distinta tanto do direito de se queixar quanto do próprio direito subjetivo, do qual é uma emanção que funda a possibilidade de o autor exigir a realização judicial do seu direito”.*⁴⁹

⁴⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação**. In MITIDIERO, Daniel Francisco, ZANETI JUNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do Processo Civil. Primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. (p. 66)

⁴⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. (p. 57)

⁴⁷ WINDSCHEID, Bernhard. **Polemica sobre la actio**. Buenos Aires: Ejea, 1974, p. 5. APUD. MITIDIERO, Daniel Francisco, ZANETI JUNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do Processo Civil. Primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. (p. 66).

⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **L'azione nel sistema dei diritti**, 1903, cit. P. 7 apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Teoria geral do processo**. Volume 1. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (p. 164)

⁴⁹ WINDSCHEID, Bernhard. **La actio del derecho civil romano...**, cit., p.12 apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Teoria geral do processo**. Volume 1. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (p. 165)

O estudo de Muther, ao contrário, trazia a idéia de um direito subjetivo sendo o próprio fundamento do direito, ou seja, uma corrente do direito que versa sobre a existência de um direito contra o Estado e, assim, este oferece proteção ao autor quando exige do réu o cumprimento da obrigação que é requerida. Logo, há uma ligação do direito material do autor contra o réu.

Na obra de Marinoni a afirmação da conclusão de Muther é a de que *“o direito de agir, embora não se confundindo com o direito material, tem ele como pressuposto, assim, a sua construção, ainda que isolando o direito de agir do direito material, tem uma base de direito privado”*.⁵⁰

Logo, sumariamente, a autonomia do direito de ação consiste em ser ele outro direito, diferente do direito material buscado entre os litigantes e a abstração ocorre pelo fato de sua existência independer da própria existência do direito material.⁵¹

Dessa forma, a polêmica que permeia o estudo de Windscheid e Muther tinha como fundamento fazer uma distinção entre o plano do direito material e do direito processual, o que faz com que seja afastada a antiga concepção de união do direito material à ação.

Já para os doutrinadores Adolf Wach e Giuseppe Chiovenda outras duas correntes se tornam relevantes no que concerne a ação como a vertente de uma sentença favorável. Para Wach a ação possui um direito autônomo e concreto, o que vem abalar teoria civilista da ação, *“...a) autônoma, modo relativo, porque não se liga a certos casos, a um direito material, b) concreta, porquanto vinculada sai existência a um provimento jurisdicional favorável e c) exercível contra o Estado e contra o obrigado...”*⁵²

Já Chiovenda, alude ao fato de que a ação pode ser um direito de prestação, um direito que visa um bem da vida diante da omissão de um sujeito, ou um direito potestativo aquele que tende a modificar o direito jurídico existente.⁵³

E, na evolução contínua do direito de ação surge o direito abstrato de agir no qual a abstração consiste em decisões que atendam tanto aos que tem razão no campo da ação quanto aos que não tem, contanto que a boa-fé esteja presente.⁵⁴

⁵⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *L'azione nel sistema dei diritti*, 1903, cit. P. 7 apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Teoria geral do processo**. Volume 1. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (p. 166)

⁵¹ Idem, p. 58.

⁵² MITIDIERO, Daniel Francisco. **Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação**. In: MITIDIERO, Daniel Francisco, ZANETI JUNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do Processo Civil. Primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. (p. 73).

⁵³ Idem, p. 76.

⁵⁴ Idem, p. 80

Não obstante, a teoria eclética pautada pelo doutrinador Liebman consiste na busca pela conciliação entre as teorias concreta e a abstrata do direito de agir, que, inclusive, é a adotada pelo Código de Processo vigente. Para Liebman vir a juízo consiste em um ônus, haja vista, o fato de o Estado não poder se pronunciar sem a solicitação previa do demandante.⁵⁵

Para Liebman a definição de ação é a de um direito subjetivo instrumental, e ainda mais do que um direito, é um poder ao qual não corresponde a obrigação do Estado, pois está interessado na distribuição da justiça. Assim, para esse doutrinador o mais importante é o momento no qual a função jurisdicional será exercida quando for dada uma sentença sobre o mérito da pretensão material que se busca, mesmo que tal sentença não seja favorável ao autor.⁵⁶

Ademais, a doutrina de Liebman dá um destaque ainda maior às condições da ação que consistem na possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade ad causam por serem um ponto relevante entre a ação e a situação do direito material. Nessa concepção o interesse de agir consiste em uma necessidade “real”, verdadeira de se buscar um direito que está sendo pleiteado. É necessário que exista determinada lesão ou, do contrário, perde-se o objeto e não haverá coerência na exigência e tampouco a existência da legitimidade o que acarretaria em uma carência de ação e, por conseqüência, a falta da tutela jurisdicional pretendida.

Há que se observar o fato de que Liebman afirma que as condições de ação não advém apenas do que a parte autora apresenta, mas da comprovação através de provas, inclusive, independente do momento em que essas serão apresentadas. Pois, cabe ao julgador solicitar a produção de provas a fim de que seja exercido seu livre convencimento, pois assim ele terá meios (provas) que o auxiliarão a julgar e reconhecer se há existência ou não do mérito do que foi pedido. Pois, para Liebman “só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão.”⁵⁷

Outra concepção amplamente trabalhada sobre o direito de ação é a adotada pelo Código de Processo Civil amparada pelas normas existentes nos artigos deste, desde a análise da petição inicial e seus requisitos imprescindíveis para o reconhecimento da ação quanto a identificação de autor e réu e a legitimidade que lhes é conferida. De forma que ao proceder

⁵⁵ Idem, p. 81

⁵⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. (p. 261)

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Teoria geral do processo**. Volume 1. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (p. 185)

tais requisitos torna-se presente a procedência do pedido e daí em diante a busca pela aceitação da ação.

A partir daí o magistrado tem em seu livre convencimento a necessidade de buscar a produção das provas que apresentarão razão e contra razão do autor e do réu para que seja sentenciado determinado pedido.

3.2.3 Conceito dualista de ação

Na sequência do estudo da relação jurídica processual outro doutrinador explicitou a relação jurídica material que se apresenta diante de uma tentativa de separação entre a ação de direito material e a ação processual com uma teoria dualista da ação apresentando em seu contexto um estudo enfático sobre o plano material e o plano processual.

Para Pontes de Miranda o plano material elencaria afirmações de que consiste em um estudo especial do direito subjetivo como decorrência da causalidade jurídica, ou seja, a pretensão material é dualista, de um lado com direito subjetivo e de outro uma conduta como uma exteriorização de exigência.⁵⁸ O plano processual no qual o direito à tutela jurídica surge devido a uma proibição em solucionar os conflitos de forma privada e a ação processual é o alcance da tutela jurisdicional pretendida, portanto, o que improcede, nesse caso é o pedido, haja vista, ser um elemento da ação material, ou seja, ela mesma.⁵⁹

Não obstante, é relevante frisar os elementos imprescindíveis da ação processual que possui três componentes: partes, causa de pedir e pedido. As partes consistem naqueles que pleiteiam o pedido e o que obsta tal pedido. A causa de pedir que abriga os fatos jurídicos e os fundamentos jurídicos e o pedido como o objeto da ação.

Ademais é relevante trazer a tona o que diz o autor Silva⁶⁰ que trata sobre a dificuldade existente na delineação das relações entre direito e verdade, entre prova, verdade e processo, haja vista as constantes discussões que permeiam as doutrinas processualistas. Pois, é notório que deve ser definido a quem caberá a prova do exercício do poder jurisdicional já que existem vários questionamentos sobre ‘verdade’.

⁵⁸ MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 452, tomo V. APUD: MITIDIERO, Daniel Francisco, ZANETI JUNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do Processo Civil. Primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. (p. 90)

⁵⁹ Idem, p. 98.

⁶⁰ SILVA, Adelvan Oliverio. **A importância e a possibilidade dos conceitos de prova e verdade na análise do direito fundamental de ação**: elementos de uma compreensão das condições da ação a partir de uma teoria geral do processo. (p. 20)

Assim, aludimos o que trata Marinoni⁶¹

“a todo aquele que acudir a preocupação com o tema da prova no processo virá à mente a questão da função da prova, e, intuitivamente, a idéia de que pela prova se busca investigar a verdade dos fatos ocorridos, sobre os quais será fixada a regra jurídica abstrata, que regerá determinada situação”.

Dessa forma, torna-se necessário contextualizar os conceitos de prova e verdade com o fim precípua de adequação de acordo com a realidade vigente dos participantes da lide processual para atender a demanda da autonomia e possibilidade de ação que buscam as partes

4. PROVA E VERDADE

O processo jurisdicional ao ser trabalhado pelas partes tem como premissa a busca do resultado de uma determinada lide e, para tanto, fatos deverão ser apresentados e comprovados a fim de que ocorra a resolução da mesma. Nesse caso, os fatos poderão vir através da ratificação da parte autora ou contestação da parte ré que se opõem às provas apresentadas, tanto quanto do magistrado que também pode vir de ofício exigir a produção de provas ou, ainda, a inversão do ônus da prova de acordo com a necessidade que a lide apresentar.

Afinal, a função da apresentação dos fatos é de total relevância no processo de conhecimento já que estes influenciam diretamente na aplicação do direito. Marinoni afirma que:

*“Se o conhecimento dos fatos é pressuposto para a aplicação do direito e se, para o perfeito cumprimento dos escopos da jurisdição, é necessária a correta incidência do direito aos fatos ocorridos, tem-se como lógica a atenção redobrada que merece a análise fática no processo.”*⁶²

Ainda temos o conceito de Fabiana Del Padre que diz que “não podemos esquecer que provar significa enunciar um fato, constituindo-o na realidade jurídica”⁶³

Dessa forma, o processo civil tem como um dos seus princípios o estudo da verdade substancial que será indispensável, pois através dela é que o magistrado analisará os fatos a

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 (p. 25)

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 (p. 25)

⁶³ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**. São Paulo: Editora Noeses, 2011 (p. 79)

fim de julgar e valorar a verdade apresentada, já que a atividade probatória acaba por consistir na busca pela verdade e é o fator de legitimação do direito processual, haja vista que a jurisdição por si só consiste na justa composição da lide ou na vontade do direito e que tem por fim a descoberta da verdade dos fatos que são dispostos nessa demanda.

Ademais, levando em consideração o exame da prova nas regras tributárias há que se tratar tanto das provas produzidas em juízo quanto das que motivam os atos administrativos de lançamento tributário, haja vista que estas não se concretizam no corpo do processo judicial.⁶⁴

Não obstante, outro instituto que é considerado ponto crucial é o da inversão do ônus da prova e o momento (in) adequado de operá-lo já que a parte autora, teoricamente, é tratada como responsável pela produção da prova-verdade. Entretanto, em dado momento quando ela não pode satisfazer essa necessidade de provar o que a lide impõe cabe ao juiz transferir tal obrigação com o precípua de continuar a busca pela verdade substancial necessária. Ademais, as doutrinas tratam, ainda, da possibilidade do próprio magistrado buscar a produção, de ofício, de uma prova a fim de sanar suas dúvidas nos fatos apresentados.

Ao se falar em prova remetemos a idéia, tanto natural quanto jurídica, de demonstrar perante alguém a veracidade de um fato apresentado, empregando elementos lícitos e idôneos que evidenciem a sua ocorrência em um plano real. Para tanto são utilizados meios legais e moralmente legítimos e mesmo os não elencados no Código de Processo Civil, como os documentos escritos, perícia, inspeção judicial entre outros estão presentes.

Assim, no processo jurisdicional, para Didier⁶⁵,

“o objetivo principal é a efetivação de um determinado resultado prático favorável a quem tenha razão, que seja produto de uma decisão judicial que se baseie nos fatos suscitados no processo (normalmente pelas partes, mas que, em algumas situações, pode ter sido suscitado pelo próprio magistrado) e postos sob o crivo do contraditório.

Por conseguinte, para que o julgamento de mérito de uma ação ocorra dentro do aspecto legal há de se envolver o direito e o aspecto fático em um minucioso estudo no qual a interpretação do direito deverá constar da análise de uma situação fática em que autor e réu ao se confrontarem no ordenamento jurídico terão a obrigação de demonstrarem e provarem a

⁶⁴ **Idem.** (p. 75)

⁶⁵ DIDDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil – teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 5ª Ed. Vol 1. Editora Juspodivm, 2010. (p. 17)

existência de verdade e veracidade das provas utilizadas em suas alegações. Todavia, é mister ressaltar que as provas precisam ser, obrigatoriamente, idôneas, corretas e adequadas à ação proposta, do contrário não haverá apreciação do mérito da ação.

Há de considerar que a prova é um instituto que será associado ao plano processual em virtude dos eventos que são necessários a qualquer litígio e que, portanto, deverá ser levado em conta pelo juiz o estabelecimento de uma “verdade” às provas necessárias pelo fato de a prova fazer parte tanto do direito substancial quanto do processual. Assim, torna-se necessário delimitar qual regra será aplicada para a doutrina sobre prova, pois diversos são os conceitos sobre ela tanto no processo civil quanto em qualquer outra ciência.

Nesse ponto consideraremos o que nos diz Fabiana Tomé a qual afirma que a verdade vem como o valor em nome do qual se fala, caracterizando necessidade lógica do discurso. Uma verdade que pretende ser aceita.⁶⁶

É atenuante saber que o direito civil regula dentre outras coisas a natureza, os requisitos e as consequências jurídicas de determinados fatos naturais e atos involuntários e, ainda, dispondo sobre o modo de prova daqueles. Ademais o direito processual possui uma atividade meramente instrumental e que está voltada à afirmação e implementação da vontade do direito material na própria atividade judicial podendo dizer, assim, da produção da prova em juízo respeitando no mais os critérios de prova já fixados pelo direito substancial.

Existem aspectos como a fixação do momento apropriado para a realização de provas dentro dos procedimentos, as técnicas para a produção de cada prova perante o juiz e a admissibilidade processual destas sob o prisma exclusivamente processual.

Ao fazer o julgamento estarão sujeitos à prova apenas os fatos controvertidos, relevantes e pertinentes, pois os fatos que forem incontroversos, irrelevantes, impertinentes, notórios e submetidos à presunção legal, em regra, desnecessário se faz a produção de provas. Assim, o magistrado deverá utilizar os fatos e as provas que serão constantes dos autos e, ainda, respeitando as regras legais e sua experiência.

Ou seja, nesse momento para que a prova seja inserida no contexto do universo do direito estas deverão ser produzidas de acordo com formalidades que, de acordo com Fabiana Del Padre, será denominado de “procedimento organizacional da prova”.⁶⁷

⁶⁶ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**. São Paulo: Editora Noeses, 2011 (p. 17)

⁶⁷ **Idem**, (p. 216)

4.1. A idéia de verdade no processo civil e o conceito de verdade

O processo civil em seu estudo mais antigo fazia uma distinção entre verdade substancial e verdade formal, as quais acabavam por se distinguir quando comparadas os seus valores dentro do direito penal ou do civil, pois àquele caberia uma importância maior do que este devido a premissa de que o processo civil teria valores menos relevantes do que o penal. Entretanto, de acordo com o doutrinador Arruda Alvim⁶⁸ a diferença estava no fato de que a verdade formal estava refletida no processo ao ser o núcleo de apoio ao magistrado quando de sua decisão judicial.

Contudo, na atualidade, tal conceituação evoluiu e percebeu-se que tanto no processo penal quanto no processo civil os interesses de uma lide possuem uma valoração a ser dada à verdade que não pode ser mensurada ou questionada, haja vista, a necessidade expressa de reprodução de fatos que estão sendo apresentados como parâmetros probatórios de forma a resolver a lide em tela.

Aliás, Michele Tarufo⁶⁹ possui o entendimento de que no campo da verdade processual e da intangibilidade da verdade absoluta estas jamais serão alcançadas, mas se chegará a um juízo de probabilidade com uma verdade provável a qual estará atrelada a uma sentença com trânsito em julgado a partir de uma probabilidade verdadeira, pois a certeza absoluta é inatingível.

Enquanto isso, na seara do processo administrativo tributário este busca a verdade material enquanto que o processo judicial tributário busca a realização da verdade formal.

No o estudo de Tarék Moussallem⁷⁰ é irrelevante tratar de classificação em verdade material e verdade formal, isto porque há um caráter autossuficiente da linguagem no qual toda verdade passaria a ser formal dentro de um sistema linguístico. Dessa forma consideraria a verdade jurídica não como material ou formal, mas como uma verdade lógico-semântica.

Assim, a verdade material refere-se a enunciados cujos termos corresponderiam aos fenômenos experimentais enquanto que a verdade formal refere-se a enunciados demonstrativos e dotados de coerência lógica.

⁶⁸ ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Dogmática jurídica e o novo código de processo civil**. Repro, n 1, São Paulo: RT, jan-mar 1976, p.79 in MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 (p. 30)

⁶⁹ TARUFO, ano XLV, abr.-jun. 1990, p. 44: [...] “A verdade dos fatos não é jamais absoluta, mas é dada pela hipótese mais provável, sustentada pela maioria de elementos que a confirme” In PINTO, Mauricio Luis Pereira. Poderes Probatórios do Juiz no Civil Law e no Common Law. <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242740489174218181901.pdf>

⁷⁰ Moussallem, Tarek. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limmonad, 2001 In TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**. São Paulo: Editora Noeses, 2011 (p. 26)

Algo bastante importante a ressaltar é que o processo probatório não está restrito apenas às partes, haja vista que o juiz também deverá participar ativamente seja com a produção de ofício da prova ou até mesmo a inversão do ônus da prova, de acordo com a necessidade, sempre com a busca da ‘melhor verdade’ e da ‘melhor justiça’ a fim de atender a efetividade do direito à justiça que é concedido às partes. Lógico que o magistrado deverá sempre atentar às devidas limitações que a lei impõe de forma que ele não incorra na parcialidade ou no livre arbítrio na análise feita de uma prova.

Em verdade, no contencioso de uma lide, a atividade de julgar do juiz é baseada no estudo e análise dos fatos apresentados pelas partes já que as afirmações destas inferem que apenas uma será verdadeira apesar de tênue a linha divisória que existe nessa demonstração de existência ou inexistência daquelas.

Todavia, é certo que o problema da verdade, de uma certeza absoluta, na prova insurge de forma absoluta, pois como ignorar a necessidade de uma verdade adequada para sanar uma lide? E, mais controvertido, em qual momento e por quem será inserida essa prova no contencioso? Dúvidas que permeiam a seara do processo civil já que o magistrado precisa exercer sua imparcialidade e independência ao formar seu livre convencimento a partir dos fatos apresentados. Por conseguinte, é notório o fato de que a verdade não será em sim absoluta.

Assim, a doutrinadora Rosana Mergulhão⁷¹ afirma que:

“a verossimilhança não contraria a busca da verdade real, mas atua como um elemento de justiça, sempre num primeiro momento, o que não afasta a possibilidade de o juiz, num segundo momento, com um grau de certeza maior, após vir a ter dúvidas e determinar provas, convencer-se de modo diverso, resguardar-se a utilidade, a efetividade; num segundo, a justiça”.

O que nos faz atentar que a verossimilhança, portanto, tem sido aproveitada como um elemento de justiça plausível, algo para se ater a elementos de uma realidade no momento de decisão em que o juiz sentencia uma lide.

4.2. Conceito de prova

Ao tentar definir ‘Prova’ no processo judiciário percebe-se que não há como gerar um conceito único, absoluto e comum, haja vista que alguns doutrinadores acabam por defini-la

⁷¹ MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A produção da prova no direito processual. O alcance e os limites do ativismo judicial.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010. (p. 37)

isolando as suas noções de atividade, meio ou resultado, fatores que são inerentes à sua condição o que a torna, conceitualmente, com mais de um sentido, ou seja, ora sob o aspecto subjetivo ora sob o aspecto objetivo.

Adiante observaremos alguns conceitos que teorizam sobre prova.

Fatos que originam litígios são compostos de pretensos direitos subjetivos e que precisam ser solucionados. Assim, Humberto Theodoro Júnior⁷² afirma que *“o autor, quando propõe a ação, e o réu, quando oferece sua resposta, hão de invocar fatos com que procurem justificar a pretensão de um e a resistência do outro”*. Por conseguinte, o exame desses fatos levará o juiz a sentenciar a lide.

Giovanni Verde⁷³ conceitua prova como sendo *“todos aqueles instrumentos na base dos quais se pode fixar a hipótese à qual a norma torna possível implicar os efeitos jurídicos pretendidos”*. Dessa forma, a prova terá o objeto de restabelecer verdade a fatos anteriores para que se alcance a pretensão jurídica solicitada.

Moacyr Amaral Santos⁷⁴ leciona que:

“(...) o vocábulo – prova – vem do latim – probatio – prova, ensaio, verificação, inspeção exame argumento, razão, aprovação, confirmação e se deriva do verbo – probare (probo, as, are) provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar”.

Para o doutrinador Reichelt⁷⁵ a prova consiste em um argumento que será inserido no contexto de uma lide processual seguindo as determinações ético-jurídicas e lógico-argumentativas com o fim precípua de apresentar os devidos contrastes das alegações de fatos apresentados e a efetiva verdade a respeito desses fatos.

Diddier⁷⁶ ao conceituar prova, no sentido jurídico, baseia-se em três acepções possíveis relacionando-as ao ‘ato de provar’, ou seja, a apresentação de fatos que demonstrem a alegação que se busca; o ‘meio de provar’ caracterizado pelas técnicas que serão utilizadas no processo de demonstração; e o ‘resultado dos meios de prova utilizados’ o que deriva no

⁷² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. (p. 421)

⁷³ VERDE, Giovanni. **Diritto processuale civile** cit., p. 589 e SS. In MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 (p. 25)

⁷⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**, v. I, p. 03 In Mergulhão, Rossana Teresa Curioni. **A produção da prova no direito processual. O alcance e os limites do ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. (p. 37)

⁷⁵ REICHELT, Luis Alberto. **A Prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. (p. 111)

⁷⁶ DIDDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil – teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 5ª Ed. Vol 1. Editora Juspodivm, 2010. (p. 43)

resultado de convencimento judicial que foi pretendido.

Ressalta-se a definição de Marinoni⁷⁷ que denota a prova como:

“a prova, em direito processual, é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”.

E, buscamos o conceito de prova no trabalho de Fabiana Del Padre a qual trata da ‘plurivocidade’ em suas acepções e ainda que a prova sofre da ‘ambiguidade processo/produto’ temos que:

“o termo prova, assim como tantos outros, encontra no uso ordinário e jurídico os mais diversos significados... No sentido comum, as várias acepções do vocábulo prova têm um ponto nuclear, compartilhado por todas elas: o termo é empregado para denotar algo que possa servir ao convencimento de outrem”...⁷⁸

“... prova padece da ambiguidade processo/produto, podendo significar tanto a enunciação como o enunciado resultante (dilema). E, mais que isso, a palavra prova é plurissignificante, susceptível de ser empregada para aludir (i) ao fato que se pretende reconstruir; (ii) à atividade probatória; (iii) ao meio de prova; (iv) ao procedimento organizacional; (v) ao resultado do procedimento; ou (vi) ao efeito do procedimento probatório na convicção do destinatário... Por esse motivo, sempre que falamos em prova devemos estabelecer a fase de sua dinâmica a que nos estamos referindo”.⁷⁹

Diante das diversas acepções se observa que o processo de conhecimento no momento probatório tem como objeto as *provas* dos fatos alegados pelos litigantes, de cuja apreciação o juiz deverá definir a solução jurídica para o litígio estabelecido entre as partes. Não obstante, não é necessário às partes apenas alegar os fatos, é pertinente a verificação, por parte do juiz, da veracidade de tais fatos e esta só pode ser feita através das provas.

Por isso, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo:

a) Um objetivo, que consiste no instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato, ou seja, os documentos, as testemunhas, a perícia, entre outros. Tais instrumentos são os meios que irão apresentar ao magistrado os fatos que fornecerão subsídios para o momento subjetivo de valoração da prova;

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 (p. 57)

⁷⁸ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**. São Paulo: Editora Noeses, 2011 (p. 75)

⁷⁹ **Idem, (p. 78)**

b) E outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Sendo, então, o julgador responsável pelo resultado consistente na soma dos fatos produtores da certeza a ser firmada após a demonstração dos fatos, ou seja, o seu convencimento final.

O doutrinador Moacyr Amaral Santos⁸⁰ afirma que a prova judiciária precisa apresentar os dois aspectos sob pena de complementar o sentido de um com o outro, dessa forma, *“prova é a soma dos fatos produtores da convicção apurados no processo”*.

Pontes de Miranda⁸¹ apresenta sua definição de prova como sendo um convencimento da verdade, assim a alusão é feita de algum fato que há de ser provado. Ele explicita, ainda que:

“Dizer-se que a prova é o ato judicial, ou processual, pelo qual o juiz se faz certo a respeito do fato controverso ou do assento duvidoso que os litigantes trazem a juízo é processualizar-se, gritantemente, a prova”.

Nesse diapasão, mister se faz ressaltar que a prova precisa ser abordada além do direito processual por se fazer presente, também, em meios de prova do direito material no qual esta é por si o instituto responsável pelo fato.

Dinamarco⁸² cita em sua obra os institutos bifrontes que são os patamares de reconhecimento do direito processual material no qual a ação, a competência, a prova, a coisa julgada e a responsabilidade patrimonial recebem parte de sua disciplina. Para ele os institutos bifrontes se caracterizam por estarem presentes tanto no plano substancial quanto no plano processual do ordenamento jurídico.

Ele teoriza que a prova desenvolverá sua dinâmica e sua eficácia dentro do processo, porém as fontes de prova, ou seja, as pessoas ou coisas que a apresentam configuram como elementos externos, ou meios instrumentais. Dinamarco⁸³ afirma que:

“Daí sua configuração bifronte e a necessidade de a categoria jurídica prova ser encarada com a consciência de que as fontes de prova vêm para o processo carregadas de conotações relacionadas com o próprio conflito a que se referem... A postura do Código Civil de 2002 vai muito além da separação, dentre as categorias inerentes ao direito

⁸⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**, v. I, p. 03 In Mergulhão, Rossana Teresa Curioni. **A produção da prova no direito processual. O alcance e os limites do ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. (p. 38)

⁸¹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo IV, p. 246 ss. In Mergulhão, Rossana Teresa Curioni. **A produção da prova no direito processual. O alcance e os limites do ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. (p. 39)

⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume I. 6ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores LTDA, 2009. (p. 46)

⁸³ **Idem** (p. 47)

probatório, entre as que pertencem ao direito processual material e as que são de direito processual puro.”

Dessa forma torna-se fundamental observar que existem normas substanciais e processuais que disciplinam os institutos em si mesmos na relação jurídica material que deve ser efetivada mediante o direito processual material.

4.3. Características, objeto, finalidade e destinatário da prova

Humberto Teodoro⁸⁴ preceitua que *“as provas possuem como características a necessidade de um objeto, uma finalidade e um destinatário”*. O objeto constará nos fatos a serem deduzidos em juízo pelas partes. A finalidade é a de exercer a persuasão a seu respeito em torno dos fatos que traz. E o destinatário é o juiz, quem, a partir das provas deverá de livre convencimento, solucionar a lide e declarar sua sentença.

O Código de Processo Civil em seus arts. 342 a 443 expõem os meios legais de prova a serem admitidos, ressaltando que além destes também são permitidos outros que não especificados por este Código, desde que moralmente legítimos.

Como característica do fato provando há de ser observar três mais relevantes:

- a) controvertido: se não houver controvérsia a questão é apenas de aplicação do direito, com exceção nos casos de lide que verse sobre direitos indisponíveis, quando a lei exigir que a prova seja especial ou quando o juiz reclama mais segurança para o seu livre convencimento;
- b) relevante: serão comprovados apenas os fatos que se mostrarem relevantes e que exerçam influência à discussão da lide, do contrário serão irrelevantes e por consequência excluídos do fato da prova;
- c) determinado: nesse caso o fato precisa ser, obrigatoriamente, identificado de forma precisa, caso contrário torna-se insuscetível de prova.

Ademais, apenas o que está nos autos de um processo poderá servir como prova para que a apuração da verdade fática seja eficaz e segura pelo juiz no momento em que ele justificará sua sentença.

A prova, absolutamente, deve ter como objeto os fatos alegados pelas partes, dizendo

⁸⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. (p. 423)

respeito aos interesses da causa, amplamente considerados. E estes precisam ser fatos pertinentes e relevantes ao processo, não apenas secundários, sem necessidade de comprovação, de acordo com a idéia de Marinoni⁸⁵, pois, do contrário desaparece a necessidade de atividade de prova complementar quando surge um quadro convergente e inequívoco sobre as partes e, por isso não existindo qualquer discussão sobre certos fatos será dispensada expressamente a prova deste.

Entretanto, existem situações em que mesmo não havendo fatos contestados, podendo, inclusive, estes serem confessados, por algumas das partes podem ser ensejado a produção de provas, o que se dá, por exemplo, caso o litígio verse sobre direitos indisponíveis, ou ainda, havendo litisconsórcio passivo e um dos réus crie controvérsia acerca de um ou mais fatos. Portanto, para que haja admissibilidade da prova em alguma dessas situações é necessário a observância dos seguintes requisitos:

a) Pertinência: os fatos a serem provados devem ser pertinentes tanto em relação as questões discutidas em juízo e demonstradas na petição inicial e na contestação, quanto no que diz respeito às regras de estabilização.

b) Relevância: serão permitidos apenas fatos relevantes à decisão da causa e que não venham a produzir qualquer tipo de influência na solução do litígio.

c) Adequação: exige-se uma adequação da prova que se pretenda fazer em cada caso. Importando não apenas a pertinência e a relevância, mas as limitações ditadas pela legislação em torno da força probante e da admissibilidade.

Alguns fatos não precisam de prova para serem demonstrados (art. 334 CPC), são eles: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade.

Ainda de acordo com Humberto Teodoro⁸⁶, os fatos notórios, aquele que estão no círculo social da relação em que o juiz tem que decidir são de conhecimento geral e incontestes, como, por exemplo, datas históricas, os fatos heróicos, as situações geográficas, os atos de gestão política etc. Entretanto, quando é requisito da lei a notoriedade de um fato jurídico esta se transforma em objeto de prova indispensável, como por exemplo, insolvência de um devedor e a transmissão de seus bens.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 (p. 113)

⁸⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. (p. 424)

Outro objeto que independe de prova é o fato incontroverso, pois seria inútil comprová-lo e ainda perderia a celeridade processual que se busca. Só serão comprovados quando se tratar de direitos indisponíveis, como nas ações de anulação de casamento, nas negatórias de paternidade etc. O mesmo se dá quando a parte alega os fatos e a outra confessa, não precisando prová-los.

Também são inteiramente desnecessárias e inúteis as provas de fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Assim, o filho nascido nos 300 dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal não precisa provar que sua concepção se deu na constância do casamento (Código Civil de 2002, art. 1.597, III; CC de 1916, art. 388, II). E o devedor que tem em seu poder o título de crédito não precisa provar o respectivo pagamento (Código Civil de 2002, art. 1.206; CC de 1916, art. 495).

A prova produzida nos autos tem como finalidade convencer o seu destinatário que é sempre o juiz. A ampla defesa busca assegurar a utilização pelas partes de todos os meios legais à obtenção de uma sentença favorável, produzindo provas necessárias à consecução desse fim, uma vez que a prova é produzida ela se torna encoberta no processo por força do princípio da aquisição e passa a integrá-lo como elemento comum de interesse de todos os sujeitos principais.

Pontes de Miranda⁸⁷ leciona que a prova tem por fito levar a convicção ao juiz e esta se dará a partir da ampla visão e poder discricionário que o magistrado possui, pois é a partir de seu raciocínio poderá julgar de acordo com as convicções pertinentes a um juízo. Pois, como sujeito de uma atividade peculiar só é permitido julgar o que está alegado e provado nos autos, sob pena de perder a imparcialidade. Assim, não pode firmar uma opinião acerca de uma verdade senão através dos elementos que foram formados e trazidos pela parte nos autos. Logo, o que não estiver no processo não deverá existir para o juiz, ele deverá analisar a pertinência, relevância e a necessidade da prova ser realizada para que seu julgamento seja proferido apenas com base nas provas produzidas nos autos.

A partir da definição da finalidade da prova aduz-se que o destinatário do seu exercício é o magistrado que irá recepcioná-la e a seu respeito criar um convencimento ou não de sua veracidade e a partir daí por fim na lide. Cabendo a este a possibilidade de transformar o ônus dessa prova de acordo com a necessidade do caso apresentado. É o que afirma

⁸⁷ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo IV, p. 257 ss. In MARGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A produção da prova no direito processual. O alcance e os limites do ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. (p. 59)

Diddier⁸⁸ quando diz que *“a finalidade da prova é convencer o juiz, pode-se dizer que ele, o juiz, é o seu principal destinatário: ele é quem precisa saber a verdade quantos aos fatos, para que se possa decidir”*.

4.4. Sistemas de valoração da prova

Ao considerar o conceito de prova como o resultado de um processo cognitivo que é apresentado pelas partes há que se considerar o que afirma Ovídio Baptista⁸⁹ quando diz que:

“considerando-se o conceito de prova não como atividade, ou como procedimento, visando a produção, mas como o resultado de toda a atividade probatória, na medida em que sua realização haja produzido no julgador a convicção da veracidade do fato probando, então teremos de admitir que o ciclo probatório carece de um momento subsequente ao da sua produção, que é justamente o momento de avaliação da prova pelo juiz”.

Utilizando a teoria de Humberto Teodoro⁹⁰ temos que o sistema de valoração da prova consiste em três quesitos, o do critério legal, o de livre convencimento motivado e pela persuasão racional. O juiz apreciará livremente a prova, segundo os elementos dos autos, ainda que não alegados, indicando na decisão, os motivos de sua convicção a respeito dos fatos litigiosos.

No critério legal o juiz utiliza uma hierarquia legal representando a supremacia do formalismo sobre o ideal da justiça, este era da época do direito romano e está em desuso. Já no livre convencimento, oposto do critério legal, o juiz é soberano para investigar a verdade e apreciar as provas prevalecendo apenas à convicção do juiz o que traz conflitos quanto ao princípio básico do contraditório.

O sistema adotado pelo legislador brasileiro é o da persuasão racional do juiz, no qual o convencimento será livre e racional conforme as provas descritas nos autos processuais o que permite às partes conferirem que a convicção foi extraída dos autos e que os motivos que o levaram a determinada sentença chegam racionalmente à conclusão exposta pelo magistrado, pois:

⁸⁸ DIDDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil – teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 5ª Ed. Vol 2. Editora Juspodivm, 2010. (p. 75)

⁸⁹ SILVA, Ovídio Baptista da Silva. **Curso de direito processual civil**, v. 1, p. 348 In MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A produção da prova no direito processual. O alcance e os limites do ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. (p. 76)

⁹⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. (p. 425)

a) embora livre o convencimento, este não pode ser arbitrário, pois fica condicionado às alegações das partes e às provas dos autos;

b) a observância de certos critérios legais sobre provas e sua validade não pode ser desprezada pelo juiz (arts. 335 e 366) nem as regras sobre presunções legais;

c) o juiz fica adstrito às regras de experiência, quando faltam normas legais sobre as provas, isto é, os dados científicos e culturais do alcance do magistrado são úteis e não podem ser desprezados na decisão da lide;

d) as sentenças devem ser sempre fundamentadas, o que impede julgamentos arbitrários ou divorciados da prova dos autos.

Assim, após a produção da prova, momento de cognição do processo, o juiz fará a análise necessária para a aplicação da norma jurídica de forma ordenada e arbitrária a fim de cumprir a jurisdição pleiteada pelas partes.

É importante lembrar que as provas não possuem valor determinado, sendo apreciadas no contexto e conjuntamente com as demais provas, ou seja, seu peso é considerado única e exclusivamente pelo juiz. Assim, ao examinar a prova, o juiz busca, através de atividade intelectual, nos elementos probatórios, conclusões sobre os fatos relevantes ao julgamento do processo. Todavia, se nesse momento o magistrado depara-se com uma prova que deveria ter sido aduzida pela parte contrária ele poderá reverter o ônus dessa prova a fim de formar o seu livre convencimento, cabendo a parte escolhida o ônus probandi sobre o fato.

Dessa forma, garante-se uma adequada formação de valor a partir da busca incessante pela provável verdade que o processo probatório contém. Afinal, não basta apenas a prova em si, mas que ela seja adequada e pertinente ao contencioso apresentado sob pena de ser descartada se não contiver os elementos necessários.

4.5. Poder de instrução do juiz

Quando a parte ajuíza uma ação ela dispõe do seu direito de impulsionar o Estado na composição de sua lide com o réu de forma justa e segundo as regras do direito, ou seja, cabe às partes o dever de apresentar as provas necessárias para a arguição de defesa.

Atualmente, com a evolução constante do direito processual civil, novas exigências surgiram a fim de que as diferenças sociais e culturais de um litígio possam ser reduzidas o máximo possível a fim de sanar eventuais problemas. Assim, a partir do art. 130 do CPC, o

qual traz os poderes do juiz em determinar provas de ofício ou a requerimento da parte, ou ainda de indeferir diligências meramente protelatórias tornou-se evidente a atribuição ao magistrado de poderes para inquirir a verdade real e instruir a causa, não de forma ilimitada, pois a conduta da parte será responsável e influenciará decisivamente sobre a prova e afastará a iniciativa do juiz nessa matéria. Ademais o propósito é o de buscar uma maior conciliação entre as partes diante da busca da ‘melhor verdade’ do objeto da lide, atentando para uma maior igualdade na relação entre as partes.

Reichelt⁹¹ corrobora essa definição quando diz que:

“Busca-se, nessa esteira, a construção de um processo orientado pelo reforço dos poderes do juiz, em um cenário no qual não lhe é permitido atuar de maneira a tentar substituir a liberdade das partes quanto à determinação do objeto ao debate, mas lhe é outorgada a possibilidade de conciliação e de esclarecimento às partes quanto aos limites dentro dos quais essa liberdade pode ser considerada soberana”.

Todavia, é relevante atentar ao fato de que o julgador não pode adentrar na liberdade de poder da parte em pleitear ou não a tutela jurisdicional, pois esta não é sua esfera. E, principalmente, atentar que sua atuação deverá ser pública e voltada sempre ao interesse da esfera jurídica, ou seja, nunca poderá agir de forma discricionária, pois sua imparcialidade é o seu alicerce na condução de um processo.

Assim, a prova que se faz necessária ordenar de ofício, no julgamento do magistrado, deverá ser buscada a partir do contexto do processo e virá através de diligências e conhecimentos pessoais ou particulares que serão produzidas fora do contraditório. Dessa forma, não cabe ao julgador ser um investigador, e, sim na legalidade, ordenar provas que não sejam requeridas pela parte de forma racional e em sede de admissibilidade pelo aspecto judicial.

Ademais, importante frisar que ao magistrado também caberá definir a quem recairá o ônus dessa prova quando ela for apresentada. Pois nem sempre ao autor ela deverá ser onerosa, haja vista, os diversos modelos de inversão de ônus da prova que permeiam a seara do direito, como por exemplo, o do campo do Direito do Consumidor no qual a inversão se dá de forma objetiva para o réu, já que o CDC julga o autor como hipossuficiente. Assim, qual o momento mais (in) adequado para essa inversão?

Portanto, notório observar que cabe ao magistrado mais do que a função de expectador que sentencia depois de assistir as provas que as partes julgam necessárias. Cabe a ele, no

⁹¹ REICHELTL, Luis Alberto. **A Prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. (p. 330)

decorrer de um processo, a busca, imparcial, pelo exercício da jurisdição a fim de atender as necessidades que as partes possuem quando buscam a proteção do Estado. Assim, independentemente das provas já terem sido apresentadas, é necessário a descoberta da ‘verdade’, esta que só será alcançada quando houver um convencimento jurisdicional que poderá advir da formação de novas provas quando o julgador assim achar necessário.

Bedaque⁹² diz que:

“o juiz que se omite em decretar a produção de uma prova relevante para o processo estará sendo parcial ou mal cumprindo sua função. Já o juiz que determina a realização da prova de ofício, especialmente porque lhe deve importar apenas a descoberta da “verdade”, e não aquele que resulta vitorioso (o autor ou o réu), estará voltado apenas para a efetividade do processo”.

5. ÔNUS DA PROVA

O processo é uma relação jurídica entre sujeitos que buscam, através da proteção do Estado, uma garantia de alcance de determinado pedido. Nesse diapasão o ônus da prova surge como um instituto que tem como fim precípua o encargo de comprovar algo para que seja feita a convicção do juiz diante de determinado assunto. Não obstante há que se observar que o conceito de ônus é diferente do conceito de obrigação haja vista que naquele ao sujeito que não “cumprir” suas “obrigações” apenas lhe restará as implicações que são inerentes ao descumprimento. Enquanto que neste ao sujeito poderá ocorrer o ato coercitivo do sujeito ativo da obrigação.

Ônus, palavra de origem latina ‘*onus*’, tem em sua definição a carga probandi de provar algo que se alega. Dinamarco⁹³ conceitua da seguinte forma:

“Ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.

As doutrinas se dividem quanto à posição dessa comprovação que ora é do pólo ativo da lide, ora do pólo passivo, o que faz com que o ônus da prova possua uma gama de definições. Portanto, o dever de quem alega é apresentação da veracidade dos fatos, ou seja,

⁹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**, p. 78 e ss. IN MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART. **Curso de processo civil. Processo de conhecimento**. Volume 2. 8ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (p. 290)

⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito processual civil**. V. III, p. 71. IN MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A produção da prova no direito processual. O alcance e os limites do ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. (p. 61)

ao autor de uma ação será imposta a obrigação de comprovar o fato que constitui o seu direito, e a existência das condições da ação e dos pressupostos processuais positivos, bem como da inexistência dos pressupostos processuais negativos, tais como a litispendência, perempção e coisa julgada.

Enquanto que ao réu caberá a comprovação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, preceito afirmado pelo art. 333 CPC e a possível inexistência das condições da ação e seus pressupostos que são apresentados pela parte autora a fim de que consiga alcançar, a seu favor, a extinção da lide sem que haja o julgamento do mérito.

Portanto, quanto ao ônus da prova é notória a necessidade de consideramos o fato provado independentemente de quem provou, pois cada parte deve provar os fatos relacionados com seu direito, sendo indiferente a sua posição no processo. E, cabe às partes o encargo de produzir as provas que farão parte do litígio a fim de que o magistrado possa analisar e fazer seu livre convencimento usando a imparcialidade, a racionalidade e com base no que foi alegado e devidamente comprovado possa sentenciar a lide em tela.

5.1. Fundamento do ônus da prova

Ao tratarmos do processo civil e suas peculiaridades para resolução de uma lide é preciso estar atento para as devidas informações que serão fornecidas para sua resolução. Quando um sujeito busca a tutela do Estado para impor a alguém uma obrigação há de se observar que fatos serão apresentados e estes deverão ser analisados se existe veracidade ou não em seus contextos. Pois não basta que se apresente um fato é necessário prová-lo, corroborar sua existência e procedência. E, por muitas vezes aquele quem trouxe nem sempre será o responsável pelo ônus de sua prova já que em determinados casos o magistrado tem a faculdade de inverter o ônus da prova se assim julgar necessário. E então surge a questão, qual o momento in (adequado) para que haja essa inversão?

Assim, apesar de se conceituar a palavra ônus como oriunda do latim e que tem como principal característica o significado de carga, fardo, peso, tal fato não aufere à parte interessada a obrigação de produzir provas. Todavia, resta lembrar que sem a efetividade de tal encargo não haverá a formação do livre convencimento do juiz, ou seja, nesse momento, a omissão de provar um fato alegado pode incorrer na perda de um direito, haja vista a subjetividade que resguarda a tutela jurisdicional que se busca. Pois, como afirma

Mergulhão⁹⁴ “*não resta dúvida de que o ônus da prova é regra de julgamento, dentro da sistemática processual civil do Brasil.*”

E, mais além, há que se falar que o simples descumprimento de um ônus processual não impede que o magistrado utilize o fato demonstrado no processo na formação de seu convencimento, haja vista que nosso ordenamento jurídico aceita o princípio da comunhão da prova no qual independe o momento de inclusão dessa prova, mas a sua existência no auto torna-se suficiente para que o juiz a utilize de forma racional e imparcial. Ademais o momento de apresentação dessa prova ou ainda quem irá submetê-la ao crivo do judiciário não altera sua imprescindibilidade já que é permitido que o ônus probandi seja revertido sempre que o julgador assim achar necessário.

É nesse diapasão que se observa o que traz a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça⁹⁵ que diz que:

“Ao juiz, frente à moderna sistemática processual, incumbe analisar o conjunto probatório, sem perquirir a quem competiria o ônus probandi. Constando dos autos a prova, ainda que desfavorável a quem a tenha produzido, é dever do julgador tomá-la em consideração na formação de seu convencimento”.

Ao falar em fundamento do ônus da prova citamos o que diz Vicente Greco Filho⁹⁶ que diz são três os princípios iniciais: 1) princípio dispositivo; 2) princípio da persuasão racional na apreciação da prova; 3) princípio da indeclinabilidade da jurisdição e um quarto princípio inserido que é o do princípio que se soma ao princípio da aquisição de provas.

Assim, ao esmiuçarmos esses princípios temos as principais definições:

No princípio do dispositivo a iniciativa da ação e ônus das provas caberá às partes que apresentarão ao juiz e este terá a mínima participação na produção das provas apesar de não haver restrição para que ele as diligencie. Ademais, é necessário que se coloque em voga os poderes instrutórios do magistrado e a constante imparcialidade para buscar uma sentença justa e composta de equidade.

Cabral⁹⁷ afirma que:

⁹⁴ MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A produção da prova no direito processual. O alcance e os limites do ativismo judicial.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010. (p. 63).

⁹⁵ STJ. REsp. 11.468-RS. 4ª Turma. Julgado em 7 abr. 1992. Rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira. Diário da Justiça, Brasília, 11 maio 1992. P. 6437.

⁹⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 2. P. 185 IN CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor.** São Paulo: Método, 2008. (Coleção Prof. Arruda Alvim. V. 8) (p. 190)

⁹⁷ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor.** São Paulo: Método, 2008. (Coleção Prof. Arruda Alvim. V. 8) (p. 191)

“O critério de distribuição do ônus da prova é legitimado por um critério racional e de equidade, repousando na premissa de que cabe à parte desenvolver ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar no espírito do juiz a convicção de julgar-lhe favoravelmente a ação.”

Já no princípio da persuasão racional na apreciação da prova temos que o juiz deverá decidir o que foi alegado e provado nos autos (*secundum allegata et proata partum*) e não será dado nesse momento liberdade à sua convicção íntima (*secundum propriam conscientiam*). Dessa forma, as alegações que as partes trazem terão um ônus como obrigação para dirimir a existência de um fato apresentado.

O princípio da indeclinabilidade da jurisdição aprecia a ordem de que o magistrado não poderá declinar de sua obrigação de proferir uma decisão de mérito a uma das partes mesmo que estes não sejam suficientes para que haja o convencimento do juiz, assim, o *non liquet* é proibido nas regras atuais do processo.

Ao tratarmos no princípio da aquisição das provas veremos que caberá ao magistrado tratar dos fatos que estão presentes nos autos independentemente de saber quem os trouxe, pois o mais importante nesse princípio é a utilização da prova pela prova em si dentro de um processo, a fim de sanar a lide com a justiça adequada.

Em todo caso, tais princípios servem como direcionamento para que o magistrado atenda às necessidades e expectativas geradas pela parte que busca sua proteção e assim o ônus da prova, no processo civil, torna-se uma regra que auxiliará o juiz a proferir uma decisão mesmo que as provas não sejam suficientes ou falem nos autos.

Não basta definir o fundamento do ônus da prova como uma obrigação, mas um dever, uma faculdade que beneficiará àquele que se manifestar a apresentar a prova requerida. E, não obstante essa regra se aplica tanto a parte autora quanto a parte ré, pois a ausência de apresentação de uma prova em si poderá gerar consequência processual desfavorável, como por exemplo, o autor ter seu pedido julgado improcedente por não ter apresentado provas do fato que foi requerido pelo judiciário.

Em se tratando de definições doutrinárias o ônus da prova possui duas, a do ônus subjetivo que define a quem caberá as regras de qual sujeito será o responsável pela apresentação das provas e o ônus objetivo no qual será definida a regra a ser utilizada pelo julgador quando as provas apresentadas não forem suficientes ou até mesmo não existirem. Todavia ressalta-se que o mais importante na regra do ônus da prova é saber que relevante

mesmo é o fato da prova existir, independente de quem a trouxe para o processo, o que afirma as doutrina de Destefenni⁹⁸:

“As regras referentes ao ônus da prova somente são relevantes em situações de ausência ou insuficiência de provas. Se a prova foi produzida e consta dos autos, não interessa saber quem tinha o ônus de produzi-la”.

5.1.1. Ônus da prova e relação entre prova e verdade (ônus da prova como critério artificial de decisão?)

Ao tratar o ônus da prova como um instituto que está presente no momento de convencimento e julgamento do magistrado ao produzir a sentença de uma lide torna-se precípua lidar com as definições de prova e verdade sobre um fato apresentado, afinal a doutrina processual não exaure tais conceitos, haja vista os diversos questionamentos que permeiam essa seara.

Falar de prova, em qualquer âmbito, e principalmente, neste momento, no direito processual civil remete-se a idéia de um fato apresentado para comprovar a veracidade de algo que se atesta. Nesse caso, a tal fato deverá ser imposta ‘a presença de uma verdade’ que se tornará o ponto de partida para resolução de uma lide.

Vejamos o que diz Marinoni⁹⁹ sobre a idéia da busca pela verdade: *“ligados à idéia de busca da verdade material estão diversos dos mais importantes institutos do direito processual. O principal deles, sem dúvida é a prova”.*

Assim, analisar o fato apresentado como prova e a verdade existente nele remeterá a necessidade de encarregar alguém a propositura desse fato, ou seja, o ônus da produção de uma prova para que não haja dúvidas na formação do convencimento do juiz, pois é notório que ele para dirimir uma lide não pode ter qualquer dúvida e ademais, o ‘*non liquet*’ não poderá deixar de ser apreciado e será sempre obrigatório a resolução da tutela buscada pela parte.

Portanto, a partir dos conceitos e fundamentos que permeiam os pressupostos entre prova e verdade e a valoração que estas possuem no âmbito do processo jurisdicional há que se questionar se há possibilidade do ônus da prova configurar como influência para a

⁹⁸ DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil. Processo de conhecimento e cumprimento de sentença**. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 2006. (p.351)

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 (p. 28)

descoberta da verdade processual e critério artificial de decisão, observando sempre as exigências processuais existentes.

Marinoni¹⁰⁰ utiliza a teoria sueca de *Per Olof Ekelöf* ao tratar sobre o convencimento judicial que tem como base principal a convicção de verossimilhança do juiz ser baseada em um grau mínimo de probabilidade na qual o magistrado deverá estar atento ao mínimo grau de probabilidade. Tal teoria está fundada em um julgamento mais racional e melhor motivado que se baseia na verossimilhança preponderante do que o que é fundado no ônus da prova, ou seja, onde há ausência de prova. Assim, como diz Higino Neto *“a regra sobre a distribuição do ônus da prova deixa de ser instrumento de distribuição desse ônus ou de constituir-se em regra de julgamento para transformar-se numa régua, que indica a parte que deve obter êxito na demanda.”*

Essa definição que se dá pelo princípio da verossimilhança preponderante satisfará o convencimento do magistrado, pois caberá às partes, igualmente, o ônus da prova, ou seja, aquele que conseguir apresentar provar mais contundente satisfará a necessidade e se tornará o ganhador da causa.

A doutrina de Higino Neto¹⁰¹ diz que:

“sob a perspectiva filosófica ou científica, julgamentos com base na verossimilhança preponderante não se mostram desarrazoados, encontrando amparo na proporcionalidade, nas regras da experiência, no princípio da persuasão racional e nas presunções e podem contribuir para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e concretização da Constituição.”

A partir de tal citação observa-se, ainda, a inferência do que é ditado pela Carta Magna no sentido de concretizar os princípios que nela são elencados. Portanto, torna-se o ônus da prova, nessa doutrina, artifício de pouca monta quando forem elencados os diversos direitos constitucionais que são buscados na satisfação de atendimento de uma parte, pois para essa definição o ônus da prova não deverá recair sobre uma parte e sim configurar como um ponto central no qual incidirão as provas apresentadas pelas partes, ou seja, nesse caso o ônus da prova não será usado como critério artificial de decisão haja vista o fato de não haver dúvida a ser suscitada.

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A questão do convencimento judicial**. Jus Navigandi. Teresina, a. 9, n. 503, 22 nov. 2004. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5966](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5966). Acesso em 11 jan. 2008. IN HIGINO NETO, Vicente. Ônus da Prova. Curitiba: Juruá, 2010. (p. 105)

¹⁰¹ Idem (p. 105)

Entretanto, Marinoni¹⁰² em outra teoria apresenta a dúvida como um princípio que não pode ser resguardado e torna-se como o ponto de partida para que o juiz profira sua sentença em desfavor daquele que não obtiver êxito no ônus da prova. Exaltando, ainda, a possibilidade dessa sentença não produzir coisa julgada material, pois não houve o convencimento do juiz e sim a sua obrigação em sentenciar de acordo com o ônus da prova. Dessa forma, aparece o ônus da prova como critério artificial de decisão, pois as provas apresentadas não foram suficientes para que o magistrado utilizasse a verossimilhança preponderante.

Portanto, há que se exaurir todas os meios de prova para que o juiz possa se valer do ônus da prova para firmar seu livre convencimento, do contrário as partes acabariam por lutar entre elas incessantemente a fim de chegar naqueles 51% para que atingissem a verossimilhança preponderante.

5.2. A distribuição do ônus da prova e os requisitos para sua inversão

Ao buscar a tutela do Estado é comum que o direito de ação se dê pela pretensão de um direito que a parte autora alega possuir e doravante a parte ré terá a obrigação de contestar tal direito, ou seja, como cita Cabral¹⁰³ “*Não se deve olvidar que todo direito nasce de um fato: ex fact oritur ius*”.

O procedimento da produção de provas no processo civil possui em seu ordenamento uma sucessão e isso é claramente observado quando lemos o bojo do artigo 452 do CPC¹⁰⁴ que determina a produção das provas atendendo a uma seqüência linear de fatos a serem apresentados através de peritos e assistentes técnicos que trarão esclarecimentos para o processo, depoimentos pessoais do autor e réu que serão tomados pelo juízo e a inquirição das testemunhas do processo.

Entretanto, como toda regra possui sua exceção aqui não seria diferente, e é permitido que haja a inversão da ordem processual tanto quanto de quem vai praticar os atos quanto o momento de praticá-los, e esse momento probatório leva em consideração a necessidade que o caso em tela exigir, haja vista a busca pela melhor adequabilidade da justiça a ser concedida.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART. **Curso de processo civil. Processo de conhecimento**. Volume 2. 8ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (p. 272)

¹⁰³ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008. (Coleção Prof. Arruda Alvim. V. 8) (p. 208)

¹⁰⁴ Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. “Art. 452: As provas serão produzidas na audiência nesta ordem: I – o perito e os assistentes técnicos responderão aos quesitos de esclarecimentos, requeridos no prazo e na forma do art. 435; II – o juiz tomará os depoimentos pessoais, primeiro do autor e depois do réu; III – finalmente, serão inquiridas as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu.

Nesse caso o encargo do ônus probandi recairá sobre aquele que apresentar melhores condições de realizar a tarefa da apresentação da prova. Ademais, no momento de fazer essa inversão do ônus há que se observar o princípio constitucional da igualdade entre as partes com o fim de não incidir demasiado ônus àquele que for parte frágil no processo.

Leonardo¹⁰⁵ diz que distribuir o ônus da prova sem considerar as necessidades de direito material de cada parte e apenas com base na natureza dos fatos e na posição processual destas tende a criar um processo injusto e desigual nas pretensões formuladas, *“Inibe as reais possibilidades e necessidade de produção de provas em benefício de uma objetividade que determina previamente o que deve ser provado (ônus objetivo) e por quem deve ser provado (ônus subjetivo)”*.

A leitura do art. 333 do CPC remete a regra geral de que às partes caberá a responsabilidade das provas, principalmente ao réu, a quem recairá o ônus da prova de forma que suas alegações sustentem sua defesa indireta, haja vista que nessa condição é permitido que ele use fatos constitutivos e por consequência articule os fatos impeditivos, modificativos e extintivos existentes na defesa indireta.

Entretanto, é importante questionar se tais fatos estarão presentes no sentido substancial ou apenas no processual? Pois é notório que há dificuldade para se chegar a uma divisão consolidada do direito material e do direito substancial quando se trata de denominar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos. Leonardo¹⁰⁶ exemplifica com um caso prático:

“o autor da ação requer em juízo a resolução do negócio com base no inadimplemento contratual do réu, com base no art. 476 do Código Civil (exceptio non adimpleti contractus). Na visualização do direito material, o inadimplemento contratual é fato extintivo e não constitutivo do negócio jurídico. Por outro ângulo, o contratante lesado, ajuíza ação de resolução do negócio jurídico, fundamenta sua pretensão no citado art. 476 do CC. Deverá, porém, incumbir-se do ônus da prova do inadimplemento contratual, pois em relação a sua posição no processo esse fato jurídico é qualificado como constitutivo do direito à resolução contratual. A eventual resolução do contrato, fundamentada no art. 476 do CC, impõe ao autor o ônus da prova sobre o inadimplemento do réu, fato hábil para extinguir a relação contratual.”

¹⁰⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P. 120 IN CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008. (Coleção Prof. Arruda Alvim. V. 8) (p. 209)

¹⁰⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P. 1350 IN CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008. (Coleção Prof. Arruda Alvim. V. 8) (p. 213)

Assim, por exemplo, quando uma seguradora se recusa a pagar uma indenização de acidente de carro por alegar que o autor estava embriagado caberá somente a ela o ônus probandi que confirme tal circunstância.¹⁰⁷

Por conseguinte, há que se observar que o juiz também será responsável pelo momento probatório quando os fatos apresentados não forem suficientes para a formação de seu convencimento e ele imputará a uma das partes as conseqüências pela falta de provas.

Portanto, observa-se que o momento de distribuição do ônus da prova pode ser tanto na fase instrutória, recaindo sobre as partes, quanto na fase decisória na qual o magistrado será o responsável pela busca de fatos que forem suficientes à sua decisão. Ademais, será necessário distinguir que no momento de distribuição deverá ser muito bem observado a quem deverá recair o encargo do ônus probandi.

5.3. Momento (in) adequado para a inversão do ônus da prova

Ao tratar o tema do ônus da prova no processo muitos conceitos doutrinários foram apresentados e a partir deles muitos questionamentos surgiram, como por exemplo, qual o momento (in) adequado para a inversão do ônus da prova no processo civil?

Precípua se faz ressaltar as premissas básicas que a Lei abrange quando trata do momento probatório de uma lide haja vista que a tutela do Estado tem como objetivo garantir os princípios dos direitos fundamentais que estão pautados pela Constituição Federal.

Assim, no decurso do processo de cognição o momento probandi é de suma importância para que haja o livre convencimento do juiz a fim de que ele possa julgar com base nos fatos apresentados e possa sentenciar a lide de forma a garantir a jurisdição almejada pelas partes. Para afirmar tal construção o art. 333 do CPC traz em seu bojo a generalidade da regra de um direito material pautado na completa aplicação da lei sem restrições e alterações. Entretanto, nem sempre tal princípio poderá ser utilizado devido às diversas nuances que o direito abrange, haja vista a busca pela razoabilidade que o processo precisa garantir às partes.

Em todo caso, falar que no momento probatório ao autor caberá a apresentação de um direito e ao réu a contestação desse direito restringe as inúmeras possibilidades que podem ser

¹⁰⁷ **SEGURO. FATO IMPEDITIVO DO DIREITO DO AUTOR. ÔNUS DA PROVA. DEVER DO RÉU.** (...) II – Compete ao réu a prova do fato impeditivo do direito do autor (artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil). III – Na hipótese de morte em acidente de trânsito, cabe à seguradora provar que este ocorreu em decorrência de embriaguez ou consumo de entorpecentes, não sendo lícito exigir do beneficiário em sentido contrário. Agravo improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. AgRg no Ag 672.865/DF. Rel. Min. Castro Filho, j. 15 ago. 2006, p. 256).

alcançadas no direito. Pois, existem determinados casos em que a lei não conseguirá prever todas as situações do direito e abranger toda a generalidade de casos que podem surgir. Por isso, haverá momentos em que a inversão do ônus da prova se faz necessário para que haja igualdade na lide.

Nesse diapasão é necessário observar que a inversão do ônus da prova diante do direito material consiste não na apresentação do fato constitutivo, mas na prova da não existência desse fato constitutivo, de acordo com o que afirma Marinoni¹⁰⁸, *“a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência.”*

Outra abordagem do ônus da prova que é bastante utilizado é o do art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor que apresenta quais os pressupostos devidos para a inversão do ônus probandi, os quais estão presentes na lei. Portanto, como observa Marinoni¹⁰⁹

“é direito básico do consumidor 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”.

Dessa forma, a leitura da regra determina que haja a verossimilhança e a hipossuficiência do consumidor para que a inversão do ônus probandi se efetue, ou seja, pautada na relação de consumo o réu será incumbido de provar as alegações feitas pelo autor que estará amparado pela inversão do ônus probandi. Em todo caso, a inversão do ônus da prova se dá em momento de decurso do processo enquanto não há convencimento do magistrado.

Ademais, pode-se levantar outra hipótese de inversão do ônus da prova no decurso do processo, o momento da sentença no qual o magistrado que não alcançou o seu devido esclarecimento deverá considerar o consumidor como hipossuficiente e então a inversão do ônus da prova acaba por ser voltada ao próprio magistrado que deverá, no mínimo, formar o seu convencimento através da verossimilhança.

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART. **Curso de processo civil. Processo de conhecimento**. Volume 2. 8ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (p. 275)

¹⁰⁹ **Idem** (p. 276)

Logo, Marinoni¹¹⁰ esclarece que

“a legitimidade da inversão do ônus da prova, com base em verossimilhança ou com base em hipossuficiência – ou mesmo a simples aplicação do art. 333-, requer a análise da motivação. Se os argumentos utilizados – por exemplo, a existência de uma presunção ou de uma regra de experiência, ou a ausência de prova ou a sua impossibilidade – não forem adequados para justificar uma ou outra, ou ainda se a motivação incidir em falta de coerência lógica em relação aos critérios utilizados para demonstrar a convicção, a dúvida ou a inesclarecibilidade, a decisão carecerá de legitimidade.”

Assim, observa-se que se há uma real necessidade de inversão do ônus da prova está somente será legítima se estiver adequada à convicção e os elementos pertinentes a sua formação.

5.4 A inversão dinâmica do ônus da prova e os princípios constitucionais pertinentes

Como já foi dito anteriormente a possibilidade de inversão do ônus da prova pode ser tanto sobre a parte que realizará o ônus probandi quanto a fase do processo em que ela será determinada. Assim, caberá a esse tópico abordar a função dos princípios constitucionais diante da inversão do ônus da prova.

Primeiramente, observa-se que o momento da produção da prova pode se dar desde a fase postulatória com a petição inicial na qual o autor manifesta seu direito de ação com a apresentação de seus fatos e a devida comprovação dos pressupostos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, quanto com a contestação e a reconvenção na qual o réu manifestará a sua contra prova a fim de questionar o que o autor propôs¹¹¹.

Poderá, ainda, ser no curso da ação se assim julgarem necessário as partes que apresentarão novas alegações aos fatos controvertidos ou na fase de julgamento na qual o juízo determinará a produção de provas que ele julgar necessário para o seu livre convencimento ou pelas partes quando se tratar de documento superveniente que justifique sua inserção no processo. Poderá, também, a prova ser inserida no momento recursal contanto que atenda a princípios obrigatórios, como por exemplo, não se tratar de prova essencial à

¹¹⁰ **Idem** (p. 280)

¹¹¹ SANTOS, Gildo. **A prova no processo civil**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

causa, não ter sido exibida antes por absoluta impossibilidade, não ferir o postulado da lealdade processual¹¹².

Por conseguinte, há que se observar os princípios constitucionais fundamentais que regem o processo civil, como por exemplo, o do art. 5º da Carta Magna no qual a igualdade está pautada no jargão do tratamento igual ao iguais e desigual aos desiguais traz à tona a imperiosa constatação de que o ônus probandi deverá recair de forma igualitária e com escolhas pautadas na devida hipossuficiência que a Lei admite, de forma que haja o exercício do direito que se busca na proteção estatal.

É relevante frisar o que afirma Carpes¹¹³ quando trata da igualdade que é disciplinada pelo art. 333 do CPC:

“Há um nítido vínculo de correspondência, portanto, entre o elemento indicativo e o critério (medida de comparação): a distribuição dos ônus probatórios (elemento indicativo) participa do problema da igualdade ao se relacionar com a participação das partes (critério ou medida de comparação), bem como com a finalidade buscada (formação do juízo de fato).”

Assim, a inversão do ônus da prova deverá sempre estar relacionada aos princípios constitucionais fundamentais a fim de garantir a efetiva tutela que a parte busca junto ao Estado, pois o direito fundamental à igualdade é apenas suposição para um processo justo e paritário para que as partes se tornem equilibradas. Carpes¹¹⁴ diz, ainda, que nesse caso a igualdade deve ser de forma substancial na matéria de fato. Dessa forma, a parte terá “o direito não apenas de alegar, mas principalmente, de provar as ditas alegações, tudo com a função de influenciar na construção da decisão judicial.”

Logo, quando ao autor é mais oneroso a produção da prova e ao réu existe maior possibilidade de apresentação desses fatos, a inversão será efetiva e adequada à tutela jurisdicional prevista pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal outorgando o direito fundamental de acesso à justiça, mediante a devida igualdade entre as partes.

Ademais, o Código de Processo Civil em seu art. 125, I apresenta, também, a igualdade de tratamento entre às partes, ou seja, a dinamização do ônus da prova se dará

¹¹² “A jurisprudência admite a produção de prova documental em qualquer fase do processo, inclusive nas razões ou contra-razões de recursos, com a única exigência de ser ouvida a parte contrária.” (TJSP, 4ª Câ. Civ., v.u., RT 484/93)

“Documentos novos que se contrapõem aos produzidos pela parte contrária. Podem ser juntados em qualquer tempo, conforme art. 397 do CPC. Agravo de instrumento provido” (TARS, 1ª Câ. Civ., v.u., Julgados do TARS 20/167).

“Verificada a necessidade ou conveniência da juntada de documento pelo réu, após a contestação, ao juiz cumpre admiti-la” (1º TACivSP, 6ª Câ., v.u., RT 479/124) IN SANTOS, Gildo. **A prova no processo civil**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. (p. 54)

¹¹³ CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. (p. 82)

¹¹⁴ **Idem**. (p. 84)

quando houver dificuldade do autor no acesso à prova em detrimento de facilidade para a parte contrária.

5.5. A inversão do ônus da prova em relação os diversos âmbitos do direito material

O magistrado para alcançar seu convencimento precisa apoiar-se em todas as alegações contidas na lide e até mesmo a fatos que não estão presentes, e já que ele deverá pautar-se no que está presente no direito material, *“não há como exigir uma convicção uniforme para todas as situações de direito substancial.”*¹¹⁵

Logo, é possível que o juízo utilize, quando necessário, o convencimento através da verossimilhança ou, ainda, através da inversão do ônus da prova que é outra forma de convicção do juiz no direito material, pois a ele caberá a exigência da diligência necessária para que esses fatos sejam apresentados. Assim, quanto ao direito material é notório que não se pode admitir apenas a inversão do ônus da prova pautada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, atualmente, muitas discussões surgiram por conta da inversão do ônus probandi presente no art. 6º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11.09.1990) o qual apresenta a inversão do ônus da prova segundo as regras da hipossuficiência econômico-financeira nas relações de consumo na qual o consumidor será agraciado com a inversão da distribuição do ônus da prova para o réu.

Tal definição precisa ser bem elaborada, pois há que se ressaltar que esta condição deverá estar devidamente consubstanciada em um direito próprio da parte que se julga merecedora da garantia da inversão do ônus da prova que o atinge.

E, como característica do direito que se funda em constante batalha de correntes, nesse caso não poderia ser diferente e eis que surgem duas correntes principais que tratam a inversão do ônus da prova, ora com a hipossuficiência técnica ou financeira, ora apenas no caso de ser técnica. Dessa forma, fica o questionamento constante de qual a melhor abordagem sobre o ônus probandi e quando ele deverá ser feito sua inversão a fim de atender as necessidades que o direito material exige.

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART. **Curso de processo civil. Processo de conhecimento**. Volume 2. 8ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (p. 274)

5.6. O ônus da prova no direito tributário

Enquanto o conceito do ônus da prova na seara do direito processual civil é considerado como um direito subjetivo disponível, ou seja, uma faculdade, diferentemente será seu conceito quando estamos na seara do direito tributário. Pois, diante de um ato de lançamento a autoridade administrativa tem o “dever” de provar aquele fato jurídico e o seu ilícito tributário correspondente. É o que afirma José Souto Maior Borges:

“O Fisco, entretanto, tem o dever – não o ônus – de verificar a ocorrência da situação jurídica tributária conforme ela se desdobra no mundo fáctico, com independência das chamadas provas pré-constituídas ou presunções de qualquer gênero... Se o procedimento administrativo tributário é, em princípio, indisponível, nele não cabe a inserção da categoria jurídica em que o ônus consiste”. A construção do fato no antecedente da norma administrativo-tributária individual e concreta, por meio das provas admitidas, constitui a própria motivação do ato administrativo, elemento sem o qual este não subsiste”.¹¹⁶

Dessa forma, quando acontece um lançamento por autoridade competente o ônus probandi é do contribuinte que terá de justificar suas afirmações de que não é devedor daquela obrigação. Já nos casos de lançamento por homologação, nos casos em que o particular apresenta seu liame obrigacional, tal dever inexistente já que não ocorre a participação da autoridade competente.

Não obstante Fabiana Del Padre nos afirma que o lançamento realizado pela autoridade competente deverá ser pautado de uma linguagem competente. Já no caso de norma individual e concreta emitida pelo particular este deverá demonstrar a veracidade dos seus fatos alegados.

Ademais, reprise-se que o ônus da prova cabe a quem alega e no direito tributário não se aceita outra forma de distribuição.

¹¹⁶ BORGES, José Souto Maior. **Lançamento Tributário**. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999 (p. 121) In TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**. São Paulo: Editora Noeses, 2011 (p. 268)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve o intuito de apresentar o ônus da prova no direito tributário diante do que ditam as regras do Direito Processual Civil que evoluiu em todas as suas premissas e a antiga regra constante no art. 333 do CPC na qual o autor precisava provar os fatos que alegava e ao réu cabia a função de contestar já não é a medida da sistemática atual o que nos faz perceber que as mudanças foram benéficas para quem procura a apreciação do Poder Judiciário, haja vista que as regras do ônus da prova tornaram-se mais benéficas e maleáveis de acordo com cada caso.

Anteriormente o juízo de valor do magistrado baseava-se em poderes instrutórios no qual o direito disponível era pautado pela produção de provas que caberia tão somente às partes, o que mudou com a nova regra que permite que o legislador participe do momento probatório, se for necessário.

Assim, com a adesão de novas premissas o novo ordenamento deixou de ser tão rígido e os princípios constitucionais tornaram-se baluartes de forma a garantir àquele que necessita melhor adequação diante do devido processo legal e do direito a ampla defesa e contraditório. Há que se frisar que o Direito Processual moderno tem fim precípuo garantir o direito àquele que realmente está amparado.

Logo, a distribuição, bem como a inversão do ônus da prova acaba por ser uma medida na qual tanto autor quanto réu sairão beneficiados, pois só recairá o ônus da prova àquele que tiver melhor condição de exercê-lo. E, portanto, o hipossuficiente de determinada relação estará pautado em uma prerrogativa de solução processual na qual o juízo da causa poderá fazer o devido juízo de ponderação e alcançar o seu livre convencimento de acordo com as circunstâncias de cada caso.

Por conseguinte, há que se observar que o momento da inversão do ônus da prova é diferente nos diversos âmbitos do direito, como por exemplo, no caso do CDC, nas relações consumeristas, no qual a inversão se dá pelo critério de avaliação do magistrado quem vai determinar de acordo com a sua livre apreciação, enquanto que no CPC é uma exceção à regra que se dá quando o magistrado verifica os requisitos previstos em lei e, após análise, e dependendo em cada caso, permite a inversão do ônus da prova, ou seja, momento determinante da relevância da inversão do ônus da prova.

Diante das diferenças presentes nas características que envolvem a inversão do ônus da prova no CPC e no CDC percebe-se que definir o momento (in) adequado para que haja

essa inversão depende de cada caso, e, mais ainda em qual âmbito do direito está inserida a lide em tela, haja vista que as particularidades são infinitas e transcendem a tutela jurídica pretendida.

Dessa forma, o presente trabalho não finaliza e nem determina qual o momento (in) adequado para a inversão do ônus da prova, e na simplicidade busca a melhor adequação a cada caso com o intuito de garantir, primeiramente, a observação dos princípios constitucionais e fazer valer o que reza a Carta Magna sobre o contraditório e a ampla defesa com o precípua de atender àquele que está amparado pela hipossuficiência em uma lide.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 1, p. 3-4. In MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria geral do processo e processo do conhecimento**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008. (Coleção Prof. Arruda Alvim. V. 8)

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 10ª ed. 538f. V1. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19ª edição inteiramente revista, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, vol II, p. 3 apud. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 19ª edição inteiramente revista, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3ª ed. 472f. V2. Campinas –SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Vade Mecum – Acadêmico de Direito. 10ª Edição. São Paulo: Rideel. 2010

DESTEFENNI, Marcos. Curso de Processo Civil. **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença**. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume I. 6ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores LTDA, 2009.

DIDDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil – teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 5ª Ed. Vol 1. Editora Juspodivm, 2010.

DIDDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil – teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 5ª Ed. Vol 2. Editora Juspodivm, 2010.

DIDDIER JR, Fredie, BRAGA. **Curso de direito processual civil – teoria geral do processo e processo do conhecimento**. Volume I. 12ª edição. Editora Juspodivm, 2010.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2ª. Edição. Volume III. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. Volume 1: teoria geral e processo do conhecimento. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. Volume I – Teoria geral do processo e auxiliares da Justiça. 17ª edição, atualizada. Editora Saraiva, 2003.

HIGINO NETO, Vicente. **Ônus da Prova**. Curitiba: Juruá, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Teoria geral do processo**. Volume 1. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART. **Curso de processo civil. Processo de conhecimento**. Volume 2. 8ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A produção da prova no direito processual. O alcance e os limites do ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MITIDIERO, Daniel Francisco, ZANETI JUNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do Processo Civil. Primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

REICHELT, Luis Alberto. **A Prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SANTOS, Gildo. **A prova no processo civil**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**. São Paulo: Editora Noeses, 2011.

VICENZI, Brunela Vieira De. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

STJ. REsp. 11.468-RS. 4^a Turma. Julgado em 7 abr. 1992. Rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira. Diário da Justiça, Brasília, 11 maio 1992. P. 6437

ARTIGOS

1. CREMASCO, Suzana Santi. A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.
2. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O princípio da comunhão da prova.
3. PACÍFICO, Luiz Eduardo. Perspectiva sistemática do momento de inversão do ônus da prova: do CDC ao CPC. In Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 55, nº 351, janeiro de 2007.
4. MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **Jurisdição, ação e processo à luz da processualística moderna: para onde caminha o processo?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 64, 1 abr. 2003. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3902>. Acesso em: 24 nov. 2010.
5. SILVA, Adelman Oliverio. **A importância e a possibilidade dos conceitos de prova e verdade na análise do direito fundamental de ação**: elementos de uma compreensão das condições da ação a partir de uma teoria geral do processo.

Declaração Universal dos Direitos do Homem.

http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm

PINTO, Mauricio Luis Pereira. **Poderes Probatórios do Juiz no Civil Law e no Common Law.** <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242740489174218181901.pdf>

TARUFO, ano XLV, abr.-jun. 1990, p. 44: [...] “A verdade dos fatos não é jamais absoluta, mas é dada pela hipótese mais provável, sustentada pela maioria de elementos que a confirme” In PINTO, Mauricio Luis Pereira. **Poderes Probatórios do Juiz no Civil Law e no Common Law.**

<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242740489174218181901.pdf>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. AgRg no Ag 672.865/DF. Rel. Min. Castro Filho, j. 15 ago. 2006, p. 256.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp. 11.468-RS. Julgado em 7 abr. 1992. Rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira. Diário da Justiça, Brasília, 11 maio 1992. P. 6437

<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/25209313/djsp-judicial-1a-instancia-interior-parte-i-09-03-2011-pg-770>