



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Pedro Gomes de Queiroz

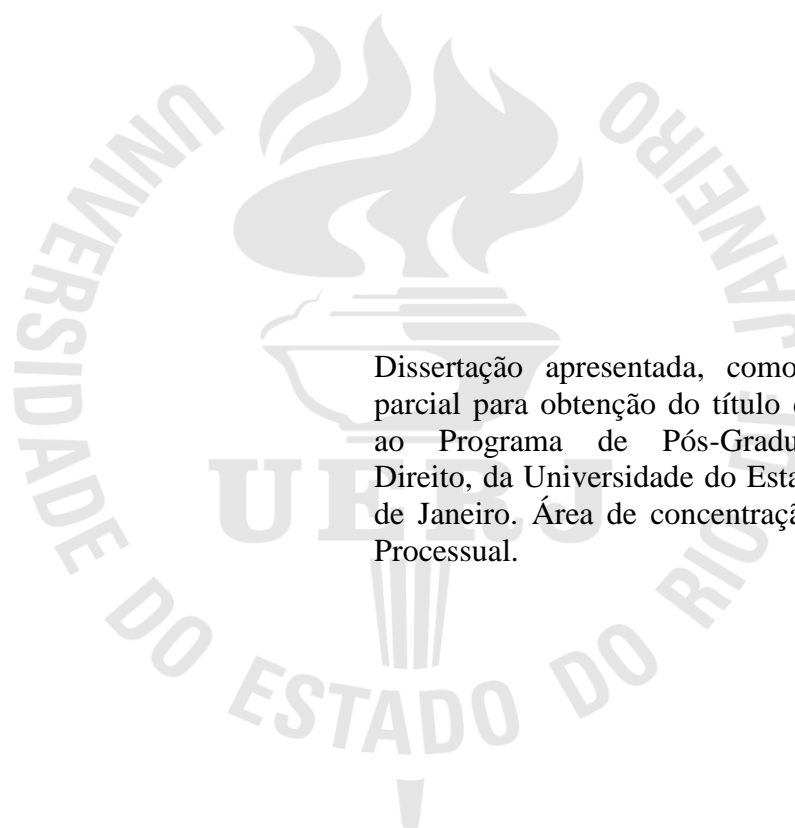
**O princípio da cooperação e a exibição de documento ou coisa no
Processo Civil**

Rio de Janeiro

2014

Pedro Gomes de Queiroz

O princípio da cooperação e a exibição de documento ou coisa no Processo Civil



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

Coorientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

Q3 Queiroz, Pedro Gomes de.

O princípio da cooperação e a exibição de documento ou coisa no
Processo Civil / Pedro Gomes de Queiroz. – 2014.
219 f.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.
Coorientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Cooperação - Teses. 2. Direito a privacidade – Teses. 3. Contraditório
(Direito) – Teses. I. Carneiro, Paulo Cezar Pinheiro. Universidade do Estado
do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

347.91/.95

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Pedro Gomes de Queiroz

O princípio da cooperação e a exibição de documento ou coisa no Processo Civil

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em 29 de julho de 2014.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho (Coorientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Márcia Cristina Xavier de Souza
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meu pai pelo apoio e incentivo.

Agradeço a todos os professores do Mestrado em Direito Processual da UERJ, em especial ao Prof. Humberto Dalla Bernardina de Pinho, ao Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, ao Prof. Leonardo Greco e ao Prof. Flávio Mirza Maduro pelas brilhantes aulas, pelas críticas e pela orientação.

Agradeço, ainda, aos colegas dos cursos de mestrado e doutorado pela experiência compartilhada, textos cedidos e indicados, ideias discutidas e, principalmente, pela excelente companhia nas aulas e momentos de pesquisa.

RESUMO

QUEIROZ, Pedro Gomes de. *O princípio da cooperação e a exibição de documento ou coisa no Processo Civil*. 2014. 219f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

A dissertação procura estabelecer os fundamentos constitucionais e legais do princípio da cooperação no processo civil, descrevendo-o como um princípio constitucional implícito, decorrente do princípio da solidariedade (art. 3º, I, CF/1988), da isonomia (art. 5º, *caput*, CF/1988), do acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, CF/1988), do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/1988), do contraditório, da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/1988) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/1988). O trabalho procura demonstrar que o princípio da cooperação é a ideia base de vários dispositivos do Código de Processo Civil (CPC) de 1973 e do Projeto do Novo CPC, entre eles o art. 339 do CPC/1973 e aqueles que disciplinam a exibição de documento ou coisa. A dissertação procura estabelecer os limites do princípio da cooperação existentes no ordenamento jurídico brasileiro, em especial o direito à privacidade (art. 5º, X, CF/1988) e o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF/1988). Enfim, a dissertação procura estabelecer o conteúdo do princípio da cooperação e a forma como este opera no processo civil.

Palavras-chave: Princípio da cooperação. Exibição de documento ou coisa. Contraditório participativo. Direito à privacidade. Direito ao silêncio.

ABSTRACT

QUEIROZ, Pedro Gomes de. *The principle of cooperation and the Discovery in civil procedure*. 2014. 219f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

The dissertation seeks to establish the constitutional and legal foundations of the principle of cooperation in civil procedure, describing it as an implicit constitutional principle deriving from the principle of solidarity (art. 3.º, I, Constitution of the Federative Republic of Brazil - CFRB), access to justice (art. 5.º, XXXV, CFRB), due process of law (art. 5.º, LIV, CFRB), adversary system (art. 5.º, LV, CF/1988) and reasonable duration of proceedings (art. 5.º, LXXVIII, CF/1988). The essay seeks to demonstrate that the principle of cooperation is the basic idea of various provisions of the Code of Civil Procedure (CPC) of 1973 and of the Project of the New CPC, including the art. 339 of CPC/1973 and those that discipline the disclosure of documents and things. The dissertation seeks to establish the limits to the principle of cooperation in the Brazilian legal system, in particular the right to privacy (art. 5.º, X, CF/1988) and the right to remain silent (art. 5.º, LXIII, CF / 1988). At last, the dissertation seeks to establish the essence of the principle of cooperation and the way it operates in civil procedure.

Keywords: Cooperation. Disclosure. Adversary system. Privacy. Right to remain silent.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	9
1	O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO PROCESSO CIVIL.....	10
1.1	Introdução.....	10
1.2	O dever de cooperação das partes, dos terceiros e de seus respectivos advogados.....	13
1.3	O dever de cooperação do órgão jurisdicional.....	26
1.3.1	<u>Dever de esclarecimento.....</u>	27
1.3.2	<u>Dever de prevenção.....</u>	31
1.3.3	<u>Dever de consulta.....</u>	33
1.3.4	<u>Dever de auxílio.....</u>	37
1.3.5	<u>Dever de correção e urbanidade.....</u>	38
1.3.6	<u>A violação do dever de cooperação por juízes e tribunais.....</u>	39
1.4	O Princípio da cooperação no Projeto do Novo CPC.....	41
1.5	Críticas ao princípio da cooperação.....	44
2	O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA.....	54
3	O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL..	58
4	O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E O ÔNUS DA PROVA.....	66
5	O DEVER DAS PARTES E DOS TERCEIROS DE COOPERAR PARA O DESCOBRIMENTO DA VERDADE DOS FATOS E SEUS LIMITES.....	84
5.1	Dignidade humana e privacidade.....	84
5.1.1	<u>Proteção da confiança profissional.....</u>	89
5.1.2	<u>Proteção da solidariedade familiar.....</u>	91
5.1.3	<u>A confidencialidade inerente à mediação e à conciliação.....</u>	92
5.1.4	<u>Dados pessoais sob a guarda da Administração Pública.....</u>	96
5.2	Direito à não autoincriminação	100
5.2.1	<u>Concepção restrita versus concepção abrangente do direito a não se autoincriminar.....</u>	100
5.2.2	<u>O direito ao silêncio não abrange o direito de mentir.....</u>	116

5.3	Sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.....	118
6	PROCEDIMENTO PROBATÓRIO EXTRAJUDICIAL.....	129
7	EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA À LUZ DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO.....	141
7.1	Exibição e dever de colaboração.....	141
7.2	Espécies de exibição de documento ou coisa.....	142
7.3	A necessidade de requerimento prévio à pessoa que detém o documento ou a coisa.....	145
7.4	Procedimento de exibição incidente em face da parte.....	151
7.5	Inadmissibilidade da recusa à exibição.....	160
7.6	Decisão do incidente contra a parte.....	162
7.7	Excludentes da presunção.....	164
7.8	Exibição de documento ou coisa e litigância de má-fé.....	166
7.9	Ação de exibição contra terceiro.....	166
7.10	Determinação de ofício da exibição em face de terceiro.....	169
7.11	Indenização paga ao terceiro pela exibição.....	170
7.12	Atitude do terceiro frente à ação de exibição.....	170
7.13	Cumprimento espontâneo da sentença de exibição.....	174
7.14	Recusa no cumprimento da obrigação pelo terceiro.....	174
7.15	Escusas de exibição.....	175
7.15.1	<u>Se concernente a negócios da própria vida da família.....</u>	175
7.15.2	<u>Violação do dever de honra.....</u>	178
7.15.3	<u>Perigo de ação penal.....</u>	180
7.15.4	<u>Proteção do segredo de estado e do segredo profissional.....</u>	183
7.15.5	<u>Outros motivos graves.....</u>	185
7.16	Exibição de documento ou coisa e ato atentatório ao exercício da jurisdição.....	186
7.17	Proibição de decisões-surpresa em matéria de exibição de documento ou coisa.....	187
7.18	Sigilo de correspondência e das comunicações de dados.....	187
7.19	Exibição parcial.....	189
7.20	Exibição de documento pelo Poder Público.....	189
7.21	Incidente de exibição de documentos comerciais.....	193

CONCLUSÃO.....	198
REFERÊNCIAS.....	205

INTRODUÇÃO

A doutrina nacional tem discutido sobre a existência do princípio da cooperação no Processo Civil brasileiro e sobre a eventual utilidade deste para a efetividade do processo. Os doutrinadores que admitem a existência deste princípio dividem-se entre aqueles que defendem ter este assento constitucional e aqueles que entendem que a Constituição Federal não o consagra¹. Discute-se, ainda, sobre eventual conteúdo próprio do princípio da cooperação em relação a outros princípios constitucionais como o do contraditório, o da ampla defesa² e o da isonomia³.

A presente dissertação tem por objetivo investigar as bases positivas do princípio da cooperação no Direito Constitucional e no Processual Civil brasileiros, seu conteúdo, seus limites, bem como a sua utilidade para a efetividade do processo.

Procuraremos demonstrar que o princípio da cooperação decorre de princípios constitucionais explícitos e que é a ideia base de muitas das regras expressas na legislação processual infraconstitucional, sobretudo daquelas que disciplinam o procedimento de exibição de documento ou coisa no Código de Processo Civil⁴.

Temos por fim tornar evidente a influência que o princípio da cooperação exerce sobre o procedimento de exibição de documento ou coisa.

¹ A Constituição da República Federativa do Brasil não possui disposição semelhante a do art. 118 da Constituição espanhola, *in verbis*: “*Colaboración con la justicia. Artículo 118. Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.*”. Entretanto, o art. 339 do CPC/1973 traz disposição no mesmo sentido: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. O Projeto do Novo Código de Processo Civil, na versão aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados em 26 mar. 2014 traz a mesma norma em seu art. 385. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 8.046/2010. Relatório de 26 mar. 2014. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 27 mar. 2013. O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil foi elaborado por uma comissão de juristas, presidida pelo eminente Prof. Luiz Fux e da qual fez parte o douto Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, tendo sido apresentado ao presidente do Senado Federal em 08 jun. 2010. No dia 07 jul. 2010, o então presidente do Senado Federal, Senador José Sarney apresentou ao plenário daquela casa legislativa, como autor, o Projeto do Novo Código de Processo Civil, que recebeu no Senado o n.º 166/2010. O Relator do projeto no Senado, Senador Valter Pereira, apresentou substitutivo, que foi aprovado pelo Senado em 15 dez. 2012 e remetido à Câmara dos Deputados em 20 dez. 2010. O Projeto do Novo CPC recebeu o n.º 8.046/2010 na Câmara dos Deputados. Todas as referências ao PLC n.º 8.046/2010 dizem respeito à última versão do Projeto do Novo CPC, aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados em 26 mar. 2014.

² Cf. art. 5º, LV, CF.

³ Cf. art. 5º, caput, CF.

⁴ Cf. arts. 355 a 363, do CPC/1973 e arts. 403 a 411 do PLC n.º 8.046/2010.

1 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO PROCESSO CIVIL

1.1 Introdução

Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório geram outro princípio do processo: o princípio da cooperação, que estrutura o direito brasileiro⁵.

Os princípios, por serem normas essencialmente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente às regras. Assim, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras⁶.

As regras processuais devem ser interpretadas de acordo com a finalidade de estabelecer a cooperação entre todos os sujeitos do processo. Assim, o princípio da cooperação cumpre uma função bloqueadora⁷, afastando qualquer entendimento contrário a este fim.

O princípio da cooperação dá origem ao modelo processual cooperativo que substitui os antigos modelos adversarial e inquisitorial, incluindo o órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual e fazendo com que este deixe de ser um mero espectador do duelo das partes. Neste modelo, o contraditório é um instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial e não apenas uma regra formal a ser observada para que a decisão seja válida⁸.

A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo), mas não há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Os sujeitos processuais devem conduzir o processo em cooperação, sem que haja destaque a qualquer deles⁹.

O modelo cooperativo é o único verdadeiramente adequado à democracia (art.1º, caput, CF/1988) e ao devido processo legal (art. 5º, LV, CF/1988)¹⁰.

⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 14. Ed. Salvador: *Jus Podivm*, 2012, p. 88.

⁶ Nesse sentido, ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.104.

⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit., p. 106.

⁸ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p. 88.

⁹ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p. 89.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p. 90.

O princípio da cooperação cria deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional, que assume uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual e assimétrico no momento da decisão; não conduz o processo ignorando ou minimizando o papel das partes na divisão do trabalho, mas sim em uma posição paritária, com diálogo e equilíbrio¹¹⁻¹².

No entanto, não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem com o juiz: trata-se de função que lhe é exclusiva. A decisão judicial é fruto da atividade processual em cooperação, resultando das discussões travadas ao longo de todo o procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional¹³.

O princípio da cooperação possui eficácia normativa e atua diretamente, imputando deveres aos sujeitos do processo, de modo a tornar ilícitas as condutas contrárias à obtenção do estado de coisas (comunidade processual de trabalho¹⁴) que o princípio da cooperação busca promover¹⁵.

Esta eficácia normativa independe da existência de regras jurídicas expressas. Assim, o princípio da cooperação imputa ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) do órgão julgador, apesar de inexistirem regras expressas nesse sentido. Ao integrar o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio necessário à obtenção do fim almejado (o processo cooperativo)¹⁶⁻¹⁷.

¹¹ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p. 89.

¹² MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 194, pp. 55-68, abr. 2011.

¹³ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p. 89.

¹⁴ Em seu grande manual de Direito Processual Civil alemão, refere Schwab (*Zivilprozessrecht*, 14. ed., 1986, § 78, I, 4) – em continuação à elaboração de Rosenberg (*Zivilprozessrecht*, 1. ed., 1927, § 62, I, até a 9. ed., 1961, § 63, I) – a existência de uma “comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre as partes e o juiz” em relação à formação do mérito da causa (*Sammlung des Prozessstoff*). O princípio dispositivo (*Verhandlungsmaxime*), que transmite às partes essa lição, não é um dogma absoluto e, bem por isso, o ZPO alemão liga o juiz à definição do mérito da causa de diversas maneiras. Não poderia ser diferente, levando em conta a ideia de que o princípio da cooperação teria sua origem no princípio dispositivo – nada obstante existam, atualmente, algumas manifestações em sentido contrário (Cf. Wassermann, *Der soziale Zivilprozess*, 1978, p. 97 e ss.; e Bettermann, *JurBl*, 1972, 63, e *ZZP*, 91, 1978, 391). A mesma visão foi retratada por Gottwald na nova edição do manual (*Zivilprozessrecht*, 15. ed., 1993, § 78, I, 4). Porém, ele evita o conceito de “comunidade de trabalho” e conclui que “a obrigação do juiz de condução material do processo sugere certo estilo cooperativo”. GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução de Ronaldo Kochem, *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, p. 123-129, abr. 2012.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p.90.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p.90.

O princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo¹⁸.

O Código de Processo Civil e as demais leis processuais trazem inúmeras regras que concretizam o princípio da cooperação a exemplo do art. 341 do CPC, segundo o qual o terceiro deve, em relação a qualquer pleito informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento¹⁹, bem como exibir coisa ou documento, que esteja em seu poder²⁰. Entretanto, o princípio da cooperação e o princípio do acesso à ordem jurídica justa²¹ devem orientar a adequada interpretação destas regras, garantindo sua máxima eficácia²².

Todos os dispositivos da lei processual devem ser interpretados à luz do princípio da cooperação. Qualquer interpretação que contrarie este princípio será inconstitucional por afronta ao direito fundamental ao processo justo²³⁻²⁴, a menos que procure efetivar algum outro princípio fundamental, em um juízo de ponderação.

O princípio da cooperação exerce uma função bloqueadora, afastando elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido. Por exemplo, se existe uma regra prevendo a abertura de prazo, mas o prazo previsto é insuficiente para garantir a efetiva proteção aos direitos do cidadão, um prazo

¹⁷ Nesse sentido, Humberto Ávila afirma que: “Os princípios atuam sobre outras normas de forma direta ou indireta. A eficácia direta traduz-se na atuação sem intermediação ou interposição de um outro (sub-) princípio ou regra. No plano da eficácia direta, os princípios exercem uma função integrativa na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Mesmo que um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, ainda assim o princípio irá garanti-lo. ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit., p.104-105. No mesmo sentido, Reinhard Greger, referindo-se ao Direito Processual Civil alemão, aduz que: “Princípios processuais são utilizados para ilustrar orientações futuras ao regulamento processual, que não são expressas na lei ou somente aparecem em regras individuais para que problemas concretos não regulados possam ser resolvidos por recurso a essas. Como a ideia de cooperação [...] se exprime somente em regras individuais esparsas na ZPO ou na ameaça de prejuízo processual, poderia parecer correta a classificação como um princípio do processo.”. GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução Ronaldo Kochem, *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, p. 123-129, abr. 2012.

¹⁸ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p.90.

¹⁹ Cf. art. 341, I, CPC/1973.

²⁰ Cf. art. 341, II, CPC/1973.

²¹ Cf. art. 5º, XXXV, CF, e WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e sociedade moderna, In: GRINOVER, Ada Pelegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, e WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 129.

²² Nesse sentido, Humberto Ávila afirma que “em relação às normas de abrangência mais restrita, os (sobre) princípios exercem uma função interpretativa na medida em que servem para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos, restringindo ou ampliando seus sentidos”. ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit., p.105.

²³ Cf. art. 5º, LIV, CF.

²⁴ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 194, pp. 55-68, abr. 2011.

adequado deverá ser garantido²⁵ por decisão judicial. Da mesma forma, a ordem de produção das provas pode ser alterada mediante decisão fundamentada do juízo, visando a garantir a efetividade do processo²⁶.

Os princípios têm a função de conferir coerência ao ordenamento jurídico, orientando a aplicação das regras de acordo com o fim almejado pelo sistema²⁷.

Dessa forma, todas as regras processuais devem ser interpretadas à luz do princípio da cooperação, já que este busca efetivar os princípios constitucionais do contraditório participativo²⁸⁻²⁹, do devido processo legal³⁰, acesso à ordem jurídica justa³¹, e da duração razoável do processo³².

1.2 O dever de cooperação das partes, dos terceiros e de seus respectivos advogados

A cooperação das partes, dos terceiros e de seus respectivos advogados com o juízo é essencial à efetividade do processo, ou seja, à justa solução do litígio. Por esta razão, o juiz deve trabalhar para a cooperação dos demais sujeitos processuais, seja alertando-os e orientando-os sobre seu dever de cooperar, seja estimulando as partes a

²⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit., p.106.

²⁶ Neste sentido, o art. 139, VI, do Projeto de Novo Código de Processo Civil, em sua versão publicada pela Câmara dos Deputados em 26 de março de 2014, estabelece que incumbe ao juiz “dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”.

²⁷ Nesse sentido, Lenio Luiz Streck e Francisco José Borges Motta afirmam que: “Se o direito deve ser coerentemente produzido, e se essa coerência é principiológica, evidentemente que toda regra (como manifestação do Direito) deve encontrar justificativa no emaranhado de princípios que o integra. A regra não subsiste sozinha, não retira validade de si própria. Ela deve ter algum sentido coerente com a integridade do Direito. A esse sentido, que não é prévio, que não é fixo, que não pode ser aferido proceduralmente, dá-se o nome de princípio”. MOTTA, Francisco José Borges; STRECK, Lenio Luiz. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “Colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 213, pp. 13-34, nov. 2012.

²⁸ Cf. art. 5º, LV, CF.

²⁹ A expressão “contraditório participativo” foi cunhada pelo professor Leonardo Greco para dar ênfase à dimensão participativa do princípio constitucional do contraditório e ao dever do juiz de travar um diálogo humano com as partes. Cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 449-454.

³⁰ Cf. art. 5º, LIV, CF.

³¹ Cf. art. 5º, XXXV, CF, e WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e sociedade moderna, In: GRINOVER, Ada Pelegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, e WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 129.

³² Cf. art. 5º, LXXVIII, CF.

empregarem métodos alternativos à jurisdição para a solução de seu conflito, quando estes se mostrarem mais adequados, seja punindo a litigância de má-fé³³.

O princípio da cooperação impõe uma forma mais civilizada de contenda. Assim, os litigantes e seus advogados devem evitar táticas oportunistas e combativas; ao contrário, devem atuar no processo de maneira cooperativa³⁴.

O dever de cooperação cria para as partes os seguintes deveres: a) *de esclarecimento*: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência sob pena de inépcia³⁵; b) *de lealdade*: as partes não podem litigar de má-fé³⁶, além de ter de observar o princípio da boa-fé processual³⁷; e c) *de proteção*: a parte não pode causar danos ao seu adversário³⁸⁻³⁹.

³³ Nesse sentido, Reinhard Greger defende que “trabalhar para a cooperação das partes é o dever mais importante do juiz”. GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução de Ronaldo Kochem, *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, p. 123-129, abr. 2012. No mesmo sentido, Neil Andrews observa que após o advento das CPR, a tarefa do juiz inglês é gerenciar o processo de forma ativa, o que implica realizar, quando indicado, uma conferência de gerenciamento do processo (*case management conference*), na qual deve discutir com as partes as possibilidades de um ajuste alternativo do conflito, o curso do processo, bem como as questões a serem esclarecidas sobre os fatos, sobre o direito e sobre as despesas. ANDREWS, Neil. Relações entre a corte e as partes na era do case management. Tradução: Fernanda Medina Pantoja, Marcela Kohlbach Faria e Paula Bezerra de Menezes. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 217, p. 181-195, mar. 2013. As CPR dispõe que: “29.3 (1) *The court may fix – (a) a case management conference; or (b) a pre-trial review, at any time after the claim has been allocated.*”. Tradução: 29.3 (1) A corte pode determinar – (a) uma conferência de gerenciamento do processo; ou uma análise pré-julgamento, a qualquer tempo depois que a demanda tenha sido ajuizada. (Tradução nossa). INGLATERRA E PAÍS DE GALES. *Civil Procedure Rules. Part 29 - The Multi-track*. Disponível em <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part29#IDAHW1HC>>. Acesso em: 03 jul. 2013.

³⁴ Nesse sentido, ANDREWS, Neil. Relações entre a corte e as partes na era do *case management*. Tradução: Fernanda Medina Pantoja, Marcela Kohlbach Faria e Paula Bezerra de Menezes. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 217, p. 181-195, mar. 2013. Este doutrinador observa que um dos objetivos das *Civil Procedure Rules*, implementadas na Inglaterra e no País de Gales em 1998, era fazer com que o processo civil daqueles países passasse de um sistema antagonista para um modelo de cooperação entre litigantes e seus advogados. Até a entrada em vigor das *Civil Procedure Rules (CPR)*, em 1998, o Processo Civil inglês tradicionalmente adotava o sistema adversarial (*adversary system*). Entretanto, as CPR inauguraram um modelo processual cooperativo naquele país, estabelecendo como mais alto princípio que o juiz e as partes devem colaborar para que se alcance o objetivo de um processo justo, correto e econômico. As CPR estabelecem que: “1.1 (1) *These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.* [...] 1.4 (1) *The court must further the overriding objective by actively managing cases. (2) Active case management includes – (a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings; [...].*”. Tradução: 1.1 (1) Essas normas são um novo código de processo com o objetivo prioritário de capacitar a corte a lidar com os casos de forma justa e em custo proporcional. [...] 1.4 (1) A corte deve promover o objetivo prioritário gerindo os casos de forma ativa. (2) O gerenciamento ativo do caso inclui – (a) encorajar as partes a cooperar uma com a outra na condução do procedimento. (Tradução nossa). INGLATERRA E PAÍS DE GALES. *Civil Procedure Rules. Part 1 - Overriding Objective*. Disponível em <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01>>. Acesso em: 03 jul. 2013.

³⁵ Cf. art. 295, I, parágrafo único, CPC/1973.

³⁶ Cf. art. 17, CPC/1973.

³⁷ Cf. art.14, II, CPC/1973.

³⁸ Cf. a respeito a punição do atentado, consagrada nos artigos 879 - 881, do CPC e a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, adotada pelos artigos 475-O e 574, do CPC.

O dever de cooperação tem, ainda, como desdobramento, o dever das partes e de todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo de tratar os demais sujeitos processuais com *urbanidade*.

O *dever de urbanidade* foi positivado no art.15 do CPC Brasileiro de 1973⁴⁰.

O Projeto do Novo CPC, em sua versão publicada pela Câmara dos Deputados em 26 de março de 2014, contém dispositivo no mesmo sentido, porém ressaltando que o *dever de urbanidade* se estende não só às partes a aos seus advogados, mas também aos juízes, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e a qualquer pessoa que participe do processo⁴¹.

O art. 416, §2º, do CPC de 1973⁴² consagra igualmente o dever de urbanidade ao dispor que as partes devem tratar as testemunhas com urbanidade, não lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias. Este dispositivo tem em vista resguardar a livre exposição dos fatos por parte das testemunhas, bem como a sua e integridade psíquica.

A parte somente participa direta e pessoalmente do processo em raríssimas ocasiões: na citação, ao prestar depoimento pessoal, e, quando o processo versa sobre

³⁹ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p.90.

⁴⁰ “Art. 15. É defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las. Parágrafo único. Quando as expressões injuriosas forem proferidas em defesa oral, o juiz advertirá o advogado que não as use, sob pena de lhe ser cassada a palavra.”. BRASIL. Lei n.º 5.869/1973. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 06 jan. 2012.

⁴¹ “Art. 78. É vedado às partes, a seus procuradores, aos juízes, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e a qualquer pessoa que participe do processo empregar expressões ofensivas nos escritos apresentados.

§ 1º Quando expressões ou condutas ofensivas forem manifestadas oral ou presencialmente, o juiz advertirá o ofensor de que não as deve usar ou repetir, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

§ 2º De ofício ou a requerimento do ofendido, o órgão jurisdicional determinará que as expressões ofensivas sejam riscadas e, a requerimento do ofendido, determinará a expedição de certidão com inteiro teor das expressões ofensivas e a colocará à disposição da parte interessada”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8.046/2010 (versão publicada em 26 mar. 2013). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

⁴² O art. 416, §2º, CPC/ 1973 corresponde ao art.466, §2º do Projeto do Novo CPC, em sua versão publicada pela Câmara dos deputados em 17 jul. 2013, entretanto, o novo dispositivo não faz referência direta às partes, deixando claro que o dever de tratar as testemunhas com urbanidade não se aplica tão somente às partes, mas também aos seus advogados, aos membros da Defensoria Pública, aos magistrados, aos membros do Ministério Público, ainda quando atuarem na condição de *custus legis*, bem como a qualquer pessoa que participe do processo. O art. 466, §2.º, PLC 8.046/2010 dispõe: “As testemunhas devem ser tratadas com urbanidade, não se lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias”. Idem.

direito disponível, na conciliação. Fora destas situações, é o seu advogado quem efetivamente atua no processo, na maioria das vezes sem que seu cliente saiba como⁴³.

O Código de Processo Civil impõe tanto as partes como a seus advogados o dever de proceder com lealdade e boa-fé⁴⁴, entretanto, atribui somente às primeiras a responsabilidade pelo pagamento de perdas e danos em caso de litigância de má-fé⁴⁵. Por outro lado, a maior parte das hipóteses de litigância de má-fé previstas na lei se refere à atividade do advogado e não à da parte⁴⁶.

O princípio da cooperação impõe aos advogados um novo comportamento em relação às partes e ao processo. O compromisso do advogado não está restrito aos interesses das partes que representa. Ele exerce um munus público que a Constituição Federal define como indispensável à administração da justiça⁴⁷. Assim, deve ter uma atuação ética adequada aos fins públicos que informam sua profissão e o processo, instrumento essencial à realização da justiça. Seria incoerente qualificar alguém como essencial a um determinado fim e, ao mesmo tempo, permitir a este sujeito um comportamento contrário a tal objetivo⁴⁸.

O princípio da cooperação impõe ao advogado o dever de averiguar a licitude dos objetivos que seu cliente pretende alcançar por meio do processo, bem como de recusar o seu patrocínio caso estes fins venham a se revelar contrários ao Direito. O advogado que, atuando com má-fé no processo, vier a provocar danos a quem quer que seja, deve repará-los com base no art. 927, caput, do Código Civil ou nos arts. 14, §4º, e 17 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁹.

A questão primordial desta nova relação advogado/cliente é a de que “o advogado não se torna imune a compromissos éticos com a justiça, ao aceitar o

⁴³ Nesse sentido, CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 69-71.

⁴⁴ Cf. art. 14, CPC/1973.

⁴⁵ Cf. art. 18, CPC/1973.

⁴⁶ CARNEIRO, P. C. P. Op. cit., p. 69-71.

⁴⁷ Cf. art. 133, CF/1988.

⁴⁸ CARNEIRO, P. C. P. Op. cit., p. 69-71.

⁴⁹ Nesse sentido, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro aduz que: “O advogado também é responsável, cabendo-lhe indagar quais os objetivos de seus clientes e os fins que eles pretendem alcançar com o processo, para avaliar se, do ponto de vista ético, deve ou não aceitar a defesa. Não se concebe que o advogado possa, a pedido de um cliente, utilizar o processo para alcançar objetivos que contrariem a lei, como: criar mecanismos para fraudar o fisco; retardar injustificadamente o andamento do processo; apresentar provas - documental, testemunhal ou qualquer outra - que saiba serem falsas, e assim por diante”. CARNEIRO, P. C. P. Op. cit., p. 69-71.

patrocínio de algum cliente. Assim, é preciso que ele torne bem claros os limites de sua atuação e deles não se desvie”⁵⁰.

O princípio da cooperação torna os advogados auxiliares do juízo. Assim, sua responsabilidade primordial é o interesse da Justiça, antes dos interesses de seu cliente⁵¹.

Convém ressaltar que parte da jurisprudência pátria condena o advogado, solidariamente com seu cliente, pela litigância de má-fé, no mesmo processo em que a conduta lesiva foi praticada, pois é o patrono quem redige as petições⁵². O Superior Tribunal de Justiça, contudo, firmou sua jurisprudência no sentido de que somente a parte pode ser condenada por litigância de má-fé no próprio processo em que esta foi realizada, devendo eventual responsabilidade do advogado ser apurada em processo próprio⁵³.

Os advogados têm a obrigação de redigir as petições com clareza, facilitando o entendimento do juiz e da parte adversa quanto às alegações de fato e de direito que fizerem. Nesse sentido, inspirando-se nas *Civil Procedure Rules (CPR)*, que regem o Processo Civil na Inglaterra e no País de Gales desde 1998, o Grupo de Pesquisa Institucional “Observatório das Reformas Processuais” liderado pelo professor Leonardo Greco, no âmbito do Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* em Direito da UERJ, propõe, em seu anteprojeto de lei sobre Direito Probatório que a petição inicial e a contestação devem ser acompanhadas, sob pena de indeferimento, de formulários elaborados de acordo com modelos aprovados em cada tribunal, contendo: a descrição concisa e articulada dos elementos individualizadores da demanda ou dos fundamentos da defesa; a síntese do conteúdo de cada prova requerida, vinculada ao fato que visa a

⁵⁰ CARNEIRO, P. C. P. Op. cit., p. 69-71.

⁵¹ Nesse sentido, ANDREWS, Neil. Relações entre a corte e as partes na era do *case management*. Tradução: Fernanda Medina Pantoja, Marcela Kohlbach Faria e Paula Bezerra de Menezes. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 217, p. 181-195, mar. 2013.

⁵² Nesse sentido: “APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - OFENSA - DANO MORAL E MATERIAL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - OCORRÊNCIA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - ADVOGADO - SENTENÇA MANTIDA. Os patronos subscritores da peça de ingresso devem responder solidariamente, junto com o autor, afinal todo o arrazoado onde reside a prática criticada foi elaborada pelos advogados. [...]”. BRASIL. TJMG. Apelação Cível n.º 1.0620.09.033085-8/002 da 15ª Câmara Cível, rel. des. Tibúrcio Marques, j. 14/06/2012, DJ de 22/06/2012. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 08 jul. 2013. No mesmo sentido: BRASIL, TRF da 5ª Região, Apelação cível n.º 200405990011557, da Terceira Turma, rel. des. fed. Amanda Lucena, j. 27/08/2009, e-DJF3R 18/09/2009, onde houve a compensação dos honorários de sucumbência em que havia sido condenado o apelante com a multa por litigância de má-fé em que houvera sido condenado o apelado.

⁵³ Nesse sentido: BRASIL. STJ. AREsp 301346/MG, da Quarta Turma, rel. Luis Felipe Salomão, j. 11/04/2013, DJe 06/05/2013. E BRASIL. STJ. REsp 1.247.820/AL, da Segunda Turma, rel. Humberto Martins, j. 28/06/2011, DJe 01/07/2011. Disponíveis em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 08/07/2013.

demonstrar; e o índice dos documentos anexados. De acordo com o mencionado anteprojeto, o mesmo se aplica a todos os requerimentos de proposição de provas⁵⁴.

As partes, os terceiros e seus advogados devem sempre fazer afirmações verazes no que concerne aos fatos probandos e probantes⁵⁵⁻⁵⁶.

O §138, 1, do ZPO alemão impõe às partes o dever de verdade nas alegações de fato⁵⁷. Assim, a parte não pode alegar um fato contra a parte contrária de cuja falsidade tenha conhecimento ou de que esteja convencida. O dever visa, portanto, a verdade subjetiva, não a objetiva. É um dever de sinceridade⁵⁸.

⁵⁴ A *Part 7* das CPR estabelecem a obrigação das partes de redigirem suas petições em formulários (*claim forms*). Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part07>>. Acesso em 27 mai. 2013.

⁵⁵ Cf. art. 14, I, CPC/1973: “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade”.

⁵⁶ Nesse sentido, Neil Andrews, referindo-se ao direito inglês, aduz que: Exige-se prudência e disciplina na formulação da demanda em juízo. As petições em formulários (*claim forms*) e as “declarações de causa” (*statement of case*), sejam do autor ou do réu, devem ser respaldadas por uma declaração de veracidade. (Cf. CPR 22.1(1)(a) e *Clarke vs. Marlborough Fine Art (London) Ltd* [2002] 1 WLR 1731, Patten J. sobre “declarações de causa” inconsistentes de uma das partes). Uma alegação desonesta sujeita a parte ao processo por desacato (*contempt*) (Cf. CPR 32.14). Se o advogado assinar a “declaração de causa”, ele pode ser submetido à sanção, na hipótese de o cliente tê-lo autorizado a fazer uma declaração falsa, e no caso de declarar a veracidade daquilo de que não está honestamente convencido (Cf. PD (22) 3.1, 3.7, 3.8; CPR 32.14).

As alegações de desonestidade somente devem ser arguidas se houver prova inequívoca. O *Bar Council's Code of Conduct of the Bar of England and Wales* (8th edn, 2004, para 704(c)), disponível em: <www.barcouncil.org.uk>, prevê: “Um barrister praticante [...] não deve redigir nenhuma [...] petição [...] contendo [...] qualquer alegação de fraude, salvo se receber instruções expressas para fazê-lo e dispuser de material razoavelmente confiável que caracterize um caso de fraude *prima facie*”. ANDREWS, Neil. Relações entre a corte e as partes na era do *case management*. Tradução: Fernanda Medina Pantoja, Marcela Kohlbach Faria e Paula Bezerra de Menezes. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 217, p. 181-195, mar. 2013. Segundo as tradutoras deste artigo, “*Statement of case* consiste em uma declaração formal, por escrito, em ações civis, apresentada por ambas as partes, uma à outra, contendo a alegação dos fatos que uma parte se propôs a provar durante o processo (mas não as provas que serão usadas), apresentando também a solução esperada pelo autor da ação” e “*Bar Council* é o órgão regulador e representante dos *barristers* na Inglaterra e no País de Gales. Neil Andrews aduz que, na Inglaterra, advogados especializados (*barristers*) são usados na maioria das audiências perante a Corte, particularmente na de instrução e julgamento (*trial*) e na de apelação. A divisão profissional entre os diferentes tipos de advogados de contencioso se mantém: o controle geral do caso incumbe aos *solicitors*, que delegam tarefas específicas, como atuar nos Tribunais Superiores e prestar consultas sobre a lei ou sobre provas, a especialistas chamados *barristers*”.

⁵⁷ “§ 138 *Erklärungspflicht über Tatsachen; Wahrheitspflicht*. (1) *Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben.*” Tradução: § 138 Dever de declaração sobre os fatos; dever de dizer a verdade (1) As partes devem fazer suas declarações sobre questões de fato de forma completa e adequadas à verdade. (Tradução livre).

⁵⁸ JAUERNIG, Othmar. Direito Processual Civil. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 151-153. Segundo este autor, o dever de veracidade não é um simples ônus, mas um verdadeiro dever, pois a parte não pode optar entre ser ou não ser verdadeira. É irrelevante que a infração do dever não desencadeie efeitos específicos. Verificando-se a infração, não fica sem sequelas: o juiz tem de formar a sua convicção segundo o § 286 da ZPO alemã, levando em consideração também a infração do dever de veracidade – o que é uma importante penalização, na prática. O § 286 da ZPO alemã dispõe: “§ 286 *Freie Beweiswürdigung*. (1) *Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe*

A parte deve responder pelas declarações que faça baseadas em falsos relatos de seus empregados, pois o art. 932 do Código Civil determina que o empregador responde objetivamente pelos danos provocados por seus empregados⁵⁹, o que deve valer, necessariamente, também para os danos provocados no âmbito do Processo Civil⁶⁰.

A parte só pode impugnar as alegações da parte contrária, quando acredita que podem ser falsas; o limite da impugnação permitida está na convicção da verdade. Por isso, não é permitido forçar a parte contrária à prova de uma alegação cuja verdade se conhece. Em contrapartida, não pode ser encarada como infração do dever de verdade se uma das partes afirma ou não contesta ela própria alegações que lhe sejam desfavoráveis⁶¹.

O dever de verdade consagrado pelo § 138 do ZPO alemão abrange o dever de integralidade. A falsidade onera não só o que alega positivamente uma falsidade, mas também o que omite os fatos. Pela lacuna pode a descrição de fatos tornar-se, na mesma medida, equívoca e falsa, tal como por alegações positivamente falsas. Assim, as partes são obrigadas a apresentar mesmo os fatos que lhes podem ser desfavoráveis⁶². O dever de integralidade não obriga a parte a apresentar todos os fatos que lhe sejam favoráveis. Por seu sentido e fim, apenas impede a falsidade dos fatos sob o ônus da parte contrária. Contudo, o dever de alegar fatos desfavoráveis tem limites. A parte não tem que alegar fatos desonrosos (para si) ou que lhe causariam o perigo de perseguição criminal. O *Bundesgerichtshof* (BGH) já decidiu que a parte não tem o dever de alegar fatos que

anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. (2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.”. ALEMANHA. *Zivilprozessordnung (ZPO)*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>>. Acesso em: 20 set. 2013. Tradução: § 286 Valoração da prova de acordo com a discricionariedade e com o convencimento da corte (1) A corte decidirá de acordo com a sua discricionariedade e com a sua convicção, levando em consideração o inteiro conteúdo das audiências e os resultados obtidos com as provas produzidas, se houver alguma, se uma determinada alegação de fato deve ser considerada verdadeira ou falsa. O julgamento deve trazer as razões que informaram o convencimento dos juízes. (2) A corte somente deve estar vinculada a regras estatutárias de prova nos casos designados pelo presente Código. (Tradução livre).

⁵⁹ “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;”. BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 set. 2013.

⁶⁰ Referindo-se ao Direito alemão, Othmar Jauernig observa que são duvidosos os limites do dever de verdade e que é discutível se a parte pode apresentar afirmações de cuja verdade não tenha certeza. Entretanto, defende que isso é permitido, pois, no processo a parte tem que fazer suas as afirmações de outras pessoas, quando não pôde conhecer, pelos próprios sentidos, os fatos discutidos no processo. Assim, reafirmará o relato de seus empregados quanto aos contratos celebrados por estes, não podendo ser incondicionalmente responsabilizado por estes. JAUERNIG, Othmar. Op. cit., p. 151-153.

⁶¹ JAUERNIG, Othmar. Op. cit., p. 151-153.

⁶² Cf. BGH NJW 61, 828 apud JAUERNIG, Othmar. Op. cit., p. 151-153.

possam proporcionar à parte contrária uma reconvenção ou vencer o processo⁶³. Contudo, quem sabe que a parte contrária cumpriu, não pode demandá-la pelo cumprimento, alegando que não cumprira. Isso seria contrário ao dever de verdade e de integralidade, ainda que o ônus de alegar e provar o cumprimento da obrigação seja do réu⁶⁴⁻⁶⁵.

De acordo com o art. 333 do CPC/1973, o autor deve trazer ao processo as provas dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu incumbe provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor⁶⁶.

Dessa forma, no que pese o dever do juiz de suprir, em caráter assistencial, as eventuais deficiências defensivas – postulatórias e probatórias – das partes, de modo a assegurar a igualdade concreta e a efetiva paridade de armas⁶⁷, às partes incumbe, principalmente, o dever de provar os fatos que alegaram no processo. Entretanto, a cooperação das partes com o juízo não se restringe tão somente à descoberta da verdade dos fatos. Em algumas hipóteses excepcionais, como as do direito municipal, estadual, estrangeiro ou costumeiro, a parte que os alegar, deverá provar seu teor e sua vigência, se assim o determinar o juiz⁶⁸⁻⁶⁹.

A cooperação das partes para com o juízo também pode se efetivar por meio da proposta de uma determinada interpretação à lei federal, estadual, municipal ou distrital. O mesmo se diga em relação à interpretação de medidas provisórias, decretos do Poder Executivo, contratos ou de quaisquer outras normas jurídicas escritas que sirvam de base à tese jurídica defendida pela parte no processo⁷⁰.

O Estado Democrático de Direito, inscrito no art.1º, caput, da Constituição Federal de 1988, não exige apenas que se garanta a participação do povo no momento

⁶³ BGH NJW 97, 129 apud JAUERNIG, Othmar. Op. cit., p. 151-153.

⁶⁴ JAUERNIG, Othmar. Op. cit., p. 151-153.

⁶⁵ A esse respeito, o art. 940 do Código Civil brasileiro dispõe que: “Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição”. BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 set. 2013.

⁶⁶ No mesmo sentido dispõe o art. 380, *caput*, do PLCD 8.046/2010. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8.046/2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 27 mar. 2013.

⁶⁷ GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo – o processo justo*. p. 20. Disponível em <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 11 jan. 2011 e GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 109.

⁶⁸ Cf. art.337 do CPC/1973 e art. 384 do PLCD 8.046/2010.

⁶⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 97-98.

⁷⁰ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero observam que as normas jurídicas normalmente apresentam uma abertura semântica que permite ao intérprete construir duas ou mais soluções legítimas a partir de seu conteúdo. Texto e norma não se confundem. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CP: críticas e propostas*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 80-81.

da elaboração da norma, mas também que as partes tenham a possibilidade de influenciar a outorga de sentido ao texto, por meio do contraditório participativo⁷¹⁻⁷².

Por outro lado, a participação das partes na interpretação do texto normativo e o consequente dever de fundamentação analítica do juiz⁷³ ganham especial relevo quando a norma jurídica a ser interpretada possui elevado grau de abstração, como ocorre com os princípios constitucionais ou com os conceitos jurídicos indeterminados, tendo em vista evitar o arbítrio do juízo⁷⁴⁻⁷⁵.

É evidente, entretanto, que se as partes e seus advogados não observarem seu dever de lealdade e boa-fé⁷⁶ ao proporem uma determinada interpretação a uma norma jurídica escrita, não estarão cooperando com o juízo, mas sim litigando de má-fé, ao deduzir pedido ou defesa sem fundamentação séria, consistente⁷⁷.

Entretanto, o advogado não deixa de observar o dever de lealdade e boa-fé processual ao recorrer à tese que já foi rechaçada pela jurisprudência ou por precedente vinculante⁷⁸, já que a sua demanda pode dar ensejo à revisão destes. Contudo, caso exista precedente vinculante, o advogado tem o dever de mencioná-lo, ainda que

⁷¹ art. 5º, LV, CF/1988.

⁷² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/2010. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. VI, p. 66, jul./dez. 2010. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 29 mai. 2014.

⁷³ art. 93, IX, CF.

⁷⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/2010. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. VI, p. 66, jul./dez. 2010. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 29 mai. 2014.

⁷⁵ Nesse sentido, Nicola Picardi observa que: “Na situação atual - caracterizada como se viu por considerável ampliação dos poderes do juiz - torna-se de palpitante atualidade as tentativas de eliminar da discricionariedade do juiz o perigo de abuso e de arbítrio. Com efeito, o poder discricionário termina por se caracterizar como figura intermediária entre poder vinculado e poder absoluto; poderemos talvez classificá-lo como poder limitado. O poder absoluto, como tal, revela-se tendencialmente arbitrário e, ademais, subtraído de qualquer controle. O poder discricionário, exatamente porque limitado, visa a evitar os perigos do subjetivismo e da degeneração em arbítrio. Por isso, o respeito dos limites por parte do juiz é submetido a um controle externo. O poder discricionário do juiz caracteriza-se, assim, como um poder limitado e controlável”. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.18.

⁷⁶ Cf. art.14, II, do CPC de 1973 e art.5º, PLCD 8.046/2010.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.81.

⁷⁸ No Brasil, são precedentes vinculantes a súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, os acórdãos proferidos pelo STF em sede de Recurso Extraordinário repetitivo (art. 543-B, CPC/1973) e os acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial repetitivo (art. 543-C, CPC/1973).

desfavorável aos interesses de seu cliente. Pode, contudo, expor as razões pelas quais pleiteia a revisão do precedente vinculante⁷⁹.

De acordo com o art. 17, I, do CPC de 1973, a parte tem o dever de propor uma interpretação do texto normativo que seja razoável e conforme com a semântica. As palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob risco de se perverter o seu papel de transmissoras de ideias e significados.⁸⁰ Não há espaço para neologismos no processo civil. É evidente que as palavras utilizadas pela Constituição e pelas normas infraconstitucionais ganham significados novos e perdem antigos com o passar do tempo, mas um novo significado somente pode ser proposto pela parte quando já é de uso corrente na sociedade⁸¹.

Reconhecemos a importância da interpretação evolutiva da Constituição e das normas infraconstitucionais como meio de adequar o direito às novas exigências da sociedade, mas entendemos que o intérprete (juiz e partes) deve respeitar as escolhas prévias do constituinte e do legislador por ter sido este democraticamente eleito pelo

⁷⁹ Nesse sentido e referindo-se ao Direito inglês Neil Andrews observa que: “Impõe-se também aos advogados a pesquisa jurídica. Eles devem vasculhar as fontes em busca de precedentes judiciais e de normas legais. [...] Devem procurar a lei mais recente. Em *Copeland vs. Smith* (2000) Brooke LJ recordou aos advogados quanto à sua obrigação de chamar a atenção do juiz para a existência de decisões relevantes, ainda que contrárias aos interesses de seu cliente. Nesse caso, nenhum dos advogados tinha conhecimento de uma determinada decisão, porque ambos falharam em pesquisar exaustivamente sobre a questão”. ANDREWS, Neil. *Relações entre a corte e as partes na era do case management*. Tradução: Fernanda Medina Pantoja, Marcela Kohlbach Faria e Paula Bezerra de Menezes. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 217, p. 181-195, mar. 2013.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.122.

⁸¹ Nesse sentido o magistério de Lenio Luiz Streck: “[...] A lei não tem um sentido em si mesmo. Tampouco trás ínsito um sentido que possa ser desacoplado (*Auslegung*) pelo intérprete. Há, pois, uma atribuição de sentido (*Sinngebung*), que se dá no contexto de uma situação hermenêutica, a partir da pré-compreensão do intérprete. Não há, assim, uma liberdade de cunho convencionalista, pela qual o intérprete do Direito, ou o legislador, venham a atribuir qualquer sentido aos entes jurídicos. É preciso ter presente que os sentidos não são determinados livremente a partir da consciência de si do pensamento pensante do sujeito intérprete e nem decorrem da aferição da essência das coisas. O intérprete parte sempre de possibilidades. Esse campo de possibilidades está limitado pela linguagem em que está inserido o intérprete. Há, na esteira do que ensina Gadamer, um mundo daquilo que é “opinável”, não sendo possível atribuir “qualquer” sentido a algo. Apenas são possíveis sentidos *possíveis*. O intérprete engendra o processo interpretativo a partir daquilo que Gadamer chama de indagação objetiva centrada na coisa mesma (*sachliche Fragstellung*). É a coisa mesma (*Sache selbst*), resultante de uma síntese hermenêutica, que evitará a relativização ou a arbitrariedade das interpretações. É a coisa mesma que suplantará a noção metafísica de dedução ou subsunção. [...] Ou seja, o sentido se dá a partir dessa ‘indagação objetiva centrada na coisa mesma’. [...] Isto significa poder dizer que a atribuição de sentido não pode decorrer de ficções significativas decorrentes de ‘nominações legislativas’, sob pena de concordarmos com a ideia de que os significados das coisas variam de acordo com o que queremos que elas sejam, o que nada mais é do que resvalar em direção a um idealismo inconsequente”. (Grifos do autor). STRECK, Lenio Luiz. *Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional: a filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto*. pp. 16-17. Disponível em <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/13.pdf>>. Acesso em 28 abr. 2012.

povo para fazê-las⁸². Além disso, a produção de decisões judiciais contrárias ao texto da Constituição e das leis comprometeria o direito fundamental de todos à segurança jurídica, pois daria margem a decisões de todo imprevisíveis. Da mesma forma, tal atitude colocaria em cheque o princípio da isonomia, já que casos similares seriam tratados de maneira diferente pelo Judiciário. Assim, somente haverá verdadeira colaboração das partes se estas propuserem interpretações possíveis do texto da Constituição e das normas infraconstitucionais⁸³.

O abandono da visão da parte adversa como um inimigo que deve ser derrotado é um pressuposto essencial para a cooperação no Processo Civil. Para que haja cooperação é preciso reconhecer, levar em consideração e respeitar os interesses legítimos da parte oposta. Cooperar significa buscar sinceramente uma solução para a lide que importe em ganhos mútuos e não uma solução que traga o máximo de proveito e deixe o adversário à míngua, destituído mesmo dos direitos que lhe são atribuídos pelo ordenamento jurídico. Em síntese, a ideia de cooperação importa no respeito à dignidade humana (art.1º, III, CF/1988) da parte oposta⁸⁴⁻⁸⁵.

O princípio da cooperação, que está positivado no art. 7º do CPC português de 2013, visa a transformar o processo civil em uma comunidade de trabalho e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados. Esse dever de cooperação se

⁸² Cf. art.1º, caput, CF.

⁸³ O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “Não se caracteriza a litigância de má-fé por pretensão contra texto expresso de lei, se a interpretação dada ao dispositivo pelo órgão julgador for diversa daquela pretendida pela parte e houver plausibilidade na tese defendida por esta”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp. n.º 764320/PR, rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 21/09/2006, DJ 27/11/2006, p. 283. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=764320&b=ACOR#>. Acesso em 06 jan. 2013.

⁸⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Poderes do Juiz e Novo CPC*. Disponível em: <<http://humbertodalla.podomatic.com/>>. Acesso em: 05 abr. 2012.

⁸⁵ O Prof. Humberto Dalla observa que: “A fraternidade, que junto com a liberdade e a igualdade formou a famosa tríade lema da Revolução Francesa, desapareceu quase que de imediato da cena pública durante os anos que se seguiram à revolução, mas vem sendo redescoberta e investigada por estudiosos preocupados em reinseri-la no pensamento democrático e político do Estado contemporâneo. Entre estes autores encontra-se o italiano Eligio Resta que retoma a concepção de fraternidade lançada na Declaração de Direitos do Homem tentando justamente apresentar respostas e mostrar o verdadeiro sentido da fraternidade que até então repousava numa aparente fragilidade diante da falta de fundamentos que lhe pudessem conferir um tratamento adequado, ‘provocando nas culturas jurídicas e políticas uma necessária e salutar autorreflexão’, deduzindo ainda que ‘a fraternidade é somente a consciência de dever pretender distância das lógicas da inimizade e dividir o espaço comum a cada outro indivíduo, com a sua vida, história, dignidade’. E um dos pilares mais relevantes do Direito Fraternal é consolidado sob o alicerce de uma sociedade humana, retratando um direito não violento, em que se busca a inclusão e o mais importante, a ruptura do binômio amigo-inimigo, convenção arraigada no processo judicial tradicional”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro v. VIII, p. 446. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 29 mai. 2014.

impõe tanto às partes, quanto ao tribunal, “pelo que importa algumas consequências quanto à posição processual das partes perante o tribunal, deste órgão perante aquelas e entre todos os sujeitos processuais em comum”⁸⁶.

Segundo o art. 8º do CPC português de 2013, o dever de cooperação das partes significa que estas devem litigar de boa-fé. A violação do dever de proceder de forma honesta “pode resultar de uma má-fé subjetiva, se ela é aferida pelo conhecimento ou não ignorância da parte, ou objetiva, se resulta da violação dos padrões de comportamento exigíveis”. Segundo o art. 542, n.º 2, proêmio, do CPC português de 2013, essa má-fé pressupõe quer o dolo, quer, tão somente, a negligência grave⁸⁷.

As partes e os terceiros também têm o dever de cooperar na produção das provas⁸⁸⁻⁸⁹.

Em Portugal, o dever de colaboração “é independente da repartição do ônus da prova⁹⁰, isto é, vincula mesmo a parte que não está onerada com a prova”⁹¹.

Segundo o art. 417, item n.º 1, do CPC português de 2013, “o dever de colaboração para descoberta da verdade impende sobre todas as pessoas, sejam ou não

⁸⁶ SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 93, n. 338, p. 149-158, abr./ jun. 1997.

⁸⁷ De acordo com Miguel Teixeira de Souza: “Qualquer das referidas modalidades da má-fé processual pode ser substancial ou instrumental: - é substancial se a parte infringir o dever de não formular pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar” (art. 542, n.º2, alínea "a", do CPC português de 2013), “alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos relevantes para a decisão da causa” (art. 542, n.º2, alínea "b", do CPC português de 2013), “isto é, violar o dever de verdade; - é instrumental se a parte tiver omitido, com gravidade, o dever de cooperação” (art. 542, n.º2, alínea "c", do CPC português de 2013) “ou tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o objetivo de conseguir objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão” (art. 542, n.º2, alínea "d", e art.720 do CPC português). SOUZA, Miguel Teixeira de. Op. cit., p. 150.

⁸⁸ SOUZA, Miguel Teixeira de. Op. cit., p.150.

⁸⁹ O art. 417, n.º 1, do CPC português de 2013 estabelece que: “Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados”. Lei n.º 41/2013, de 26 de junho (Código de Processo Civil). Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>>. Acesso em 05 set. 2013. No mesmo sentido o art. 339 do CPC/1973 e o art. 385 do PLCD 8.046/2010 dispõem que “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 30 mai. 2014. _____. Projeto de Lei n.º 8.046/2010. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=UQa6Z1xFq4E>>. Acesso em: 30 mai. 2014.

⁹⁰ Cf. artigos 342 a 345 do Código Civil português.

⁹¹ SOUZA, Miguel Teixeira de. Op. cit., p.150.

partes na causa e implica, dentre outras coisas uma submissão às inspeções necessárias ao apuramento da verdade”⁹².

De acordo com o item n.º 2 do art. 417 do CPC português de 2013, “aqueles que recusem à colaboração devida serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis”⁹³. “O que significa que, havendo recusa e não sendo esta legítima, a parte ou o terceiro serão condenados em multa independentemente de lhes serem aplicados ou não meios coercitivos”⁹⁴.

Em seguida, estabelece o art. 417, n.º 2, do CPC português de 2013, que “sendo o recusante parte, a sua recusa poderá ser valorada para efeitos probatórios, sendo ainda possível, nas circunstâncias previstas no art. 344, n.º 2, do Código Civil português, proceder à inversão do ônus da prova”⁹⁵.

A parte também tem o dever de cooperar com a execução: “se o exequente tiver dificuldade em identificar ou localizar os bens penhoráveis do executado”, o órgão jurisdicional “pode determinar que este preste todas as informações indispensáveis à realização da penhora, sob a cominação de ser considerado litigante de má-fé”⁹⁶⁻⁹⁷.

O dever geral de colaboração das partes (*allgemeine Prozessförderungspflicht*) é expressamente regulamentado pelo § 282, 1, do ZPO alemão⁹⁸. Já o § 141, III, do

⁹² SILVA, Paula Costa e. A realização coercitiva de testes de ADN em ações de estabelecimento da filiação. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, Porto Alegre: AJURIS, v. 30, n. 92, pp. 81-99, dez. 2003.

⁹³ PORTUGAL. Código de Processo Civil: anexo da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 05 ago. 2014.

⁹⁴ SILVA, Paula Costa e. Op. cit., p. 94.

⁹⁵ Segundo Paula Costa e Silva, as sanções previstas na segunda parte do art. 417, n.º 2, do CPC português de 2013 “somente serão aplicadas se, sendo o recusante parte, não tiver sido possível utilizar os meios coercitivos adequados a garantir a colaboração. Pois que se estes forem usados e a ‘colaboração’ garantida, terá sido apresentado o meio de prova necessário pelo que não fará sentido valorar a conduta inicialmente omissiva do recusante”. SILVA, Paula Costa e. Op. cit., p. 94.

⁹⁶ SOUZA, Miguel Teixeira de. Op. cit., p.150.

⁹⁷ Nesse sentido, o art. 600, IV, do CPC de 1973 dispõe que: “Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que: (...) IV - intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.”. BRASIL. Lei n.º 5.869/1973. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 03 jul. 2013.

⁹⁸ “§ 282 *Rechtzeitigkeit des Vorbringens* (1) *Jede Partei hat in der mündlichen Verhandlung ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel, insbesondere Behauptungen, Bestreiten, Einwendungen, Einreden, Beweismittel und Beweiseinreden, so zeitig vorzubringen, wie es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht.*”. Tradução: § 282 Submissões tempestivas à corte. (1) Na audiência, cada parte deve submeter à corte seus meios de desafio ou defesa, especificamente alegações, negativas, objeções, alegações de defesa, provas e objeções às provas submetidas, o quanto antes, com base nas circunstâncias do processo, o que corresponde a uma busca diligente dos procedimentos da corte e serve para promovê-los. (Tradução livre). ALEMANHA. *Zivilprozessordnung (ZPO)*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

mesmo diploma legal permite ao juiz forçar o comparecimento destas no procedimento oral (*mündliche Verhandlung*) mediante multa coercitiva (*Ordnungsgeld*)⁹⁹. A ameaça de desvantagens processuais em razão da falta de cooperação, seja através da sentença em revelia (*Versäumnisurteil*) em caso de ausência total, seja através da preclusão dos argumentos intempestivos (§ 296 do ZPO alemão), seja ainda através de sentença de mérito (*Sachurteil*) por insuficiência de provas ou de comprovação, demonstra que o processo civil é criado em meio à participação das partes¹⁰⁰.

1.3 O Dever de cooperação do órgão jurisdicional

O juiz deve “estar a serviço da sociedade em primeiro lugar, cumprindo rigorosamente seus deveres e suas obrigações, da melhor forma que sua capacidade permitir”¹⁰¹. O comportamento ético mínimo que se exige dos juízes não está restrito ao cumprimento dos prazos previstos em lei e ao zelo pela rápida solução do litígio: é preciso também que os magistrados “procedam com urbanidade, assegurem às partes igualdade de tratamento e julguem com justiça, de tal sorte que o vencedor seja aquele que efetivamente tem o direito material”¹⁰².

O Código de Processo Civil de 1973 traz alguns dispositivos que preveem determinadas sanções decorrentes de um comportamento inadequado dos magistrados. Assim, o art. 133, do CPC/1973 prevê a responsabilidade civil do magistrado que proceder com dolo ou fraude no exercício da função (inciso I) ou que recusa, omite ou retarda, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento das

⁹⁹ “§ 141 *Anordnung des persönlichen Erscheinens*. [...] (3) *Bleibt die Partei im Termin aus, so kann gegen sie Ordnungsgeld wie gegen einen im Vernehmungstermin nicht erschienenen Zeugen festgesetzt werden. Dies gilt nicht, wenn die Partei zur Verhandlung einen Vertreter entsendet, der zur Aufklärung des Tatbestandes in der Lage und zur Abgabe der gebotenen Erklärungen, insbesondere zu einem Vergleichsabschluss, ermächtigt ist. Die Partei ist auf die Folgen ihres Ausbleibens in der Ladung hinzuweisen*.” Tradução livre: § 141 Ordem para que a parte compareça pessoalmente (3) [...] Se a parte deixar de comparecer a uma audiência, uma multa coercitiva pode ser imposta a esta de forma correspondente àquela imposta à testemunha que deixa de comparecer à audiência designada para sua oitiva. Isso não se aplica se a parte houver mandado um representante à audiência que seja capaz de esclarecer os elementos do caso e que esteja autorizado a fazer as declarações mandadas, em particular para concluir um acordo. Idem.

¹⁰⁰ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução de Ronaldo Kochem, *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, p. 123-129, abr. 2012.

¹⁰¹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.66.

¹⁰² CARNEIRO, P. C. P. Op. cit., p. 67.

partes (inciso II). Já o art. 198 do CPC de 1973 trata da responsabilidade do juiz que exceder os prazos previstos em lei para a prática de atos a seu encargo¹⁰³⁻¹⁰⁴.

O dever de colaboração do órgão jurisdicional para com as partes se desdobra em cinco deveres anexos: *de esclarecimento, de prevenção, de consulta, de auxílio*, bem como *de correção e urbanidade*, abaixo descritos¹⁰⁵.

1.3.1 Dever de esclarecimento

Implica um dever recíproco do órgão jurisdicional perante as partes e destas perante aquele. Assim, o órgão jurisdicional tem o dever de se esclarecer junto às partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, de modo a evitar que a sua decisão tenha por base a falta de informação e não a verdade apurada. As partes, por sua vez, têm o dever de esclarecer o juízo.¹⁰⁶ Encontra-se consagrado, quanto ao primeiro aspecto, no art. 7, n.º 2, do Código de Processo Civil português de 2013¹⁰⁷.

O segundo dos referidos aspectos (dever de esclarecimento do órgão jurisdicional pelas partes) está previsto no art. 7º, n.º 3, do Código de Processo Civil português de 2013: as pessoas às quais o juiz solicita o esclarecimento são obrigadas a comparecer e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, salvo se tiverem uma causa legítima para recusar a colaboração requerida¹⁰⁸⁻¹⁰⁹.

¹⁰³ “Art. 198. Qualquer das partes ou o órgão do Ministério Público poderá representar ao presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei. Distribuída a representação ao órgão competente, instaurar-se-á procedimento para apuração da responsabilidade. O relator, conforme as circunstâncias, poderá avocar os autos em que ocorreu excesso de prazo, designando outro juiz para decidir a causa”. BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 26 set. 2013.

¹⁰⁴ CARNEIRO, P. C. P. Op. cit., p.66-67.

¹⁰⁵ SOUZA, Miguel Teixeira de. Op. cit., p.151.

¹⁰⁶ SOUZA, Miguel Teixeira de. Op. cit., p.151.

¹⁰⁷ “Art. 7º [...] 2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência”. PORTUGAL. Código de Processo Civil: anexo da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 05 ago. 2014.

¹⁰⁸ SOUZA, Miguel Teixeira de. Op. cit., p.151.

¹⁰⁹ “Art. 7º [...] 3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º”. O art. 417, n.º 3, do CPC português de 2013 dispõe: “3 - A recusa é, porém, legítima se a obediência importar: a) Violação da integridade física ou moral das pessoas; b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no n.º 4º”. PORTUGAL. Código de Processo Civil: anexo da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho. Disponível em:

O art. 342 do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973¹¹⁰ e o art. 139 da versão do Projeto do Novo Código de Processo Civil aprovada pelo plenário da Câmara dos Deputados em 26 de março de 2014¹¹¹ contêm disposições semelhantes àquela do art.7º, item n.º 3, do CPC português.

Na Itália, o art.183 do *Codice de Procedura Civile* dispõe que o juiz deve, durante a audiência, pedir às partes, com base nos fatos alegados, os esclarecimentos necessários¹¹².

No direito brasileiro, o órgão jurisdicional cumpre, por meio dos embargos de declaração, o dever de esclarecer as partes sobre o conteúdo da sentença ou do acórdão quando nestes houver obscuridade ou contradição¹¹³.

O *Zivilprozessordnung* (ZPO) alemão consagra o dever de esclarecimento do órgão jurisdicional e das partes em seu § 139, 1¹¹⁴. De acordo com este dispositivo, o presidente do órgão jurisdicional deve fazer com que as partes se expressem inteiramente sobre os fatos decisivos (*Erhellliche Tatsachen*) e formulem pedidos úteis e particularmente completem as alegações insuficientes dos fatos invocados e indiquem meios de prova. Neste desiderato, ele deve, se necessário, trazer às partes a situação litigiosa em seus aspectos factuais e jurídicos e fazer perguntas. O presidente deve

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 05 ago. 2014.

¹¹⁰ “Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.”. BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 30 mai. 2014.

¹¹¹ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, caso em que não incidirá a pena de confesso;”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8.046/2010. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 27 mar. 2014.

¹¹² “Art.183. *Prima comparizione delle parti e trattazione della causa. [...] Nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione. [...]*”. ITALIA. *Codice di Procedura Civile*. Disponível em <<http://www.altalex.com/index3.php?idnot=33723>>. Acesso em 30 mai. 2014.

¹¹³ Cf. art. 535, I, CPC/1973.

¹¹⁴ “Art. 139. [...] (1) *Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen.*”. ALEMANHA. *Zivilprozessordnung* (ZPO). Disponível em <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf>>. Acesso em 30 mai. 2012. Tradução: “Na medida do necessário, a corte discutirá com as partes as circunstâncias e os fatos assim como a relação das partes com a disputa, ambos em termos dos aspectos factuais da questão e das suas implicações legais, e isso significa fazer perguntas. A corte deve assegurar que as partes da disputa façam declarações tempestivas e completas sobre todos os fatos significativos, e, em particular, assegurar que as partes emendem com informações adicionais aqueles fatos que elas tenham declarado apenas de forma incompleta, que elas designem as provas e protocolem as petições relevantes”. (Tradução nossa).

chamar a atenção para os meios que devem ser levantados de ofício pelo tribunal. Ele deve permitir a todos os agentes processuais, sobre suas pretensões, que formulem perguntas¹¹⁵.

Assim, tem o juiz o dever de esclarecer os fatos do litígio (*Aufklärungspflicht* ou *Hinweispflicht*) e de incitar as partes a trazerem para os autos os complementos de informação ou as provas necessárias à solução do litígio. Este dever, que logicamente realiza-se mais frequentemente no momento em que as partes não estão representadas por advogados, não deve ser excluído no caso contrário. Esta atitude do juiz permitirá uma solução correta do conflito quando as partes não tenham invocado e produzido provas suficientes para poder atingir seus objetivos no processo. Dessa forma, o juiz terá o dever de advertir o autor da insuficiência da motivação do seu pedido (*Klagebegründung*) ou o réu do fato que suas negativas insuficientes irão remeter a causa para a procedência do pedido, ou ainda, que suas defesas não estão claramente definidas. O juiz tem, portanto, um papel ativo tendente a fazer com que as partes se expressem integralmente sobre os pontos necessários à solução do litígio. Em matéria de prova, o tribunal deve igualmente advertir o litigante que suporta o ônus da prova que, por exemplo, não pode deixar de trazê-la quando referente a um fato decisivo contestado: efetivamente, as partes – ou seus defensores – têm diante das incertezas a necessidade de trazer concretamente a prova de tal ou tal fato da demanda. A princípio, essa intervenção do juiz não modifica o objeto do litígio. Entretanto, o juiz pode incitar as partes a "formular pedidos úteis" (*sachdienliche Anträge zu stellen*), pois ele pode aconselhar o autor a modificar o seu pedido (*Klageänderung*) se aquele for o único meio para que o demandante atinja o seu objetivo. Da mesma forma, pode aconselhar o réu a expor um novo meio de defesa – tal como a prescrição da ação. Porém, a jurisprudência alemã é bastante reticente em aceitar uma intervenção persecutória do juiz, pois teme a perda da imparcialidade deste último, caso ele se intrometa excessivamente no pedido ou na defesa de uma parte. O dever de esclarecimento do tribunal acompanha-se logicamente de um direito – e dever – de questionamento decorrente da necessidade de clarificar os fatos para alcançar uma solução concreta do litígio e este dever não contraria o princípio do dispositivo. O tribunal não pode, por ele mesmo, introduzir

¹¹⁵ FERRAND, Frédérique. *Droit Privé Allemand*. Paris: Dalloz, 1997, p.199. Apud GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 6, pp. 47-59, set. 2003.

fatos e provas novos, mas tem o direito de solicitar às partes que completem informações ou provas a partir dos fatos alegados por elas¹¹⁶.

O § 139, 1, do *Zivilprozessordnung* alemão dispõe que ao juiz cabe assegurar que as partes se pronunciem completamente e apresentem os respectivos articulados sobre todos os fatos relevantes da causa e, em especial, que completem as deficiências dos fatos descritos e indiquem os meios de prova. Para este fim, deve, na medida do necessário, ouvir as partes sobre matéria de fato e de direito, sobre a relação controvertida e fazer perguntas¹¹⁷.

O adequado papel do juiz expressa-se mais claramente nos deveres de indicação (*Hinweispflichten*) do § 139, 1, e do § 278 III do ZPO alemão, que não são orientados propriamente a uma inquirição judicial, mas devem provocar, antes, o exercício adequado da liberdade das partes¹¹⁸. A determinação do comparecimento pessoal das partes, conforme § 141, I, 1 do ZPO alemão, não deve servir ao esclarecimento do juízo (*Amtsaufklärung*), embora essa compreensão equivocada seja comum, mas sim, ao melhor entendimento dos argumentos das partes. Ainda, o juiz pode ordenar a apresentação de documentos – mas, por sua vez, somente daqueles sobre os quais as partes se referiram (§142 do ZPO alemão¹¹⁹). A possibilidade de determinar de ofício apresentação ou avaliação (§144 do ZPO alemão¹²⁰) também faz parte desse contexto,

¹¹⁶ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 6, pp. 47-59, set. 2003.

¹¹⁷ FREITAS, José Lebre de. Introdução ao Processo Civil - Conceitos e Princípios Gerais à luz do Código Revisto. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 152. Apud GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 6, pp. 47-59, set. 2003.

¹¹⁸ O § 279, 3, da ZPO alemã estabelece que: “§ 279. *Mündliche Verhandlung*. [...] (3) *Im Anschluss an die Beweisaufnahme hat das Gericht erneut den Sach- und Streitstand und, soweit bereits möglich, das Ergebnis der Beweisaufnahme mit den Parteien zu erörtern.*“. ALEMANHA, *Zivilprozessordnung* (ZPO). Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>>. Tradução: § 279. Audiência para discussão oral. [...] (3) Após a instrução, a corte deve, mais uma vez, discutir com as partes as circunstâncias e fatos assim como o status da disputa até então, na extensão possível nesse estágio, os resultados obtidos na instrução. (Tradução nossa).

¹¹⁹ “§ 142. *Anordnung der Urkundenvorlegung*. (1) *Das Gericht kann anordnen, dass eine Partei oder ein Dritter die in ihrem oder seinem Besitz befindlichen Urkunden und sonstigen Unterlagen, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorlegt. Das Gericht kann hierfür eine Frist setzen sowie anordnen, dass die vorgelegten Unterlagen während einer von ihm zu bestimmenden Zeit auf der Geschäftsstelle verbleiben.* [...]”. Idem. Tradução: § 142. Ordem para produzir gravações ou documentos. (1) A corte pode ordenar que uma das partes ou um terceiro exiba gravações ou documentos, assim como qualquer outro material que esteja em sua posse e ao qual qualquer uma das partes tenha feito referência. A corte pode estabelecer um prazo a esse respeito e pode ordenar que o material assim produzido permaneça no cartório da corte por um período a ser estabelecido pela corte. [...]. (Tradução nossa).

¹²⁰ “§ 144. *Augenschein; Sachverständige*. (1) *Das Gericht kann die Einnahme des Augenscheins sowie die Begutachtung durch Sachverständige anordnen. Es kann zu diesem Zweck einer Partei oder einem Dritten die Vorlegung eines in ihrem oder seinem Besitz befindlichen Gegenstandes aufgeben und hierfür*

porque não diz respeito a uma inquirição, mas à colocação do juiz em uma posição que possibilite apreciar os argumentos pertinentes das partes através de sua própria visão ou através da intermediação de especialista, em razão de falta de conhecimento aplicável. Também é semelhante o § 448 do ZPO alemão, que possibilita ao juiz realizar, de ofício, interrogatório formal das partes (*förmliche Parteivernehmung*), que não pode ser entendido como expressão do princípio inquisitório, mas do princípio de cooperação¹²¹. A saber, o juiz pode fazer uso desse dispositivo somente a respeito de uma afirmação sobre a qual já tenha sido fixada uma probabilidade de sua exatidão e quando outros meios de prova não sejam disponíveis: nessa situação especial, ele deve dar às partes oportunidade de eliminar as dúvidas remanescentes através de depoimento formal (*förmliche Aussage*)¹²².

1.3.2 Dever de prevenção

O dever de prevenção consiste na necessidade de o tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos¹²³. O dever de prevenção vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo¹²⁴. O dever

eine Frist setzen. Es kann auch die Duldung der Maßnahme nach Satz 1 aufgeben, sofern nicht eine Wohnung betroffen ist". Idem. Tradução: § 144. Prova visual obtida no local. (1) A corte pode ordenar que prova visual seja obtida no local, e pode também ordenar que peritos preparem um relatório. Para esse propósito, ela pode ordenar que uma parte do processo ou que um terceiro exiba um objeto que esteja em sua posse, e pode estabelecer um determinado prazo para tal. A corte também pode ordenar que uma parte deva tolerar uma medida tomada por força da primeira sentença deste dispositivo, a menos que essa medida diga respeito a uma residência. [...]. (Tradução nossa).

¹²¹ "§ 448. *Vernehmung von Amts wegen. Auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast kann das Gericht, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, um seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache zu begründen, die Vernehmung einer Partei oder beider Parteien über die Tatsache anordnen*". Idem. Tradução: § 148 Interrogatório *ex officio*. Ainda que nenhuma petição tenha sido protocolada por uma parte, e sem consideração sobre o ônus da prova, a corte pode ordenar que uma das partes ou ambas as partes sejam interrogadas acerca dos fatos e circunstâncias em questão, se os resultados das audiências e da instrução, se houver algum, não for suficiente para estabelecer a satisfação da corte acerca da veracidade ou inveracidade de um fato ou circunstância que deva ser provado. (Tradução nossa).

¹²² GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução de Ronaldo Kochem, *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, p. 123-129, abr. 2012.

¹²³ SOUZA, Miguel Teixeira de. Op. cit., p. 149-158

¹²⁴ "São quatro áreas fundamentais, em que o dever de prevenção justifica-se: a explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação. Assim, por exemplo, o tribunal tem o dever de sugerir a especificação de um pedido indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado, de referir as lacunas na descrição de um fato, de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a intervenção de um terceiro". GOUVEIA, Lúcio Grassi de.

do juiz de dar conselhos e *feedback* determina que o juiz aconselhe e assista as partes em resolver sua disputa de acordo com o direito¹²⁵. São exemplos os artigos 590, n.º 2, “b”¹²⁶ e 591, n.º 1, “c”¹²⁷; do CPC português de 2013¹²⁷, bem como os §§ 139, 279(3) e 285 da ZPO alemã¹²⁸.

O dever de prevenção foi consagrado pelo art. 284 do CPC/1973, segundo o qual, caso o juiz verifique que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias. Assim, a este dever corresponde um direito subjetivo do autor cujo descumprimento é suscetível de causar nulidade da sentença de indeferimento da exordial¹²⁹.

O juízo não deve aplicar sanções à parte sem antes alertá-la de que seu comportamento consiste violação de dever processual. Este raciocínio se aplica tanto às condenações por litigância de má-fé¹³⁰, quanto à presunção de veracidade resultante da falta de cooperação do sujeito parcial em exhibir documento ou coisa¹³¹. Em muitos

Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 6, p. 47-59, set. 2003.

¹²⁵ MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *German Civil Justice*. 1. ed. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 167.

¹²⁶ “Artigo 590.º. Gestão inicial do processo. 2 — Findos os articulados, o juiz profere, sendo caso disso, despacho pré-saneador destinado a: [...] b) Providenciar pelo aperfeiçoamento dos articulados, nos termos dos números seguintes; [...] 3 — O juiz convida as partes a suprir as irregularidades dos articulados, fixando prazo para o suprimento ou correção do vício, designadamente quando careçam de requisitos legais ou a parte não haja apresentado documento essencial ou de que a lei faça depender o prosseguimento da causa. 4 — Incumbe ainda ao juiz convidar as partes ao suprimento das insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de fato alegada, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido. 5 — Os fatos objeto de esclarecimento, aditamento ou correção ficam sujeitos às regras gerais sobre contraditoriedade e prova. 6 — As alterações à matéria de fato alegada, previstas nos n.ºs 4 e 5, devem conformar-se com os limites estabelecidos no artigo 265.º, se forem introduzidas pelo autor, e nos artigos 573.º e 574.º, quando o sejam pelo réu. 7 — Não cabe recurso do despacho de convite ao suprimento de irregularidades, insuficiências ou imprecisões dos articulados. Código de Processo Civil: anexo da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 05 ago. 2014.

¹²⁷ “Artigo 591.º Audiência prévia 1 — Concluídas as diligências resultantes do preceituado no n.º 1 do artigo anterior, se a elas houver lugar, é convocada audiência prévia, a realizar num dos 30 dias subsequentes, destinada a algum ou alguns dos fins seguintes: [...] c) Discutir as posições das partes, com vista à delimitação dos termos do litígio, e suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de fato que ainda subsistam ou se tornem patentes na sequência do debate;”. *Idem*.

¹²⁸ MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *Op. cit.*, p. 167.

¹²⁹ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 6, pp. 47-59, set. 2003.

¹³⁰ Cf. arts. 17 e 18 do CPC/1973.

¹³¹ Cf. art. 359, CPC/1973.

casos, a simples advertência do juízo será suficiente para garantir a cooperação tutelada pelos dispositivos que cominam penas.

1.3.3 Dever de consulta

O órgão jurisdicional tem o dever de consultar as partes, sempre que pretenda conhecer de matéria de fato ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a oportunidade de se pronunciarem. Em outras palavras, toda vez que o órgão jurisdicional tiver a intenção de dar aos fatos alegados pelas partes enquadramento jurídico distinto daquele conferido pelos sujeitos parciais ou que pretender conhecer officiosamente de fato relevante para a decisão da causa, deverá consultar os litigantes, permitindo o contraditório antes da decisão. O dever de consulta é um dever de caráter assistencial do tribunal perante as partes que tem por escopo evitar as chamadas decisões-surpresa, isto é, as decisões proferidas sobre matéria de conhecimento officioso sem a sua prévia discussão pelas partes¹³².

O órgão jurisdicional tem o dever de consultar as partes acerca das questões de fato e de direito que possa conhecer de ofício antes de decidir sobre estas. Este dever foi expressamente consagrado pelo art. 10 do Projeto do Novo CPC¹³³, pelo art. 3º, 3, do Código de Processo Civil português de 2013¹³⁴, pelo §139, 2 e 3 do

¹³² SOUZA. Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 93, n. 338, pp. 149-158, abr./ jun. 1997.

¹³³ “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8.046/2010. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 27 mar. 2014.

¹³⁴ “Art. 3º. 3 - O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de fato, mesmo que de conhecimento officioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”. PORTUGAL. Código de Processo Civil: anexo da Lei n.º 41/2013. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 05 ago. 2014. O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal já decidiu com base em dispositivo idêntico do CPC português de 1961: “PODERES DO JUIZ. DECISÃO SURPRESA. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. PODERES DAS PARTES. ÔNUS DE ALEGAÇÃO. FUNDAMENTOS DE DIREITO. I – O juiz tem o dever de participar na decisão do litígio, participando na indagação do direito – iura novit curia -, sem que esteja peado ou confinado à alegação de direito feita pelas partes. Porém, a indagação do direito sofre constrangimentos endoprocessuais que atinam com a configuração factológica que as partes pretendam conferir ao processo. II – Há decisão surpresa se o juiz, de forma absolutamente inopinada e apartado de qualquer aportamento fatural ou jurídico envereda por uma solução que os sujeitos processuais não quiseram submeter ao seu juízo, ainda que possa ser a solução que mais se adequa a uma correta e atinada decisão do litígio.III – Não tendo as partes configurado a questão na via adotada pelo juiz, cabe-lhe dar a conhecer a solução jurídica que pretende vir a assumir para que as partes possam contrapor os seus argumentos”. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. 1ª Seção. Revista n. 2005/03.0TVLSB.L1.S1. Rel. Gabriel Catarino, j. 27.09.2011. Disponível em

Zivilprozessordnung (ZPO) alemão¹³⁵ e pelo art.101 do *Codice di Procedura Civile* italiano¹³⁶. O último dispositivo, que trata do princípio do contraditório, comina com a *pena de nulidade* qualquer decisão judicial que não tenha sido precedida pela consulta das partes e está relacionado com o artigo 183 do mesmo diploma legal que impõe ao juiz (*giudice istruttore*) o dever de indicar às partes, no decurso da audiência, as questões relevantes que vier a conhecer de ofício.¹³⁷ Se não o fizer nesta sede, poderá fazê-lo posteriormente, mas antes da decisão, nos termos do citado artigo 101¹³⁸.

Entendemos que, no Brasil, a violação pelo juiz de seu *dever de consulta* às partes no que concerne às questões de fato ou de direito que podem ser conhecidas de ofício, também tem por consequência a nulidade da decisão proferida sem a observância

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f462157142267ee180257921004c5d7a?OpenDocument&Highlight=0,princ%C3%ADpio,coopera%C3%A7%C3%A3o,dever,esclarecimento>>.

Acesso em 31 mai. 2014.

¹³⁵ “§ 139. [...] (2) A corte pode basear sua decisão em um aspecto que a parte tenha reconhecidamente negligenciado ou que supôs ser insignificante, desde que não se limite a dizer respeito a um pedido auxiliar, somente quando tiver dado a correspondente notícia deste fato [à parte] e tiver dado [à parte] a oportunidade de abordar o assunto. O mesmo se aplica a qualquer aspecto que a corte avalie diferentemente da forma como as partes avaliam.

(3) A corte deve chamar a atenção das partes para suas preocupações acerca de quaisquer itens que levará em conta de ofício”. ALEMANHA, *Zivilprozessordnung* (ZPO). Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html>. Acesso em 23 ago. 2012. Em inglês no original: "(2) *The court may base its decision on an aspect that a party has recognisably overlooked or has deemed to be insignificant, provided that this does not merely concern an ancillary claim, only if it has given corresponding notice of this fact and has allowed the opportunity to address the matter. The same shall apply for any aspect that the court assesses differently than both parties do. (3)The court in to draw the parties' attention to its concerns regarding any items it is to take into account ex officio.*"

¹³⁶ “Art. 101. Principio del contraddittorio. Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione.” ITALIA. *Codice di Procedura Civile*. Disponível em <<http://www.altalex.com/index3.php?idnot=33723>>. Acesso em 31 mai. 2014. Tradução: Art.101. Princípio do Contraditório O juiz, salvo quando a lei disponha de outra forma, não pode decidir sobre um pedido, se a parte contra a qual foi proposto não foi regularmente citada e não está presente. Se pensa em colocar como fundamento da decisão uma questão conhecida de ofício, o juiz guarda a decisão, assinando às partes, sob pena de nulidade, um termo, não inferior a vinte dias e não superior a quarenta dias da comunicação, para depósito na chancelaria de memoriais contendo observações sobre a mesma questão. (Tradução nossa). O art. 45, §13, da Lei n.69 de 18 de junho de 2009 conferiu ao art. 101 do CPC italiano, sua atual redação, consagrando expressamente o dever do órgão jurisdicional de consultar as partes acerca das questões de fato e de direito que possa conhecer de ofício antes de decidir sobre estas.

¹³⁷ “Art.183. *Prima comparizione delle parti e trattazione della causa. (...) Nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione.* ITALIA. *Codice di Procedura Civile*. Disponível em <<http://www.altalex.com/index3.php?idnot=33723>>. Acesso em 02 mai. 2012.

¹³⁸ Observação feita no bojo do recurso de Revista n. 2005/03.0TVLSB.L1.S1., julgado em 27.09.2011, pela 1ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Relator: Gabriel Catarino. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f462157142267ee180257921004c5d7a?OpenDocument&Highlight=0,princ%C3%ADpio,coopera%C3%A7%C3%A3o,dever,esclarecimento>>. Acesso em 11 mai. 2012.

deste dever, já que o *dever de consulta* deriva diretamente do princípio constitucional do contraditório¹³⁹, ao qual está o juiz, ele mesmo, vinculado. Com a vigência do Novo Código de Processo Civil, este dever de consulta será positivado, de forma expressa, no ordenamento jurídico brasileiro, conforme indicado acima. De se notar, entretanto, que a Corte de Cassação da Itália, por meio de suas seções unidas civis, já decidiu que a norma do parágrafo 2º do art.101 do *Codice de Procedura Civile* tem natureza meramente deontológica no que se refere às questões “de puro direito” cognoscíveis de ofício.¹⁴⁰ Segundo este entendimento, a inobservância por parte do juiz do seu dever de consultar previamente as partes quanto às questões “de puro direito” cognoscíveis de ofício não gera a nulidade da sentença proferida em primeira instância. Dessa forma, seria prudente inserir no texto do art.10 do Projeto do Novo CPC uma menção expressa às questões de direito para que se garanta a observância do contraditório e do dever de consulta quanto a estas.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros, em especial a do Superior Tribunal de Justiça (STJ), vem aplicando o princípio *jura novit curia*¹⁴¹, ratificando dezenas de

¹³⁹ Cf. art.5º, LV, CF/1988.

¹⁴⁰ “(...) Quanto alle varie questioni processuali che emergono, si sottolinea: a) (...) b) che, risolvendo un contrasto di giurisprudenza, le SS.UU. hanno affermato la rilevanza meramente deontologica, senza alcuna conseguenza in termini di nullità, della mancata previa sottoposizione alle parti, di un tema poi rilevabile d’ufficio in sede di decisione (trattavasi, nel caso di specie, di questioni circa l’entità della sanzione). In merito all’ambito definitorio della nozione di “questione rilevabile d’ufficio”, del resto, la stessa dottrina è divisa, come pure non appare certa la nozione, entrata nell’uso, di “sentenza della terza via”. Nel richiamare tali contraddizioni sistematiche, le SS.UU. affermano che potrà rilevare sono ai fini dell’erroneità della soluzione giuridica data alla questione, censurabile in cassazione in quanto tale, l’eventuale rilievo ufficioso, non preceduto dal contraddittorio, di una questione di “puro diritto”; mentre i rilievi ufficiosi di questioni “di fatto” oppure “miste tra fatto e diritto” potranno legittimare la parte soccombente (a prescindere dalla censura di erroneità della soluzione) a dolersi del “decisum” in sede di impugnazione, richiedendo meramente l’ammissione di nuove prove in appello con rimozione delle preclusioni ex art. 345 c.p.c. (così come in primo grado si sarebbe resa necessaria, eventualmente, la rimessione in termini). L’ultima statuizione non potrà non rilevare nell’interpretazione del nuovo art. 101 c.p.c., che, nel secondo comma introdotto con vigenza limitata al solo contenzioso instaurato dopo il 4 luglio 2009, sancisce l’obbligo per il giudice, “a pena di nullità”, di assegnare un termine per osservazioni scritte (non dunque per istanze istruttorie), “se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio”. In particolare, al di là del problema in ordine al se sia consentita la rimessione in termini a fini istruttori, sembra doversi affermare che la norma non potrà intendersi riferita alle questioni rilevabili d’ufficio “di puro diritto”. Corte di Cassazione – Sezioni unite civili – sentenza n. 20935 del 30 settembre 2009. Disponível em <http://www.innovazionediritto.unina.it/archivionewsletter/0912/evid_04.html>. Acesso em 31 mai. 2014.

¹⁴¹ Em razão do art. 126, CPC/1973, a decisão judicial pode apresentar fundamento jurídico diverso daqueles invocados pelas partes, pois cabe ao juiz aplicar as normas legais no julgamento da lide. OLIVEIRA, Vallisley de Souza. Juiz não está limitado às regras indicadas pelas partes. *Consultor Jurídico*, São Paulo, publicado em: 22 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-22/vallisney-oliveira-juiz-nao-limitado-regras-indicadas-pelas-partes>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

decisões dos tribunais inferiores em que houve o julgamento do pedido do autor por fundamento jurídico diferente daquele aduzido na inicial¹⁴².

Entretanto, o STJ permite a alteração pelo órgão julgador não somente do fundamento legal (dispositivo de lei), mas também do próprio enquadramento jurídico feito pelo autor, o que prejudica o direito do réu ao contraditório, posto ser este surpreendido com decisão enquadrada em fundamento diverso daquele pleiteado pelo autor¹⁴³.

O princípio *jura novit curia* deve ser aplicado em consonância com os princípios do contraditório e da cooperação. Assim, o magistrado pode decidir com base em fundamento diverso daquele apontado pelo autor, mas, sua decisão somente será válida se houver sido precedida de consulta às partes acerca da referida razão de Direito¹⁴⁴.

O juiz deve consultar o autor e o réu sobre eventual ausência de pressuposto processual¹⁴⁵ ou de condição da ação¹⁴⁶, bem como quando considerar que há

¹⁴² GUEDES, Cintia Regina. *A estabilização da demanda no Direito Processual Civil*. In: FUX, Luiz (Coord.). *O Novo Processo Civil Brasileiro: Direito em Expectativa: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.283.

¹⁴³ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. N.º 661.016/SP da Primeira Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 04.09.2007, DJ 01/10/2007, p. 214. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2014: “Não há julgamento *extra petita* quando a sentença aprecia o pedido tomando por base os fatos e as consequências jurídicas dele decorrentes deduzidos na inicial, ainda que o faça por novo fundamento legal, não subsistindo violação ao art. 128 do CPC. Aplicação do princípio *jura novit curia*”. e _____, REsp. N.º 721.346/RJ da Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andriighi, j. 18.04.2006, DJ 08/05/2006, p. 207. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2014: “O acolhimento da pretensão formulada na inicial por fundamentos jurídicos diversos dos alegados pelo autor não implica julgamento *extra* ou *ultra petita*. O princípio da adstrição visa a garantir o exercício, pelo réu, de seu direito de defesa. Se o acolhimento da pretensão por fundamentos autônomos, mas sem reflexos na instrução do feito, é possível a aplicação dos princípios *da mihi factum dabo tibi ius* e *jura novit curia*”.

¹⁴⁴ Nesse sentido, Cintia Regina Guedes defende que “a melhor solução para a aceitação do brocardo *iura novit curia* é a que permite que este seja aplicado pelo juiz, mas condicionado a que o magistrado, antes de decidir com base em fundamento diferente daquele apontado pelo autor, deve necessariamente ouvir as partes – que são as principais interessadas no resultado do julgamento – como condição de validade de sua decisão. Tal condição de validade decorre, dentre outros fatores, da compreensão do processo como resultado de um diálogo cooperativo e humano entre os seus protagonistas (partes, representadas por seus advogados, e juiz), diálogo este em que cada um dos sujeitos deve influenciar e se deixar influenciar pelos argumentos do outro, atuando o juiz não somente como mero receptor das informações e argumentos das partes, mas, em uma via de mão dupla, participando do diálogo, advertindo as partes sobre a possibilidade de interpretação dos fatos alegados sob outro prisma, ou sob a aplicação de diverso fundamento legal, de maneira a que a sentença resultante seja a decisão mais justa possível, e, principalmente, uma decisão reconhecida pelas partes como justa e legitimada pela participação democrática destas em sua formação. Não se pode admitir sem grave ofensa ao princípio do contraditório participativo que possa o magistrado alterar o fundamento jurídico do pedido formulado pela parte sem permitir sua prévia manifestação. O art.10 do Projeto do Novo Código de Processo Civil não nega o tradicional brocardo *iura novit curia*, mas o interpreta sob a ótica do contraditório participativo e do garantismo processual”. GUEDES, Cintia Regina. *Ibid.*, p.284.

¹⁴⁵ Cf. art. 267, IV, CPC/1973.

¹⁴⁶ Cf. art. 267, VI, e art. 295, *caput*, II e III, parágrafo único, III, CPC/1973.

litispendência, perempção ou coisa julgada¹⁴⁷, antes de proferir sentença terminativa. Dessa forma, o magistrado não deve extinguir o processo sem resolução do mérito antes da citação. Caso vislumbre, ao analisar a inicial, qualquer das hipóteses acima mencionadas, deve o juiz expressamente exortar o réu a se manifestar sobre a causa de extinção do processo sem resolução do mérito. O fato de o art. 267, §3º, CPC/1973 estabelecer que o juiz conhecerá destas questões de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, não obsta a realização do contraditório sobre elas. Não somente o autor tem interesse no julgamento do mérito e na formação da coisa julgada material. O demandado pode ter o mesmo interesse. A extinção do processo sem julgamento do mérito não ensejará a tutela do direito do réu, que poderá voltar a ser incomodado, no futuro, por outra ação idêntica¹⁴⁸.

1.3.4. Dever de auxílio:

O tribunal tem o dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais. Assim, sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de uma faculdade, ou o cumprimento de um ônus ou dever processual, o juiz deve, sempre que possível providenciar a remoção do obstáculo.¹⁴⁹ O *dever de auxílio* foi positivado pelo artigo 7º, item n.º 4, do Código de Processo Civil português de 2013¹⁵⁰.

A expressão "dificuldade séria" contida no dispositivo supra transcrito deve ser interpretada em consonância com o princípio da tutela jurisdicional efetiva, previsto no art. 20 da Constituição da República Portuguesa. Assim, a dificuldade deverá ser avaliada em consonância com o que seja um processo ágil, expedito. Desta forma, se a

¹⁴⁷ Cf. art. 267, V, CPC/1973.

¹⁴⁸ MOTA, Tercio De Sousa; CARVALHO, Dimitre Soares Braga de; SILVA, Emanuela Severo da. *O princípio da cooperação e a aplicação do art. 267, § 3º, do CPC, em face da nova perspectiva da garantia do contraditório*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8257>. Acesso em 15/05/2013.

¹⁴⁹ SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 93, n. 338, pp. 149-158, abr./ jun. 1997.

¹⁵⁰ “Art. 7º [...] 4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ônus ou dever processuais, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”. PORTUGAL. Código de Processo Civil: anexo da Lei n.º 41/2013. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 05 ago. 2014.

obtenção do documento é possível pela própria parte, mas com um grau de dificuldade passível de comprometer a celeridade processual prevista no art. 20º, n.º 4, da Constituição Portuguesa, deverá o tribunal mesmo assim solicitar a remessa do mesmo a juízo, cooperando com a parte¹⁵¹. O mesmo entendimento se aplica ao processo civil brasileiro, haja vista o disposto no art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, CF/1988.

O *dever de auxílio* foi expressamente positivado, no Brasil, pelo art.6º, §§ 1º e 2º, da Lei 12.016/2009, que trata do mandado de segurança¹⁵².

O CPC brasileiro permite que o juiz ordene a exibição de documento ou coisa em poder da parte ou de terceiro¹⁵³, bem como que inspecione pessoas ou coisas para esclarecer fato que interesse à decisão da causa¹⁵⁴. Assim, o órgão jurisdicional não deve proferir decisão desfavorável à parte pelo simples fato desta não ter conseguido obter documento ou informação imprescindível ao julgamento do processo¹⁵⁵.

O dever de auxílio proporciona uma maior aproximação da verdade material, desprestigiando decisões puramente formais baseadas na ausência de provas que a parte não logrou êxito em obter¹⁵⁶.

1.3.5. Dever de correção e urbanidade:

Os sujeitos processuais devem tratar uns aos outros com respeito e educação, no curso da relação processual. O *dever de correção e urbanidade* foi positivado nos artigos 8º e 9º do CPC português de 2013¹⁵⁷.

¹⁵¹ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 6, pp. 47-59, set. 2003.

¹⁵² “Art.6.º [...] § 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição. § 2º Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação”. BRASIL. Lei 12.016/2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em 01 jun. 2014.

¹⁵³ Cf. arts. 355 e 360, CPC/1973.

¹⁵⁴ Cf. art. 440, CPC/1973.

¹⁵⁵ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 6, pp. 47-59, set. 2003.

¹⁵⁶ Idem, *ibidem*, p.57.

¹⁵⁷ “ARTIGO 8º. Dever de boa fé processual. As partes devem agir de boa fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior. ARTIGO 9º. Dever de recíproca correção. 1 - Todos os intervenientes no processo devem agir em conformidade com um dever de recíproca correção, pautando-se as relações entre advogados e magistrados por um especial dever de urbanidade. 2 -

O art. 367, inciso IV, da versão do Projeto do Novo CPC publicada pela Câmara dos Deputados em 26 mar. 2013, reforça o dever de urbanidade do juiz ao dispor que o magistrado deve tratar com urbanidade as partes, os advogados, os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e qualquer pessoa que participe do processo¹⁵⁸. O dispositivo tem por fim evitar que uma eventual postura agressiva e intolerante do magistrado inviabilize a livre exposição de ideias por parte dos demais sujeitos processuais, bem como resguardar a dignidade humana e os direitos da personalidade destes sujeitos¹⁵⁹.

O órgão jurisdicional deve zelar para que as partes e demais sujeitos processuais respeitem o seu dever de cooperação¹⁶⁰.

1.3.6. A violação do dever de cooperação por juízes e tribunais

A doutrina portuguesa distingue duas situações quanto à violação do dever de cooperação pelo tribunal: a) Pode se tratar de previsão fechada, que não deixe ao tribunal qualquer margem de apreciação quanto à sua verificação. Nesse caso, a omissão constitui nulidade processual se puder influir no exame ou decisão da causa¹⁶¹. b) Pode ainda tratar-se de previsão aberta, que deverá ser preenchida pelo tribunal de acordo

Nenhuma das partes deve usar, nos seus escritos ou alegações orais, expressões desnecessária ou injustificadamente ofensivas da honra ou do bom nome da outra, ou do respeito devido às instituições. 3 - Se ocorrerem justificados obstáculos ao início pontual das diligências, deve o juiz comunicá-los aos advogados e a secretaria às partes e demais intervenientes processuais, dentro dos trinta minutos subsequentes à hora designada para o seu início. 4 - A falta da comunicação referida no número anterior implica a dispensa automática dos intervenientes processuais comprovadamente presentes, constando obrigatoriamente da ata tal ocorrência". PORTUGAL. Código de Processo Civil: anexo da Lei n.º 41/2013. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 05 ago. 2014.

¹⁵⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8.046/2010. Disponível em <www.camara.gov.br>. Acesso em 27 mar. 2014.

¹⁵⁹ Nesse sentido, o professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro aduz que: "Repugna a qualquer um, notadamente pelos poderes que detém, o tratamento grosseiro de um magistrado em face de qualquer das partes, dos advogados, de testemunhas e outros que participam da atividade judicial, inibindo-os de exercitar com eficiência e dignidade suas respectivas atividades. Aliás, no tocante à parte e à testemunha, a impressão que levará das instituições judiciárias pela vida afora será formada, normalmente, por aquele único contato. Nem sempre os juízes se dão conta do alcance de seu comportamento, também sob esse aspecto. A Lei Orgânica Nacional da Magistratura prevê que é dever do magistrado tratar as partes com urbanidade, prevenindo sanções pelo descumprimento deste dever, desde a advertência até a pena de censura (arts. 43 e 44)". CARNEIRO, P.C.P. Op. cit., p. 67.

¹⁶⁰ Nesse sentido, o art.446 do CPC de 1973 dispõe que: "Compete ao juiz em especial: [...] III - exortar os advogados e o órgão do Ministério Público a que discutam a causa com elevação e urbanidade;".

¹⁶¹ Cf. art. 195, n.º 1 do CPC português de 2013.

com a sua ponderação. Cai no âmbito da discricionariedade do tribunal, não havendo, em caso de omissão, nulidade processual¹⁶².

Os poderes conferidos pelo CPC brasileiro ao juiz, são, na verdade, poderes-deveres cujo descumprimento acarreta a nulidade da decisão. Assim o juiz deve, em atenção ao art. 130, CPC/1973, determinar a produção de provas de ofício, quando estas não tiverem sido requeridas pela parte em razão da deficiência técnica de seu advogado. O magistrado não deve fundamentar sua decisão na insuficiência de provas, quando estas forem alcançáveis por sua própria iniciativa. Da mesma forma, a inobservância do dever de prevenção positivado no art. 284, CPC/1973, leva à nulidade da sentença de indeferimento da petição inicial¹⁶³.

Importa salientar que a iniciativa do juiz, em matéria probatória deve ter caráter subsidiário ou supletivo em relação à iniciativa da parte, para que o magistrado não se converta em um investigador em busca de uma suposta verdade absoluta. Essa postura comprometeria a sua imparcialidade, devendo, portanto, ser evitada¹⁶⁴.

O juiz cumpre o seu dever de auxílio ao proferir decisão tendente a remover o obstáculo que dificulta seriamente a obtenção de documento ou informação pela parte e ao tomar medidas necessárias para efetivar esta decisão. Muitas vezes, o obstáculo à obtenção do documento ou da informação é a própria falta de colaboração do adversário para com a parte que precisa destes para exercer eficazmente faculdade ou cumprir ônus ou dever processual. Em outros casos, o obstáculo é a ausência de colaboração de um terceiro, como, por exemplo, uma repartição pública que se recusa a fornecer certidão à parte. Assim, o se juiz deixar de cumprir o seu dever de auxílio ou qualquer outro dever decorrente do princípio da cooperação, deve responder por perdas e danos perante a parte que for prejudicada pela omissão, nos termos do art.133, CPC¹⁶⁵.

¹⁶² GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 6, pp. 47-59, set. 2003.

¹⁶³ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Op. cit., p. 58.

¹⁶⁴ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 456-457.

¹⁶⁵ Segundo Daniel Mitidiero, “o juiz que se omitir no cumprimento de seus deveres de esclarecimento, de diálogo e de prevenção, os quais pode cumprir independentemente de qualquer conduta a ser adotada pela parte contrária perante a qual tem o dever de colaborar, responderá por perdas e danos, nos termos do art.133, CPC/1973. Já o dever de auxílio que muitas vezes depende de determinado comportamento da parte contrária para que o juiz possa colaborar com a outra, dá lugar à possibilidade de o órgão jurisdicional sancioná-la por descumprimento de seu dever de obediência ao juízo (art. 14, CPC)”. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 194, pp. 55-68, abr. 2011.

1.4 O Princípio da cooperação no Projeto do Novo CPC

O Princípio da Cooperação foi expressamente consagrado nos arts. 5º e 8º do Projeto de Lei do Senado Federal n.º 166/2010 (Projeto do Novo Código de Processo Civil), que previam o dever das partes de cooperar com o órgão jurisdicional¹⁶⁶.

O art.5º do PLS 166/2010, em sua redação original, anterior às alterações apresentadas no relatório geral do Senador Valter Pereira falava ainda no dever das partes de cooperar entre si¹⁶⁷, o que foi criticado por parte da doutrina¹⁶⁸.

A versão do Projeto de Lei 8.046/2010 publicada pela Câmara dos Deputados no dia 18 de setembro de 2012 – Relatório das atividades da Câmara dos Deputados elaborado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT-BA) – voltou a prever, de forma expressa, em seu art. 8º, o dever de todos os sujeitos processuais de cooperarem entre si¹⁶⁹, já o art. 5º da referida versão, consagrou o dever de todos os sujeitos processuais de comportar-se de acordo com a boa-fé¹⁷⁰. O relatório justificava as alterações empreendidas aduzindo que: o princípio da cooperação é um subprincípio do princípio da boa-fé processual, que o enunciado do princípio da cooperação deveria ser estruturado como cláusula geral de modo a permitir o seu desenvolvimento jurisdicional

¹⁶⁶ “Art. 5º. As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência [...] Art.8º As partes e seus procuradores têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios”. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n.º 166/2010. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em 20 dez. 2011.

¹⁶⁷ BRASIL. Senado Federal. *Quadro comparativo entre a redação original do projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010, o Código de Processo Civil em vigor e as alterações apresentadas no substitutivo do senador Valter Pereira*. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84033>>. Acesso em 18 jun. 2014.

¹⁶⁸ Luiz Guilherme Marinoni criticou a redação do art. 5º do Anteprojeto do Novo CPC, que previa a cooperação entre as partes, nos seguintes termos: “[...] a colaboração no processo civil devida no Estado Constitucional não é uma colaboração entre as partes. É uma colaboração do juiz para com as partes. Pode ocorrer de uma das partes ter de cooperar com o juízo a fim de que este colabore com a outra. Isto de modo nenhum autoriza, contudo, que se diga que há colaboração entre as partes. É a própria estrutura adversarial ínsita ao processo contencioso que repele a ideia de colaboração entre as partes”. (Grifos do autor). MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC. críticas e propostas. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2010, p. 73.

¹⁶⁹ “Art. 8º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, com efetividade e em tempo razoável, a justa solução do mérito”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Novo CPC. Relatório das atividades elaborado pelo deputado Sérgio Barradas. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?iidProposica=490267>>. Acesso em 07 mai. 2012.

¹⁷⁰ “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Idem.

e que não pode haver processo cooperativo se não houver reciprocidade entre todos os sujeitos processuais¹⁷¹.

O substitutivo apresentado pelo novo relator geral do Projeto do Novo CPC na Câmara dos Deputados, deputado Paulo Teixeira, publicado no dia 20 de março de 2013, manteve a redação atribuída aos artigos 5º e 8º do PLC 8.046/2010 pelo relatório do deputado Sérgio Barradas Carneiro, o mesmo ocorrendo com os pareceres apresentados pelo Deputado Paulo Teixeira, respectivamente nos dias 08 de maio de 2013, 02 de julho de 2013 e 17 de julho de 2013¹⁷². A versão final do PLC 8.046/2010, aprovada pela Câmara dos Deputados no dia 26 mar. 2014, manteve a mesma redação para o art. 5º e deu ao seu art. 6º a seguinte redação: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”¹⁷³.

Dessa forma, a Câmara dos Deputados deixou claro seu entendimento no sentido de que as partes devem cooperar não somente com o juízo, mas também entre si e que o juiz também deve cooperar com as partes na busca da verdade dos fatos e para a justa composição da lide, já que este deve ser um objetivo comum de todos os sujeitos envolvidos no processo.

¹⁷¹ O relatório do deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT-BA) justificava da seguinte forma a redação atribuída aos arts. 5º e 8º na versão do Projeto de Lei 8.046/2010 publicada pela Câmara dos Deputados em 18 set. 2012: “Os artigos 5º e 8º têm, rigorosamente, o mesmo propósito: consagrar o princípio da cooperação, na linha do que vêm fazendo as legislações estrangeiras mais avançadas. O princípio da cooperação é um subprincípio do princípio da boa-fé processual, que não ganhou, do projeto, a atenção merecida. O enunciado do princípio da cooperação deve, ainda, ser mais simples, estruturado como cláusula geral, de modo a permitir o seu desenvolvimento jurisdicional. A parte final do art. 8º é desnecessária, pois já regulado no art. 83 do projeto, mais preciso e em local mais adequado. Sugere-se, enfim, a fusão dos dois artigos, com uma redação mais aberta, nos termos da legislação portuguesa (mais avançada sobre o assunto). Não há razão para a exclusão do “entre si”: não há processo cooperativo se não houver reciprocidade entre todos os sujeitos processuais. Há uma má compreensão do princípio da cooperação: não se trata de uma parte ajudar a outra; trata-se, sobretudo, de uma parte colaborar com a outra e com o órgão jurisdicional para que o processo seja conduzido da melhor forma possível. Os deveres de cooperação surgiram no direito obrigacional, exatamente para regular as relações entre credor e devedor, que têm, obviamente, interesses contrapostos. A sua extensão ao direito processual era inevitável – como, aliás, acabou ocorrendo em diversos países (Alemanha, França, Portugal e Itália). Além disso, acrescenta-se o enunciado do princípio da boa-fé processual”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Novo CPC. Relatório das atividades elaborado pelo deputado Sérgio Barradas. Disponível em < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?iidProposica=490267>>. Acesso em 07 mai. 2012.

¹⁷² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei 8.046/2010. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios>>. Acesso em: 07 set. 2013.

¹⁷³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei 8.046/2010. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 27 mar. 2014.

A postura do juiz e a atitude das partes são elementos imprescindíveis ao bom funcionamento do sistema processual. Assim, as partes não podem provocar a jurisdição sem compromisso ou irresponsavelmente. Devem participar da solução, buscando de forma clara, leal e honesta a melhor solução para aquele conflito¹⁷⁴.

Quanto ao juiz, é preciso atentar para a evolução de seu papel, ao longo das formas assumidas pelo Estado, desde a fase liberal, passando pela social, até chegarmos ao atual Estado Democrático de Direito¹⁷⁵. Assim, no modelo adversarial do Estado Liberal, o juiz se assemelhava a Júpiter, tendo em vista sua postura passiva de mero observador do duelo das partes, enquanto no modelo inquisitorial do Estado Social, o juiz era Hércules, já que buscava a verdade dos fatos e do direito sem a ajuda das partes. Já no atual modelo cooperativo do Estado Democrático de Direito, o juiz é Hermes, deus grego da comunicação, da circulação, da intermediação; ou seja, é um intérprete, um mediador, um porta-voz das partes e da comunidade em geral. Isso porque este tipo de Estado busca uma efetiva participação dos envolvidos na realização de seus fins¹⁷⁶.

A democracia impõe a superação do princípio monológico que rege a atuação do juiz Hércules, já que este afasta a ideia de cooperação. A colaboração entre todos os sujeitos do processo é condição essencial para o desenvolvimento de um procedimento de bases racional, discursiva e valorativa de determinação da justiça no caso concreto¹⁷⁷.

O juiz do presente modelo é mais humano, reconhece suas limitações e busca apoio nas partes e em seus advogados. Sua atuação constitui-se num meio termo entre a inércia de Júpiter e o egocentrismo de Hércules¹⁷⁸.

O dever de cooperação significa que as partes devem se esforçar para alcançar uma solução consensual para o conflito, seja no âmbito do processo, seja antes de sua instauração, na esfera dos meios alternativos de solução das controvérsias. Contudo, isso não significa que a parte que tenha razão deva abrir mão de parte ou da totalidade de seu direito material em prol da redução do número de processos, da eficiência do Poder Judiciário e da paz social. O esforço se refere à remoção das barreiras emocionais

¹⁷⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. Vol. I. 4. Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p.112.

¹⁷⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Op. cit.*, p.112.

¹⁷⁶ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *DOXA*, n.14, p. 169-194. 1993. Disponível em <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14_10.pdf>. Acesso em 20 ago. 2012.

¹⁷⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Op. cit.*, p.114.

¹⁷⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Op. cit.*, p.114.

que impedem a celebração de um acordo, tais como a dificuldade de reconhecer a legitimidade de alguns dos interesses do adversário ou um eventual desejo de vingança.

O juiz, por sua vez, deve auxiliar as partes nesta tarefa, adotando uma postura de intermediação, facilitando a comunicação, o diálogo entre elas¹⁷⁹. Deve, ainda, estimular as partes a buscarem o auxílio de um mediador, caso entenda ser a mediação o meio mais adequado para resolver aquele conflito.

Atualmente, o dever de fundamentação do órgão jurisdicional¹⁸⁰ não implica somente uma obrigação de demonstrar a adequação da decisão ao ordenamento jurídico vigente (dever de justificação interno), mas também uma obrigação de demonstrar que as provas e as alegações de fato e de direito trazidas pelas partes, pelos terceiros intervenientes e pelos *amici curiae* foram efetivamente levadas em consideração (dever de justificação externa). Em outras palavras, o juiz deve demonstrar, por meio de uma fundamentação analítica, a real participação das partes na construção da decisão, sobretudo quando esta se baseia na interpretação de normas de elevado grau de abstração como os princípios constitucionais e os conceitos jurídicos indeterminados presentes na lei¹⁸¹.

O direito é um signo linguístico que sempre necessita de interpretação e, portanto, é inacabado; permanece continuamente se realizando. O juízo jurídico tem um caráter hermenêutico ou reflexivo¹⁸².

O princípio democrático impõe a participação dos cidadãos não somente na elaboração do texto das normas jurídicas no âmbito do processo legislativo, mas também na interpretação que é conferida ao mencionado texto no âmbito do processo. O contraditório participativo é a expressão da democracia no processo¹⁸³.

1.5 Críticas ao princípio da cooperação

¹⁷⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Op. cit., p.112.

¹⁸⁰ Cf. art. 93, IX, CF.

¹⁸¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Op. cit., pp. 102 e 113.

¹⁸² OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. DOXA, n.14, p. 169-194. 1993. Disponível em <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14_10.pdf>. Acesso em 20 ago. 2012.

¹⁸³ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero aduzem que: “A democracia no Estado Constitucional só se faz plena com a possibilidade de as partes influenciarem diretamente a outorga de sentido ao texto, de influenciarem a reconstrução do sentido normativo dos textos jurídicos e do Direito não legislado no processo. Trata-se de acrescentar à dimensão representativo-legislativa da democracia a sua dimensão participativo-jurisdicional, cuja ideia mais bem acabada se encontra hoje consubstanciada no direito fundamental ao contraditório”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC. críticas e propostas. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2010, p. 19.

Parte da doutrina não reconhece a cooperação como princípio do Direito Processual Civil. Segundo esta corrente, o mencionado “princípio” não teria eficácia normativa e tampouco traria consequências aos sujeitos processuais pelo seu descumprimento¹⁸⁴.

De acordo com esta concepção, a doutrina e a jurisprudência seriam hoje dominadas pelo chamado “panprincipiologismo” – o “emprego generalizado do vocábulo princípio para designar *standards* interpretativos, geralmente originários de construções pragmaticistas, como verdadeiros axiomas com pretensões dedutivistas” – no qual estaria inserido o “princípio” da cooperação¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Nesse sentido, Lenio Streck aduz que: “A cooperação processual não é um princípio; não está dotada de densidade normativa; as regras que tratam dos procedimentos processuais não adquirem espessura ontológica face à incidência desse *standard*. Dito de outro modo, a ‘cooperação processual’ – nos moldes que vem sendo propalada – ‘vale’ tanto quanto dizer que todo processo deve ter instrumentalidade ou que o processo deve ser tempestivo ou que as partes devem ter boa-fé. Sem o caráter deontológico, o *standard* não passa de elemento que ‘ornamenta’ e fornece ‘adereços’ à argumentação. Pode funcionar no plano performativo do direito. Mas, à evidência, não como ‘dever ser’”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 485-534.

¹⁸⁵ Segundo Lenio Streck, o panprincipiologismo é uma “bolha especulativo-principiológica”, pela qual o jurista/ intérprete, na falta de uma lei adequada ou até mesmo da norma constitucional, lança mão de um catálogo interminável de pseudoprincípios tais como o “da cooperação”, o “da precaução”, o “da rotatividade”, o “da afetividade”, o “da solidariedade”, o “da confiança no juiz de causa”, o “do fato consumado”, “da humanidade”, dentre muitos outros *standards* retórico-performativos. A grande maioria destes “princípios” é tautológica e tem nítida pretensão retórico-corretiva. Hoje, “mesmo no campo da assim denominada crítica do direito, há setores que acreditam na tese de que ‘é com os princípios que o juiz deixa de ser a boca da lei’, como se os princípios fossem um componente libertário da interpretação do Direito e da decisão dos juízes”. Em outras palavras, “uma parcela da doutrina e da magistratura brasileiras acredita que a fórmula para superar o positivismo legalista é uma espécie de retorno à jurisprudência dos interesses, à jurisprudência dos valores, ao movimento do direito livre. Para esta corrente doutrinária e jurisprudencial, só existiria um único tipo de positivismo, o do juiz boca da lei (chamado por Ferrajoli de paleojuspositivismo), a servir de grande entrave à teoria do Direito” e que, portanto, deve ser superado. “Com o advento da ‘era dos princípios constitucionais’ – expressão que alcançou lugar comum especialmente nas teorias neoconstitucionalistas –, consequência não apenas do surgimento de novos textos neoconstitucionais, mas, fundamentalmente, decorrentes de uma revolução paradigmática ocorrida no Direito, parcela considerável dos juristas optou por considerar os princípios constitucionais como um sucedâneo dos princípios gerais do direito ou como sendo suporte dos valores da sociedade”. A concepção dos princípios constitucionais como positivação de valores facilitaria, em um segundo momento, “a ‘criação’ de todo tipo de ‘princípio’, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a pedra filosofal da legitimidade principiológica, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solver os casos difíceis ou ‘corrigir’ as incertezas da linguagem. Princípios não são valores e não é possível falar em valores em sociedades complexas ou pós-tradicionais como as nossas. Dessa forma, não seria possível defender um método de ponderação, já que este pressupõe valores compartilhados por todos. “A ponderação é uma ficção que [...] frequentemente desemboca em um decisionismo irracional”. Em outras palavras, a ponderação foi transformada em alibi teórico para decisionismos, já que “com seu emprego e esgrimindo a teoria da argumentação, é possível decidir de qualquer modo, principalmente se for com base no princípio da proporcionalidade. A tese de que princípios são valores nega o caráter deontológico do Direito, colocando este sob a lógica gradual dos valores. Entretanto, somente é possível escalar os valores de forma gradual quando toda a sociedade os compartilha. Se não há tal compartilhamento, o que resta, além da violação ao código próprio do Direito, é o decisionismo judicial. Ademais, se o juiz se coloca como crítico das opções do legislador, para lhe

A crítica, entretanto, não se sustenta, pois o Código de Processo Civil prevê sanções aplicáveis aos sujeitos processuais que inobservarem o princípio da cooperação. Assim, o juiz que deixa de cumprir seus deveres *de esclarecimento, de prevenção, de consulta, de auxílio, e de urbanidade* responde por perdas e danos na forma do art.133 do CPC/1973, devendo indenizar a parte com quem deixou de colaborar¹⁸⁶.

O terceiro ou a parte que descumprirem seu dever de colaboração, deixando de atender a ordem do juízo, serão multados por ato atentatório ao exercício da jurisdição na forma do art.14, V e parágrafo único do CPC/1973¹⁸⁷.

A parte que litigar de má-fé, deixando, assim, de colaborar¹⁸⁸ com seu adversário e com o juízo, será condenada a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou, na forma do art.18 do CPC/1973.

A parte que descumprir seu dever de *urbanidade* fazendo perguntas impertinentes, capciosas ou vexatórias à testemunha¹⁸⁹, terá os referidos questionamentos indeferidos pelo juízo¹⁹⁰.

A violação ao dever de *urbanidade* da parte e de seu advogado também é sancionada pelo art.15, CPC/1973, segundo o qual o juiz de ofício ou a requerimento do ofendido mandará riscar expressões injuriosas empregadas nos escritos do processo.

definir sentidos (e. g., interpretação conforme a Constituição), a partir da valoração dos valores constitucionais, perdem-se os parâmetros de sua atividade. “A doutrina que aposta na tese de que há um sistema de valores é irracional e leva a decisões baseadas em preconceitos pessoais do juiz sobre valores. Os direitos fundamentais e humanos [...] não são meros valores, mas normas. Por detrás deles encontram-se representações axiológicas de dignidade, liberdade, igualdade de todos os homens”. Mas a partir do momento “em que uma Constituição os tenha positivado em seu texto, tornam-se direito vigente. Por isso, quem deseja rotulá-los como valores paradoxalmente os desvaloriza”. “A diversidade de princípios e a ausência de critérios para sua identificação” constituem “um embaraço para as teorias que tratam das condições de possibilidade da institucionalização de princípios efetivamente de índole constitucional”. Por fim, Lenio Streck afirma que o princípio da cooperação carece de normatividade e faz as seguintes indagações: “e se as partes não cooperarem? Em que condições um *standard* desse quilate pode efetivamente ser aplicado? Há sanções no caso de não cooperação? Qual será a ilegalidade ou inconstitucionalidade decorrente da sua não aplicação?”. MOTTA, Francisco José Borges; STRECK, Lenio Luiz. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “Colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 213, p. 13-34, nov. 2012. Cf., ainda, STRECK, Lenio Luiz. O positivismo discricionarista e a crise do direito no Brasil: A resposta correta (adequada a constituição) como um direito fundamental do cidadão. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (Coord.). *Temas sobre direitos humanos: estudos em homenagem a Vicente de Paulo Barreto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.86.

¹⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 194, pp. 55-68, abr. 2011.

¹⁸⁷ Idem, *ibidem*, p. 55-68.

¹⁸⁸ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p.90.

¹⁸⁹ Cf. art.416, §1º, CPC/1973.

¹⁹⁰ Cf. art. 130, CPC/1973.

A parte que violar o seu dever de esclarecimento ao redigir petição inicial incoerente – da narração dos fatos não decorre logicamente a conclusão –, com pedidos incompatíveis entre si, ou onde falte pedido ou causa de pedir, terá sua exordial indeferida por inépcia¹⁹¹ caso a deixe de emendar ou completar no prazo de dez dias¹⁹²⁻¹⁹³.

A parte que violar o seu dever de proteção, praticando atentado¹⁹⁴, será sancionada na forma do art. 881, CPC/1973¹⁹⁵.

O princípio da cooperação tem força normativa e eventualmente terá eficácia integrativa, como no caso em que veda ao magistrado o comportamento contraditório no curso do processo (*venire contra factum proprio*)¹⁹⁶.

Qualquer interpretação da lei processual que seja contrária ao princípio da cooperação será inconstitucional por contrariar o princípio do devido processo legal¹⁹⁷⁻¹⁹⁸, o princípio do acesso à ordem jurídica justa¹⁹⁹, o princípio da duração razoável do processo²⁰⁰. Haverá, ainda, violação ao contraditório participativo²⁰¹ quando o juiz deixar de observar seus deveres de consulta e de esclarecimento.

O juiz deve respeitar as escolhas do legislador, se abstendo de afastar regras legais para aplicar diretamente os princípios constitucionais, com base em ponderação feita pelo próprio órgão jurisdicional. O juiz não foi eleito para tomar este tipo de decisão e, agindo desta forma, estará violando o princípio democrático²⁰² e a divisão de poderes²⁰³. O magistrado somente deve deixar de aplicar a regra legal quando esta for absolutamente incompatível com as normas constitucionais, buscando, sempre que possível, uma interpretação da lei que seja consentânea à Constituição. Entretanto, não podemos abrir mão da ponderação e do princípio da proporcionalidade/ razoabilidade, por serem necessários à solução dos casos difíceis onde há conflito entre princípios

¹⁹¹ Cf. art.295, CPC/1973.

¹⁹² Cf. art. 284, CPC/1973.

¹⁹³ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p.90.

¹⁹⁴ Cf. art.879, CPC/1973.

¹⁹⁵ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p.90.

¹⁹⁶ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p.90.

¹⁹⁷ Cf. art.5º, LIV, CF.

¹⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 194, pp. 55-68, abr. 2011.

¹⁹⁹ Cf. art. 5º, XXXV, CF, e WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e sociedade moderna, In: GRINOVER, Ada Pelegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, e WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 129.

²⁰⁰ Cf. art.5º, LXXVIII, CF.

²⁰¹ Cf. art.5º, LV, CF.

²⁰² Cf. art.1º, CF.

²⁰³ Cf. art. 2º, CF.

constitucionais e onde as regras legais não oferecem solução adequada à Lei Maior. O que é preciso evitar é uma aplicação indiscriminada do princípio da proporcionalidade/razoabilidade e da ponderação a todo e qualquer caso²⁰⁴.

²⁰⁴ Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão fala sobre “[...] a necessidade de que os argumentos jurídicos, diretamente ligados ao texto da regra específica a ser aplicada devem prevalecer sobre os argumentos metajurídicos ou mais genéricos e subjetivos, como a mera invocação do ‘interesse público’ ou dos seus derivativos” como “segurança nacional”, “combate à criminalidade”, “combate ao terrorismo”, “saúde pública”, etc. “Deve ser dada prioridade aos argumentos que mais possam ser objetivamente compartilhados coletivamente, em detrimento das afirmações genéricas mais ligadas às concepções pessoais e ao perfil psicológico de cada julgador. Isso faz com que sejam prestigiados os argumentos mais ligados ao texto da regra a ser aplicada do que os argumentos de caráter não estritamente jurídico, da mesma forma que, em um conflito entre regra e princípio da mesma hierarquia normativa, deve prevalecer aquela, que tem a natureza de uma prévia ponderação dos valores envolvidos, feita pelo poder político a priori legitimado para tanto, o próprio Constituinte ou o Legislador. Apenas a ausência de regra constitucional ou legal específica pode abrir ao Poder Judiciário ou à Administração a possibilidade de efetuar a sua ponderação dos valores envolvidos na questão. Não pode ser descartada a possibilidade de interpretações evolutivas da Constituição ou das leis, mas estas devem ser sempre consentâneas com a sua letra, que constitui o início e o limite, negativo e positivo de toda interpretação. A partitura de *La Marseillaise* pode ser tocada de várias formas, mas não a ponto de a transformar no Guarani, pois aí já teríamos outra canção, não mais uma das possíveis interpretações do hino nacional francês. Assim, por respeito à ‘partitura constitucional’ ou ‘legal’, não poderíamos admitir que uma invocação de uma ‘supremacia do interesse público’ permitisse, respectivamente, à lei ou ao administrador, mais do que restringir, extinguir o conteúdo prático – conteúdo essencial – de um direito já assegurado por regra hierarquicamente superior”. ARAGÃO, Alexandre Santos. A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da Supremacia do interesse Público*. 1. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.10-12. Importante considerar que existe entendimento em sentido contrário no que diz respeito à adstrição do intérprete aos limites impostos pelo texto constitucional ou legal. Segundo Miguel Reale: “O jurista italiano Emilio Betti distinguiu cuidadosamente a interpretação jurídica de outras formas de interpretação, como a histórica, a literária ou a musical. Segundo este autor, o intérprete do direito não fica preso ao texto como o historiador aos fatos passados, e tem mesmo mais liberdade do que o pianista diante da partitura. Se o executor de Beethoven pode dar-lhe uma interpretação própria, através dos valores de sua subjetividade, a música não pode deixar de ser a de Beethoven. No Direito, ao contrário, o intérprete pode avançar mais, dando à lei uma significação imprevista, completamente diversa da esperada ou querida pelo legislador, em virtude de sua correlação com outros dispositivos, ou então pela sua compreensão à luz de novas valorações emergentes no processo histórico. Hermann Kantorowicz, que, em 1906, publicou uma obra polêmica intitulada *A Luta pela Ciência do Direito*, defende que haja ou não lei que reja o caso, cabe ao juiz julgar segundo os ditames da ciência e de sua consciência, devendo ser devidamente preparado, por conseguinte, para tão delicada missão. O que deve prevalecer, para eles, é o direito justo, quer na falta de previsão legal (*praeter legem*) quer contra a própria lei (*contra legem*)”. Miguel Reale entende que “não se pode admitir a tese de um julgamento ao arrepio e a despeito da Lei, já que o Direito não pode prescindir de sua estrutura formal, e, tampouco de sua função normativa ou teleológica, de maneira que a conduta humana, objeto de uma regra jurídica, já se acha de antemão qualificada por esta, tal como o exigem a certeza e a segurança. Segundo os adeptos do Direito Livre, o juiz é como que legislador num pequenino domínio, o domínio do caso concreto. Assim como o legislador traça a norma genérica, que deverá abranger todos os casos futuros, concernentes à matéria, caberia ao juiz legislar, não apenas por equidade, mas toda vez que lhe parecer, por motivos de ordem científica, inexistente a lei apropriada ao caso específico: estamos, pois, no pleno domínio do arbítrio do intérprete. O Direito Livre, que ainda hoje se debate e se discute, foi, como disse o jurista italiano Max Ascoli, ‘uma ventania romântica que assolou os domínios da Jurisprudência’. O que se queria era antepor o valor do caso concreto à previsão racional da generalidade dos casos. Não se poderá dizer que o assunto já esteja superado: uns sustentam ainda hoje que lei é lei e deve ser interpretada na sua força lógica, ao passo que outros pretendem transformar a lei em meras balizas na marcha da liberdade do intérprete, como reclama, exageradamente, o chamado Direito Alternativo”. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp.288-289 e 291-292.

O fato de os princípios constitucionais não serem meros valores, mas normas²⁰⁵ e a circunstância de que não é possível escalonar os valores de forma gradual, em sociedades complexas ou pós-tradicionais como a nossa²⁰⁶, não constituem óbices à ponderação de normas. Em outras palavras, o fato de os princípios constitucionais serem normas não inviabiliza a sua ponderação no caso concreto.

Embora a ideia da cooperação entre o juiz e as partes tenha sido destacada em numerosas obras da doutrina alemã sua colocação na categoria dos princípios processuais é majoritariamente rejeitada na Alemanha²⁰⁷⁻²⁰⁸.

²⁰⁵ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 apud MOTTA, Francisco José Borges; STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p.16.

²⁰⁶ MOTTA, Francisco José Borges; STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p.15.

²⁰⁷ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução de Ronaldo Kochem, *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, p. 123-129, abr. 2012.

²⁰⁸ Othmar Jauernig é particularmente crítico quanto à adoção do princípio da cooperação pelo Direito Processual Civil alemão e questiona porque cada uma das partes deve alegar todas as circunstâncias de fato que lhe sejam favoráveis, mesmo contra sua vontade, se assim é forçada a uma vantagem processual não desejada e destaca entendimento no sentido de que o dever de veracidade da parte estaria limitado à proibição de causar dano a outrem. Afirma que a coação é estranha ao Direito Processual Civil alemão porque “as partes podem, em princípio, dispor livremente dos seus direitos no âmbito do direito substantivo e prosseguir esta liberdade no processo: a propositura da ação, a confissão, a desistência, a transação, etc, estão normalmente à disposição das partes”. Destaca, entretanto, que “do poder de disposição, sem dúvida não decorre necessariamente a liberdade das partes poderem dispor também da matéria de fato. O respeito ao Estado é apontado como fundamento do suposto dever do indivíduo de alegar todas as circunstâncias que lhe são favoráveis para, se possível for, obter ganho de causa contra a vontade”. O dever de verdade assim entendido, transforma o processo do ZPO alemão em um processo inquisitório. “Se o processo civil teve realmente uma profunda modificação pelo estabelecimento do dever de verdade, isso depende da medida em que o Processo Civil inquisitório corresponda à respectiva concepção de Estado. É aqui determinante como se encara, de modo geral, a relação do indivíduo com o Estado. O Estado absoluto inclina-se para o processo inquisitório como, v. g., prova o regulamento judicial geral para os Estados prussianos do tempo de Frederico o Grande. O liberalismo do século XIX reatou o muito mais velho princípio da instrução por iniciativa das partes; com a sua decadência cresce a tendência para o limitar. O nacional socialismo defrontou o princípio da instrução por iniciativa das partes de forma discordante; contudo, não foi mais longe. Na República Democrática Alemã foi abolido. A atual concepção do Estado presta-se a estimular a iniciativa do indivíduo e a colocar à sua liberdade de ação apenas os limites que se mostrem necessários “à defesa e promoção do convívio social” (vd. BVerfGE 4, 16). São de excluir, igualmente, a tutela do Estado e o individualismo ilimitado. Segundo esta concepção, as partes devem ter responsabilidade pela matéria de fato, mas o Estado deve ajudá-las a suportar a referida responsabilidade” (§ 139 do ZPO alemão) “e a impedir o falseamento dos fatos a cargo da parte contrária” (§ 138, I, do ZPO alemão). Segundo Othmar Jauernig, “obrigar o indivíduo a portar-se bem contra si próprio é, em princípio, inconciliável com o respeito a que têm direito as partes maiores de idade. Maiores são, nesse sentido, os que podem medir o alcance dos seus atos. Para isso, precisam muitas vezes da ajuda judicial, não porém de qualquer tutela. Por estes motivos, afirma que a responsabilidade pessoal das partes tem, ainda hoje, a primazia no processo, sendo mantida pelo princípio da instrução por iniciativa das partes, essencial ao direito vigente”. Aduz, ainda, que “não há nenhum motivo para substituir este princípio pelo chamado princípio da cooperação. Contanto que, com isso, apenas se defina uma modificação do princípio da instrução por iniciativa das partes, a mudança do nome é supérflua. Contudo, em geral, a nova noção deve marcar o afastamento do princípio da instrução por iniciativa das partes. A reforma deve ser desencadeada pelo reforço do poder judicial e pelo princípio da ‘verdade material’” (§ 138 do ZPO alemão). “Em ligação com isto fala-se muitas vezes de um grupo de trabalho entre os interessados no processo”. Segundo Othmar Jauernig, “o princípio da cooperação renuncia ao primado da auto-responsabilização das partes. Esta supressão da responsabilidade própria liga-se necessariamente, mas muitas vezes de forma não identificada, com a limitação da

Parte da doutrina não reconhece a existência do princípio da cooperação, embora reconheça que o princípio do contraditório impõe um dever de colaboração aos sujeitos processuais²⁰⁹.

O princípio da cooperação encontra no contraditório participativo uma de suas origens, mas não se esgota neste ou no dever de diálogo do órgão jurisdicional. O dever de auxílio do órgão jurisdicional às partes na remoção de qualquer obstáculo à produção da prova, destacado por Miguel Teixeira de Souza²¹⁰, o dever da parte de colaborar com o juízo e com o adversário na produção da prova, bem como o dever dos terceiros de

autodeterminação das partes”. JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 146-149.

²⁰⁹ Antônio do Passo Cabral defende que a colaboração dos sujeitos processuais é um imperativo jurídico do princípio constitucional do contraditório. CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. O *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 29, n.117, p. 9-41, set./ out. 2004. Segundo este doutrinador, as plurais funções do princípio do contraditório não se esgotam na sua compreensão como direito de informação-reação. Além de representar uma garantia de manifestação no processo, o contraditório impõe deveres. A participação das partes contribui de forma relevante para o trabalho jurisdicional. Não obstante, a participação não só tem o escopo de garantir que cada um possa influenciar na decisão, mas também tem uma finalidade de colaboração com o exercício da jurisdição. CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n.126, p. 59-81, ago. 2005. No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco afirma que “o juiz exerce a jurisdição com a colaboração das partes” e essa dialética processual acaba revertendo em prol da “boa qualidade da prestação jurisdicional”. DINAMARCO, Cândido. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 90. Antônio Cabral afirma que todos os sujeitos processuais devem ser coresponsáveis pela condução do processo e pela manutenção da higidez da relação processual. Segundo ele, a lide terá a solução mais justa e o direito objetivo será tão mais resguardado quanto maior for a participação dos atores do processo: “O contraditório assume função ainda mais nobilitante: a participação deixa de ser apenas indicativo de justa possibilidade de manifestação para configurar colaboração para uma solução justa. O processo é uma atividade de sujeitos em cooperação e a coparticipação das partes na formação do *decisum* é uma exigência decorrente do princípio constitucional do contraditório. Até o momento em que a parte se pronuncia no processo, o contraditório representa o direito (ou a garantia) de ter ciência dos atos processuais e ver suas considerações apreciadas pelo órgão judicial. No entanto, uma vez provocada a jurisdição, a garantia ultrapassa tais fronteiras e cede espaço para um objetivo maior que é a participação colaborativa nas decisões estatais, fato que justifica a repressão às condutas de litigância de má-fé e aos atos atentatórios à dignidade da justiça (arts. 14 a 18, e 600, do CPC/1973). Se participar é garantido, a atuação deve ser ética, consentânea com os objetivos estatais da jurisdição. O contraditório não pode ser exercido ilimitadamente. O Estado tem, portanto, o direito de exigir das partes retidão no manuseio do processo – instrumento público –, ao qual está relacionado o dever de atuação ética, de colaboração para a decisão final. O contraditório impõe ainda um dever ao juiz, no sentido de instalar verdadeiro debate judicial sobre as questões discutidas no processo. Desde há muito foi superada a visão de que o magistrado não deveria empreender esforços no campo probatório para não ferir sua imparcialidade. Os processualistas perceberam a necessidade de postura ativa do juiz para a busca da verdade real, afastando a aplicação irrestrita do princípio dispositivo, e não apenas na atividade probatória. Ganha vigor a tese de que é dever do magistrado a condução do processo para um palco de discussão e interação constantes. O contraditório é o elemento que fornece ao processo este aspecto discursivo, por força de um mandamento constitucional do diálogo judicial (*Verfassungsgebotzum Rechtsgespräch*) entre partes e órgão julgador para a formação do juízo do magistrado”. CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n.126, p. 59-81, ago. 2005.

²¹⁰ SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 93, n. 338, pp. 149-158, abr./ jun. 1997.

colaborar com a parte interessada e com o órgão jurisdicional no esclarecimento dos fatos, por exemplo, não podem ser considerados decorrentes do princípio do contraditório. Pode-se afirmar, tão somente, que o cumprimento destes deveres permite o exercício adequado da ampla defesa, compreendido como o direito de se defender provando²¹¹. Da mesma forma, a produção da prova de ofício pelo magistrado, em caráter subsidiário e assistencial, que compreendemos como uma forma de cooperação, não se encontra amparada pelo princípio do contraditório, mas pelo princípio constitucional da isonomia²¹².

A primeira razão para a fraca incidência do princípio da probidade no cotidiano empírico do processo brasileiro é a carga de subjetivismo de que impregnada a normativa acerca do tema. Larga é a margem de apreciação subjetiva que exigem as disposições legais que versam sobre a conduta ética processual. Desse modo, a aplicação de sanções dependerá da tolerância da cada magistrado e de seus critérios na aferição do comportamento das partes. Expressões como “resistência injustificada”, “intuito protelatório”, “proceder de modo temerário”, “incidentes manifestamente infundados”, “cientes de que são destituídas de fundamento”, importam em alto grau de abstração e subjetivismo dos ilícitos descritos nesses preceitos normativos éticos²¹³.

Outra causa para a inoperância prática das normas éticas é a parcimônia com que os juízes tratam a matéria²¹⁴.

A terceira razão para a rara punição da má-fé no Processo Civil são os argumentos contrários a esta, apresentados por parte da doutrina, calcados na proteção quase egoísta da atuação privada no processo, onde qualquer interferência estatal seria autoritária e descabida. Entretanto, não existe contradição entre a punição do abuso do direito de manifestação processual e o princípio dispositivo, que existe para garantir a imparcialidade do julgador²¹⁵.

A atual enumeração exemplificativa de condutas que configurariam litigância de má-fé, pelo art. 17 do CPC/1973, permite uma interpretação restritiva e literal que leva à inoperância do mencionado preceito punitivo. Não é possível extremar os limites entre o abuso e a regular manifestação processual, enumerando condutas. Assim, seria mais

²¹¹ GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 450.

²¹² Cf. art. 5º, caput, CF.

²¹³ CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n.126, p. 59-81, ago. 2005.

²¹⁴ Idem, ibidem, p. 59-81.

²¹⁵ Idem, ibidem, p. 59-81.

efetivo reconhecer a existência de uma cláusula geral de boa-fé objetiva decorrente do princípio constitucional do contraditório, dirigida a todos os sujeitos processuais²¹⁶. Dessa forma torna-se prejudicada a alegação de inconstitucionalidade da sanção por ofensa à ampla defesa e à estratégia das partes, já que estão ambos – contraditório e ampla defesa – contidos no texto constitucional. A questão passa a envolver colisão de preceitos igualmente constitucionais, abandonando-se o critério hierárquico para solucionar esta antinomia normativa²¹⁷.

O conceito de boa-fé processual objetiva deveria substituir a atual concepção subjetivista do comportamento das partes e de seus procuradores²¹⁸⁻²¹⁹, com exceção dos dever dos sujeitos processuais de expor os fatos em juízo conforme a verdade, que, neste caso, somente pode ser uma verdade subjetiva. Em outras palavras, os sujeitos processuais somente devem se abster de fazer alegações que entendem não corresponder à realidade dos fatos.

A boa-fé subjetiva é baseada na consciência de que o comportamento é contrário ao direito e na intenção. Trata-se de um estado psicológico do agente, do seu convencimento de agir sem prejuízo dos demais. A boa-fé subjetiva está, portanto, ligada ao voluntarismo e ao individualismo e sempre foi contraposta à má-fé, do que decorre a dificuldade de dúplice de extirpar das normas éticas processuais o elemento anímico (o dolo) e de punir as condutas lesivas sem considerações psíquicas – sem indagar se a parte desejou prejudicar o curso do processo²²⁰.

Por outro lado, a boa-fé objetiva é baseada em padrões de conduta social, sendo voltada à proteção das expectativas que os demais membros do conjunto social nutrem de todos nós. A boa-fé objetiva permite a responsabilização por atos contrários à boa-fé processual sem qualquer consideração quanto à má-fé e ao dolo das partes e de seus procuradores. É desnecessária a aferição subjetiva do conhecimento da parte acerca da ilicitude de sua conduta, subjetivismo que, além de implicar em dificuldades no campo probatório, pode, ao mesmo tempo, tornar ineficazes as normas repressoras da

²¹⁶ O autor cita como exemplos de cláusulas gerais de lealdade e probidade o art. 88 do CPC italiano, o art. 45 do *Código de La Nación* argentino e o art. 14, II, CPC/1973.

²¹⁷ CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n.126, p. 59-81, ago. 2005.

²¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 59-81.

²¹⁹ GRIEF, Jaime. *El abuso Del derecho y la responsabilidad civil emergente em el derecho uruguayo*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 156.

²²⁰ CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n.126, p. 59-81, ago. 2005.

deslealdade processual e perpetuar a utilização do processo para fins escusos. Dessa forma, permite-se a punição de quaisquer condutas contrárias à boa-fé processual e não apenas os comportamentos dolosos²²¹.

Todas as hipóteses de litigância de má-fé são manifestações de abuso processual. Assim, pressupõem a existência dos critérios caracterizadores da prática abusiva, que são o desvio de finalidade – sempre presente no abuso do processo – e algum dos critérios complementares ao desvio de finalidade, criados pela doutrina para interpretar adequadamente este critério, tendo em vista sua incompletude. São eles: a falta de seriedade do ato, a ilicitude e ilegitimidade do escopo visado pelo agente, a lesividade causada à administração da Justiça e a presença de dolo ou culpa²²².

O critério objetivo-finalístico adotado pelo art. 187 do Código Civil deve ser adotado como regra geral para o abuso praticado no processo, tendo em vista o dever de boa-fé objetiva imposto a todos os sujeitos processuais pelo art. 14, II, CPC/1973. Entretanto, alguns dispositivos do CPC/1973 exigem a aferição de dolo ou culpa para a caracterização do abuso do Direito, como o art. 273, II, e o art. 17, IV²²³.

O reconhecimento doutrinário e/ ou legal de um princípio, que é a ideia-base de determinadas regras, tem o efeito prático de ampliar a atenção e a aceitação dos profissionais do direito em relação a estas regras, sendo esta e relação existente entre o princípio da cooperação e as regras processuais que exigem determinado comportamento cooperativo dos sujeitos processuais²²⁴.

²²¹ Idem, *ibidem*, p. 59-81.

²²² Segundo Helena Najjar Abdo, como o art. 187 do Código Civil optou pelo critério objetivo-finalístico no âmbito do abuso do direito, o mesmo critério deve ser adotado para o abuso cometido no âmbito de uma relação jurídica processual. Entretanto, o critério do dolo ou culpa pode ser conveniente para identificar o desvio de finalidade em algumas situações de abuso, como as previsões dos arts. 273, II (manifesto propósito protelatório do réu), e 17, IV (oposição de resistência injustificada ao andamento do processo), do CPC, em que os vocábulos “propósito” e “oposição” estão a indicar a conduta dolosa do sujeito. ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. São Paulo: RT, p.157-164; 87; 92-94.

²²³ Idem, *ibidem*, p. 120-121.

²²⁴ Reinhard Greger entende que o destaque do conceito de cooperação poderia ter um efeito salutar, já que decisões publicadas e algumas observações da prática jurídica provam a existência de déficits consideráveis quanto à aplicação das regras da ZPO alemã que exigem uma postura cooperativa dos sujeitos processuais. GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução de Ronaldo Kochem, *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, p. 123-129, abr. 2012.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

O direito fundamental à prova encontra amparo na ampla defesa²²⁵, no devido processo legal²²⁶ e no acesso à ordem jurídica justa²²⁷.

A prova é um dos componentes do direito à ampla defesa, “o direito de defender-se provando, que não se exaure no direito de propor a sua produção, mas se completa com o direito de produzir todas as provas que potencialmente tenham alguma relevância para o êxito da postulação ou da defesa”. “Esse direito à prova não pode ser desvirtuado por ficções ou presunções jurídicas absolutas, nem tornar o acesso à prova excessivamente difícil ou impossível através de presunções legais, ainda que relativas”. Por isso, as regras de valoração de provas²²⁸ não são proibições, mas simples recomendações extraídas pelo legislador da experiência comum, que o juiz pode ou não seguir de acordo com as circunstâncias do caso concreto. O regime das provas legais deve também ser revisto à luz da referida garantia. A proibição de provas ilícitas se justifica pela necessidade de proteger os direitos fundamentais, principalmente os direitos da personalidade²²⁹⁻²³⁰. Ao garantir o contraditório e a ampla defesa, o legislador constitucional expressamente assegura os meios inerentes a ela, entre os quais o direito à prova. Ao proibir a admissão das provas ilícitas, o art. 5.º, LVI, CF indiretamente autoriza a admissão das provas lícitas²³¹⁻²³².

²²⁵ Cf. art. 5º, LV, CF.

²²⁶ Cf. art. 5º, LIV, CF.

²²⁷ Cf. art. 5º, XXXV, CF, e WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e sociedade moderna, In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, e WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 129.

²²⁸ Cf., v. g., o art. 400, CPC/1973: “Art. 400. A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: I - já provados por documento ou confissão da parte; II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados” e o art. 401, CPC/1973: “Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados”. BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 06 jun. 2014.

²²⁹ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo – o processo justo. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 04 ago. 2014.

²³⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 450.

²³¹ RAMOS, Vítor de Paula. *Derecho fundamental a la prueba*. *Gaceta Constitucional*, Lima, v. 65, p. 265-299, jul. 2013.

²³² Danilo Knijnik assevera que: “[...] a Constituição Federal, ao assegurar o direito de agir em juízo, o contraditório e a ampla defesa, consagra, também, o *direito à prova*. O denominado ‘direito de agir em juízo’ não se exaure no direito subjetivo de obter um provimento judicial qualquer ou em movimentar a máquina judiciária, compreendendo uma ‘atividade judicial mínima, dirigida à tutela de uma posição substancial de vantagem [...], envolvendo conteúdos ativos e positivos’, dentre os quais um procedimento probatório adequado.” KNIJNIK, Danilo. *A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 7.

As provas servem para estabelecer se os fatos relevantes para a decisão judicial realmente se produziram ou não, ou seja, para fundar e controlar a verdade das afirmações que têm esses fatos por objeto²³³. A averiguação confiável dos fatos relevantes do caso é um dos critérios para aferir a justiça da decisão²³⁴. Assim, uma verificação verdadeira dos fatos da causa é necessária, já que nenhuma decisão pode ser considerada justa caso esteja fundada sobre uma reconstrução errônea ou falsa das circunstâncias que estão na base da controvérsia. Se os fatos não são investigados de modo racional e verdadeiro, qualquer aplicação de qualquer norma naquele caso particular se torna privada de fundamento, e, portanto, arbitrária. A decisão resultante será conseqüentemente injusta²³⁵. Assim, o acesso à ordem jurídica justa²³⁶ pressupõe o direito da parte de produzir no processo todas as provas admitidas pelo ordenamento jurídico que sejam úteis ao esclarecimento dos fatos controversos.

A maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos prevê um conjunto de garantias processuais aos litigantes, tanto ao nível de regulações de lei ordinária, quanto ao nível de princípios constitucionais e internacionais. Garantias como o “direito à ação”, o “direito a um juízo justo” e a “oportunidade de ser ouvido” se incluem usualmente no inventário de direitos fundamentais. Elas importam que as partes tenham o direito de acessar o tribunal no sentido de interpor demandas civis, o direito a determinar o objeto das disputas civis e a perseguir uma compensação adequada, o direito a apresentar a prova disponível, assim como o direito de ver apreciados os argumentos legais e fáticos em que apoiam as suas respectivas pretensões²³⁷.

Dentro do complexo conjunto de direitos que estas garantias abarcam, o direito à prova é particularmente importante. Este é usualmente definido como o direito de toda parte de produzir toda a prova relevante que esteja em sua posse, a obter a apresentação de prova relevante que esteja na posse de outras partes ou de terceiros, e que todas essas provas sejam devidamente considerada pelo tribunal. O direito à prova é um aspecto

²³³ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2. ed Madrid: Editorial Trota, 2005, p. 23.

²³⁴ Os outros dois critérios apontados por Michele Taruffo para avaliar a justiça da decisão são a correção da escolha e da interpretação da regra jurídica aplicável ao caso e o emprego de um procedimento válido e justo para alcançar a decisão. Segundo o autor, todos os três critérios devem ser concomitantemente satisfeitos para que a decisão seja justa.

²³⁵ TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In: *Sui confini – scritti sulla Giustizia Civile*. Bolonha: Il Mulino, 2002, p. 224.

²³⁶ Cf. art. 5º, XXXV, CF, e WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e sociedade moderna, In: GRINOVER, Ada Pelegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, e WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 129.

²³⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba, artículos y conferencias*. 1. ed. Santiago do Chile: Editorial Metropolitana, 2009, p. 79.

fundamental do direito de ação e à defesa: na realidade, seria um contrassenso dizer que as partes podem exercer estes direitos, mas que não se lhes permite provar por nenhum meio disponível as afirmações de fato em que se baseiam suas pretensões e defesas²³⁸.

Contudo, estas garantias não implicam que somente as partes individuais têm um papel a desempenhar no litígio civil. Funções importantes podem ser exercidas por outros sujeitos, como organizações ou associações, públicas ou privadas (como, por exemplo, as associações de consumidores ou organizações para a proteção do meio ambiente), que podem tomar parte nos processos fazendo uso de direitos e provendo informações ao Tribunal que podem resultar relevantes para a decisão correta do caso. De outra parte, o mesmo tribunal pode ter um papel significativo e ativo no manejo dos procedimentos e na condução das investigações apropriadas, com o fim de conseguir uma decisão informada e precisa²³⁹. Assim, importa salientar que são titulares do direito fundamental à prova, não só os sujeitos parciais do processo, mas também os terceiros intervenientes que não ostentam a condição de parte como os assistentes simples, os *amici curiae* e aqueles que têm direito à palavra nas audiências públicas.

O reconhecimento da existência de um direito constitucional à prova implica a adoção do critério da máxima virtualidade e eficácia, o qual procura admitir todas as provas que sejam hipoteticamente idôneas a trazer elementos cognitivos a respeito dos fatos da causa, dependentes de prova, procurando excluir as regras jurídicas que tornem impossível ou excessivamente difícil a utilização dos meios probatórios. Esse critério amplo está calcado na pretensão de justiça assegurada no princípio constitucional do Estado Democrático de Direito²⁴⁰.

Trata-se de conferir a dignidade dos direitos fundamentais ao direito à prova, que somente pode ser limitado por outros critérios fundados na necessidade de coordenação desse direito com outros tutelados pelo ordenamento jurídico, desde que se reconheça a prioridade da proteção desses outros direitos em relação ao direito à prova. Com isso, visa-se a tornar impossível a criação de obstáculos legislativos não racionais ou desproporcionais ao seu exercício, que passa a poder ser restringido apenas na verificação de uma justa razão²⁴¹.

²³⁸ Idem, *ibidem*, p. 79.

²³⁹ Idem, *ibidem*, p. 79.

²⁴⁰ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 35. No mesmo sentido, WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Tradução Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985, p. 336.

²⁴¹ CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 36.

O direito fundamental à prova abrange o direito à admissão, à produção e à valoração da prova²⁴². No presente trabalho, analisaremos especialmente os direitos à admissão e à produção da prova.

²⁴² RAMOS, Vítor de Paula. Op. cit., p. 265-299.

3 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

Ao longo da década de 2000 houve um intenso debate entre doutrinadores europeus e latino americanos sobre a subordinação dos princípios informadores do Direito Processual Civil e dos respectivos ordenamentos jurídicos positivos a uma concepção autoritária ou liberal das relações entre o Estado e os cidadãos²⁴³. Entre os autores que criticam o publicismo no Processo Civil e o suposto autoritarismo de certas leis processuais se encontram Juan Montero Aroca, Franco Cipriani, Girolamo Monteleone, Federico G. Domínguez, Ignacio Díez-Picazo Giménez, Alvarado Velloso, Eugenia Ariano Deho e Luís Correa de Mendonça. Entre aqueles que defendem o publicismo no Processo Civil, estão Proto Pisani, Sergio Chiarloni, Mauro Cappelletti, Juan Picó y Junoi, José Carlos Barbosa Moreira e Giovanni Verde²⁴⁴.

Na concepção liberal do século XIX, o processo visava a garantir a plenitude dos direitos subjetivos dos cidadãos e não a observância do direito objetivo ou a salvaguarda do interesse público. A jurisdição e o processo estavam a serviço dos direitos dos cidadãos. Daí resultava que o juiz não podia trazer fatos para o processo, nem produzir provas não propostas pelas partes²⁴⁵.

A corrente liberal alega que os Estados socialistas e facistas do século XX incrementaram os poderes do juiz no processo civil para supostamente elevar o nível de acesso e a qualidade da justiça²⁴⁶, sacrificando a imparcialidade do julgador. Segundo esta concepção, o magistrado e as partes deveriam ter o propósito comum de buscar a verdade material e a vitória da parte que tem razão. Assim, a oralidade e a concentração; o impulso processual oficial; o ativismo judicial, especialmente em matéria probatória, e a exaltação de uma utópica boa-fé processual prevaleceram nestes regimes, em detrimento da iniciativa das partes e da responsabilidade dos advogados. Esta concepção publicista do processo colocaria a justiça a serviço do mais fraco, provocando liminares

²⁴³ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil, *Revista de Processo*, São Paulo, p. 29-56, v. 164, out. 2008.

²⁴⁴ AROCA, Juan Montero, (Coord.). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

²⁴⁵ AROCA, Juan Montero. “El mito autoritario de la ‘buena fe procesal’”, in AROCA, Juan Montero, (Coord.). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 302/307.

²⁴⁶ AROCA, Juan Montero. “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”. In: AROCA, Juan Montero. (Coord.). *Proceso civil e ideología*, p.149.

sem contraditório, invertendo as regras do ônus da prova através das cargas dinâmicas e se imiscuindo na política, o que representa um desgoverno²⁴⁷.

Segundo os liberais, a reconstitucionalização da Europa ocidental após o término da 2ª Guerra Mundial foi caracterizada pelo abandono da absoluta supremacia do interesse público sobre o interesse individual e pelo primado da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Neste contexto, o juiz deve respeitar a autonomia da vontade das partes, a inércia da jurisdição e o princípio dispositivo, pois estes têm suporte garantístico na contemporânea teoria dos direitos fundamentais, que limita os poderes do juiz. Assim, este não pode fundamentar a sua decisão em fatos não alegados pelas partes, nem ignorar os que tiverem sido por elas admitidos²⁴⁸.

Para os liberais, é autoritário exigir que o advogado sacrifique o interesse do seu cliente em benefício da busca da justiça, assim como impor à parte o dever de afirmar tudo o que conhece, de apresentar os meios de prova que lhe são prejudiciais ou de renunciar a aproveitar-se dos erros do adversário. A busca da verdade real e a iniciativa probatória do juiz são frutos de uma visão autoritária do processo e de um sentimento de desconfiança em relação ao advogado²⁴⁹, além de comprometer a imparcialidade do juiz, que sempre acaba por beneficiar uma das partes, e as próprias garantias do contraditório e da ampla defesa, porque a parte deve defender-se do adversário, e não do juiz²⁵⁰.

Os liberais entendem que a verdade não é problema do Direito, cuja missão básica é manter a paz social. A justiça é sempre relativa²⁵¹. Os contendores não estão interessados na busca da verdade, mas em ganhar²⁵².

A eficiência e a justiça da decisão exigem que as partes e o juiz tenham esferas de atuação precisamente delimitadas e que se afaste diligentemente a mais remota confusão de papéis no processo²⁵³.

²⁴⁷ DOMÍNGUEZ, Federico G.. “La sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires”. In: AROCA, Juan Montero. (Coord.). *Proceso civil e ideología*, p.259/261.

²⁴⁸ GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo. “Con motivo de la traducción al italiano de la obra del profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español”, in Juan Montero Aroca, (Coord.). *Proceso civil e ideología*, p.34.

²⁴⁹ AROCA, Juan Montero. “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”, In: AROCA, Juan Montero. (Coord.). *Proceso civil e ideología*, p. 162.

²⁵⁰ MONTELEONE, Girolamo. “El actual debate sobre las ‘orientaciones publicísticas’ del proceso civil”, in Juan Montero Aroca, (Coord.), *Proceso civil e ideología*, p.181.

²⁵¹ VELLOSO, Adolfo Alvarado. “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”, in AROCA, Juan Montero, (Coord.), *Proceso civil e ideología*, p.221.

²⁵² GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil, *Revista de Processo*, São Paulo, p. 29-56, v. 164, out. 2008.

²⁵³ MONTELEONE, Girolamo. Op.cit., p.190.

A concepção publicista do processo também é responsável pela substancial limitação dos recursos, que transforma a apelação apenas numa instância de revisão, dificulta o recurso imediato contra decisões interlocutórias e limita a cassação, que considera um mero instrumento de tutela do direito objetivo, na concepção calamandreiana²⁵⁴.

Entendemos que a divisão do ordenamento jurídico entre Direito Público e Privado é artificial, pois não é mais possível situar os ramos da Ciência Jurídica nestas categorias, de acordo com a natureza dos interesses protegidos. Cite-se, como exemplo, o Direito Civil, tradicionalmente considerado Privado, mas que hoje não pode mais ser estudado e interpretado sem levar em consideração a Constituição. O mesmo pode ser dito em relação ao Direito Processual Civil, tradicionalmente tido como público, mas que cada vez mais é moldado por convenções das partes. Toda a sociedade tem interesse em que os direitos individuais fundamentais sejam respeitados, tendo o Estado o dever de tutelá-los. Por outro lado, a forma como esta tutela será efetivada tem de levar em conta a vontade das partes, não podendo ser conduzida de maneira autoritária.

A justiça é um ideal da comunidade, devendo o Estado pôr a serviço dos juízes todos os meios e poderes necessários para que esse fim seja alcançado²⁵⁵.

O desenvolvimento do processo não pertence aos litigantes, mas ao Estado, único titular da função jurisdicional, que se serve do processo como instrumento para garantir a sua efetividade. Deve-se adotar uma postura intermédia entre a eficácia do processo e o garantismo²⁵⁶.

Podem existir códigos processuais de grande rigor científico ou tecnicamente incorretos com independência do caráter mais ou menos liberal ou social do regime político em que foram criados²⁵⁷.

A imposição da boa-fé processual não torna o código fascista ou totalitário, pois é muito anterior aos códigos totalitários²⁵⁸.

A iniciativa probatória das partes não tem fundamento constitucional, ao contrário do princípio dispositivo, mas caráter meramente técnico. É preciso distinguir entre o princípio dispositivo (da demanda) e a iniciativa probatória do juiz. Essa

²⁵⁴ Eugenia Ariano Deho, “*En los abismos de la ‘cultura’ del proceso autoritario*”, in Juan Montero Aroca, (Coord.), *Proceso civil e ideología*, p.373/376.

²⁵⁵ Joan Picó i Junoy, “El derecho procesal entre garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”, in Juan Montero Aroca, (coord.), *Proceso civil e ideología*, p.102/125.

²⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 102-125.

²⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 102-125.

²⁵⁸ Idem, *ibidem*, p. 102-125.

iniciativa tem fundamento constitucional no caráter social do Estado de Direito, assim como no dever do Estado de alcançar a justiça. A justiça depende da busca da verdade, que precisa da certeza dos juízos sobre os fatos. A tutela jurisdicional efetiva exige a prova dos fatos litigiosos. A iniciativa probatória do juiz não o torna autoritário ou fascista, desde que bem delimitada aos fatos discutidos no processo, às fontes probatórias que já constem na causa e se confira aos litigantes o exercício do seu direito de defesa, ampliando se necessário suas provas inicialmente propostas. Para evitar o juiz investigador, o que comprometeria a sua imparcialidade, a sua iniciativa probatória deve limitar-se aos elementos probatórios cuja existência resulte dos autos²⁵⁹⁻²⁶⁰.

Governos autoritários nem sempre fortalecem os poderes do juiz. Podem mesmo editar normas processuais de conteúdo democrático, como a Lei da Ação Popular²⁶¹.

Um litígio e uma tese jurídica podem ter relevantes consequências sociais, pois hoje o principal papel do processo civil tornou-se o de gerar benefícios sociais numerosos e variados, inclusive o aperfeiçoamento do direito por meio das decisões judiciais²⁶².

As reformas processuais têm reforçado os poderes do juiz na direção do processo e na atividade de instrução porque o processo deve chegar a um resultado justo, de preferência com dispêndio mínimo de tempo e energias. Enquanto cada uma das partes quer normalmente sair vitoriosa, independentemente da justiça da decisão e, quando não tem razão, importa-lhe de ordinário retardar a conclusão do pleito, ao juiz cabe atuar imparcialmente para que o processo tenha marcha regular e para que venham aos autos todos os elementos necessários para que o julgamento corresponda, na medida do possível, à realidade. Até o direito inglês, tradicionalmente adversarial, transferiu a direção do processo das partes para o juiz, na reforma de 1998²⁶³.

²⁵⁹ Idem, *ibidem*, p. 102-125.

²⁶⁰ Nesse sentido dispõe o art. 429.1.II da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola: “*Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.* ESPANHA. *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/lec/L2T2.htm>>. Acesso em: 07 jul. 2013.

²⁶¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *El neoprivatismo en el proceso civil*. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso civil e ideologia*, p.199-214.

²⁶² Idem, *ibidem*, p. 199-214.

²⁶³ Idem, *ibidem*, p. 199-214.

Se o juiz precisa dos fatos e do direito para exercer a função de julgar, não se pode dizer que o campo dos fatos não lhe compete. Quem quer o fim, quer os meios. Isso é inerente à sua missão de julgador. O juiz não pode valer-se do seu conhecimento privado. Os fatos precisam estar provados nos autos. As regras sobre o ônus da prova não tranquilizam o juiz consciente de sua responsabilidade. O juiz não sabe de antemão a qual dos litigantes será favorável o resultado da prova por ele determinada. A iniciativa probatória compromete a sua imparcialidade tanto quanto a sua omissão, mas a busca da verdade constitui um ganho apreciável. Quanto ao conhecimento de fatos que justificam a improcedência do pedido, não se pode generalizar, pois há os examináveis de ofício e os que dependem de iniciativa do réu. Não há porque contrapor os poderes instrutórios do juiz às garantias processuais das partes e ao seu poder de disposição de seus direitos: uns não prejudicam os outros²⁶⁴.

Também não se pode ignorar o abismo que frequentemente existe entre a parte e o seu advogado e que a diferença qualitativa entre os advogados sacrifica a igualdade das partes²⁶⁵.

O juiz pode ser terceiro e imparcial, mesmo quando exerce poderes próprios na investigação instrutória, em rigoroso respeito ao contraditório e aos direitos de defesa das partes. O juiz não pode ser uma divindade imperturbável e distanciada no processo. Por isso desde a Antiguidade o processo foi configurado como *actus trium personarum*. O mero contraditório entre as partes, sem nenhuma intervenção do juiz, não é suficiente e às vezes é até distorsivo²⁶⁶.

Existem dois motivos para que se imponham limites à iniciativa probatória do juiz: primeiro, a necessidade de evitar a perda da imparcialidade do julgador e, segundo, a necessidade de preservar a privacidade da parte que teria interesse na produção da prova.

Quando o juiz adota uma postura investigativa, ele elabora hipóteses quanto a determinados fatos para, em seguida, escolher as provas que seriam idôneas a testar suas próprias proposições. Ao fazer isto, ele acaba sendo contaminado pelo desejo de ver confirmadas suas suspeitas, o que acaba por comprometer a sua imparcialidade. Por esta

²⁶⁴ Idem, ibidem, p. 199-214.

²⁶⁵ Idem, ibidem, p. 199-214.

²⁶⁶ VERDE, Giovanni. *Apostilla*. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso civil e ideologia*, p.167-171.

razão, os ordenamentos que adotaram a figura do juiz instrutor, determinam que outro juiz profira a sentença.

Da mesma forma, a parte que tem interesse na produção de uma determinada prova pode não estar disposta a pagar o preço de ter sua vida privada desvelada no processo. Ainda que o juiz decrete segredo de justiça, a pedido da parte, após a produção de determinada prova de ofício, o adversário, os serventuários da Justiça e o próprio juiz terão acesso a detalhes da vida privada da parte que esta desejava que permanecessem desconhecidos. Caso o segredo de justiça não venha a ser decretado, a privacidade da parte sofrerá dano ainda maior.

A iniciativa probatória do juiz somente se justifica em hipóteses excepcionais cuja presença, no caso concreto, deve ser justificada na fundamentação da decisão interlocutória que determina a produção da prova de ofício. O anteprojeto de Direito Probatório elaborado pelo Grupo de Pesquisa Institucional “Observatório das Reformas Processuais” liderado pelo professor Leonardo Greco no âmbito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da UERJ estabelece que a fundamentação da referida decisão deve indicar, com precisão, os fatos a que se refere a prova determinada, de ofício, pelo juiz²⁶⁷.

O referido anteprojeto estabelece as seguintes hipóteses em que se justificaria a iniciativa probatória do magistrado:

I – para evitar dano ao direito indisponível de uma das partes²⁶⁸ ou para impedir que ambas se sirvam do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei; ou

II – para suprir, em caráter subsidiário, a deficiência de iniciativa probatória da parte, que, por hipossuficiência devidamente justificada, não se encontra em condições favoráveis de propor ou produzir as provas de seu interesse; ou

III – para submeter ao contraditório fatos e provas relevantes cujo conhecimento o juiz tenha adquirido fora do processo²⁶⁹.

O anteprojeto referente ao direito probatório estabelece que, fora a hipótese de direitos indisponíveis ou de colusão entre as partes a fim de fraudar a lei, o juiz somente

²⁶⁷ GRECO, Leonardo et al. *Anteprojeto de Direito Probatório elaborado no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ*. Não publicado.

²⁶⁸ O mencionado projeto prevê expressamente que as causas do Estado que envolvam a preservação do interesse público primário, assim como aquelas em que a lei não admita a transação, a conciliação ou a renúncia administrativa, versam sobre direitos indisponíveis.

²⁶⁹ *Idem*.

deve determinar de ofício a produção da prova, se tiver sido inócua a advertência à parte sobre a conveniência da sua produção²⁷⁰. O dever do juiz de advertir a parte quanto à utilidade de produzir uma determinada prova é manifestação do dever de prevenção, acima descrito e foi inspirada no §139 do ZPO alemão.

O citado anteprojeto estabelece que a iniciativa probatória do juiz não se sujeita à preclusão temporal e, tampouco, à preclusão lógica. Assim, o juiz poderá determinar a qualquer tempo a produção de provas anteriormente inadmitidas desde que haja (perdure ou sobrevenha) motivo que a justifique²⁷¹.

Parte da doutrina defende que eventual desigualdade existente entre as partes não deve ser remediada pelo juiz, mas por outros sujeitos como o Ministério Público²⁷². A intervenção do Parquet, imposta pela lei, entre outras, nas causas em que o exija o interesse público evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte²⁷³, favoreceria que este assumisse a iniciativa probatória ou que atuasse “em favor da parte carente de assistência, permitindo que o juiz conservasse posição de absoluta equidistância entre os litigantes, sem o risco de comprometer a sua imparcialidade”²⁷⁴.

Em outras hipóteses, “a lei atribui a algum outro sujeito funções semelhantes, como o curador especial na defesa do réu citado por edital ou com hora certa”²⁷⁵⁻²⁷⁶, ou o curador à lide nas ações de interdição ajuizadas pelo Ministério Público²⁷⁷.

Não existe consenso sobre a noção de público e a medida em que essa função assistencial deve ser exercida. Assim, o juiz e o terceiro frequentemente discordam sobre o conteúdo e o alcance que a intervenção deste deva ter. A eventual atuação de outros sujeitos, prevista em lei, nem sempre é suficiente para suprir as deficiências defensivas da parte, o que em suma acaba por recomendar que o juiz deva ter esse poder equalizador que evidentemente só será exercido se as próprias partes ou se os terceiros

²⁷⁰ Idem.

²⁷¹ Idem.

²⁷² Enrico Tulio Liebman defendia que uma eventual desigualdade existente entre as partes deveria ser remediada pela intervenção do Ministério Público. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Fondamento del principio dispositivo. Problemi di diritto processuale civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 3-17. No mesmo sentido, Adolfo Alvarado Velloso defende a atribuição desta função a outros sujeitos que não o juiz. VELLOSO, Rodolfo Alvarado. *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*. In: AROCA, Juan Montero (Coord.) *Proceso civil e ideologia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 230.

²⁷³ Cf. art. 82, III, CPC/1973.

²⁷⁴ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, n.164, p. 53, out. 2008.

²⁷⁵ Cf. art. 9, II, CPC/1973.

²⁷⁶ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, n.164, p. 53, out. 2008.

²⁷⁷ Cf. art. 1.179, CPC/1973.

designados pela lei para assisti-la não forem bem sucedidos nesta tarefa, ou não atuarem de forma adequada, segundo o entendimento do julgador²⁷⁸.

²⁷⁸ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, n.164, p. 53, out. 2008.

4 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E O ÔNUS DA PROVA

O art.333 do CPC de 1973, influenciado pela maioria das legislações da *civil law*, adotou critério fixo para distribuir o ônus da prova²⁷⁹, ao estabelecer que o autor tem o ônus de provar a alegação do fato constitutivo do seu direito e o réu a alegação do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor²⁸⁰. Nesse contexto, a consideração do intérprete haveria de dirigir-se, básica e cumulativamente, (a) à posição da parte em juízo (se autor ou réu) e (b) à espécie de fato (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo)²⁸¹.

O art.333 do CPC de 1973 consagrou a chamada teoria das normas, cujo postulado consiste na técnica de descobrir a repartição do *onus probandi* na sintaxe da lei, não importando as consequências daí advindas quanto à maior ou menor dificuldade de provar, juízo que o dispositivo reservou, exclusivamente, para as convenções ou contratos probatórios²⁸². Assim, uma interpretação literal do art.333, CPC/1973 levaria à conclusão de que a distribuição do ônus da prova que torne excessivamente difícil o “exercício do direito” somente poderia ser controlada pelo juiz quando estabelecida em convenção. O magistrado não poderia alterar, em nenhuma hipótese, a distribuição estabelecida pela lei²⁸³.

Contudo, o fato de o legislador ter considerado tal situação apenas em relação às convenções probatórias não afasta a ocorrência de situações em que a aplicação das regras sobre o ônus da prova leva à impossibilidade de provar e à inutilidade da ação judiciária, vedando, de forma oculta, o acesso efetivo à justiça. Em outras palavras, em inúmeros casos, verifica-se que a aplicação das regras consagradas no caput do art.333 do CPC/1973 pode levar à situação considerada por seu parágrafo único, inciso II²⁸⁴.

²⁷⁹ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Constituição e Processo: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 943.

²⁸⁰ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n.º 5.869/1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 02 jan. 2013.

²⁸¹ DALL’AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n.788, pp. 92-107, jun. 2001.

²⁸² Neste caso, o art.333, parágrafo único, II, CPC/1973 dispõe que: “É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: (...) II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”. BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n.º 5.869/1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 02 jan. 2013.

²⁸³ KNIJNIK, Danilo. Op. cit., p. 945.

²⁸⁴ KNIJNIK, Danilo. Op. cit., p. 944.

Visando a flexibilizar a doutrina tradicional, surgiu a denominada teoria das cargas processuais dinâmicas, cujo objetivo era conferir efetividade à tutela jurisdicional, permitindo a produção da prova mesmo naqueles casos em que seria extremamente difícil ou impossível à parte inicialmente onerada fazê-lo. Em síntese, a teoria consiste em atribuir o ônus da prova à parte que pode dele se desincumbir com maior facilidade, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto.

A origem mais remota dessa teoria encontra-se na clássica obra de Jeremy Bentham, *A Treatise on Judicial Evidence*²⁸⁵, no capítulo a que denominou “*The onus probandi: who ought to bear it?*”²⁸⁶.

Depois da consideração de Bentham, René Demogue defendeu tese semelhante, sustentando-a no princípio da solidariedade entre as partes²⁸⁷.

Já a moderna teoria dinâmica do ônus da prova surgiu na doutrina argentina a partir da obra de Jorge Walter Peyrano²⁸⁸⁻²⁸⁹.

²⁸⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. In: *Revista dialética de direito processual*, São Paulo: Dialética, n. 31, p.17-18, out. 2005.

²⁸⁶ Segundo Bentham: “*On which of two contending parties ought the obligation to furnish the evidence to be laid? Under the system of technical procedure, this question presents infinite difficulties. Under the system of plain and simple justice, and natural procedure, there is nothing easier than to answer it. The obligation to furnish the evidence ought, in every case, to be laid in the party who can fulfill it with least inconvenience, that is, with least delay, expense and vexation. But how are we to ascertain which of the parties is most favorably situated in regard to the evidence? In technical procedure, there is no way of getting at this information; all means of reaching it have been cut off. In the natural mode of procedure, this, as well as several other points, would be easily ascertained on the first appearance of the parties before the judge. But it will be said it is the business of the party who begins the suit, who makes the allegation, to prove its truth. This aphorism is obvious, and, apparently very plausible. But, plausible as it is, experience has proved that the more strictly we follow it, the farther it leads us from the end to be gained, and increases delays, expense and vexations. In a word, this aphorism has created more difficulties than it has solved*”. BENTHAM, Jeremy. *A Treatise on Judicial Evidence*. 1. ed. London: Messrs. Baldwin, Cradock, and Joy, Paternoster-row, 1825, pp. 257-258. Tradução: “Entre as duas partes contrárias, a qual se deve impor a obrigação de produzir a prova? Esta questão apresenta infinitas dificuldades no sistema processual técnico. Em um regime de justiça franca e simples, em um procedimento natural, é muito fácil responder. A carga da prova deve ser imposta, em cada caso concreto, àquela das partes que a possa produzir com menos inconvenientes, isto é, com menos delongas, vexames e despesas. Mas como vamos apurar qual das partes está situada em posição mais favorável quanto à prova? No procedimento técnico, não há como chegar a essa informação; todos os meios de alcançá-la foram cortados. No modo natural de procedimento, esse, assim como vários outros pontos, seriam facilmente averiguados na primeira audiência das partes perante o juiz. Mas será dito que é ônus da parte que ajuizou a ação, que fez a alegação, provar a veracidade desta. Este aforismo é óbvio, e, aparentemente muito plausível. Mas assim como ele é plausível, a experiência provou que quanto mais estritamente nós o seguimos, mais ele nos distancia do fim a ser alcançado, e aumenta as dilações, a despesa e os vexames. Em suma, esse aforismo criou mais dificuldades do que soluções” (Tradução nossa).

²⁸⁷ Segundo Demogue: a) a prova que si impõe é das condições que tornem verossímil o fato, e não a de todas as condições necessárias à existência do direito (assim, o que se diz credor não tem o ônus provar que o é sem dolo, por ser esse fato excepcional); b) “a obrigação da prova deve ser, em cada caso individual, imposta àquela das partes que a pode desempenhar com menos incômodo, isto é, menos detalhes, vexames, despesas, etc.” SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no cível e comercial*. v. I. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p.103.

Esta tese, aparentemente simples, rompe com a concepção demasiado rígida e apriorística da doutrina clássica, que adotava uma visão exclusivamente estática da questão relativa às regras da distribuição dos ônus da prova. O autor prossegue afirmando que a solução tem em vista o processo em sua concreta realidade, ignorando por completo a posição nele da parte (se autora ou se ré) ou a espécie de fato (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). Há de demonstrar o fato, pouco releva se afirmado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo²⁹⁰.

A ciência processual já superou as clássicas explicações que assentavam a carga probatória segundo o papel que o sujeito assumia em juízo. Segundo esta doutrina, todo o ônus da prova recaía sobre o autor. Atualmente, é preferido o critério de distribuição que atende à posição em que se encontra cada parte a respeito da norma jurídica cujas consequências lhe são favoráveis no caso concreto. Para alcançar o efeito jurídico pedido, a parte assume a prova dos pressupostos de fato contidos na norma substancial em que se funda a sua pretensão.²⁹¹⁻²⁹²

As regras atinentes ao ônus da prova destinam-se ao juiz, que deve levá-las em consideração ao sentenciar, quando os fatos jurídicos não houverem sido provados e

²⁸⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. In: Revista dialética de direito processual, São Paulo: Dialética, n. 31, p. 9-18, out. 2005.

²⁸⁹ Peyrano definiu a teoria dinâmica do ônus da prova nos seguintes termos: “*En tren de identificar La categoría de ‘las cargas probatorias dinámicas’, hemos visualizado – entre otras – como formando parte de la misma a aquélla según la cual se incumbe la carga probatoria a quien – por las circunstancias del caso y sin que se desempeñe como actora o demandada – se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva*”. PEYRANO, Jorge W. *Aspectos procesales de de la responsabilidad profesional*. In: MORELLO, Augusto Mario et al. (Coord.) *Las responsabilidades profesionales – Libro Homenaje al Dr. Luis O. Adorno*. La Plata: LEP, 1992, p. 263 apud DALL’AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Op. cit., p.97. Tradução: “De modo a identificar a categoria dos ‘ônus probatórios dinâmicos’, temos visualizado – entre outras – como fazendo parte da mesma aquela segundo a qual se incumbe o ônus probatório a quem – pelas circunstâncias do caso e sem que atue como autor ou demandado – encontre-se em melhores condições para produzir a prova respectiva”. (Tradução nossa).

²⁹⁰ DALL’AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Op. cit., p.98.

²⁹¹ MORELLO, Augusto Mario. *La prueba: tendencias modernas*. 1. ed. Buenos Aires: Platense – Abeledo Perrot, 1991, pp. 55-56.

²⁹² O art.377 do CPC argentino adere a esta orientação doutrinária, ao atribuir a cada parte o ônus de provar o pressuposto de fato da disposição que invocara como fundamento de sua pretensão, defesa ou exceção: “Art. 377. *Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer.*

Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.” ARGENTINA, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Disponível em <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/textact.htm>>. Acesso em 22 dez. 2012.

aos litigantes que devem conhecer sua distribuição antes que se haja constituído o processo, para que possam se desincumbir dele de forma adequada²⁹³.

A ideia de que as regras sobre o ônus da prova devem ser fixas e prévias tem premissas liberais tais como a de que o valor segurança jurídica deve prevalecer sobre a justiça da decisão e de que o escopo da jurisdição é apenas pacificar e não, como modernamente se entende, pacificar com justiça²⁹⁴⁻²⁹⁵⁻²⁹⁶.

O princípio da solidariedade, que foi consagrado pelo art.3º, I, da Constituição da República Federativa do Brasil, impõe o ônus de provar àquela parte que se encontra em melhores condições de produzir determinada prova²⁹⁷.

Existe uma regra de experiência verificável na prática forense segundo a qual, pelo conhecimento das circunstâncias ou pelo acesso direto e mais econômico à prova, é mais fácil a uma das partes produzi-la do que à outra ou ao órgão judicial. Por conseguinte, a primeira deveria diligenciar o seu aporte. Quer dizer, realizá-la preferencialmente em relação à parte a que, pela distribuição do art.333, CPC/1973 pareceria imputado o ônus²⁹⁸.

A teoria do ônus dinâmico da prova deriva, ainda, do princípio da igualdade substancial das partes²⁹⁹, bem como da paridade de armas³⁰⁰⁻³⁰¹⁻³⁰².

São também fundamentos da distribuição dinâmica do ônus da prova o princípio do devido processo legal³⁰³ – pois o processo devido é aquele que produz resultados

²⁹³ MORELLO, Augusto Mario. *Ibid.*, p.57.

²⁹⁴ MORELLO, Augusto Mario. *Ibid.*, p.57-58.

²⁹⁵ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Constituição e Processo: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 944.

²⁹⁶ Leo Rosemberg, um dos defensores da distribuição prévia e fixa do ônus da prova aduz que “o direito não pode deixar ao arbítrio do juiz a decisão sobre o que pertence ao fundamento da demanda e o que pertence ao fundamento das exceções”, pois: [...] a regulação do ônus da prova deve fazer-se mediante normas jurídicas cuja aplicação deve estar submetida a revisão pelo tribunal correspondente, e esta regulação deve conduzir a um resultado determinado, independente das contingências do processo particular, sendo um guia seguro para o juiz [...]. Uma distribuição livre do ônus da prova não é a liberdade com que poderia pensar uma magistratura bem aconselhada. A distribuição proporcionada e invariável da carga da prova é um postulado de segurança jurídica. [...] assim o quer a finalidade do processo civil: por mais que procure averiguar a verdade, mais que isto o que importa é estabelecer e assegurar a paz jurídica, eliminando de forma definitiva a incerteza entre as partes. ROSEMBERG, Leo. *La carga de La prueba*. Buenos Aires: IBdeF, 2002, p.86 Apud KNIJNIK, Danilo. *Op. cit.*, p.944.

²⁹⁷ MORELLO, Augusto Mario. *Op. cit.*, p.58.

²⁹⁸ *Idem*, *ibidem*, p.58.

²⁹⁹ Cf. art. 5º, CF/1988.

³⁰⁰ Cf. art. 125, I, CPC/1973.

³⁰¹ KNIJNIK, Danilo. *Op. cit.*, p. 945.

³⁰² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 98.

justos e equânimes –, o princípio do acesso à justiça³⁰⁴ – que garante a obtenção de tutela jurisdicional justa e efetiva, e o princípio da adaptabilidade do procedimento³⁰⁵.

A atribuição do ônus da prova à parte que pode dele se desincumbir com maior facilidade decorre do princípio da cooperação (ou da efetiva colaboração) que, por sua vez, se radica em norma mais abrangente e de maior força operativa – o princípio da solidariedade³⁰⁶⁻³⁰⁷⁻³⁰⁸.

O princípio da cooperação proíbe, por exemplo, o comportamento da parte que nega ou omite aquilo que a jurisdição aguardava dela, limitando-se a ser espectadora ao invés de uma partícipe necessária³⁰⁹.

O direito processual e o direito arbitral, por terem hoje uma dimensão social, não conferem importância tão somente à vontade e ao interesse das partes, o que conduziria, numa perspectiva egoísta, à simples aplicação da regra segundo a qual o autor deve provar os fatos constitutivos de seu direito e o réu os extintivos, impeditivos ou modificativos que opõe àqueles. Isso não é suficiente nem valioso, porque quando o litigante, em que pese achar-se nas melhores condições no caso concreto, se omite na produção da prova, preferindo escudar-se em sua falta de colaboração, deixa a jurisdição navegando em um mar de dúvidas ou sem chegar à convicção imprescindível à justa composição da lide³¹⁰.

³⁰³ art.5º, XIV, CF.

³⁰⁴ art.5º, XXXV, CF.

³⁰⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 99.

³⁰⁶ MORELLO, Augusto Mario. Op. cit., p.58-59. Cf., ainda, CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista dialética de direito processual*, São Paulo: Dialética, n. 31, p. 9-18, out. 2005. Segundo os mencionados autores, os princípios da cooperação e da solidariedade se originam do princípio da boa-fé. Entretanto, entendemos que o princípio da boa-fé deriva do princípio da solidariedade, pois o primeiro é um princípio infraconstitucional ao passo que o segundo é um princípio constitucional.

³⁰⁷ Nesse sentido, já se pronunciou a Suprema Corte de Buenos Aires: “*La doctrina de las cargas probatorias dinámicas fue ampliamente receptada por la doctrina y jurisprudencia y se funda, entre otros preceptos, en el deber de colaboración y en el principio de solidaridad del demandado para el arribo a la verdad real*”. ARGENTINA. Provincia de Buenos Aires. *Suprema Corte de Justicia*. CC0002 AZ 36924 RSD-6-96 S 18-3-1996, Juez GALDOS (SD). CARATULA: Lucas, Francisco c/ Recchia, Domingo s/ *Daños y perjuicios*. MAG. VOTANTES: Galdós-De Benedictis-Fortunato. PUBLICACIONES: DJBA 150, 253 - ED 171, 623. Tradução: “A doutrina das cargas probatórias dinâmicas foi amplamente recepcionada pela doutrina e pela jurisprudencia e se funda, entre outros preceitos, no deber de colaboração

³⁰⁸ Danilo Knijnik defende que a distribuição dinâmica do ônus da prova deriva dos deveres de lealdade e colaboração das partes, ou seja, de seu dever de conduzir-se no processo com probidade e boa-fé, colaborando entre si e com o juiz na adequada averiguação dos fatos de que depende a prolação de uma sentença justa. KNIJNIK, Danilo. Op. cit., p. 945.

³⁰⁹ MORELLO, Augusto Mario. Op. cit., p.59. O autor aduz que a mencionada prática omissiva é comum nos processos em que se discute a responsabilidade civil decorrente da má prática médica.

³¹⁰ Idem, ibidem, p.60.

Diante deste quadro, o juiz reparará a quebra do dever de cooperação, de acordo com as particularidades do caso e a conduta das partes, julgando contra seu infrator. Em outras palavras, o magistrado deverá tomar a falta de cooperação ativa da parte como um indício a partir do qual poderá presumir, de acordo com as demais provas dos autos, a veracidade dos fatos alegados pelo adversário³¹¹⁻³¹².

O Direito Processual Civil, em nossa época, é uma instituição do Estado e se este último encarna a organização social, o primeiro reflete as ideias éticas e políticas que caracterizam uma sociedade³¹³.

O devido processo legal requer a conjugação do trabalho dos sujeitos processuais. Todos estes devem contribuir adequadamente para o esclarecimento probatório, por meio de atitude útil, conforme com as suas possibilidades reais de atuação. Assim, eventual postura omissiva constitui abuso do direito de defesa³¹⁴.

O princípio dispositivo, que impera em matéria de prova, não pode ser empregado, por falta de cooperação, em prejuízo da verdade nem do resultado adequado e desejado da justiça³¹⁵.

A teoria das cargas dinâmicas tem evoluído no sentido de só se admitir o afastamento das normas legais sobre distribuição do ônus de prova quando sua aplicação for manifestamente injusta, em casos excepcionais. Mesmo assim, ainda que seja imposto ônus de prova àquele que tem melhores condições de atendê-lo, o juiz deve ser especialmente cuidadoso ao valorar os resultados da prova, porque a parte que a produziu, por ser tecnicamente superior, está em condições de desvirtuá-la, de manipulá-la em seu benefício³¹⁶.

A distribuição dinâmica consiste em sistema excepcional, a ser empregado exclusivamente nas situações em que a distribuição estática e legal não for adequada por

³¹¹ Idem, ibidem, p.60-61.

³¹² Nesse sentido, o art. 163, inciso 5º, apartado 2, do CPC argentino dispõe que: “Art. 163. – *La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener: (...) 5) Los fundamentos y la aplicación de la Ley. (...) La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones.* ARGENTINA. *Código Procesal y Comercial de La Nación*. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>>. Acesso em 26 dez. 2012. Tradução: “A conduta observada pelas partes durante a tramitação do processo poderá constituir um elemento de convicção corroborante das provas, para julgar a procedência das respectivas pretensões.” (Tradução nossa).

³¹³ MORELLO, Augusto Mario. Op. cit., p.62.

³¹⁴ Idem, Ibidem, p.63.

³¹⁵ Idem, Ibidem., p.63.

³¹⁶ PEYRANO, Jorge Walter. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge W (Coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 19-25 apud DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. II. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p.99.

acarretar prova cuja produção é impossível ou extremamente difícil à parte inicialmente onerada³¹⁷⁻³¹⁸. Assim, “não bastará sustentar ou provar que uma parte se encontra em melhor posição para a produção da prova se, assim mesmo, não se tiver evidenciado que quem o invoca não tem modos de produzi-la”³¹⁹⁻³²⁰. Este entendimento foi adotado pelo art. 217 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* da Espanha (*Ley* 1/2000). O mencionado dispositivo atribui ao autor e ao reconvinente o ônus de provar os fatos constitutivos de seu alegado direito, ao passo que imputa ao réu e ao autor reconvinido o encargo de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do adversário, mas prevê a possibilidade de certa flexibilização desta regra, segundo a avaliação do tribunal quanto à disponibilidade e a facilidade probatória de cada uma das partes litigantes³²¹⁻³²²

³¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. In: *Revista dialética de direito processual*, São Paulo: Dialética, n. 31, p. 9-18, out. 2005 Apud DIDIER JR., Fredie. *Ibid.*, p.100.

³¹⁸ KNIJIK, Danilo. *Op. cit.*, pp. 946-947.

³¹⁹ BARBERIO, Sergio José. *Cargas probatorias dinámicas: que debe probar el que no puede probar?* In: PEYRANO, Jorge W (Coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 101 apud KNIJIK, Danilo. *Op. cit.*, p. 947.

³²⁰ Nesse sentido, já se manifestou a Suprema Corte da Província de Buenos Aires: “*La doctrina de las llamadas cargas probatorias dinámicas no puede aplicarse con carácter general e indiscriminado; es residual porque constituye un apartamiento excepcional de las normas legales que gobiernan la distribución del onus probandi (art. 375 del C.P.C.). Sólo es aceptable cuando la aplicación mecánica o rígida de la ley conduzca a resultados iníquos, lo que debe demostrar quien lo afirma.*”. ARGENTINA. Província de Buenos Aires. *Suprema Corte de Justicia*. CC0002 SI 88348 RSD-73-2 S 9-4-2002 , Juez MALAMUD (SD). CARATULA: Barbalace, Juan Carlos c/ Jockey club hipódromo de San Isidro s/ Daños y perjuicios. MAG. VOTANTES: Malamud-Krause-Bialade. Sem referência à publicação em diário oficial. Disponível em <<http://www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is>>. Acesso em 11 jan. 2013. Tradução: “A doutrina das chamadas cargas probatórias dinâmicas não pode ser aplicada com caráter geral e indiscriminado; é residual porque constitui um afastamento excepcional das normas legais que governam a distribuição do *onus probandi* (art. 375 do C.P.C.). Só é aceitável quando a aplicação mecânica ou rígida da lei conduza a resultados iníquos, o que deve ser demonstrado por quem o afirma”. (Tradução nossa). A decisão faz referência ao art. 375 do *Código Procesal Civil y Comercial de Buenos Aires* que dispõe no mesmo sentido do art. 377 do *Código Procesal Civil y Comercial de La Nación*, acima transcrito. ARGENTINA. Província de Buenos Aires. *Código Procesal Civil y Comercial de Buenos Aires*. Disponível em <<http://www.eft.com.ar/legislac/argentina/bsasprov/codigo-procesal-civil-y-comercial-de-buenos-aires.htm>>. Acesso em 11 jan. 2013.

³²¹ AZÁRIO, Márcia Pereira. Dinamização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro. 2006. 200f. (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. f. 135-136. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/7478/000545981.pdf?sequence=1>>. Acesso em 29 dez. 2012.

³²² O art. 217 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola dispõe: “*Artículo 217. Carga de la prueba.*

1. *Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.*

2. *Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición.*

3. *Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.*

O legislador espanhol inspirou-se na doutrina das *cargas probatorias dinámicas*, amplamente divulgada e utilizada no meio jurídico argentino, para adotar expressamente a teoria na nova *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, uma vez que buscava conferir maior efetividade à tutela jurisdicional³²³⁻³²⁴.

A teoria dinâmica dos ônus probatórios foi introduzida na Espanha por alguns doutrinadores daquele país, a exemplo de Eugenio Llamas Pombo³²⁵, sobretudo no campo da responsabilidade civil por ato médico, que, entretanto, lhe atribuíram nome distinto – regra ou princípio da facilidade probatória. A doutrina foi amplamente adotada pelos juízes espanhóis que atraídos pelas possibilidades que lhes oferece este instituto frente a questões de prova difícil ou carentes de material probatório, adotaram e aplicaram sem reservas o dinamismo em matéria de ônus da prova, sobretudo considerando a disponibilidade e facilidade probatória que corresponde a cada uma das partes litigantes³²⁶.

A regra sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova não constava do anteprojeto da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, tendo sido incluída após, em razão de

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.

7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.”.

ESPAÑA. *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*. Disponível em <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/lec/L1T5bis.htm>>. Acesso em 29 dez. 2012.

³²³ PEYRANO, Marcos L. *La teoría de las cargas probatorias dinámicas en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000)* In: *Cargas Probatorias Dinámicas: Santa Fe: Rubinzal-Culzoni*, 2004, p.179-193. Apud AZÁRIO, Márcia Pereira. Op. cit., p. 136-137.

³²⁴ De fato, a exposição de motivos da mencionada lei dispõe que “*El derecho de todos a una tutela judicial efectiva, expresado en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución, coincide con el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad*”. ESPAÑA. *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/lec/L1T5bis.htm>>. Acesso em 29 dez. 2012. Tradução: “O direito de todos a uma tutela judicial efetiva, expressado no parágrafo primeiro do artigo 24 da Constituição, coincide com o desejo e com a necessidade social de uma justiça civil nova, caracterizada precisamente pela efetividade”. (Tradução nossa). A observação é feita em AZÁRIO, Márcia Pereira. Op. cit., p.136.

³²⁵ POMBO, Eugenio Llamas. *La responsabilidad civil del medico: aspectos tradicionales e modernos*, Madrid: Trivium, 1988.

³²⁶ PEYRANO, Marcos L. *La teoría de las cargas probatorias dinámicas en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000)* In: *Cargas Probatorias Dinámicas: Santa Fe: Rubinzal-Culzoni*, 2004, p.186 apud AZÁRIO, Márcia Pereira. Op. cit., p. 136.

críticas de doutrinadores a exemplo de Joan Picó i Junoy³²⁷ e por solicitação dos magistrados que assim se manifestaram através do *Pleno del Consejo General del Poder Judicial* em sessão de 11 de maio de 1998³²⁸.

A semelhança do que ocorre no art.217 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, o art.380 do Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro³²⁹ mantém a regra geral sobre o ônus da prova existente no CPC/1973, mas abre ao juiz a possibilidade de distribuir o ônus da prova de modo diverso, mediante decisão fundamentada, visando a evitar a prova diabólica, ou simplesmente porque se afigura mais fácil à contraparte desincumbir-se do ônus probatório. Assim, de acordo com o dispositivo, os pressupostos para a dinamização não são cumulativos, mas alternativos. Não concordamos com esta opção do legislador: possibilitar a dinamização do ônus da prova pelo simples fato de ser mais fácil à contraparte desincumbir-se deste, quando a parte inicialmente onerada poderia fazê-lo sem grande dificuldade, sacrifica a segurança jurídica e prolonga o processo, ao gerar discussão acerca da facilidade na produção da prova, desnecessariamente. Segundo o art. 380 do Projeto do Novo CPC, o órgão jurisdicional somente poderá dinamizar o ônus da prova quando a contraparte puder desincumbir-se do encargo mediante esforço razoável. Em outras palavras, o juiz não pode dinamizar o ônus da prova quando a produção da prova for impossível ou extremamente difícil para ambas as partes.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pode e deve ser aplicada, mesmo na vigência do art.333 do CPC/1973, já que não existe qualquer óbice constitucional ou infraconstitucional à utilização desta doutrina no direito brasileiro. Além disso, sua aplicação se impõe, em determinados casos, tendo em vista os direitos

³²⁷ PEYRANO, Marcos L. *La teoría de las cargas probatorias dinámicas en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000)* In: *Cargas Probatorias Dinámicas: Santa Fe*: Rubinzal-Culzoni, 2004, p.188. Apud AZÁRIO, Márcia Pereira. Op. cit., p. 136.

³²⁸ AZÁRIO, Márcia Pereira. Op. cit., p. 136.

³²⁹ O dispositivo está assim redigido: “Art. 380. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 8.046/2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 27 mar. 2014.

fundamentais à prova e à tutela jurisdicional adequada e efetiva, bem como o dever do órgão jurisdicional de auxiliar a parte na remoção de qualquer obstáculo à produção da prova e por ser meio necessário a assegurar a paridade de armas no processo civil³³⁰. O CPC/1973 atribuiu ao juiz a iniciativa probatória em seu art. 130 para garantir a igualdade substancial entre os litigantes, não havendo motivo para que essa mesma igualdade não se reflita na distribuição do ônus da prova³³¹.

O art.359, do CPC/1973, que sanciona a injustificada falta de colaboração da parte em exibir documento ou coisa com a presunção legal e relativa de veracidade dos fatos alegados pelo adversário, conduz ao mesmo resultado prático da distribuição dinâmica do ônus da prova. O mesmo se pode dizer quanto ao art. 232 do Código Civil, segundo o qual “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”. Este dispositivo permite ao juiz presumir a veracidade dos fatos que a parte pretendia provar por meio do exame médico³³².

O juiz deve dinamizar o ônus da prova quando a parte houver sido encarregada de produzir prova diabólica, por uma das seguintes razões: a) por encontrar-se em situação de hipossuficiência probatória, já que o adversário goza de posição privilegiada – por dispor de conhecimento técnico especial ou por ter em seu poder importantes fontes de prova (ex.: médico que detém o prontuário e os exames do paciente); b) ou em virtude da *inacessibilidade da prova*, decorrente de conduta culposa ou desleal (por falta de cooperação/ colaboração) do seu adversário – sendo que a conduta desleal que dificulta o acesso à prova deve ser punida e só aquela que inviabiliza o acesso à prova deve conduzir à dinamização do ônus probatório. O encargo de produzir prova impossível ou excessivamente difícil estabelecido pela regra geral é o requisito material da dinamização do ônus da prova³³³⁻³³⁴.

O art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor³³⁵ fundamenta a distribuição dinâmica do ônus da prova, no Brasil. Sua aplicação não deve se restringir aos conflitos decorrentes das relações de consumo, devendo abranger todos os litígios

³³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2010, p.103.

³³¹ KNIJIK, Danilo. Op. cit., p. 947-948.

³³² KNIJIK, Danilo. Op. cit., p. 947-948.

³³³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 100.

³³⁴ KNIJIK, Danilo. Op. cit., p. 947.

³³⁵ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”. BRASIL. Lei n.º 8.078/1990. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

em que uma das partes encontre-se impossibilitada de produzir determinada prova, podendo a outra fazê-lo sem maiores dificuldades, tendo em vista os princípios constitucionais da igualdade das partes e do devido processo legal³³⁶⁻³³⁷.

A não incidência da regra geral do art.333, CPC/1973 a determinados casos concretos excepcionais tem como fundamento o postulado normativo da razoabilidade, na acepção de equidade, pois, embora as condições previstas na hipótese do art. 333, CPC estejam presentes nestes casos, a aplicação da regra é excluída pela existência de princípios constitucionais que instituem razões contrárias³³⁸⁻³³⁹.

O sujeito que está em melhores condições de produzir a prova é aquele que se encontra em uma posição privilegiada ou destacada em relação ao material probatório e em face de sua contraparte³⁴⁰, ou seja, é aquele que se encontra em melhor posição para revelar a verdade em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar de posse da coisa ou instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova. Por esta razão, seu dever de colaboração se acentua, a ponto de atribuir-lhe uma carga probatória que, em princípio, segundo as regras clássicas não

³³⁶ CARNEIRO, P. C. P. Op. cit., p. 73-75. No mesmo sentido, o Leonardo Greco aduz que: “[...] a parte não pode ter prejudicado o seu acesso à tutela jurisdicional em razão da dificuldade de produzir a prova dos fatos que a ela interessam, em razão das regras que distribuem os ônus da prova. A doutrina e a jurisprudência vêm aconselhando, nesses casos, a inversão do ônus da prova, como meio de restabelecer o equilíbrio entre as partes no acesso à tutela jurisdicional efetiva, repudiando as chamadas provas diabólicas, ou de produção impossível, que põem uma das partes em indevida posição de vantagem, incompatível com a garantia do contraditório”. GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo – o processo justo. Disponível em <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 11 jan. 2011.

³³⁷ Em sentido contrário, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero entendem que não se pode confundir a distribuição dinâmica do ônus da prova com a inversão do citado ônus, já que: “só se pode inverter o que está vertido – vale dizer, aquilo que já está estabelecido. A dinamização do ônus da prova ocorre mediante declaração judicial. A inversão mediante constituição, porque há alteração de algo já instituído”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 104.

³³⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 143.

³³⁹ Sobre este princípio, Humberto Bergmann Ávila aduz que: “Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. Nessas hipóteses as condições de aplicação da regra são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim, não é aplicada. [...] Essa concepção de razoabilidade corresponde aos ensinamentos de Aristóteles, para quem a natureza da equidade consiste em ser um corretivo da lei quando e onde ela é omissa por ser geral. Essas considerações levam à conclusão de que a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras como decorrência do princípio da justiça (“Preâmbulo” e art. 3º da CF)”. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 176.

³⁴⁰ KNIJIK, Danilo. Op. cit., p. 947.

teria³⁴¹. Este é o caso típico do médico, em poder de quem se encontra o prontuário, os exames ou mesmo o relatório do que sucedeu na sala de cirurgia³⁴²⁻³⁴³.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já aplicou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em caso de erro médico³⁴⁴.

Mas não é só no campo da responsabilidade profissional que se observa a difusão da doutrina da carga dinâmica da prova³⁴⁵. Os tribunais brasileiros costumam aplicar esta teoria em ações declaratórias de inexistência de contratos de consumo quando o autor/ consumidor alega em sua petição inicial que o réu/ fornecedor lhe enviou ou entregou, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou lhe forneceu qualquer serviço, em afronta ao art.39, III, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor)³⁴⁶.

³⁴¹ BARBERIO, Sergio José. *Cargas probatorias dinâmicas: que se debe proba rel que no puede probar?* In: PEYRANO, Jorge W. *Cargas probatorias dinámicas*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 101. Apud KNIJIK, Danilo. Op. cit., p. 947.

³⁴² KNIJIK, Danilo. Op. cit., p. 947.

³⁴³ No mesmo sentido, Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior defende que: “Não se há de exigir do autor, que se afirma vítima de erro médico, que prove a culpa do cirurgião, senão que a este cumprirá demonstrar de que se utilizou de todos os meios adequados da técnica e da ciência, no momento de relevo. O cirurgião está em situação inequivocamente superior, não apenas em razão de seus conhecimentos técnico-científicos, mas também porque, em determinadas circunstâncias (como quando sob anestésico o paciente), apenas ele, dentre os figurantes da relação, tem condições de alguma demonstração”. DALL’AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n.788, pp. 92-107, jun. 2001.

³⁴⁴ Trata-se do Recurso Especial n.º 69.309/SC, relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Em seu voto o relator observa: “[...] o v. acórdão apontou para a falta de provas dos réus, quanto à regularidade dos procedimentos adotados, pois dispunham dos meios para elucidar as circunstâncias do fato. Constatou do acórdão por transcrição: ‘A prova da regularidade do comportamento está em mãos do hospital, que deve cuidar de sempre ser preciso nos relatórios, fichas de observação, controle, tratamento, remédios ministrados e tudo o mais que possa ilustrar cada caso’.

Assim ponderando, sem deixar de fundamentar sua conclusão na prova existente nos autos sobre os requisitos da responsabilidade civil, que analisou, o v. acórdão apenas se colocou ao lado da orientação que hoje predomina na matéria sobre culpa médica, que é a da teoria dinâmica (da carga) da prova, segundo a qual cabe ao profissional esclarecer o juízo sobre os fatos da causa, pois nenhum outro tem como ele os meios para comprovar o que aconteceu na privacidade da sala cirúrgica. [...]”. DALL’AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Op. cit., p. 101. A ementa do REsp n.º 69.309/SC dispõe: “RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CLINICA. CULPA. PROVA. 1. NÃO VIOLA REGRA SOBRE A PROVA O ACORDÃO QUE, ALEM DE ACEITAR IMPLICITAMENTE O PRINCIPIO DA CARGA DINAMICA DA PROVA, EXAMINA O CONJUNTO PROBATORIO E CONCLUI PELA COMPROVAÇÃO DA CULPA DOS REUS. 2. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CLINICA, INICIALMENTE PROCURADA PELO PACIENTE. 3. JUNTADA DE TEXTOS CIENTIFICOS DETERMINADA DE OFICIO PELO JUIZ. REGULARIDADE. 4. RESPONSABILIZAÇÃO DA CLINICA E DO MEDICO QUE ATENDEU O PACIENTE SUBMETIDO A UMA OPERAÇÃO CIRURGICA DA QUAL RESULTOU A SECÇÃO DA MEDULA. 5. INEXISTENCIA DE OFENSA A LEI E DIVERGENCIA NÃO DEMONSTRADA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 69309/SC da Quarta Turma, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, j. 18/06/1996, DJ 26/08/1996, p. 29688. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 08 jun. 2014.

³⁴⁵ DALL’AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Op. cit., p. 102.

³⁴⁶ Nesse sentido: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Sexta Turma Especializada. Apelação cível n.º 555.178, j. 08/10/2012, E-DJF2R 18/10/2012. Disponível em

A Lei 9.656/1998, que regula os planos de saúde, estabelece, em seu art. 11, *caput*³⁴⁷, que a operadora pode negar cobertura nos primeiros vinte e quatro meses de contrato (período de carência), desde que fique provado que o segurado tinha conhecimento da doença ou lesão. Estabelece a lei, então, que o ônus da prova do conhecimento da doença preexistente é da operadora do plano de saúde. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito da matéria é no sentido de que se a operadora não custeou exames que permitissem a verificação da preexistência de alguma doença não pode se eximir de arcar com o custo de eventual tratamento do segurado³⁴⁸⁻³⁴⁹.

Parte da doutrina defende que o ônus da prova quanto ao conhecimento por parte do consumidor de lesão ou doença preexistente à celebração de contrato de plano de saúde deve ser distribuído de forma dinâmica, nos casos em que seja extremamente difícil ou impossível à parte inicialmente onerada – no caso a operadora do plano – produzir esta prova³⁵⁰. Entendemos, com a devida vênia, que esta solução dificulta

<http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=base_jur:v_juris>. Acesso em 10 jan. 2013.

³⁴⁷ O art.11, *caput*, da Lei n.º 9.656/1998, com a redação da Medida Provisória n.º 2.177-44/2001, dispõe que: “Art.11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário”. BRASIL. Lei n.º 9.656/1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em 08 jan. 2012.

³⁴⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit, p.17-18. Nesse sentido, o seguinte precedente: “[...] 2. Não comprovada a má-fé do segurado quando da contratação do seguro saúde e, ainda, não exigida, pela seguradora, a realização de exames médicos, não pode a cobertura securitária ser recusada com base na alegação da existência de doença pré-existente. [...]”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. AgRg no AREsp 177.250/MT, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23/10/2012, DJe 30/10/2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=177250&b=ACOR>. Acesso em 09 jan. 2013.

³⁴⁹ A jurisprudência do STJ em matéria de seguro de vida é no mesmo sentido: se a seguradora não exigiu do segurado a realização de exames para detectar eventual doença preexistente, não pode se recusar a pagar aos beneficiários o valor do seguro, alegando a má-fé do segurado, que teria deixado de informar sobre a doença. Nesse sentido o seguinte precedente: “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. RECUSA DA COBERTURA. DOENÇA PRÉ-EXISTENTE. MÁ-FÉ. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE EXAMES PRÉVIOS. 1. Não tendo sido exigida, pela seguradora, a realização de exames médicos, não pode a cobertura securitária ser recusada com base na alegação de má-fé do segurado pela omissão da existência de doença pré-existente. Precedentes específicos. [...]”.BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. AgRg no REsp 1.186.876/PB, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 14/08/2012, DJe 20/08/2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=doen%E7a+e+preexist+e+exame&b=ACOR>. Acesso em 09 jan. 2012.

³⁵⁰ Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara afirma que não há exame capaz de identificar todas as doenças. Ainda segundo este doutrinador, o custo de um exame que diminuísse a níveis suportáveis o risco de se contratar com quem tenha doença preexistente seria imenso, o que inviabilizaria a empresa, já que esta tem por objetivo o lucro. A sociedade empresária acabaria repassando aos consumidores os custos desses exames, o que acarretaria aumento dos valores atualmente praticados. Neste contexto, o

demais o acesso do consumidor à justiça, primeiro porque envolve a realização de uma perícia, que encareceria sobremaneira o custo do processo e segundo porque não é razoável supor que o consumidor saberia, antes da celebração do contrato de seguro-saúde, qual exame deveria realizar para detectar sua eventual doença preexistente, sem que a operadora o tenha orientado. Assim, concordamos com a solução em que se encaminhou a jurisprudência do STJ.

Requisito formal para a redistribuição do ônus da prova é que o julgador o faça por decisão prévia e fundamentada, já que, somente assim, a parte onerada disporá do tempo necessário para atender o encargo, preservando-se o contraditório e a segurança jurídica e evitando-se a prova diabólica reversa³⁵¹⁻³⁵².

O ônus da prova nunca deve ser dinamizado na sentença³⁵³. Se for o caso, o juízo deve fazê-lo na decisão que declara saneado o processo, antes do início da fase

mencionado doutrinador defende que a melhor solução seria promover uma distribuição dinâmica do ônus da prova, atribuindo-se ao beneficiário do plano o ônus da prova quanto ao momento em que tomou conhecimento da doença. Assim, caberia à operadora demonstrar qual é o exame que normalmente é feito para diagnosticar com precisão a doença de que sofre o beneficiário, cabendo a este, então, demonstrar quando fez tal exame, o que permitiria estabelecer o momento em que tomou conhecimento da doença. Entretanto, o autor adverte que aquele que está em melhores condições de provar está, também, em melhores condições de desvirtuar a prova. Pode acontecer de o beneficiário não apresentar o exame através do qual realmente tomou conhecimento da doença, mas outro, realizado posteriormente. Daí a necessidade de que, através de perícia, se tente verificar se, pelo estágio de desenvolvimento da doença, é razoável supor que o beneficiário realmente não tivesse descoberto antes que dela sofria, ou que não tivesse feito aquele exame anteriormente. CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. In: *Revista dialética de direito processual*, São Paulo: Dialética, n. 31, pp.17-18, out. 2005.

³⁵¹ Nesse sentido, Danilo Knijnik anota que: “[...] Ao lado dos requisitos materiais, convém observar-se por igual os requisitos procedimentais à sua aplicação. De fato, caso dinamizado o ônus após o encerramento da instrução, sem oportunizar aos litigantes a produção de prova, complementar ou não, ter-se-ia situação de ofensa ao princípio do contraditório. [...] É dizer, o juiz, caso entenda por bem dinamizar o ônus, deverá previamente intimar as partes a respeito, fundamentando sua decisão, sob pena de caracterizar-se retroatividade oculta. Somente assim se poderá conciliar a dinamização com o princípio da segurança jurídica [...]”. KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Constituição e Processo: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 948 Apud DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 100.

³⁵² Nesse sentido, Daniel Mitidiero afirma que há duas condicionantes processuais para a dinamização do ônus da prova: motivação da decisão e atribuição do ônus da prova com a correlata oportunidade de provar. Segundo este autor, a fundamentação da decisão a propósito da dinamização do ônus da prova deve estar expressa nos autos, indicando a razão pela qual não incide o art.333, CPC/1973 e os motivos que levaram o órgão julgador a considerar que a parte a princípio desonerada da prova tem maior facilidade probatória diante do caso concreto. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 144.

³⁵³ No mesmo sentido dispõe a súmula n.º 91 do TJRJ: “A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 09 jun. 2013. Entretanto, o mesmo tribunal admite a inversão do ônus da prova na sentença, com base no art. 6º, VIII, CDC, nos processos de competência do Juizado Especial Cível (Lei n.º 9.099/1995). Assim, dispõe o Enunciado n.º 9.1.2 do Aviso TJ nº 23, de 02/07/2008: “A inversão do ônus

instrutória, para que a parte que recebeu o encargo possa dele se desincumbir ao longo desta etapa do processo³⁵⁴.

É necessário que o juiz, antes de proferir decisão dinamizando o ônus da prova, em atenção ao seu dever de consulta, decorrente do princípio da cooperação³⁵⁵ e do contraditório participativo³⁵⁶, informe à parte que não está inicialmente onerada que pretende atribuir a ela o encargo de provar, por entender ser impossível a seu adversário, mas exequível por parte dela a produção da prova. Assim, o magistrado deve dar à parte a qual pretende atribuir o encargo de provar a oportunidade de se manifestar e de produzir prova sobre a questão, eventualmente demonstrando ao juízo que o entendimento deste não corresponde à realidade. Dessa forma evitar-se-á que a dinamização do ônus da prova seja estabelecida por meio de uma decisão-surpresa³⁵⁷.

da prova nas relações de consumo é direito do consumidor (art. 6º, caput, C.D.C.), não sendo necessário que o Juiz advirta o fornecedor de tal inversão, devendo este comparecer à audiência munido, desde logo, de todas as provas com que pretenda demonstrar a exclusão de sua responsabilidade objetiva.” Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 09 jun. 2013. Entretanto, entendemos que o princípio da cooperação impõe ao juiz o dever de advertir o fornecedor sobre a obrigação deste de comparecer à audiência de instrução e julgamento do procedimento sumaríssimo munido de todas as provas de que disponha.

³⁵⁴ Nesse sentido, Eduardo Cambi observa que: “[...] esta preocupação com a colaboração processual deve estar presente durante todo o processo, não devendo ser utilizada pelo magistrado somente na fase decisória (arts. 130 e 263 do CPC). Quer com isto evitar decisões surpresas, que contrariam as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, forçando com que o juiz se preocupe com a distribuição da carga probatória a partir da defesa do demandado. Logo, a organização da atividade probatória (quais são os fatos controvertidos, a quem cabe demonstrar tais fatos e quais os meios probatórios serão utilizados) deve ser realizada na audiência preliminar (...) ou, na sua ausência, em decisão ordinatória (“saneadora”), anterior à fase instrutória. Seria um grande equívoco introduzir a distribuição dinâmica com base no princípio da solidariedade, mas, tal como faz grande parte da doutrina brasileira com relação à inversão do ônus da prova do art.6º, inc. VIII, CDC, percebê-lo como um critério de julgamento, a ser considerado pelo juiz somente no momento de sentenciar. Neste caso, a distribuição deixaria de ser solidária na medida em que daria ensejo às decisões surpresas: a facilidade na produção da prova deve ser reconhecida antes da decisão para que a parte onerada tenha amplas condições de provar os fatos controvertidos, evitando que, a pretexto de tutelar o bem jurídico coletivo, se retirem todas as oportunidades da defesa. [...]”. CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 340-346.

³⁵⁵ SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 93, n. 338, pp. 149-158, abr./ jun. 1997.

³⁵⁶ GRECO. *Instituições de processo civil*. v. II: *processo de conhecimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 90 e 91.

³⁵⁷ Daniel Mitidiero demonstra essa preocupação com o diálogo entre o juiz e as partes antes da dinamização do ônus da prova: “[...] O ideal é que essa organização prospectiva do processo em tema de prova se dê no quando da audiência preliminar (art.331, CPC), oralmente, em regime de diálogo entre as pessoas do juízo, ou, por escrito, à semelhante altura do processo. Nada obsta, porém, que se dinamize o ônus da prova em momento posterior, dê, é claro, que se lhe acompanhe a correlata oportunidade de provar. Vale dizer: em sendo o caso, reabra-se a fase instrutória, a fim de não se ferir o direito fundamental à prova no processo civil. Fora daí há “retroatividade oculta” da normativa sobre o ônus probatório o que é evidentemente vedado no direito processual civil brasileiro. [...]”. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 144.

O ônus da prova pode ser dinamizado durante a fase instrutória, desde que seja dada à parte que recebeu o encargo a necessária oportunidade para que possa dele se desincumbir. Caso a dinamização decorra da falta de colaboração da parte com a produção da prova que incumbe a seu adversário, ela deverá ocorrer, necessariamente durante a fase instrutória.

A redistribuição do ônus da prova não é permitida se implicar prova diabólica para a parte que passará a ter o ônus³⁵⁸⁻³⁵⁹⁻³⁶⁰⁻³⁶¹.

Quando a prova se tornar inviável em virtude de fato culposo da parte contrária o juiz deve dinamizar o ônus da prova, com base no art.359, I, do CPC/1973, desde que isto não implique, nas circunstâncias do caso, atribuir prova diabólica à contraparte³⁶². Importa salientar que somente é possível falar em culpa estrito senso (negligência, imprudência ou imperícia) quando a parte não houver extraviado ou incinerado o documento ou a coisa com o especial fim de impedir o esclarecimento da verdade.

A conduta desleal da parte que se recusa a colaborar com a instrução também pode levar à dinamização do ônus da prova. O autor, entretanto, adverte que o juiz somente deve inverter o ônus da prova, neste caso, se a desobediência aos deveres de cooperação impediu a produção da prova pela parte onerada. Caso a recusa em

³⁵⁸ KNIJIK, Danilo. Op. cit., p. 948.

³⁵⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 144.

³⁶⁰ Segundo Fredie Didier Jr.: “[...] Trata-se de um pressuposto negativo para a aplicação prática da teoria. Exatamente porque a existência de prova diabólica a autoriza, a redistribuição do ônus da prova, *in concreto*, não pode implicar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber”. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 101.

³⁶¹ O Tribunal Supremo da Espanha já decidiu no mesmo sentido: “[...] *La carga de la prueba de los hechos base de las causas de nulidad testamentaria alegadas corresponde a quién los invoca, teniendo carácter negativo para la contraparte, sin que a las circunstancias concretas del caso sean aplicables las doctrinas de la facilidad probatoria o de la "probatio diabólica", pues no resulta aceptable que la mera imposibilidad probatoria de situaciones hipotéticas se traduzca en un desplazamiento del "onus probandi" de su no ocurrencia para la contraparte, pues se habría requerido que ello fuere factible para ésta. [...]*”. ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia. Roj: STS 6336/2004. Id Cendoj: 28079110012004100917. Sección: 1. Nº de Recurso: 2651/1998. Nº de Resolución: 949/2004. Ponente: Jesus Corbal Fernandez. Disponível em <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=1933852&links=%222651/1998%22&optimize=20041028&publicinterface=true>>. Acesso em 01 jan. 2013. Tradução: “O ônus da prova dos fatos base das causas de nulidade testamentária alegadas incumbe a quem os invoca, tendo caráter negativo para a contraparte, sem que às circunstâncias concretas do caso sejam aplicáveis as doutrinas da facilidade probatória ou da prova diabólica, pois não é aceitável que a mera impossibilidade probatória de situações hipotéticas se traduza em um deslocamento do ônus da prova de sua não ocorrência para a contraparte, pois se teria requerido que isso fosse factível para esta”. (Tradução nossa).

³⁶² “[...] Eventual extravio ou incineração de parte dos documentos autoriza o reconhecimento da incidência do art. 359, I, do CPC. [...]”. BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 17ª Câmara Cível. Apelação Cível n.º 70010648103, rel. des. Alexandre Mussoi Moreira, j. 29/03/2005, DJ 01/06/2005. Cf., ainda, KNIJIK, Danilo. Op. cit., p. 948.

colaborar tenha apenas dificultado, mas não impedido a realização da prova, deve haver uma mitigação do encargo de provar, mas não a dinamização deste³⁶³⁻³⁶⁴.

O encargo de provar deve ser atribuído à parte que destruiu ou extraviou o meio de prova que seria usado pelo adversário inicialmente onerado, com o especial fim de impedir o esclarecimento da verdade, ainda que a destruição ou o extravio tenha tornado extremamente difícil ou impossível a produção da prova para ela própria. Essa conclusão deriva do princípio geral do direito segundo o qual ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Assim, se a parte destruiu ou extraviou o meio de prova com a intenção de impedir o esclarecimento da verdade, não pode alegar que a eliminação do referido meio inviabilizou a produção da prova.

A destruição ou o extravio intencional do meio de prova também pode ser tratada pelo juiz como um indício que leve à presunção relativa³⁶⁵ de veracidade dos fatos que o adversário pretendia provar através do documento ou da coisa³⁶⁶, nos termos do art. 359, CPC/1973.

O *American Law Institute* (ALI) e o *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT) estabeleceram entre seus Princípios de Processo Civil Transnacional que a falta de cooperação da parte com seu adversário na produção da prova a cargo deste pode levar à inversão do ônus de provar. Assim está redigida a mencionada diretriz normativa³⁶⁷.

³⁶³ KNIJIK, Danilo. Op. cit., p. 947.

³⁶⁴ Carlos Francisco de Oliveira Lopes do Rego chega à mesma conclusão ao comentar o art.344, n.º2, do Código Civil de Portugal de 1961. LOPES DO REGO, Carlos Francisco de Oliveira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 454-455 Apud PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Revista. Processo n.º 09A197. N.º convencional: JSTJ000. N.º do documento: SJ200903310001976. Relator: Fonseca Ramos. Julgado em 31/03/2009. Disponível em <<http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>>. Acesso em 31 dez. 2012. O art. 344, n.º2, do Código Civil português dispõe que: “Há também inversão do ônus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações”. PORTUGAL. Código Civil. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=200240>. Acesso em: 17 jun. 2014.

³⁶⁵ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart entendem que o art. 359, CPC/1973, trata de presunção relativa e não absoluta. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.518.

³⁶⁶ LOPES DO REGO, Carlos Francisco de Oliveira. Op. cit., pp. 454-455.

³⁶⁷ “21. *Burden and Standard of Proof*. 21.1 Ordinarily, each party has the burden to prove all the material facts that are the basis of that party’s case. 21.2 Facts are considered proven when the court is reasonably convinced of their truth. 21.3 When it appears that a party has possession or control of relevant evidence that it declines without justification to produce, the court may draw adverse inferences with respect to the issue for which the evidence is probative. Comment: P-21A The requirement stated in Principle 21.1 is often expressed in terms of the formula “the burden of proof goes with the burden of pleading.” The allocation of the burden of pleading is specified by law, ultimately reflecting a sense of fairness. The determination of this allocation is often a matter of substantive law. P-21B The standard of “reasonably convinced” is in substance that applied in most legal systems. The standard in the United

States and some other countries is “preponderance of the evidence” but functionally that is essentially the same. P-21C Principle 21.3 is based on the principle that both parties have the duty to contribute in good faith to the discharge of the opposing party’s burden of proof. See Principle 11. The possibility of drawing adverse inferences ordinarily does not preclude the recalcitrant party from introducing other evidence relevant to the issue in question. Drawing such inferences can be considered a sanction, see Principle 17.3, or a shifting of the burden of proof, see Principle 21.1. AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI) E O INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT). ALI/Unidroit Principles of Transnacional Civil Procedure. Disponível em <<http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>>. Acesso em 04 jan. 2013. Tradução livre: “21. Ônus e padrão da prova. 21.1. Ordinariamente, cada parte tem o ônus de provar todos os fatos materiais em que se baseiam suas alegações. 21.2. Os fatos são considerados provados quando a corte está razoavelmente convencida de sua veracidade. 21.3. Quando parecer que uma parte tem a posse ou controle de provas relevantes que ela se recusa a exibir sem justificativa, a corte pode tirar conclusões desfavoráveis [à parte] a respeito da questão para a qual a prova se faz necessária. Comentário: P-21A O requerimento feito no Princípio 21.1 é frequentemente expresso nos termos da fórmula “o ônus da prova acompanha o ônus da alegação.” A alocação do ônus da alegação é especificada pela lei, em última análise, refletindo um sentimento de justiça. A determinação dessa alocação é frequentemente uma questão de direito material. P-21B O padrão de “razoavelmente convencido” é substancialmente aquele aplicado na maioria dos sistemas legais. O padrão nos Estados Unidos e em alguns outros países é o da “preponderância da evidência”, mas funcionalmente isso é essencialmente o mesmo. P-21C O Princípio 21.3 está baseado no princípio de que ambas as partes têm o dever de contribuir de boa-fé para o cumprimento do ônus de provar da parte adversária. Veja o princípio 11. A possibilidade de tirar conclusões desfavoráveis não impede a parte recalcitrante de produzir outras provas relevantes para a matéria em questão. Extrair estas conclusões pode ser considerado uma sanção, veja o princípio 17.3, ou uma inversão do ônus da prova, veja o princípio 21.1”.

5 O DEVER DAS PARTES E DOS TERCEIROS DE COOPERAR PARA O DESCOBRIMENTO DA VERDADE DOS FATOS E SEUS LIMITES

O dever das partes e dos terceiros de colaborar com o descobrimento dos fatos relevantes para o processo decorre do princípio da cooperação e do direito fundamental à prova, mas não é absoluto. Ele encontra limites em outras normas constitucionais, tais como a dignidade humana, a privacidade, o direito de não se autoincriminar, a proteção da confiança profissional, a proteção da solidariedade familiar e o interesse público.

5.1 Dignidade humana e privacidade

A dignidade humana, erigida como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal de 1988³⁶⁸, constitui direito fundamental inalienável, sendo, portanto, a fronteira que a investigação da verdade não pode transpor em hipótese alguma. Em uma sociedade democrática, é vedado ao cientista realizar “experiências degradantes, que violem a liberdade de consciência ou de vontade do ser humano, que exponham publicamente os aspectos mais íntimos da sua personalidade ou o submetam a tratamento humilhante, doloroso ou cruel”. A referida interdição, estabelecida pelo art. 7º do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, vigente no Brasil³⁶⁹, também se aplica ao processo judicial³⁷⁰.

Consequência da dignidade humana é o direito à privacidade, que foi consagrado em várias convenções internacionais de Direitos Humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas³⁷¹, a Convenção Europeia dos Direitos

³⁶⁸ Cf. art. 1º, III, CF/1988.

³⁶⁹ “Art. 7º. Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas”. BRASIL. Decreto n.º 592/1992: promulga o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 28 mai. 2014.

³⁷⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 120.

³⁷¹ “Art. 17. 1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas”. BRASIL. Decreto n.º 592/1992: promulga o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 28 mai. 2014.

do Homem³⁷² e a Convenção Americana de Direitos Humanos³⁷³. Não obstante, todas elas aceitam limitações a este direito³⁷⁴.

A jurisprudência constitucional alemã criou a denominada teoria dos três graus de proteção da privacidade, visando a estabelecer critérios para a ponderação entre a proteção da privacidade e outros interesses que viessem a contrariá-la³⁷⁵.

As provas que dizem respeito à relação do ser humano consigo mesmo estão abrangidas pelo primeiro e mais intenso grau de proteção da privacidade que “é intangível, indisponível, insuscetível de ponderação, porque sem ele não há respeito à dignidade humana”. Dessa forma, o diário no qual um ser humano anota a descrição de acontecimentos ou a sua opinião sobre coisas, pessoas, ou fatos, para sua própria lembrança, faz parte do denominado *direito de domínio da informação*, que é impenetrável por qualquer outra pessoa sem o seu expresso consentimento. Da mesma forma, o direito ao conhecimento do próprio corpo, já que não existe interesse público ou alheio, por mais relevante, que possa justificar forçar alguém a exhibir o próprio corpo. Assim, o juízo não pode determinar a realização de exames de sangue ou de DNA somente para apurar características do próprio portador para avaliar a sua capacidade de entendimento ou de vontade. Da mesma maneira, muitas informações integrantes do primeiro grau de proteção da privacidade encontram-se guardadas na casa da pessoa. Assim, as buscas domiciliares autorizadas pela Constituição devem sempre respeitá-las. A liberdade de expressão também faz parte desse núcleo mais forte da privacidade. Assim, uma pessoa só pode confessar um fato por sua livre e espontânea vontade, não podendo ser forçada a fazê-lo de nenhuma maneira, seja por meio de

³⁷² “Art. 8º. Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”. CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2014.

³⁷³ “Art. 11. Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”. BRASIL. Decreto n.º 678/1992: promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 28 mai. 2014.

³⁷⁴ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 121.

³⁷⁵ Idem, ibidem, p. 122.

detectores de mentiras, tortura, grave ameaça, hipnose ou pela administração de drogas que enfraqueçam a vontade do declarante³⁷⁶.

O segundo grau de proteção da privacidade corresponde a relações e vínculos de identificação pessoal do seu titular com outros sujeitos da comunidade e está sujeito a ponderação, podendo ser sacrificado em benefício de valores ou interesses superiores no caso concreto. Exames de sangue ou de DNA podem ser determinados pelo juízo, desde que se destinem a demonstrar uma relação jurídica do examinando com outras pessoas da comunidade³⁷⁷.

O sigilo fiscal, regulamentado pelo art. 198 do Código Tributário Nacional, com a redação estabelecida pela Lei Complementar n.º 104/2001³⁷⁸, integra o segundo grau de proteção da privacidade, por dizer respeito somente a relações mantidas entre pessoa a que se referem e a Administração Tributária. Assim, o juiz pode afastá-lo num juízo de ponderação em face do direito material perseguido pela parte no processo judicial³⁷⁹.

O sigilo bancário, disciplinado pela Lei Complementar n.º 105/2001 também integra o segundo grau de proteção da privacidade³⁸⁰.

As conversas privadas compõem a privacidade de segundo grau porque se trata de informação decorrente de relação de um sujeito com outro³⁸¹.

A interceptação das comunicações telefônicas não pode, em regra, ser utilizada como meio de prova no processo civil, já que, nos termos do art. 5º, inciso XII, CF e do art.1º da Lei 9.296/1996, a mesma só pode ser executada por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Já o art. 2º, inciso III, da Lei 9.296/1996 estabelece que a

³⁷⁶ Idem, ibidem, p.122.

³⁷⁷ Idem, ibidem, p.123.

³⁷⁸ “Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. § 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. § 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. § 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a: I – representações fiscais para fins penais; II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; III – parcelamento ou moratória”. BRASIL. Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172/1966). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 05 nov. 2012.

³⁷⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.122-123.

³⁸⁰ Idem, ibidem, p.122-123.

³⁸¹ Idem, ibidem, p.123.

interceptação telefônica só pode ser utilizada para a investigação de crimes punidos com pena de reclusão³⁸²⁻³⁸³.

A gravação da conversa telefônica feita por um dos interlocutores não constitui interceptação telefônica e pode ser usada em qualquer processo civil e na investigação de quaisquer infrações penais. A interceptação telefônica vedada pelo art.5º, XII, CF é a gravação da conversa telefônica feita por um terceiro³⁸⁴. Dessa forma, a exibição em juízo de gravação de atendimento ao consumidor por meio do Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) não viola a privacidade do fornecedor.

O fornecedor deve disponibilizar ao consumidor as gravações do SAC quando este as requerer, pelo prazo mínimo de 90 dias³⁸⁵. Quando a empresa se recusar a fazê-

³⁸² BRASIL. Lei 9.296/1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm>. Acesso em: 09 jun. 2014.

³⁸³ A legislação alemã e a lei portuguesa tratam a interceptação telefônica de forma igualmente restritiva, visando a proteger o direito do investigado à privacidade. “O direito germânico somente permite a escuta telefônica para apuração de determinados crimes excepcionalmente graves”, relacionados no § 100a do Código de Processo Penal. “Enumeração taxativa é também feita pelo direito português no art. 187º do seu Código de Processo Penal. A suspeita da prática de um desses crimes deve fundar-se em fatos determinados. O recurso à escuta pressupõe que a apuração do crime seja impossível ou extremamente difícil por qualquer outro meio. As escutas devem-se limitar aos próprios investigados ou a pessoas em relação às quais há indícios, baseados em fatos determinados, de que recebem ou transmitem comunicações provenientes dos investigados ou a eles destinadas ou cujos telefones utilizem os investigados. O dispositivo citado do código português proíbe a escuta de conversas ou comunicações entre o investigado e seu defensor, ‘salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objeto ou elemento de crime’. Quanto ao conhecimento de outros fatos revelados pela escuta, alheios aos que a motivaram, exige-se para que sirva de prova que se trate de fatos de natureza criminosa igualmente relacionados como particularmente graves e que não haja outro meio de apurá-los”. GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p.123. Cf., ainda, PORTUGAL. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iv-leis-criminais/leis-processuais/codigo-de-processo-penal/diplomas-que-publicam>>. Acesso em: 09 jun. 2014 e ALEMANHA. *Strafprozeßordnung* (StPO). Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>>. Acesso em: 09 jun. 2014.

³⁸⁴ Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ): “Processo civil. Prova. Gravação de conversa telefônica feita pela autora da ação de investigação de paternidade com testemunha do processo. Requerimento de juntada da fita, após a audiência da testemunha, que foi deferido pelo juiz. Tal não representa procedimento em ofensa ao disposto no art. 332 do CPC, pois aqui o meio de produção da prova não é ilegal, nem moralmente ilegítimo. Ilegal é a interceptação, ou a escuta de conversa telefônica alheia. Objetivo do processo, em termos de apuração da verdade material (“a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa”). Recurso especial não conhecido. Votos vencidos”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp. n.º 9.012/RJ, Relator: Min. Cláudio Santos. Relator para o acórdão: Min. Nilson Naves, j. 24/02/1997, DJ 14/04/1997, p. 12.735. No mesmo sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP): “O que a Constituição veda é a interferência de terceiro no interior do diálogo, sem a aceitação do comunicador ou do receptor. Aquilo que se denomina de interceptação, dando azo à gravação clandestina. Mas a conversa regular entre duas pessoas que se aceitam como comunicador e receptor, em livre expressão do pensamento, admite gravação por uma das partes, assim como seria possível gravar a teor de conversações, sem uso de aparelho telefônico”. TJSP, in RT 693/341.

³⁸⁵ O art.15, §3º, do Decreto n.º 6.523/2008 dispõe que “É obrigatória a manutenção da gravação das chamadas efetuadas para o SAC, pelo prazo mínimo de noventa dias, durante o qual o consumidor poderá requerer acesso ao seu conteúdo”. BRASIL. Decreto n.º 6.523 de 31 de julho de 2008. Regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao

lo, o consumidor terá interesse em exigir sua exibição em juízo. Se o fornecedor não cumprir a ordem judicial de exibição nem apresentar qualquer escusa legítima no prazo de cinco dias³⁸⁶, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que o consumidor pretendia provar por meio da gravação³⁸⁷. Trata-se de presunção *ope legis* relativa, podendo ser ilidida pelas demais provas dos autos³⁸⁸.

O juiz pode determinar a quebra do sigilo telefônico no processo civil ou permitir que sejam juntadas aos autos do feito cível gravações telefônicas realizadas no âmbito de um processo penal, sempre que esta medida seja adequada a proteger direito fundamental presente no caso concreto e que não possa ser tutelado de outra forma menos gravosa ao réu (necessidade/ exigibilidade) e desde que os benefícios trazidos pela medida sejam maiores do que o ônus imposto ao investigado (proporcionalidade em sentido estrito). Assim, o juiz de família pode determinar a interceptação das

Consumidor - SAC. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6523.htm>. Acesso em: 09 jun. 2014.

³⁸⁶ Cf. art. 357, CPC/1973.

³⁸⁷ Cf. art. 359, CPC/ 1973.

³⁸⁸ Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ): “AGRAVO INOMINADO na APELAÇÃO - CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - GRAVAÇÃO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO PELO RÉU, mantendo a sentença de procedência parcial condenando o réu a exhibir apresentar a gravação telefônica referente à reclamação registrada sob o nº 214077475087, em um prazo de 07 dias, sob pena de serem admitidos como verdadeiros os fatos. Sucumbência recíproca. Agravo interno oposto pela demandada repisando os argumentos defendidos em sua peça de apelo, notadamente quanto ao fato de não ser obrigada a manter as gravações dos contatos entre clientes e o SAC por período superior a 90 (noventa) dias, conforme artigo 15, § 3º, do Decreto 6523/08, que regulamentando a Lei 8.078/90, fixou as normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor. - Ausência de amparo à pretensão recursal. - A exibição de documentos é uma medida cautelar preparatória prevista no art. 844 do Código de Processo Civil, para a interposição de uma ação principal ou como incidente do processo (arts. 355 e ss.). - In casu, se trata de medida cautelar preparatória, advindo à sentença, determinando a vinda da ação principal. - Direito de informação ao consumidor contemplado no art. 6º, III do Código de Defesa do Consumidor. Assim tendo a apelada realizado reclamação através do serviço de atendimento de cliente, acerca da falha na prestação do serviço da apelante, através do protocolo descrito na inicial e a ré se recusado a fornecer cópia de gravação, possui a apelante o dever de apresentar prova tal gravação, a fim de se formar substrato líquido suficiente ao embasamento da inicial de ação de conhecimento. - Resistência da apelante ao pedido formulado pela demandante na via judicial o que implica na admissão da presunção da verdade dos fatos que se pretendem comprovar por meio daquela prova sonogada pela parte ex-adversa, restando este fato a única sanção processual cabível, não merecendo a sentença qualquer retoque. - O contato realizado pela demandante através do protocolo 214077475087 (fls. 37) fora feito em 28/03/2010, tendo a demanda sido ajuizada em 07/04/2010 - Dever da apelante em disponibilizar ao consumidor o conteúdo das conversas telefônicas, vez que não ultrapassado o prazo mínimo de 90 dias, em que é obrigatória a manutenção da gravação das chamadas efetuadas, conforme artigo 15, § 3º, do Decreto 6523/08, que regulamentando a Lei 8.078/90, fixou as normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor. - Precedentes jurisprudenciais. - Acerto da decisão recorrida. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO.”. TJRJ. Quarta Câmara Cível. Apelação n.º 0110860-17.2010.8.19.0001. Rel. Des. Sidney Hartung. Julgamento: 01 mar. 2012. DJERJ 05/03/2012, p.180. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=JURIS&LAB=XJRPxWEB&PORTAL=1&PGP=WEBJRPIMP&FLAGCONTA=1&JOB=23912&PROCESSO=201200110027>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

conversas telefônicas do executado alimentante para localizá-lo, na execução de alimentos na modalidade prisão³⁸⁹, quando essa medida se mostrar necessária, tendo em vista que o direito fundamental do alimentando à vida deve prevalecer sobre o direito à privacidade do alimentando no caso concreto³⁹⁰.

A decisão judicial que determinar a realização da interceptação telefônica, seja no âmbito do processo civil, seja no âmbito do processo penal deverá ser fundamentada, sob pena de nulidade³⁹¹. A decisão que autorizar a interceptação deverá indicar a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova³⁹².

Qualquer processo judicial que use a interceptação telefônica como meio de prova deverá tramitar sob sigredo de justiça por força do art. 1º da Lei 9.296/1996³⁹³.

5.1.1 Proteção da confiança profissional

O sigilo relacionado ao conhecimento da vida privada de pessoas naturais ou jurídicas por profissionais ou instituições a cujos serviços elas precisam recorrer no

³⁸⁹ Cf. art.733, CPC.

³⁹⁰ Nesse sentido, DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 566. Cf., ainda, BRASIL. TJRS, Agravo de Instrumento n.º 70018683508 da 7ª Câmara Cível, j. 28.03.2007, rel. Des. Maria Berenice Dias. Ementa: “É consabida a resistência do devedor em se deixar citar quando da cobrança da dívida alimentar. Assim, é de admitir-se a possibilidade de se proceder à interceptação telefônica do devedor para conseguir localizá-lo. A medida é drástica, mas, além de cabível, é necessária. Ainda que a Constituição Federal consagre a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, salvo no último caso, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (CF 5º XII e L 9.296/96), esta é uma das hipóteses em que se justifica a medida. Nem é imprescindível o desencadeamento da ação penal pela prática do delito de abandono material (CP 244). Possível tal providência extrema nos próprios autos da execução, como forma de admitir a subsistência do credor. Às claras que há choque de dois princípios constitucionais: o direito à intimidade do devedor e o direito à vida do credor. Não cabem maiores indagações para se identificar qual deve prevalecer. Ao menos um antecedente já existe. ‘Execução de alimentos. Interceptação telefônica do devedor de alimentos. Cabimento. Tentada a localização do executado de todas as formas, residindo este em outro Estado e arrastando-se a execução por quase dois anos, mostra-se cabível a interceptação telefônica do devedor de alimentos. Se por um lado a Carta Magna protege o direito à intimidade, também abarcou o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes. Assim, ponderando-se os dois princípios, sobrepõe-se o direito à vida dos alimentados. A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia tal assertiva. Tal medida dispõe inclusive de cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais se utilizem de subterfúgios para safarem-se da obrigação. Agravo provido” apud DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 566.

³⁹¹ Cf. art. 93, IX, CF c/c art. 5º, Lei 9.296/1996.

³⁹² Cf. art. 5º, Lei 9.296/1996.

³⁹³ Nesse sentido é o entendimento do professor Leonardo Greco: “[...] a invasão excepcional da privacidade em determinado processo judicial, civil ou criminal, como instrumento necessário a prova de uma situação jurídica reputada bastante relevante, não torna público o acesso aos fatos e provas por esse modo desvendados, devendo o respectivo processo correr em sigredo de justiça (Constituição, art. 5º, inc. LX e art. 93, inc. IX; CPC, art.155) [...]”. GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil*, v. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.123.

exercício de quaisquer direitos: bancos, sacerdotes, médicos, advogados, etc., deve ser protegido, pois é essencial a este tipo de relação, que envolve confiança. Os profissionais ou instituições a quem as pessoas confiam informações sobre a sua vida privada, ao procurar a guarda de bens ou valores, assistência religiosa, orientação ou tratamento médico, orientação ou patrocínio jurídico, têm a obrigação de preservar o sigilo sobre as informações que lhes são confiadas, devendo se abster de revelá-las a terceiros por qualquer meio de prova. A possibilidade de serem esses profissionais ou instituições forçados a fornecer a terceiros, aos peritos ou ao próprio juiz, através de algum meio de prova, essas informações, depende do grau de privacidade em que elas se encontram³⁹⁴.

No primeiro grau de privacidade estão situadas as informações confiadas ao sacerdote e ao médico. Neste caso o sigilo não pode ser sacrificado em prol de qualquer outro direito, por mais valioso que seja, exceto se houver autorização expressa do titular da informação³⁹⁵.

O dever de notificação compulsória de certas doenças altamente contagiosas, objeto dos artigos 7º a 13 da Lei 6259/1975 é exceção ao caráter absoluto do sigilo médico. O artigo 8º da mencionada lei impõe a qualquer cidadão o dever de notificação à autoridade sanitária local e o artigo 10 impõe o sigilo dessas informações. O parágrafo único do mesmo artigo 10 estabelece que a identificação do paciente, fora do âmbito médico-sanitário, somente poderá ocorrer em caráter excepcional, em caso de risco grave à comunidade a juízo da autoridade sanitária e com o conhecimento prévio do paciente ou do seu responsável³⁹⁶. Nesse caso, a violação do sigilo profissional dependerá de um juízo de ponderação com o direito à vida e à saúde da coletividade³⁹⁷.

Em alguns casos, não previstos em lei, a doença não é uma informação de interesse exclusivo do paciente, estando incluída, portanto, no segundo grau de proteção da privacidade, que deve ceder em prol de interesse individual ou coletivo especialmente relevante, como a vida, a saúde de terceiros ou a segurança do trânsito. Um exemplo é o do médico que, sabedor da epilepsia de indivíduo que trata, é intimado a depor sobre o estado de saúde do mencionado paciente numa ação em que este requer

³⁹⁴ Idem, ibidem, p. 133.

³⁹⁵ Idem, ibidem, p. 133.

³⁹⁶ BRASIL. Lei 6.259/1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6259.htm>. Acesso em: 09 jun. 2014.

³⁹⁷ GRECO, Leonardo. Instituições de direito processual civil, v. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 134.

a anulação da decisão do órgão de trânsito que cassou a sua carteira de habilitação por ter provocado um acidente grave. Neste caso, o médico não pode invocar o sigilo profissional para evitar o depoimento, já que o deferimento do pedido do autor arriscará a segurança do trânsito e, conseqüentemente, a vida, a integridade física e o patrimônio de muitas pessoas. Outro exemplo é o do sacerdote que, durante o culto dominical, alertou a população de que uma prostituta, portadora de doença sexualmente transmissível, confessara-lhe que vinha mantendo relações sexuais com o maior número possível de homens da cidade com a intenção deliberada de contaminá-los. Posteriormente intimado a depor como testemunha em ação de indenização ajuizada por familiares de um habitante que faleceu em virtude da referida doença, em face da prostituta, é persuadido pelo juiz a declarar se fora a ré que lhe havia confessado a contaminação intencional. Neste caso, se o dano à vida e à saúde, para alguns já se consumou, sendo passível de reparação patrimonial, para outros pode ser evitado, desde que seja dada publicidade suficiente ao alerta do sacerdote. Assim, o padre deve invocar o sigilo profissional para deixar de depor, resguardando a privacidade da prostituta, porque existe outra maneira de evitar contaminações futuras que é o alerta à população³⁹⁸.

Particularmente intenso é o sigilo profissional do advogado, pois, segundo o artigo 7º, inciso XIX, da Lei nº. 8.906/94, não pode ser por ele violado, ainda que autorizado ou solicitado pelo cliente,³⁹⁹. O objetivo desta norma é garantir o exercício profissional livre e eficiente do advogado.

O sigilo bancário⁴⁰⁰, abrangido pelo segundo grau de privacidade, está sujeito à ponderação quando as informações que protege forem necessárias à prova de algum outro direito ou interesse particularmente relevante⁴⁰¹.

5.1.2 Proteção da solidariedade familiar

A solidariedade familiar é um elemento essencial da preservação e da intensificação dos laços afetivos que agregam os membros de uma família, da

³⁹⁸ Idem, ibidem, p. 134.

³⁹⁹ Idem, ibidem, p. 134.

⁴⁰⁰ “Art.1º. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”. BRASIL. Lei Complementar n.º 105/2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em 05 nov. 2012.

⁴⁰¹ Idem, ibidem, p. 135.

participação das pessoas da família na vida privada de cada um dos seus membros e da ajuda recíproca totalmente desinteressada, principalmente em favor dos familiares, por qualquer razão, mais necessitados⁴⁰².

A escusa de colaborar com o descobrimento da verdade baseada na solidariedade familiar é um instrumento de proteção da entidade familiar que deriva do art. 226 da Constituição Federal⁴⁰³ e deve ser respeitada pela Justiça, como integrante do segundo grau de privacidade. As escusas de depor ou de exhibir fundadas em laços de família visam a garantir essa proteção e devem ser respeitadas como limites absolutamente legítimos. Entretanto, não existe um dever de deixar de depor contra um familiar ou de abster-se de exhibir documento ou coisa que sejam contrários aos interesses de um parente, cabendo, tão somente, à pessoa decidir se utilizará ou não a escusa baseada na solidariedade familiar. Por outro lado, não é a solidariedade familiar que justifica o impedimento para depor dos familiares das partes, mas o risco da produção de provas suspeitas. O impedimento da testemunha decorrente do parentesco não é absoluto, devendo ser afastado pelo juiz que reputar o depoimento necessário para apuração da verdade, pois, apesar da suspeição, pode fornecer elementos necessários ao esclarecimento das circunstâncias do caso⁴⁰⁴.

5.1.3 A confidencialidade inerente à mediação e à conciliação

A mediação é um método de resolução de conflitos alternativo à jurisdição adequado à solução de disputas entre pessoas que possuem uma relação continuada, tais como familiares, vizinhos e colegas de trabalho, onde os elementos psicológicos predominam sobre os jurídicos⁴⁰⁵. O mediador auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento

⁴⁰² GRECO, Leonardo. Instituições de direito processual civil, v. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 135.

⁴⁰³ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.

⁴⁰⁴ Idem, ibidem, p. 135.

⁴⁰⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil - REDP*. v. V. ISSN 1982-7636. p. 63-94. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 18 jun. 2013.

da comunicação, identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos⁴⁰⁶.

A conciliação é um método de resolução de contendas alternativo à jurisdição adequado à solução de litígios entre pessoas cuja relação é eventual, tais como aqueles oriundos de acidentes de trânsito, onde os elementos jurídicos predominam sobre os psicológicos⁴⁰⁷. O conciliador, ao contrário do mediador, poderá sugerir soluções para o litígio⁴⁰⁸.

A confidencialidade é um princípio básico da mediação⁴⁰⁹ e da conciliação⁴¹⁰, estendendo-se a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes⁴¹¹. Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação⁴¹². Assim, o mediador e o conciliador não poderão levar ao conhecimento de terceiros, como os órgãos de imprensa, fatos de que tomou conhecimento em virtude da mediação. Da mesma forma, não poderá testemunhar em processo judicial acerca destes mesmos acontecimentos⁴¹³.

O mediador/ conciliador, em regra, não pode fornecer ao juízo ou ao Ministério Público documentos que obteve em razão do processo de negociação⁴¹⁴.

Os documentos produzidos em razão da mediação/ conciliação, como as atas das reuniões ou aqueles que contenham as tratativas realizadas durante a mediação/ conciliação, estão abrangidos pelo sigilo. Assim, as partes não poderão, em regra, usá-

⁴⁰⁶ Cf. art. 166, §4º, do Projeto do Novo Código de Processo Civil. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8.046/2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

⁴⁰⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil - REDP*. v. V. ISSN 1982-7636. p. 63-94. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 18 jun. 2013.

⁴⁰⁸ Cf. art. 166, §3º, do Projeto do Novo CPC. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8.046/2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

⁴⁰⁹ Cf. art. 1º, caput, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais (Anexo III da Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça); art. 3º, V, Projeto de Lei n.º 517/2011 do Senado Federal; e art. 167, caput, do Projeto de Lei 8.046/2010 (Projeto do Novo CPC).

⁴¹⁰ Cf. art. 1º, caput, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais (Anexo III da Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça); e art. 167, caput, do Projeto de Lei 8.046/2010 (Projeto do Novo CPC).

⁴¹¹ Cf. art. 167, §1º, do Projeto de Lei 8.046/2010 (Projeto do Novo CPC).

⁴¹² Cf. art. 167, §2º, do Projeto de Lei 8.046/2010 (Projeto do Novo CPC); e art. 1º, §1º, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais (Anexo III da Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça).

⁴¹³ QUEIROZ, Pedro Gomes de. O procedimento especial das ações de família e a mediação no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica Lex*, v. 60, p. 196-220, nov./dez. 2012.

⁴¹⁴ Idem, ibidem, p. 196-220.

los como prova em processo civil. Entretanto, os sujeitos parciais poderão apresentar, no processo judicial, documentos que tenham sido revelados no curso da mediação/ conciliação, mas que já existiam independentemente da realização do meio alternativo de resolução de conflitos.

O mediador pode conduzir reuniões privadas com cada uma das partes e seus advogados. Sobre tudo o que for dito pela parte e seus advogados ao mediador em reuniões privadas poderá ser solicitada a confidencialidade em relação às outras partes e seus advogados⁴¹⁵.

O dever de sigilo do mediador cessa quando todas as partes envolvidas dispensarem expressamente a confidencialidade⁴¹⁶, quando a mediação envolver o Poder Público na qualidade de parte ou terceiro interveniente e quando houver indícios de violação à ordem pública⁴¹⁷, o que ocorre quando as informações reveladas na mediação/ conciliação disserem respeito a um crime ou à iminência de sua prática⁴¹⁸.

Os sujeitos parciais não podem dispensar a confidencialidade quanto às informações referentes aos incapazes, já que não dispõem do direito destes à privacidade. Como as exceções à confidencialidade devem ser interpretadas em caráter restritivo⁴¹⁹, o conhecimento acerca da prática de uma contravenção penal está incluído no dever de confidencialidade do mediador. Assim, o profissional deve se abster de divulgar ou de comunicar às autoridades competentes a prática de uma contravenção penal de que tenha tomado conhecimento em razão da mediação, salvo se todas as partes consentirem expressamente em sua divulgação ou comunicação. Caso a contravenção penal tenha sido praticada contra um incapaz, o mediador deverá comunicá-la à polícia ou ao Ministério Público, independentemente da autorização de seus representantes legais ou dos sujeitos parciais. Da mesma forma, o crime que

⁴¹⁵ Cf. art.9º, caput, do Projeto de Lei n.º 517/2011 do Senado Federal.

⁴¹⁶ Cf. art. 1º, §1º, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais (Anexo III da Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça); e art.9º, §1º, do Projeto de Lei n.º 517/2011 do Senado Federal.

⁴¹⁷ Cf. art. 1º, §1º, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais (Anexo III da Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça).

⁴¹⁸ art.9º, §1º, do Projeto de Lei n.º 517/2011 do Senado Federal. A expressão “§1º Cessa a confidencialidade [...] III. quando o mediador tiver informações acerca de um crime ou da iminência de um crime.” utilizada pelo art. 9º, §1º, PLS 517/2011 é mais adequada do que aquela empregada pelo art.1º, §1º, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais (Anexo III da Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça): “[...] salvo [...] violação à ordem pública e às leis vigentes.”, por ser mais restrita. A mediação e a conciliação são meios de resolução de conflitos baseados nos interesses das partes e não no cumprimento da lei. A cessação do sigilo só se justifica em caso de crime de ação penal pública ou de violação de lei que proteja incapaz.

⁴¹⁹ Cf. art.9º, §2º, do Projeto de Lei n.º 517/2011 do Senado Federal.

dispensa o dever de confidencialidade é aquele de ação penal pública incondicionada, já que a comunicação do crime de ação penal privada ou do crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido depende da autorização da vítima.

Em observância ao dever de confidencialidade, o mediador deve se abster de informar ao juiz do feito que determinada parte recusou a proposta de acordo de seu adversário ou que simplesmente deixou de comparecer às sessões de mediação a partir de um determinado momento. Dessa forma, evitar-se-á a contaminação psicológica do julgador pela recusa de colaboração de um dos sujeitos parciais.

Em razão do sigilo e da confidencialidade, as partes não podem realizar registros de imagem ou de áudio nas sessões de mediação ou trazer para estas pessoas que não estejam diretamente envolvidas na controvérsia.

O sigilo, neste caso, tem por fim incrementar a confiança das partes no mediador/ conciliador e no próprio método. Acreditando no sigilo, as partes se sentirão estimuladas a revelar ao mediador/ conciliador detalhes de suas vidas privadas, relacionados ao conflito, bem como seus verdadeiros interesses, pois não recearão que as informações que prestaram sejam usadas contra si em um eventual processo judicial. Ao conhecer estes dados, o mediador/ conciliador terá melhores condições de auxiliar as partes a superar as barreiras que impedem a celebração de um acordo⁴²⁰. Por óbvio, a confidencialidade também tem por objetivo resguardar o direito fundamental dos sujeitos parciais à intimidade e à privacidade⁴²¹, ao garantir que as informações obtidas durante o processo de mediação não serão usadas para outras finalidades que não a obtenção de uma solução consensual⁴²².

É importante que a mediação seja conduzida por profissional que se dedique exclusivamente a esta atividade. A função de mediar não deve, como regra, ser acumulada por outros profissionais, como juízes, promotores e defensores públicos. Quanto ao juiz, caso este tentasse compor amigavelmente o conflito por meio da mediação, antes ou durante o processo, poderia, ao julgar, levar em consideração ou ser influenciado, ainda que inconscientemente, pelo que foi dito pelas partes durante as

⁴²⁰ Em síntese, estas barreiras são: a estratégia da barganha, onde cada um dos litigantes quer maximizar seus ganhos e diminuir os benefícios do outro (barreira estratégica); o medo de sair perdendo com o acordo (barreira cognitiva); e a crença de que o outro negociante quer obter apenas ganhos próprios através do acordo, e não que deseja um acordo justo e bom para ambos. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, v. V., p. 63-94, jan./jun. 2010. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 18 jun. 2013.

⁴²¹ Cf. art. 5º, X, CF/1988.

⁴²² QUEIROZ, Pedro Gomes de. Op. cit., p. 196-220.

sessões de mediação, mesmo que determinasse que aquelas expressões não constassem, formal e oficialmente dos autos⁴²³.

Entretanto, a incompatibilidade dos mediadores e dos conciliadores para deporem como testemunhas não é uma regra absoluta. Impõe-se apurar o grau de privacidade das informações obtidas pelo mediador ou pelo conciliador durante o processo de mediação ou de conciliação. Assim, somente os fatos que se situam na esfera de 1º grau de proteção da privacidade – aqueles que dizem respeito às relações do indivíduo consigo mesmo – não podem ser revelados ao juízo pelo mediador ou pelo conciliador em hipótese alguma. Já os fatos que estão fora da esfera de 1º grau de proteção da privacidade, mas dentro da esfera de 2º grau – os que dizem respeito às relações e vínculos de identificação pessoal de seu titular com outros sujeitos da comunidade – estão sujeitos à ponderação. Em outras palavras, o juiz pode determinar o depoimento do conciliador ou do mediador sobre fatos que se situam no 2º grau de proteção da privacidade, desde que este depoimento seja fundamental à proteção de outros direitos fundamentais que estejam presentes no caso concreto e que sejam mais relevantes do que a privacidade das partes. Um exemplo é o direito à vida do alimentando, numa execução de alimentos na modalidade prisão⁴²⁴⁻⁴²⁵.

O mesmo raciocínio se aplica aos documentos produzidos em razão da mediação/ conciliação.

5.1.4 Dados pessoais sob a guarda da Administração Pública

⁴²³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A Experiência Ítalo-Brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. VIII, p. 443-471, jul./ dez. 2011. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 22 dez. 2011.

⁴²⁴ Cf. art. 733, CPC/1973. Nesse sentido, o art. 7º da Diretiva 52, de 21 de maio de 2008 do Parlamento Europeu: “Artigo 7º - Confidencialidade da Mediação. 1. Dado que se pretende que a mediação decorra de uma forma que respeite a confidencialidade, os Estados-Membros devem assegurar que, salvo se as partes decidirem em contrário, nem os mediadores, nem as pessoas envolvidas na administração do processo de mediação sejam obrigadas fornecer provas em processos judiciais ou arbitragens civis ou comerciais, no que se refere a informações decorrentes ou relacionadas com um processo de mediação, exceto: a) Caso tal seja necessário por razões imperiosas de ordem pública do Estado-Membro em causa, em especial para assegurar a proteção do superior interesse das crianças ou para evitar que seja lesada a integridade física ou psíquica de uma pessoa ou b) Caso a divulgação do conteúdo do acordo obtido por via de mediação seja necessária para efeitos da aplicação ou execução desse acordo. 2. Nada no n.º 1 obsta a que os Estados-Membros apliquem medidas mais rigorosas para proteger a confidencialidade da mediação. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008 relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:PT:PDF>. Acesso em: 18 jun. 2013.

⁴²⁵ GRECO. *Instituições de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.196.

O art. 5º, XIV, CF⁴²⁶, que tem como principal referência os meios de comunicação, prevê um direito à informação, cuja titular é toda a sociedade, não sendo este tutelado pelo *habeas data*⁴²⁷.

O art. 5º, LXXII, CF⁴²⁸ se refere a informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. Somente a ele a Constituição confere legitimidade para manejar o *habeas data*⁴²⁹, com o fim de ter acesso às referidas informações e, eventualmente, retificá-las.

Similarmente ao inciso XIV, também o inciso XXXIII do art. 5º da Lei Maior refere-se a um direito geral de informação, mas de outra modalidade. A este direito corresponde um dever do Estado⁴³⁰. O direito aqui referido guarda vínculo estreito com o princípio da transparência da atividade administrativa e é correlato com os princípios republicano e democrático, segundo os quais a fiscalização da coisa pública é direito e dever de todos. Assim, também não é este o dever de informação tutelado pelo *habeas data*⁴³¹.

Sequer poder-se-ia pretender uma igualdade semântica entre as expressões “informações de seu interesse particular”⁴³² e “informações relativas à pessoa”⁴³³. A lei não utiliza palavras supérfluas. Qualificando diversamente o vocábulo “informações”, tratou a Constituição de diferenciar o seu conteúdo, não podendo o intérprete negar tal distinção, ainda mais quando, não o fazendo, vier a restringir o alcance de um direito-garantia constitucional⁴³⁴.

⁴²⁶ O art. 5º, XIV, CF dispõe: “XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2013.

⁴²⁷ MATTA, José Eduardo Nobre. *Habeas data*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 144.

⁴²⁸ O art. 5º, LXXII, CF estabelece: “LXXII - conceder-se-á ‘habeas-data’: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2013.

⁴²⁹ MATTA, Op. cit., p. 144.

⁴³⁰ O art. 5º, XXXIII, CF dispõe: “XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2013.

⁴³¹ MATTA, Op. cit., p. 145.

⁴³² Cf. art. 5º, XXXIII, CF.

⁴³³ Cf. art. 5º, LXXII, “a”, CF.

⁴³⁴ MATTA, Op. cit., p., p. 145.

Com efeito, conferir tratamento indistinto às referidas expressões faria incidir sobre o *habeas data* a exceção do sigilo de segurança do Estado, prevista na parte final do inciso XXXIII⁴³⁵.

A revelação de dados pessoais constantes de bancos de dados públicos à própria pessoa a que estes registros se referem não coloca em risco a segurança da sociedade ou do Estado, pois se as informações forem corretas, já eram conhecidas pelo requerente e,

⁴³⁵ Nesse sentido, MATTA, Op. cit., p. 145; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 257; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128; e TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 204. O Superior Tribunal de Justiça tem precedente no mesmo sentido: “[...] 4. Embora o art. 5º, XXXIII, da Carta Magna de 1988 tutele o direito à informação, de interesse particular ou coletivo, não se pode afirmar que o *habeas data* o resguarde. Deveras, o direito à informação abrange os mais variados temas, como, in casu, o direito de petição junto a Administração Pública; enquanto que o *habeas data* visa assegurar o acesso à informações pertinentes a própria pessoa do impetrante e desconhecidas pelo mesmo. Daí, exsurge a possibilidade de retificação, ou mesmo a exclusão, dos dados, obstando o seu uso indevido. Ademais, o *habeas data* é servil a garantir o acesso a banco de dados mantidos por entidades governamentais, aí incluídas as concessionárias, permissionários, exercentes de atividades autorizadas, órgãos de restrição ao crédito e até mesmo as empresas de colocação de profissionais no mercado de trabalho, tutelando o que parte da doutrina denomina liberdade informática. Nesse sentido é a doutrina administrativista pátria, que oportunamente se traz á baila: Não se pode dizer que ele constitua garantia do direito à informação, previsto no artigo 52, inciso XXXIII, segundo o qual ‘todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular; ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado’. Embora o dispositivo assegure o direito à informação de interesse particular ou de interesse coletivo, ele não se confunde com a informação protegida pelo *habeas data*, que é sempre relativa à pessoa do impetrante, com a particularidade de constar de banco ou registro de dados. O direito à informação, que se exerce na via administrativa, é mais amplo e pode referir-se a assuntos dos mais variados como o conteúdo de um parecer jurídico, de um laudo técnico, de uma informação constante do processo, de uma prova apresentada em concurso público, do depoimento de uma testemunha etc.; não se refere a dados sobre a própria pessoa do requerente; e pode ter por finalidade a defesa de um interesse particular; como, por exemplo, o exercício do direito de petição perante a própria Administração Pública, ou a defesa de um direito individual perante o Judiciário, ou de um interesse coletivo, como a defesa do patrimônio público. Já o *habeas data*, assegura o conhecimento de informações relativas à própria pessoa do impetrante; e o objetivo é sempre o de conhecer e retificar essas informações, quando errôneas, para evitar o seu uso indevido. Dessa distinção decorrem importantes consequências: 1. o direito à informação de interesse particular ou coletivo (art. 52, XXXIII), se negado pela Administração, deve ser protegido pela via judicial ordinária ou pelo mandado de segurança e não pelo *habeas data*; 2. o mesmo direito pode ser exercido de forma ampla, com ressalva para as informações ‘cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado’; essa restrição não se aplica no caso do *habeas data*, que protege a própria intimidade da pessoa. Essa conclusão decorre do fato de que o inciso LXXII do artigo 52 não contém a mesma restrição inserida na parte final do inciso XXXIII. Como diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1989:282), ao comparar este último dispositivo com o referente ao *habeas data*, ‘as informações que se podem obter do Poder Público aqui tratadas são de caráter geral, concernentes às atividades múltiplas dos órgãos governamentais e, portanto, justificam a ressalva imposta. Trata-se do direito à informação tão somente. Aquelas que se pretendem obter mediante impetração de *habeas data* dizem respeito a dados relativos à pessoa do requerente que, obviamente, não admitem segredo com relação a ele’. Esse é também o pensamento de Calmon Passos (1989:139): ‘no *habeas data* não se postula a certificação judicial do direito à informação. Esse direito, no tocante à própria pessoa do interessado, foi deferido constitucionalmente sem possibilidade de contestação ou restrição. Nenhuma exceção lhe foi posta, constitucionalmente. A respeito da própria pessoa, o direito à informação é livre de barreiras, inexistindo exceções que o limitem ou excluam’. [...]. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 781.969/RJ da Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 08/05/2007, DJ 31/05/2007, p. 348, REVFOR, vol. 392, p. 395.

se forem incorretas não podem servir de base às decisões estatais. Logo o sigilo imposto a terceiros, em razão do interesse público, não pode ser imposto à pessoa a que as informações se referem⁴³⁶.

A Administração Pública deve tratar as informações pessoais de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais⁴³⁷.

As informações pessoais, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de cem anos a contar da data de sua produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem. O consentimento não será exigido quando as informações forem necessárias: à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico; à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; ao cumprimento de ordem judicial; à defesa de direitos humanos; ou à proteção do interesse público e geral preponderante⁴³⁸. Quanto à última hipótese convém ressaltar que o interesse público não deverá sempre preponderar sobre os direitos individuais fundamentais à vida privada, honra e imagem. O órgão jurisdicional competente deverá proceder à ponderação entre o direito individual e o interesse público conflitantes, caso a caso, tendo como parâmetro o postulado normativo da razoabilidade.

⁴³⁶ Nesse sentido é o entendimento de Alexandre de Moraes: “[...] o direito de manter determinados dados sigilosos direciona-se a terceiros que estariam em virtude da segurança social ou do Estado impedidos de conhecê-los, e não ao próprio impetrante, que é o verdadeiro objeto dessas informações. Essa conclusão alcança-se pela constatação de que o direito de manter determinados dados sigilosos direciona-se a terceiros que estariam, em virtude da segurança social ou do Estado, impedidos de conhecê-los, e não ao próprio impetrante, que é o verdadeiro objeto dessas informações, pois se as informações forem verdadeiras, certamente já eram do conhecimento do próprio impetrante, e se forem falsas, sua retificação não causará nenhum dano à segurança social ou nacional”. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 151. O mesmo argumento foi utilizado pelo Ministro Ilmar Galvão em seu voto no julgamento do Habeas Data n.º 4: “[...] De minha parte quero externar o convencimento de que o alegado sigilo não pode acobertar informações pessoais, quando pretendidas pelo próprio interessado, pelo singelo motivo de que, sendo elas verdadeiras, já serão do conhecimento deste, não podendo advir de sua revelação, obviamente, qualquer ameaça à sociedade ou ao Estado; e, sendo inexatas, a ‘disclosure’ apenas ensejaria a devida retificação, no interesse recíproco. [...]”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Data n.º 4-DF. Rel. p/ o acórdão Min. Vicente Cernicchiaro, j. 13/06/1989, DJU 28/08/1989, p. 13.673. Voto do Min. Ilmar Galvão.

⁴³⁷ Cf. art. 31, caput, da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

⁴³⁸ Cf. art. 31, §§ 1º, 2º, 3º, da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância⁴³⁹.

5.2 Direito à não autoincriminação

O direito fundamental à não autoincriminação, expresso no art.5º, LXIII, CF, abrange todo e qualquer processo judicial ou administrativo e tem por objetivo resguardar a liberdade de pensamento e de crença dos indivíduos, bem como evitar que o Estado empregue tortura como meio de extrair confissões. Existe divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileiras no que concerne à abrangência e aos limites deste direito. Alguns doutrinadores e magistrados entendem que, por força da mencionada disposição constitucional, o indivíduo não pode ser coagido a apresentar quaisquer provas que indiquem sua autoria ou participação em ilícito penal. Já outra corrente doutrinária e jurisprudencial defende que o direito ao silêncio⁴⁴⁰ abrange tão somente os depoimentos orais. Desta forma, o Estado estaria autorizado a adotar medidas tendentes a forçar o indivíduo a colaborar na produção de provas materiais ou físicas que o incriminem, desde que, para isso, não utilize a tortura. A seguir procuraremos expor as manifestações de ambas as correntes, bem como a posição adotada pelo ordenamento jurídico de alguns países estrangeiros quanto à questão.

5.2.1 Concepção restrita versus concepção abrangente do direito a não se autoincriminar

A 5ª Emenda à Constituição norte-mericana confere ao réu o chamado *privilege against self incrimination*, exonerando-o do fornecimento de material probatório que lhe seja desfavorável. Entretanto, o direito à não autoincriminação cinge-se ao interrogatório do suspeito pela polícia e ao do acusado em Juízo, nos casos em que venha a prestar depoimento oral⁴⁴¹.

⁴³⁹ Cf. art. 31, §4º, Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

⁴⁴⁰ Cf. art.5º, LXIII, CF.

⁴⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. (Org.). *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.223-237.

No direito norte-americano, o réu depoente assume a condição de testemunha e fica obrigado, como qualquer outra, ao juramento de veracidade: “*to tell the truth, the whole truth and nothing but the truth*”. Considera-se que seria desumano impor ao réu porventura culpado a escolha entre confessar sua culpa, violentando o instinto de autopreservação, cometer perjúrio (falso testemunho) ou incorrer em *contempt of court*, por negar-se a responder. Tal a explicação que se dá, aí, para o *privilege against self-incrimination*⁴⁴².

Nessa ordem de ideias, tem-se reputado inaplicável a garantia da não auto-incriminação às provas materiais ou “físicas”. Consoante os dizeres do texto constitucional norte-americano, não é possível compelir o acusado a ser testemunha contra si mesmo (“*a witness against himself*”). Pode-se, então, concluir que o réu só é testemunha quando depõe; logo, o que não faz parte do depoimento fica fora do âmbito da garantia. Assim, é que, a princípio, se admitem como provas, entre outras: armas em poder do acusado, produtos do furto, padrões de caligrafia, fragmentos de cabelos, amostras de voz, impressões digitais, fotografias, balas removidas do corpo, livros, papéis e documentos, reconhecimento por testemunhas convocadas a identificar o réu numa fila, testes destinados a medir o nível de álcool no sangue. Em vários casos, intuitivamente, a colaboração do acusado se torna necessária; e, se ele a nega, se sujeita a ver essa atitude interpretada em seu desfavor. Tem-se até decidido que a recusa justifica punição por desacato ao tribunal (*contempt of court*)⁴⁴³.

Mais recentemente, as declarações supranacionais de direitos civis, políticos e humanos têm contemplado expressamente, o direito à não autoincriminação, e conseqüentemente, ao silêncio⁴⁴⁴.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁴⁴⁵, expressa, no art.14, 3, g, que toda pessoa a qual imputada a prática de infração penal tem o direito de “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”; e a Convenção

⁴⁴² MOREIRA. Ibid., p.229.

⁴⁴³ MOREIRA. Ibid., p.229-230.

⁴⁴⁴ O professor Rogério Lauria Tucci observa que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e a Convenção Europeia do Direitos Humanos de 1950, não contemplaram de modo explícito o direito à não autoincriminação e o direito ao silêncio. TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 3. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 301.

⁴⁴⁵ O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e internalizado ao ordenamento pátrio por meio do Decreto n.º 592 de 6 de junho de 1992, disponível em <http://www2.mre.gov.br/dai/m_592_1992.htm>. Acesso em 27 dez. 2011.

Americana sobre os Direitos Humanos⁴⁴⁶, no mesmo sentido, proclama, no art.8º, 2, g, o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.⁴⁴⁷

A corrente que limita o direito ao silêncio aos depoimentos orais defende que o *privilege against self-incrimination* corresponde, em nosso ordenamento constitucional, à garantia insculpida no art.5º, inciso LXIII, CF⁴⁴⁸⁻⁴⁴⁹.

O direito ao silêncio, embora conferido expressamente ao preso, é reconhecido, segundo uniformizada orientação doutrinária e jurisprudencial, ao investigado, ao indiciado e ao acusado, ao ensejo do respectivo interrogatório. O direito à não autoincriminação também se estende ao réu e a todos os demais sujeitos que integram o processo civil⁴⁵⁰.

O direito do acusado ao silêncio é expressamente reconhecido pelo art. 186, CPP⁴⁵¹.

A lei n.º 10.792/2003 atribuiu ao art.186 do CPP redação consentânea ao art.5º, LXIII, CF/1988, ao estabelecer que o silêncio do interrogado não importará em confissão e não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. A redação original do art.186 do CPP estabelecia que o silêncio do réu poderia ser interpretado em prejuízo da sua defesa. Tal dispositivo não havia sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988⁴⁵².

Os tribunais brasileiros vêm dando maior extensão ao direito à não autoincriminação do que aquela do direito norte-americano. É o que acontece quando se extrai do direito ao silêncio, constitucionalmente consagrado, a inadmissibilidade de provas que não se relacionam com aquilo que o indiciado ou o acusado diz. Sirvam de exemplo as impugnações que se têm levantado à utilização de aparelhos destinados a

⁴⁴⁶ A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica foi adotada em 22 de novembro de 1969 e internalizada ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto n.º 678 de 6 de novembro de 1992, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>.

⁴⁴⁷ TUCCI, Rogério Lauria. Ob. cit., p. 301.

⁴⁴⁸ “Art. 5º [...] LXIII - “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 jun. 2014.

⁴⁴⁹ MOREIRA José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. In: MOREIRA José Carlos Barbosa. (Org.). *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.223-237.

⁴⁵⁰ TUCCI, Rogério Lauria. Ob. cit., p. 303.

⁴⁵¹ “Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”. BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 27 dez. 2011.

⁴⁵² TUCCI, Rogério Lauria. Ob. cit., p303.

medir o teor da intoxicação por álcool, à exigência do fornecimento de padrões gráficos, e assim por diante⁴⁵³. Nesse sentido, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o acusado não é obrigado a fornecer padrões gráficos que o possam incriminar⁴⁵⁴.

Pode-se argumentar, contra a referida decisão, que o art. 5.º, LXIII, CF contempla, tão somente, o direito ao silêncio e que o art.174, IV, do CPP permite ao juízo determinar que o acusado forneça padrões gráficos, mesmo contra a sua vontade⁴⁵⁵.

⁴⁵³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. In: : MOREIRA José Carlos Barbosa. (Org.). *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.223-237.

⁴⁵⁴ Nesse sentido, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o acusado não é obrigado a fornecer padrões gráficos que o possam incriminar: “[...] 1. O direito do investigado ou do acusado de ser advertido de que não pode ser obrigado a produzir prova contra si foi positivado pela Constituição da República no rol petrificado dos direitos e garantias individuais (art. 5.º, inciso LXIII). É essa a norma que garante status constitucional ao princípio do “*Nemo tenetur se detegere*” (STF, HC 80.949/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1.ª Turma, DJ de 14/12/2001), segundo o qual ninguém é obrigado a produzir quaisquer provas contra si. 2. A propósito, o Constituinte Originário, ao editar tal regra, “nada mais fez senão consagrar, desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Carta da República de 1988, diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela Quinta Emenda [à Constituição dos Estados Unidos da América], que compõe o “Bill of Rights” norte-americano” (STF, HC 94.082-MC/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). 3. “Qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado – ainda que convocada como testemunha (RTJ 163/626 – RTJ 176/805-806) –, possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si própria” (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO). 4. Nos termos do art. 5.º, inciso LXIII, da Carta Magna “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Tal regra, conforme jurisprudência dos Tribunais pátrios, deve ser interpretada de forma extensiva, e engloba cláusulas a serem expressamente comunicadas a quaisquer investigados ou acusados, quais sejam: o direito ao silêncio, o direito de não confessar, o direito de não produzir provas materiais ou de ceder seu corpo para produção de prova etc. 5. Na espécie, a autoridade policial, ao ouvir a Paciente durante a fase inquisitorial, já a tinha por suspeita do cometimento do delito de falsidade ideológica, tanto é que, de todas as testemunhas ouvidas, foi a única a quem foi requerido o fornecimento de padrões gráficos para realização de perícia, prova material que ensejou o oferecimento de denúncia em seu desfavor. 6. Evidenciado nos autos que a Paciente já ostentava a condição de investigada e que, em nenhum momento, foi advertida sobre seus direitos constitucionalmente garantidos, em especial, o direito de ficar em silêncio e de não produzir provas contra si mesma, resta evidenciada a ilicitude da única prova que embasou a condenação. Contaminação do processo, derivada da produção do laudo ilícito. Teoria dos frutos da árvore envenenada. 7. Apenas advirta-se que a observância de direitos fundamentais não se confunde com fomento à impunidade. É mister essencial do Judiciário garantir que o *jus puniendi* estatal não seja levado a efeito com máculas ao devido processo legal, para que a observância das garantias individuais tenha eficácia irradiante no seio de toda a sociedade, seja nas relações entre o Estado e cidadãos ou entre particulares (STF, RE 201.819/RS, 2.ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, DJ de 27/10/2006). 8. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia com base em outras provas.” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 107285 / RJ da Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 09/11/2010, DJe 07/02/2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 jun. 2014.

⁴⁵⁵ “Art. 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte: [...] IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. [...]”. BRASIL. Código de Processo Penal.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal já decidiu que o acusado não é obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende ser desfavorável a si⁴⁵⁶.

O art.277 do Código de Trânsito Brasileiro trata dos meios de prova da infração administrativa⁴⁵⁷ e do crime⁴⁵⁸ de dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência⁴⁵⁹.

Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 05 fev. 2013.

⁴⁵⁶ HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 14 DA LEI Nº 6.368/76. REQUERIMENTO, PELA DEFESA, DE PERÍCIA DE CONFRONTO DE VOZ EM GRAVAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA. DEFERIMENTO PELO JUIZ. FATO SUPERVENIENTE. PEDIDO DE DESISTÊNCIA PELA PRODUÇÃO DA PROVA INDEFERIDO. 1. O privilégio contra a autoincriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende ser desfavorável. 2. Ordem deferida, em parte, apenas para, confirmando a medida liminar, assegurar ao paciente o exercício do direito de silêncio, do qual deverá ser formalmente advertido e documentado pela autoridade designada para a realização da perícia. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, HC 83096, relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 18/11/2003, DJ 12-12-2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28auto%2DincDincri%E7%E3o+e+per%EDcia%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 27 dez. 2012).

⁴⁵⁷ Cf. art.165, Lei 9.503/1997, com redação determinada pela Lei 11.705/2008 e pela Lei 12.760/2012: “Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Infração - gravíssima; Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro. Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses”.

⁴⁵⁸ Cf. art.306, Lei 9.503/1997, com redação determinada pela Lei 12.760/2012: “Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. § 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. § 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. § 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo”. BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm. Acesso em: 12 jun. 2014.

⁴⁵⁹ O art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997), cuja atual redação foi determinada pela Lei 12.760/2012 (caput e §2º) e pela Lei 11.705/2008 (§3º), estabelece: “Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo CONTRAN, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. § 1º (Revogado). § 2º A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo CONTRAN, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas. § 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.” BRASIL. Lei 9.503/1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 27 dez. 2012.

Parte da doutrina entende que o §3º do art.277 da Lei 9.503/1997 que impõe sanções administrativas ao motorista que se recusa a realizar o teste do bafômetro, independentemente da existência de outras provas é inconstitucional por ferir o direito à não autoincriminação consagrado no art.5º, LXIII, CF⁴⁶⁰.

A Lei 11.705/2008 conferiu nova redação ao art.306 da Lei 9.503/1997 estabelecendo parâmetro objetivo para a caracterização do crime de direção sob a influência de álcool – concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas. A partir de então, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) se orientou no sentido de que tão somente o teste do etilômetro (aparelho de ar alveolar pulmonar) ou o exame de sangue seriam meios aptos a provar o crime tipificado no art.306, Lei 9.503/1997, tendo em vista que o regulamento do mencionado dispositivo legal – Decreto 6.488, de 19 de junho de 2008 – se referia apenas a estes meios de prova⁴⁶¹. Este entendimento era criticável porque o referido decreto não vedava a utilização de outros meios para a aferição da concentração de álcool estabelecida pela lei. Além disso, o sistema das provas legais, adotado pelos tribunais superiores neste particular, não se preocupa com a realidade da vida⁴⁶². Por tal motivo, não foi adotado pelo CPC/1973 e tampouco pelo CPP. Ambos os diplomas processuais preferiram o sistema da persuasão racional⁴⁶³, mais adequado ao esclarecimento da verdade e ao acesso à justiça⁴⁶⁴⁻⁴⁶⁵.

A Lei 12.760 de 20 de dezembro de 2012 conferiu nova redação ao art.306 da Lei 9.503/1997, criando novo critério para a caracterização do crime de direção sob influência de álcool além da concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool

⁴⁶⁰ BERGHER, Ary. Quem se recusa a fazer o teste do bafômetro não pode ser punido. Disponível em <www.conjur.com.br/2008-ago-15/quem_recusa_teste_bafometro_nao_punido>. Acesso em 27 dez. 2011.

⁴⁶¹ Ementa: Habeas Corpus. Condução de veículo automotor sob efeito de álcool. Art. 306 da Lei nº 9.503/97. Advento da Lei nº 11.705/2008. Inclusão de parâmetro objetivo à elementar do tipo penal. Necessidade de realização de teste de alcoolemia previsto no Decreto nº 6.488/2008 para a adequação típica. Ocorrência. Ordem denegada. A taxatividade objetiva determinada pela nova redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que fixou como indesejável a dosagem igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, deve ser atendida mediante a realização de um dos testes de alcoolemia previstos no Decreto nº 6.488/08, que são: exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro). Constatada a realização do chamado “teste do bafômetro”, não há que se falar em falta de justa causa para a ação penal. Ordem denegada. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 110.905 da Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 05/06/2012, DJe-123 de 25/06/2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28baf%F4metrm%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 27 dez. 2012.

⁴⁶² GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil*, v. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p.86.

⁴⁶³ Cf. art. 131, CPC/1973 e art. 157, CPP.

⁴⁶⁴ Cf. art.5º, XXXV, CF.

⁴⁶⁵ WATANABE, Kazuo. Op. cit., p. 129.

por litro de sangue, qual seja “sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo CONTRAN, alteração da capacidade psicomotora”. O §2º do art.306, Lei 9.503/1997, acrescido pela Lei 12.760/2012, dispõe expressamente que a influência de álcool poderá ser provada por quaisquer meios admitidos em direito, além dos testes de alcoolemia – exame de sangue e teste do etilômetro. Assim, pode ser constatada, por exemplo, através de outras perícias, exame clínico, vídeo, prova testemunhal, etc.⁴⁶⁶.

A jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que ninguém pode ser forçado a realizar o teste do etilômetro ou a submeter-se a exame de sangue visando a aferir intoxicação por álcool, pois a recusa, nestes casos, estaria abrangida pelo direito à não autoincriminação⁴⁶⁷⁻⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm. Acesso em: 12 jun. 2014.

⁴⁶⁷ Cf. art.5º, LXIII, CF.

⁴⁶⁸ “PROCESSUAL PENAL. PROVAS. AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS. VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO PENAL. EXAME PERICIAL. PROVA QUE SÓ PODE SER REALIZADA POR MEIOS TÉCNICOS ADEQUADOS. DECRETO REGULAMENTADOR QUE PREVÊ EXPRESSAMENTE A METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO ÍNDICE DE CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1. O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal. 2. Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei. 3. O tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue. 4. O grau de embriaguez é elementar objetiva do tipo, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei, emanada do Congresso Nacional. 5. O decreto regulamentador, podendo elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade da conduta, tratou especificamente de 2 (dois) exames por métodos técnicos e científicos que poderiam ser realizados em aparelhos homologados pelo CONTRAN, quais sejam, o exame de sangue e o etilômetro. 6. Não se pode perder de vista que numa democracia é vedado ao judiciário modificar o conteúdo e o sentido emprestados pelo legislador, ao elaborar a norma jurídica. Aliás, não é demais lembrar que não se inclui entre as tarefas do juiz, a de legislar. 7. Falece ao aplicador da norma jurídica o poder de fragilizar os alicerces jurídicos da sociedade, em absoluta desconformidade com o garantismo penal, que exerce missão essencial no estado democrático. Não é papel do intérprete-magistrado substituir a função do legislador, buscando, por meio da jurisdição, dar validade à norma que se mostra de pouca aplicação em razão da construção legislativa deficiente. 8. Os tribunais devem exercer o controle da legalidade e da constitucionalidade das leis, deixando ao legislativo a tarefa de legislar e de adequar as normas jurídicas às exigências da sociedade. Interpretações elásticas do preceito legal incriminador, efetivadas pelos juízes, ampliando-lhes o alcance, indubitavelmente, violam o princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". 9. Recurso especial a que se nega provimento.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. REsp 1.111.566/DF, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, rel. p/ acórdão Min. Adilson Vieira Macabu (Des. convocado do TJRJ), j. 28/03/2012, DJe 04/09/2012). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1111566&b=AC OA>. Acesso em 06 jan. 2013.

Recente decisão monocrática proferida pela Ministra Rosa Weber, no âmbito do STF, adotou a tese de que o direito fundamental ao silêncio diz respeito tão somente aos depoimentos orais, não abarcando os demais meios de prova, como as perícias. A decisão conclui que o acusado ou suspeito pode ser forçado a fornecer o material necessário à perícia médica tendente a provar sua culpa e menciona que, no mesmo sentido, encontram-se precedentes da Suprema Corte norte-americana, dispositivos da lei francesa, inglesa, portuguesa e alemã, bem como precedente da Corte Europeia de Direitos Humanos⁴⁶⁹.

⁴⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. *Habeas Corpus* n.º 115.767, rel. Min. Rosa Weber, j. 16/11/2012, DJe-244 de 13/12/2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=115767&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 27 dez. 2012. A seguir, destacamos alguns trechos desta decisão: “[...] Inicialmente, é oportuno salientar que o paciente não está respondendo pelo crime do art. 306 do Código Nacional de Trânsito, ou seja, por dirigir embriagado, mas por crimes de homicídio e de lesão corporal gravíssima. A ressalva é relevante porque, para o primeiro crime, parcela da jurisprudência posiciona-se no sentido da imprescindibilidade, diante da redação do tipo, do exame pericial da concentração de álcool no sangue. Em relação, porém, aos crimes de homicídio e de lesão corporal não há qualquer exigência normativa de exame da espécie. [...] Consta ainda nos autos laudo pericial atinente à análise do teor de álcool etílico na amostra de urina coletada do paciente. [...] Observo, ademais, que não é tão claro, como alega o Impetrante, que a realização do exame dependeria do assentimento do paciente quanto à coleta de urina. Invoca o direito ao silêncio como base de um direito genérico à não autoincriminação e que impediria a colheita de material biológico para exame sem a concordância expressa do investigado. Inegável que o direito ao silêncio é uma das vigas mestras do processo penal em um Estado Democrático de Direito. Em sua origem tinha profunda conotação religiosa, sendo apontado texto de São João Crisóstomo como principal fonte da máxima latina *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*: “O texto de autoridade mais utilizado para justificar a regra era um extrato de um comentário sobre a carta de São Paulo aos hebreus pelo chefe de igreja do quarto século São João Crisóstomo. O texto, inserido no *Decretum* de Gratian, estabelecia: ‘Eu não digo que vocês devem trair-se a si mesmos em público ou acusar a si mesmos perante outros, mas que vocês devem obedecer o profeta quando disse: ‘Revele seus atos perante Deus’. Comentaristas medievais leram essas palavras como estabelecendo um argumento jurídico: homens e mulheres devem confessar seus pecados a Deus, mas eles não devem ser compelidos a revelar seus crimes a mais ninguém. A técnica jurídica usual do *ius commune*, lendo textos a *contrario sensu*, levava a essa conclusão. Se os cristãos estavam sendo comandados a revelar seus pecados a Deus, como conclusão contrária eles estavam sendo comandados a não revelar seus pecados a outros homens. (HELMHOLTZ, R. H. *The privilege and the ius commune: The middle ages to the Seventeenth Century*. In: HELMHOLTZ, R. H. (org.) *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*, Chicago & London: University of Chicago Press, 1997, p. 26.)” Durante os séculos XVI e XVII, o direito foi invocado pelas Cortes inglesas da *Common Law* contra a jurisdição dos tribunais eclesiásticos, perante os quais não era respeitado, em batalha judicial que se confundiu com a afirmação da própria liberdade de consciência e de crença. De forma semelhante, o direito de permanecer em silêncio progressivamente se afirmou como mecanismo de proteção das próprias liberdades políticas e de expressão. Também como pano de fundo, o direito ao silêncio firmou-se como característica diferenciadora de dois modelos de processo penal, um, o inglês, no qual os direitos do acusado eram relativamente resguardados, outro, o continental europeu, fundado na prática de extração mediante tortura de confissões involuntárias do investigado. Como esclarece o historiador Leonard W. Levy: “Acima de tudo, o direito estava intimamente relacionado com a liberdade de expressão e a liberdade religiosa. Ele era, em sua origem, inquestionavelmente uma invenção daqueles que eram culpados de crimes de conotação religiosa como heresia, cismas, não-conformidade e, posteriormente, de crimes políticos como traição, sedição e quebra de privilégio parlamentar. Mais frequentemente, o crime consistia meramente em crítica ao governo, às políticas deste ou aos seus membros. O direito estava associado, então com culpa por crimes de consciência, de crença ou de associação. Em sentido amplo, não era tanto uma proteção aos culpados ou mesmo aos inocentes, mas uma proteção da liberdade de

expressão, da liberdade política e do direito de professar a fé religiosa segundo sua própria consciência. A importância simbólica e a função prática do direito era certamente uma questão sedimentada, tida como garantida, no século dezoito. E ele fazia parte da herança de liberdade transmitida aos colonos ingleses na América. (LEVY, Leonard W. *Origins of the Bill of Rights*. New Haven and London: Yale University Press. p. 281) No Brasil, o direito ao silêncio teve reconhecimento um pouco mais tardio, contemplado que foi no Código de Processo Penal de 1941 e elevado a garantia constitucional apenas com a Constituição de 1988. Na atualidade, o direito ao silêncio não mais está tão intimamente relacionado às liberdades básicas de expressão, políticas e religiosas. Não obstante, ainda cumpre a importante função de prevenir a extração de confissões involuntárias no processo penal. Com base nessa compreensão da função do direito ao silêncio, ele não tem sido invocado, no Direito Comparado, como óbice à colheita compulsória de material biológico do acusado ou do investigado para fins de exame no processo penal. Nos Estados Unidos, um dos berços históricos do direito ao silêncio, tem-se como corrente a possibilidade de colheita desse tipo de material sem o assentimento do investigado ou do acusado e que essa espécie de prova não constitui qualquer violação do direito ao silêncio. De *Fisher v. USA*, 425 U.S. 391, 96 S.Ct. 1569, 48 L.Ed.2d 39 (1976) da Suprema Corte norte-americana, extraio o seguinte trecho: "Está também claro que a Quinta Emenda [que contempla o direito ao silêncio] não proíbe a produção compulsória de toda espécie de prova incriminatória, mas é aplicável somente quando o acusado é compelido a realizar comunicação de cunho testemunhal que é incriminatória. Nós temos, de acordo com esse entendimento, negado a extensão do privilégio para entrega compulsória de amostras de sangue, material grafotécnico, amostras de voz ou a entrega compulsória de blusa utilizada por um violador. Além disso, apesar de *Boyd*, nenhuma sociedade ou membro de sociedade está protegido da produção compulsória de documentos societários sob o fundamento de que seriam autoincriminatórios." De *Doe v. USA*, 487 U.S., 201, 108 S.Ct. 2341, 101 L.Ed. 2D 184 (1988), outro caso da Suprema Corte norte-americana, transcrevo trecho elucidativo da compreensão do sentido e alcance do direito ao silêncio no mundo anglo-saxão: "Esse entendimento é talvez mais claramente revelado naqueles casos nos quais a Corte sustentou que certos atos, apesar de incriminatórios, não estão compreendidos no direito. Assim, um suspeito pode ser compelido a fornecer amostra de sangue, a providenciar material gráfico ou amostra de voz, a ficar de pé em diligência de reconhecimento, e a usar uma roupa específica. Essas decisões estão fundamentadas na proposição de que 'o direito protege um acusado somente de ser compelido a testemunhar contra si mesmo ou, em outras palavras, providenciar ao Estado prova de natureza testemunhal ou de comunicação'. A Corte, em conformidade, sustentou que o direito não estava implicado em cada um desses casos, porque não foi exigido do suspeito a 'revelar qualquer conhecimento que ele pudesse ter' ou 'a falar sobre sua culpa'. É a 'extorsão de informação do acusado', a tentativa de forçá-lo 'a revelar o conteúdo de sua mente', que viola a norma que veda a autoincriminação. 'A não ser que alguma tentativa for feita para assegurar uma comunicação - escrita, oral ou de outra natureza - que envolva a consciência do acusado sobre os fatos e a operação de sua mente em expressá-la, a exigência feita sobre ele não é de natureza testemunhal.' É consistente com a história ou as políticas subjacentes a vedação à autoincriminação sustentar que o direito pode ser afirmado somente para resistir à revelação explícita ou implícita de informação incriminatória. Historicamente, o direito tinha a intenção de prevenir o uso da compulsão legal para extrair do acusado uma declaração jurada de fatos que iria incriminá-lo." Coerentemente, em *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966), a Suprema Corte norte-americana reputou válida a colheita compulsória de amostras de sangue do acusado no processo penal. Também no Direito Continental europeu não se tem, em geral, o direito ao silêncio como obstáculo à colheita compulsória de material biológico do investigado ou do acusado no processo penal. No Direito Alemão, pode ser citado o parágrafo 81a do Código de Processo Penal Alemão, que permite a coleta de material corporal do acusado para produção de provas importantes no processo. Em Portugal, os arts. 61, n.º 3, e 172, n.º 1, do Código de Processo Penal estabelecem a obrigatoriedade do acusado ou do investigado em submeter-se às diligências de prova e a possibilidade de que seja compelido à submeter-se à exame pericial. Relativamente à submissão compulsória a testes de dosagem alcoólica, seja através de exame de sangue ou do etilômetro (vulgarmente denominado de "bafômetro" no Brasil), transcrevo o seguinte comentário de João Cláudio Couceiro acerca do Direito europeu: "Na França, o art. L 1.º do Code de La Route incrimina a recusa do motorista a se submeter a testes para verificação de consumo de álcool ou substâncias de efeitos análogos, sendo que a Cour de Cassation já entendeu tal tipificação como compatível com a Convenção Européia dos Direitos do Homem (Arrêt 93-81.570, de 27.10.93). (...) Na Inglaterra, a seção 6 (4) do Road Traffic Act, de 1988, considera offence recusar-se a pessoa a fornecer amostra de seu hálito para exame. Na Alemanha, o suspeito deve permitir a extração de seu sangue para determinação de ingestão ou não de álcool a fim de se configurar o crime de condução sob efeito de bebida alcoólica (§ 81 do StPO)." COUCEIRO, João Cláudio. A garantia constitucional do direito ao silêncio. São Paulo, RT, 2004, p. 355) Para espancar qualquer dúvida, a Corte Europeia de Direitos

Embora a Suprema Corte Norte-Americana tenha assentado sua jurisprudência no sentido de que o *privilege against self incrimination* (direito à não autoincriminação), inscrito na V Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América (EUA)⁴⁷⁰, abranja, tão somente, os depoimentos orais, a mesma corte decidiu em *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966) que a produção de provas materiais ou físicas que dependam da colaboração do acusado deve respeitar a IV Emenda à Constituição dos EUA⁴⁷¹, cuja função é impedir não todas as intrusões, mas aquelas que não são justificadas pelas circunstâncias, ou que são feitas de maneira imprópria. Assim, de acordo com este precedente, tais diligências devem observar o princípio da razoabilidade⁴⁷².

Humanos, em *Saunders v. United Kingdom*, de 1996, já teve oportunidade de afirmar que o direito ao silêncio não previne a colheita compulsória de material biológico do acusado ou investigado no processo penal: “O direito à não autoincriminação está primordialmente relacionado, no entanto, com o respeito à vontade do acusado de permanecer em silêncio. Como usualmente entendido no sistema legal dos Estados Partes da Convenção [Europeia de Direitos Humanos] e em outros lugares, ele não se estende ao uso, no processo criminal, de material que pode ser obtido do acusado por meio de poderes compulsórios, mas que tem existência independente da vontade do suspeito como, entre outros, documentos apreendidos por mandado, amostras de hálito, sangue e urina e tecidos corporais para fins de exame de DNA.” Assim, apesar de não serem incomum manifestações vulgares no Brasil de que o direito ao silêncio preveniria a colheita compulsória de material biológico do investigado ou do acusado, concluo que se tratam de afirmações acríicas a respeito do instituto e que ignoram a origem histórica, a função atual e a compreensão dele no Direito Comparado. (...) Ante o exposto e com base no art. 21, §1º, do Regimento Interno, nego seguimento ao habeas corpus, ficando prejudicado o exame da liminar. Publique-se. Arquivem-se. Brasília, 16 de novembro de 2012. Ministra Rosa Weber Relatora.

⁴⁷⁰ A V Emenda à Constituição dos EUA dispõe: *No person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself [...]*. Tradução: Nenhuma pessoa será compelida em nenhum caso criminal a ser uma testemunha contra si mesma. (Tradução nossa).

⁴⁷¹ A IV Emenda à Constituição dos EUA dispõe: *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.* Tradução: O direito do povo de estar seguro em suas pessoas, casas, papéis, e ações, contra buscas e apreensões não razoáveis, não deve ser violado, e nenhum mandado será expedido exceto com base em motivo provável, apoiado por juramento ou afirmação, e particularmente descrevendo o lugar a ser vasculhado, e as pessoas ou coisas a serem apreendidas. (Tradução nossa).

⁴⁷² “[...] *The values protected by the Fourth Amendment thus substantially overlap those the Fifth Amendment helps to protect. History and precedent have required that we today reject the claim that the Self-Incrimination Clause of the Fifth Amendment requires the human body in all circumstances to be held inviolate against state expeditions seeking evidence of crime. But if compulsory administration of a blood test does not implicate the Fifth Amendment, it plainly involves the broadly conceived reach of a search and seizure under the Fourth Amendment. That Amendment expressly provides that “[t]he right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated” (Emphasis added.) It could not reasonably be argued, and indeed respondent does not argue, that the administration of the blood test in this case was free of the constraints of the Fourth Amendment. Such testing procedures plainly constitute searches of “persons,” and depend antecedently upon seizures of “persons,” within the meaning of that Amendment.*

[...] *We begin with the assumption that once the privilege against self-incrimination has been found not to bar compelled intrusions into the body for blood to be analyzed for alcohol content, the Fourth Amendment's proper function is to constrain, not against all intrusions as such, but against intrusions which are not justified in the circumstances, or which are made in an improper manner. In other words, the questions we must decide in this case are whether the police were justified in requiring petitioner to*

A decisão *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966) da Suprema Corte norte-americana dispõe, ainda, que a polícia deve obter um mandado judicial antes de retirar uma amostra de sangue do motorista suspeito de dirigir sob efeito de álcool, sem o seu consentimento, com exceção de casos em que a demora na obtenção de um mandado possa colocar em risco a idoneidade do exame⁴⁷³.

A referida decisão considerou que, no caso sob exame, o teste escolhido para medir o nível de álcool no sangue do acusado foi razoável, já que foi um meio efetivo de determinar a intoxicação, não impôs, na prática, risco, trauma ou dor e foi realizado de maneira razoável por um médico em um hospital⁴⁷⁴.

No caso *Missouri v. Mcneely*, a Suprema Corte dos EUA decidiu que, em investigações de direção sob efeito de álcool, a Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, determina que os policiais obtenham um mandado judicial que os autorize a retirar uma amostra de sangue do motorista investigado, antes da retirada, sempre que isto não prejudicar significativamente a eficiência da busca⁴⁷⁵. Decidiu, ainda, por maioria, que a dissipação natural do álcool na corrente sanguínea não constitui uma razão em todo caso suficiente para justificar a condução de um teste sanguíneo sem mandado judicial⁴⁷⁶.

O § 81a do Código de Processo Penal da Alemanha (*Strafprozeßordnung*) permite que o Estado tome medidas tendentes a forçar o acusado a fornecer uma

submit to the blood test, and whether the means and procedures employed in taking his blood respected relevant Fourth Amendment standards of reasonableness". ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States. *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966). Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=384&invol=757>>. Acesso em 04 fev. 2013.

⁴⁷³ “[...] Search warrants are ordinarily required for searches of dwellings, and, absent an emergency, no less could be required where intrusions into the human body are concerned. [...] In view of the time required to bring petitioner to a hospital, the consequences of delay in making a blood test for alcohol, and the time needed to investigate the accident scene, there was no time to secure a warrant, and the clear indication that in fact evidence of intoxication would be found rendered the search an appropriate incident of petitioner's arrest.”. Idem.

⁴⁷⁴ “[...] The test chosen to measure petitioner's blood-alcohol level was a reasonable one, since it was an effective means of determining intoxication, imposed virtually no risk, trauma or pain, and was performed in a reasonable manner by a physician in a hospital. [...]”. Idem.

⁴⁷⁵ “In those drunk-driving investigations where police officers can reasonably obtain a warrant before a blood sample can be drawn without significantly undermining the efficacy of the search, the Fourth Amendment mandates that they do so”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States. *Missouri v. Mcneely*, 569 U. S. ____ (2013). *Opinion of the Court*, p. 9. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-1425_cb8e.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2014.

⁴⁷⁶ “We hold that in drunk-driving investigations, the natural dissipation of alcohol in the bloodstream does not constitute an exigency in every case sufficient to justify conducting a blood test without a warrant”. Idem, p. 23.

amostra de seu sangue ou de outras células de seu corpo para que sirvam de prova em processo penal⁴⁷⁷.

O artigo L2348 do *Code de La Route* da França incrimina a recusa do motorista a se submeter a testes para verificação de consumo de álcool ou substâncias de efeitos análogos⁴⁷⁸.

A seção 6(6) do *Road Traffic Act* britânico, de 1988, considera *offence* a atitude do motorista que se recusa a cooperar com a realização de testes preliminares que tenham por objetivo detectar a presença de álcool ou outras drogas em seu organismo,

⁴⁷⁷ “§81a (1) *Eine körperliche Untersuchung des Beschuldigten darf zur Feststellung von Tatsachen angeordnet werden, die für das Verfahren von Bedeutung sind. Zu diesem Zweck sind Entnahmen von Blutproben und andere körperliche Eingriffe, die von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu Untersuchungszwecken vorgenommen werden, ohne Einwilligung des Beschuldigten zulässig, wenn kein Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist.* (2) *Die Anordnung steht dem Richter, bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung auch der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) zu.* (3) *Dem Beschuldigten entnommene Blutproben oder sonstige Körperzellen dürfen nur für Zwecke des der Entnahme zugrundeliegenden oder eines anderen anhängigen Strafverfahrens verwendet werden; sie sind unverzüglich zu vernichten, sobald sie hierfür nicht mehr erforderlich sind.*“. ALEMANHA. *Strafprozeßordnung (StPO)*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>>. Acesso em: 13 jun. 2014. Tradução: § 81a (1) Um exame físico do acusado pode ser ordenado com o propósito de provar fatos relevantes para o processo. Para este propósito, a retirada de amostras de sangue e outras intrusões corporais, que são efetuadas por um médico de acordo com as regras da ciência médica para o propósito de exame, pode ser admitida sem o consentimento do acusado, desde que não haja prejuízo para sua saúde. (2) A autoridade competente para emitir a referida ordem deve ser um juiz ou, se um atraso puder arriscar o sucesso do exame, um membro do Ministério Público (seção 152 do Ato Constitucional das Cortes). (3) Amostras de sangue ou outras células do corpo retiradas do acusado somente podem ser usadas para o propósito do procedimento criminal para o qual elas foram retiradas ou em outro processo penal pendente; estas devem ser destruídas sem demora tão logo não sejam mais requeridas para estes propósitos”. (Tradução nossa).

⁴⁷⁸ “*Art. L2348. I.-Le fait de refuser de se soumettre aux vérifications prévues par les articles L. 234-4 à L. 234-6 ou aux vérifications prévues par l'article L. 234-9 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 4 500 euros d'amende.*

II.-Toute personne coupable de ce délit encourt également les peines complémentaires suivantes :

1° La suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire, cette suspension ne pouvant pas être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle ;

2° L'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant trois ans au plus ;

3° La peine de travail d'intérêt général selon des modalités prévues à l'article 131-8 du code pénal et selon les conditions prévues aux articles 131-22 à 131-24 du même code et à l'article 20-5 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante ;

4° La peine de jours-amende dans les conditions fixées aux articles 131-5 et 131-25 du code pénal ;

5° L'interdiction de conduire certains véhicules terrestres à moteur, y compris ceux pour la conduite desquels le permis de conduire n'est pas exigé, pour une durée de cinq ans au plus ;

6° L'obligation d'accomplir, à ses frais, un stage de sensibilisation à la sécurité routière.

III.-Ce délit donne lieu de plein droit à la réduction de la moitié du nombre maximal de points du permis de conduire.

IV.-La suspension du permis de conduire prévue au présent article ne peut être assortie du sursis, même partiellement.”. FRANÇA. *Code de la Route*. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=8E10FF2ACC0A2783ECFF02D4FED7AE1D.tptpd09v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006159521&cidTexte=LEGITEXT000006074228&dateTexte=22011040>. Acesso em 13 jun. 2014.

sem apresentar uma escusa razoável⁴⁷⁹. Já a seção 6D(2) do mesmo ato estabelece que um policial pode prender o motorista, independentemente de ordem judicial, caso esse deixe de cooperar com o teste preliminar para a detecção de álcool ou outras drogas (item a) e o policial razoavelmente suspeito que o motorista tem álcool ou outra droga em seu organismo ou está sob a influência de uma droga (item b)⁴⁸⁰.

Entretanto, a lei britânica é menos rígida do que a alemã, já que não permite a retirada de uma amostra de sangue do suspeito sem o seu consentimento. Nesse sentido, a seção 11(4) do *Road Traffic Act* estabelece que uma pessoa provê uma amostra de sangue se e somente se – (a) ela consente com a retirada de uma amostra deste tipo dela; e (b) a amostra é retirada dela por um médico, ou, se ela é retirada em uma delegacia, por um médico ou por um profissional de saúde registrado⁴⁸¹.

O art. 61, 3, do Código de Processo Penal de Portugal dispõe sobre o dever do acusado de colaborar com a produção de quaisquer provas materiais ou físicas⁴⁸².

Já o art. 172, 1, do Código de Processo Penal lusitano dispõe que o juízo pode determinar que o acusado permita a realização de perícia em sua pessoa ou exiba coisa que deva ser periciada, quando esta estiver em seu poder⁴⁸³.

O art. 172, itens 2 e 3 do Código de Processo Penal de Portugal resguarda os direitos fundamentais do acusado quando for necessária a produção de alguma prova material ou física contra sua vontade. Assim, eventual uso da força deverá obedecer ao

⁴⁷⁹ “(6) A person commits an offence if without reasonable excuse he fails to co-operate with a preliminary test in pursuance of a requirement imposed under this section”. REINO UNIDO. *Road Traffic Act*. 1988. Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/52/contents?commentary-c1397137>>. Acesso em 03 fev. 2012.

⁴⁸⁰ “6D(2) A constable may arrest a person without warrant if – (a) the person fails to co-operate with a preliminary test in pursuance of a requirement imposed under section 6, and (b) the constable reasonably suspects that the person has alcohol or a drug in his body or is under the influence of a drug. Idem.

⁴⁸¹ “11(4) A person provides a specimen of blood if and only if - he consents to the taking of such a specimen from him; and (b) the specimen is taken from him by a medical practitioner or, if it is taken in a police station, either by a medical practitioner or by a registered health care professional.”. Idem.

⁴⁸² “3 - Reclamem em especial sobre o arguido os deveres de: a) Comparecer perante o juiz, o Ministério Público ou os órgãos de polícia criminal sempre que a lei o exigir e para tal tiver sido devidamente convocado; b) Responder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade e, quando a lei o impuser, sobre os seus antecedentes criminais; c) Prestar termo de identidade e residência logo que assuma a qualidade de arguido; d) Sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coação e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efetuadas por entidade competente”. PORTUGAL. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=199&pagina=1&tabela=leis&nversao=>>. Acesso em 04 fev. 2013.

⁴⁸³ “Art.172.º Sujeição a exame. 1 - Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”. Idem.

princípio da proporcionalidade, bem como respeitar a dignidade e o pudor do acusado⁴⁸⁴.

O art.154, 2, do CPP português determina que o juiz deve atentar ao princípio da proporcionalidade ao determinar a realização de perícia sobre as características físicas ou psíquicas do acusado, bem como que deve respeitar a integridade psicofísica e a intimidade deste⁴⁸⁵.

De forma semelhante ao §81a do CPP alemão, o art. 156, itens 5 e 6, do CPP português dispõem sobre a realização da perícia médica do acusado e sobre a utilização das amostras de sangue ou de outras células corporais deste⁴⁸⁶.

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) admitiu, em *Saunders versus Reino Unido*, julgado em 17 de dezembro de 1996, para fins probatórios, o uso de material que pode ser obtido do acusado por meio de poderes compulsórios, mas que têm existência independente da vontade do suspeito como, entre outros, documentos apreendidos por mandado, amostras de hálito, sangue e urina e tecidos corporais para fins de exame de DNA. Entretanto, a CEDH entende que o princípio da proporcionalidade deve ser observado nestes casos. Da mesma forma, segue os seguintes critérios para aferir se o direito do acusado à não autoincriminação foi violado: a natureza e o grau da força usada para obter a prova; o peso do interesse público na investigação e punição do ilícito penal em questão; a existência de quaisquer meios de proteção relevantes no procedimento; e o uso dado ao material que é obtido dessa forma. Assim, no processo *Jalloh versus Alemanha*, julgado em 11 de julho de 2006, a CEDH considerou que o Estado alemão violou o direito do Sr. Jalloh à não autoincriminação, bem como seus direitos à privacidade e à integridade psicofísica, ao forçá-lo a ingerir medicamento emético, por meio de tubo introduzido através de sua

⁴⁸⁴ “Art. 172 [...] 2 - É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 154.º e nos n.ºs 5 e 6 do artigo 156.º. 3 - Os exames susceptíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter. Ao exame só assistem quem a ele proceder e a autoridade judiciária competente, podendo o examinando fazer-se acompanhar de pessoa da sua confiança, se não houver perigo na demora, e devendo ser informado de que possui essa faculdade.” *Idem*.

⁴⁸⁵ “Art.154.º Despacho que ordena a perícia [...] 2 - Quando se tratar de perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento, o despacho previsto no número anterior é da competência do juiz, que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado.” *Idem*.

⁴⁸⁶ “Art.156.º Procedimento [...] 5 - As perícias referidas no n.º 2 do artigo 154.º são realizadas por médico ou outra pessoa legalmente autorizada e não podem criar perigo para a saúde do visado. 6 - Quando se tratar de análises de sangue ou de outras células corporais, os exames efectuados e as amostras recolhidas só podem ser utilizados no processo em curso ou em outro já instaurado, devendo ser destruídos, mediante despacho do juiz, logo que não sejam necessários.” *Idem*.

fossa nasal e de seu esôfago, para que vomitasse o material que tinha no estômago. A polícia acreditava que o Sr. Jalloh carregava uma pequena bolsa plástica com cocaína em seu estômago. O promotor de justiça competente ordenou que fossem administrados eméticos ao suspeito para que fosse obtida a prova do crime de tráfico de entorpecentes, na forma do §81a do Código de Processo Penal alemão, acima transcrito⁴⁸⁷.

⁴⁸⁷ “[...] 112. In *Saunders*, the Court considered that the principle against self-incrimination did not cover “material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing” (cited above, § 69). 113. In the Court’s view, the evidence in issue in the present case, namely, drugs hidden in the applicant’s body which were obtained by the forcible administration of emetics, could be considered to fall into the category of material having an existence independent of the will of the suspect, the use of which is generally not prohibited in criminal proceedings. However, there are several elements which distinguish the present case from the examples listed in *Saunders*. Firstly, as with the impugned measures in *Funke and J.B. v. Switzerland*, the administration of emetics was used to retrieve real evidence in defiance of the applicant’s will. Conversely, the bodily material listed in *Saunders* concerned material obtained by coercion for forensic examination with a view to detecting, for example, the presence of alcohol or drugs. 114. Secondly, the degree of force used in the present case differs significantly from the degree of compulsion normally required to obtain the types of material referred to in the *Saunders* case. To obtain such material, a defendant is requested to endure passively a minor interference with his physical integrity (for example when blood or hair samples or bodily tissue are taken). Even if the defendant’s active participation is required, it can be seen from *Saunders* that this concerns material produced by the normal functioning of the body (such as, for example, breath, urine or voice samples). In contrast, compelling the applicant in the instant case to regurgitate the evidence sought required the forcible introduction of a tube through his nose and the administration of a substance so as to provoke a pathological reaction in his body. As noted earlier, this procedure was not without risk to the applicant’s health. 115. Thirdly, the evidence in the present case was obtained by means of a procedure which violated Article 3. The procedure used in the applicant’s case is in striking contrast to procedures for obtaining, for example, a breath test or a blood sample. Procedures of the latter kind do not, unless in exceptional circumstances, attain the minimum level of severity to contravene Article 3. Moreover, though constituting an interference with the suspect’s right to respect for private life, these procedures are, in general, justified under Article 8 § 2 as being necessary for the prevention of criminal offences (see, inter alia, *Tirado Ortiz and Lozano Martin*, cited above). 116. Consequently, the principle against self-incrimination is applicable to the present proceedings. 117. In order to determine whether the applicant’s right not to incriminate himself has been violated, the Court will have regard, in turn, to the following factors: the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence; the weight of the public interest in the investigation and punishment of the offence in issue; the existence of any relevant safeguards in the procedure; and the use to which any material so obtained is put. 118. As regards the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence in the present case, the Court reiterates that forcing the applicant to regurgitate the drugs significantly interfered with his physical and mental integrity. The applicant had to be immobilised by four policemen, a tube was fed through his nose into his stomach and chemical substances were administered to him in order to force him to surrender up the evidence sought by means of a pathological reaction of his body. This treatment was found to be inhuman and degrading and therefore to violate Article 3. 119. As regards the weight of the public interest in using the evidence to secure the applicant’s conviction, the Court observes that, as noted above, the impugned measure targeted a street dealer who was offering drugs for sale on a comparatively small scale and who was eventually given a six-month suspended prison sentence and probation. In the circumstances of the instant case, the public interest in securing the applicant’s conviction could not justify recourse to such a grave interference with his physical and mental integrity. 120. Turning to the existence of relevant safeguards in the procedure, the Court observes that Article 81a of the Code of Criminal Procedure prescribed that bodily intrusions had to be carried out *lege artis* by a doctor in a hospital and only if there was no risk of damage to the defendant’s health. Although it can be said that domestic law did in general provide for safeguards against arbitrary or improper use of the measure, the applicant, relying on his right to remain silent, refused to submit to a prior medical examination. He could only communicate in broken English, which meant that he was subjected to the procedure without a full

Importa salientar que a CEDH já conferiu interpretação mais abrangente ao direito à não autoincriminação, considerando que este não abrange somente os depoimentos, mas também os meios reais de prova. Foi o que ocorreu no processo *J. B. versus Suíça*, julgado em 03 de maio de 2001 no qual a CEDH considerou que a aplicação de sucessivas requisições, admoestações e multas disciplinares por parte das autoridades fazendárias suíças contra o Sr. J. B. para forçá-lo a entregar documentos que serviriam como provas de sonegação fiscal, violava o direito do investigado de não se autoincriminar⁴⁸⁸. Da mesma forma, no processo *Funke versus França*, julgado em 25 de fevereiro de 1993, a CEDH considerou que uma tentativa de forçar o requerente a revelar documentos e, através disso, prover provas de crimes que ele alegadamente cometeu, viola o seu direito de não se autoincriminar⁴⁸⁹.

O juiz deve proceder a uma ponderação entre o direito material perseguido pelo requerente no processo civil e o direito deste à ampla defesa, de um lado, e o direito constitucional do requerido de não se autoincriminar, de outro. Assim, por exemplo, quando o requerente tiver por fim proteger direito material fundamental seu ou de outrem por meio do processo civil, ao passo que o documento ou a coisa possam servir como prova de crime punido com pena restritiva de direitos⁴⁹⁰, o juiz deve determinar a exibição, já que o prejuízo decorrente da medida será muito menor do que o dano a evitar⁴⁹¹. Já quando houver a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade e o direito material buscado pelo requerente por meio do processo civil for puramente patrimonial, o magistrado deverá dispensar o requerido da exibição, aplicando o art. 363, III, CPC/1973. Por outro lado, quando o direito material pleiteado pelo requerente da exibição for puramente patrimonial e o crime de que o documento ou a coisa possa fazer prova for apenado com pena restritiva de direitos, deverá prevalecer o direito do requerente à ampla defesa, devendo o juiz determinar a exibição⁴⁹².

examination of his physical aptitude to withstand it. (...)". CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Case Jalloh versus Germany*. pp.30-31. Disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-76307>>. Acesso em 07 jan. 2013.

⁴⁸⁸ CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Case J. B. versus Switzerland*. pp. 12-13. Disponível em <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59449#{"itemid":\["001-59449"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59449#{)>. Acesso em 07 jan. 2012.

⁴⁸⁹ CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Case Jalloh versus Germany*. pp. 29-30. Disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-76307>>. Acesso em 07 jan. 2013.

⁴⁹⁰ Cf. art. 44 do Código Penal.

⁴⁹¹ MESQUITA, Eduardo de Melo de. As tutelas cautelar e antecipada. São Paulo: RT, 2002, p.390.

⁴⁹² Em sentido contrário, Leonardo Greco entende que o direito à não autoincriminação só é absoluto quando disser respeito ao conhecimento de fatos incluídos na esfera do 1º grau de proteção da privacidade – fatos que digam respeito às relações do ser humano consigo mesmo. Nesse caso, a parte ou o terceiro

Embora a vedação constitucional à tortura seja absoluta⁴⁹³, o magistrado poderá impor multa cominatória para forçar o requerido a colaborar com o descobrimento da verdade, quando o direito material fundamental perseguido pelo requerente e o direito deste à ampla defesa devam prevalecer, em um juízo de ponderação, sobre o direito do requerido à não autoincriminação.

5.2.2 O direito ao silêncio não abrange o direito de mentir

Não existe um direito do réu de mentir no processo penal, mas, tão somente uma irrelevância jurídica quanto às falsas alegações do acusado, decorrente do direito à não autoincriminação⁴⁹⁴. De fato, o art.5º, LXIII, CF confere ao investigado, indiciado ou acusado, esteja preso ou em liberdade, unicamente o direito de permanecer calado, mas não o de mentir. Assim, o réu não presta o compromisso de dizer a verdade, não podendo cometer o crime de falso testemunho⁴⁹⁵. Tampouco, comete o crime de denunciação caluniosa⁴⁹⁶ caso impute o ilícito penal de que é acusado a terceiro que

sempre poderiam se escusar de depor ou de exhibir documentos ou coisas alegando seu direito à não autoincriminação. Já o conhecimento de fatos situados fora da esfera do 1º grau de proteção da privacidade, mas dentro da esfera do 2º grau de proteção da privacidade – fatos que digam respeito a relações e vínculos de identificação pessoal de seu titular com outros sujeitos da comunidade – estariam sujeitos à ponderação, podendo o juiz, em tal hipótese, determinar a colaboração da parte ou do terceiro no descobrimento da verdade, mesmo que isso importe em autoincriminação, quando presentes, no caso concreto, direitos fundamentais outros que devam prevalecer sobre o direito à não autoincriminação. Este importante doutrinador entende que o dever de colaboração recai com mais intensidade, se o depoente ou informante é uma das partes, porque violaria a paridade de armas se uma delas, a pretexto de proteção da sua privacidade, subtraísse da outra a possibilidade concreta de provar os fatos dos quais pode resultar o seu direito. Daí a ponderação que o juiz deve fazer quanto à obrigação da parte de depor ou de exhibir documento ou coisa, a despeito desta colaboração importar em autoincriminação, quando a prova disser respeito tão somente ao 2º grau de proteção da privacidade, mas não ao primeiro. Segundo Leonardo Greco o juiz deve fazer uma ponderação quanto à obrigação do terceiro de depor ou de exhibir documento ou coisa sobre o conhecimento de fatos abrangidos pelo 2º grau de proteção da privacidade, mas não pelo primeiro grau de proteção da privacidade, porque todo terceiro tem o dever de colaborar com a justiça no descobrimento da verdade (art.339, CPC) e, assim, também a prestação de depoimento ou a entrega de documento ou coisa decorrem desse dever, não podendo o ordenamento jurídico criar escusa com fundamento no suposto direito de não se incriminar, sob pena de grave limitação à busca da verdade. GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.124-125.

⁴⁹³ Cf. art. 5º, XLIII, CF.

⁴⁹⁴ Nesse sentido, Gustavo Badaró aduz que: “Não há um direito de mentir para o acusado. Há uma irrelevância jurídica na mentira do acusado, posto que de tal ato não lhe poderão advir consequências negativas. O direito ao silêncio do acusado inclui o direito de apresentar versão para encobrir fatos sobre os quais deseja se calar. Se o acusado atribui a outrem a autoria do crime que lhe é imputado, sabendo ser este inocente, não cometerá o crime de denunciação caluniosa, se o fizer para se defender. Entretanto, se o acusado mentir, para confessar um crime que não cometeu, poderá responder pelo delito de autoacusação falsa (CP, art. 341)”. BADARÓ, Gustavo. Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 307.

⁴⁹⁵ Cf. art. 342, CP.

⁴⁹⁶ Cf. art.339, CP.

sabe inocente, para livrar-se da responsabilidade penal. Isso porque a acusação se dá no contexto da autodefesa, inexistindo dolo de dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa⁴⁹⁷⁻⁴⁹⁸.

Embora o réu não tenha o dever de dizer a verdade no processo penal, a noção de abuso do direito de defesa não é totalmente incompatível com este tipo de processo⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) já decidiu que “Não há crime se a denúncia caluniosa é feita pelo agente para livrar-se de ação contra si, concordando a pessoa imputada” TJSP, RT 494/293 e RT 504/337. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) já esposou o mesmo entendimento: “Inexiste o crime quando é feita pelo réu, em defesa, em seu interrogatório”. TJRJ, RF 275/298. In: DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. Código Penal Comentado. 7. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.868. O TJRS também adotou a referida tese: “APELAÇÃO CRIME. DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA. AUTODEFESA. DIREITO DO RÉU. PROVIMENTO. 1. No exercício da autodefesa e para não incidir em autoacusação, pode o acusado dizer o que bem entende, inclusive falsear a verdade. 2. Ausente o dolo, por parte do acusado, em dar causa, injustamente, à instauração da sindicância e prejudicar a administração da justiça, tendo em vista que, somente, atuou no exercício de sua autodefesa, a absolvição é medida que se impõe. Recurso provido.”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quarta Câmara Criminal. Apelação Crime n.º 70026766659, rel. Gaspar Marques Batista, j. 20/11/2008, DJ 10/12/2008. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 20 jun. 2013. Em seu voto na Apelação Criminal n.º 2004.050.00025, julgada pela Terceira Câmara Criminal do TJRJ, em 22/07/2003, o relator, Des. Manoel Alberto Rebêlo dos Santos, explica porque o réu do mencionado processo penal não incorreu em denúncia caluniosa, a despeito de ter acusado pessoa que sabia ser inocente: “[...] Igualmente inconformado, pretende o Ministério Público condenação do apelante José Manuel também pelo crime de denúncia caluniosa. Não tem razão. Ora, como ressaltou o ilustre magistrado, o objetivo deste acusado “[...] visava desviar de sua pessoa o rumo das investigações policiais” (fls. 431). Patente, pois, a ausência do elemento subjetivo. Além do mais, quando fez as declarações acusando indevidamente um funcionário da empresa, o fez nos autos do inquérito policial já instaurado para apurar os roubos praticados no estabelecimento comercial em que trabalhava. Portanto, sua conduta ainda que reprovável, não deu causa à instauração da investigação policial, que já fora deflagrada, apenas desviou o curso das investigações para terceiro que sabia inocente. Daí a jurisprudência, em consonância com a doutrina, entender que não tipifica o crime de denúncia caluniosa o fato de um réu ou testemunha, acusar alguém da prática de infração penal durante o interrogatório ou o depoimento, podendo subsistir em tese, os crimes de calúnia ou de falso testemunho conforme se trate de conduta praticada pelo réu ou pela testemunha respectivamente. [...]”. Importa salientar que, neste mesmo julgado, o Des. Motta Moraes proferiu voto divergente da maioria, no sentido de que o réu praticou crime de denúncia caluniosa ao acusar pessoa que sabia inocente no curso do inquérito policial. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Terceira Câmara Criminal. Apelação Criminal n.º 2004.050.00025, rel. Manoel Alberto Rebêlo dos Santos, j. 14/12/2004. Disponível <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003ED027C0E51B2B7EE446A2C0396D09DC4FBCDC3393C18>>. Acesso em 07 jan. 2012.

⁴⁹⁸ Em sentido contrário, posição minoritária na jurisprudência sustenta que o réu, no processo penal, comete o crime de denúncia caluniosa ao acusar terceiro de que sabe inocente para livrar-se da responsabilidade penal: “Pratica o crime de denúncia caluniosa réu que, pretendendo ser absolvido, acusa terceiro como o mandante, sabendo-o inocente”. TJSP, RT 606/317 In: DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. Código Penal Comentado. 7. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.868.

⁴⁹⁹ Assim, o ministro Marco Aurélio Bellizze, presidente da Quinta Turma do STJ, esclareceu que, muito embora na esfera penal não seja viável a fixação de multa por litigância de má-fé, em tais casos “é perfeitamente possível, antes mesmo do trânsito em julgado da condenação, a baixa dos autos, independentemente da publicação do acórdão, para que se inicie o cumprimento da pena que lhe foi imposta”. A afirmação foi feita no julgamento de um agravo de instrumento, em outubro de 2012 (Ag

5.3 Sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado

O art.339 do CPC/1973 se aplica também à Administração Pública que tem o dever de fornecer ao juízo quaisquer documentos que se encontrem em seu poder e que se façam necessários ao esclarecimento da verdade dos fatos sobre os quais se controverte no processo.

O direito fundamental de acesso à informação produzida, guardada, organizada e gerenciada pelo Estado em nome da sociedade é expressamente reconhecido por diversos tratados internacionais de Direitos Humanos⁵⁰⁰, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁰¹, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁵⁰², da Declaração Interamericana de Princípios sobre Liberdade de Expressão⁵⁰³ e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁵⁰⁴.

1.425.288). Era a terceira vez que a defesa do réu havia interposto agravo regimental, recurso destinado a combater decisão monocrática. No caso, a defesa apresentou por duas vezes tal recurso contra decisão colegiada, a Quinta Turma. “Somente é cabível agravo regimental contra decisão monocrática, constituindo erro grosseiro e inescusável a interposição desse recurso para impugnar decisão colegiada”, repreendeu o ministro Bellizze em seu voto. O ministro considerou que a insistência da defesa no mesmo erro revelou o seu nítido caráter protelatório, no intuito de impedir o trânsito em julgado da ação penal e viabilizar uma possível prescrição da pretensão punitiva. Em outro caso, julgado pelo STJ em 2011, o então desembargador convocado Celso Limongi, após os segundos embargos de declaração no julgamento de um agravo, também determinou o imediato início da execução da pena, independentemente da publicação do acórdão ou da interposição de eventual recurso (Ag 1.141.088). A mesma medida foi adotada pela ministra Laurita Vaz ao julgar o quarto recurso interno contra uma decisão sua (Ag 1.112.715) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Litigância de má-fé: a ampla defesa desvirtuada pela malícia processual*. Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108253>. Acesso em 06 jan. 2013.

⁵⁰⁰ BRASIL. Controladoria Geral da União. *Acesso à Informação no Mundo*. Disponível em: <<http://www.acesoainformacao.gov.br>>. Acesso em 18 ago. 2013.

⁵⁰¹ “Artigo XIX - Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 18 ago. 2013.

⁵⁰² “Artigo 10 - Informação pública - Tendo em conta a necessidade de combater a corrupção, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas que sejam necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública, inclusive no relativo a sua organização, funcionamento e processos de adoção de decisões, quando proceder. Essas medidas poderão incluir, entre outras coisas: a) A instauração de procedimentos ou regulamentações que permitam ao público em geral obter, quando proceder, informação sobre a organização, o funcionamento e os processos de adoção de decisões de sua administração pública, com o devido respeito à proteção da intimidade e dos documentos pessoais, sobre as decisões e atos jurídicos que incumbam ao público; b) A simplificação dos procedimentos administrativos, quando proceder, a fim de facilitar o acesso do público às autoridades encarregadas da adoção de decisões; e c) A publicação de informação, o que poderá incluir informes periódicos sobre os riscos de corrupção na administração pública. [...]”

Artigo 13 – Participação da sociedade - 1. Cada Estado Parte adotará medidas adequadas, no limite de suas possibilidades e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, para fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade

Pode-se definir o governo da democracia como o governo do poder público em público⁵⁰⁵. A Constituição Federal de 1988 atendeu a essa necessidade de visibilidade do exercício do Poder Público, em seu art. 37, *caput*, que consagra o princípio da publicidade. A doutrina aponta três desdobramentos deste princípio: o direito fundamental de obter informações dos órgãos e entidades públicas, sejam esses dados de interesse individual, coletivo ou geral, consagrado pelo art. 5.º, XXXIII, CF⁵⁰⁶; o direito fundamental à certidão para defesa de direitos e esclarecimento de situações

civil, as organizações não governamentais e as organizações com base na comunidade, na prevenção e na luta contra a corrupção, e para sensibilizar a opinião pública a respeito à existência, às causas e à gravidade da corrupção, assim como a ameaça que esta representa. Essa participação deveria esforçar-se com medidas como as seguintes: a) Aumentar a transparência e promover a contribuição da cidadania aos processos de adoção de decisões; b) Garantir o acesso eficaz do público à informação; c) Realizar atividade de informação pública para fomentar a intransigência à corrupção, assim como programas de educação pública, incluídos programas escolares e universitários; d) Respeitar, promover e proteger a liberdade de buscar, receber, publicar e difundir informação relativa à corrupção. Essa liberdade poderá estar sujeita a certas restrições, que deverão estar expressamente qualificadas pela lei e ser necessárias para: i) Garantir o respeito dos direitos ou da reputação de terceiros; ii) Salvar a segurança nacional, a ordem pública, ou a saúde ou a moral públicas. 2. Cada Estado Parte adotará medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na presente Convenção, e facilitará o acesso a tais órgãos, quando proceder, para a denúncia, inclusive anônima, de quaisquer incidentes que possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção.”. BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de Janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 18 ago. 2013.

⁵⁰³ “4. O acesso à informação em poder do Estado é um direito fundamental do indivíduo. Os Estados estão obrigados a garantir o exercício desse direito. Este princípio só admite limitações excepcionais que devem estar previamente estabelecidas em lei para o caso de existência de perigo real e iminente que ameace a segurança nacional em sociedades democráticas.”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão*. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

⁵⁰⁴ “ARTIGO 19 - 1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.”. BRASIL. Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 18 ago. 2013.

⁵⁰⁵ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 82.

⁵⁰⁶ O art. 5º, XXXIII, CF dispõe que: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

pessoais, estabelecido pelo art. 5º, XXXIV, “b”, CF⁵⁰⁷; e a publicação oficial dos atos administrativos⁵⁰⁸.

Quanto ao direito à informação, consagrado pelo art. 5º, XXXIII, CF, não devem ser impostas formalidades excessivas para comprovar o interesse individual ou coletivo, e, nas matérias de interesse geral, todos podem ter acesso às informações⁵⁰⁹.

O Direito é, por definição, um sistema de normas de conduta social gerais, abstratas e previamente conhecidas, o que indica que a publicidade é um requisito lógico da execução de ofício do Direito pelo Estado, visando à produção derivada de quaisquer outros atos, abstratos ou concretos, uma vez que só por ela se poderá ter ciência, se tais atos obedeceram ao que em abstrato para ele se prescreveu e, assim, submetê-los a controle⁵¹⁰.

O princípio da publicidade é o mais importante princípio instrumental do Direito Administrativo e do Direito Público, em geral, por ser indispensável à sindicabilidade da legalidade, da legitimidade e da moralidade da ação do Poder Público, pois é pela transparência dos seus atos, ou por sua visibilidade, que se tornará possível constatar a sua conformidade ou desconformidade com a ordem jurídica e, em consequência, serem aplicadas as várias modalidades de controle nela previstos⁵¹¹.

A publicidade é um direito fundamental do administrado, já que, sem ela, tornar-se-ia impossível controlar a ação estatal, e, em última análise, seria uma falácia a sustentação dos direitos fundamentais e do próprio Estado de Direito⁵¹².

A publicidade é um elemento essencial da ação do Estado e deve ser regida pela forma prescrita em lei⁵¹³.

O princípio da publicidade consagra o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo⁵¹⁴, ocultamento aos administrados dos assuntos

⁵⁰⁷ O art. 5º, XXXIV, CF estabelece que: “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: [...] b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”.

⁵⁰⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 75.

⁵⁰⁹ Idem, *ibidem*, p. 76.

⁵¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2006, p. 83.

⁵¹¹ Idem, *ibidem*, p. 83.

⁵¹² Idem, *ibidem*, p. 83.

⁵¹³ Idem, *ibidem*, p. 83.

⁵¹⁴ Cf. art. 1º, § 1º, CF.

que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida⁵¹⁵.

O art. 5º, LXXII, CF confere a garantia do *habeas data* para assegurar judicialmente o conhecimento de informações relativas ao impetrante que constem de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de âmbito público, bem como para retificação de dados que neles estejam armazenados⁵¹⁶. Esta garantia decorre do princípio da publicidade e do direito fundamental à informação.

A Constituição também trata do acesso à informação pública no art. 5º, XIV⁵¹⁷, no art. 37, caput, § 3º, II⁵¹⁸ e no art. 216, § 2º⁵¹⁹.

A Lei 12.527/2011, chamada pela comunidade jurídica de “Lei de Acesso à Informação” ou simplesmente “LAI”⁵²⁰, regulamenta os mencionados dispositivos constitucionais, estabelecendo requisitos mínimos para a divulgação de informações públicas e procedimentos para facilitar e agilizar o seu acesso por qualquer pessoa⁵²¹.

O regime da LAI se aplica aos órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público, bem como às autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios⁵²². A LAI se aplica, ainda, no que couber às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou

⁵¹⁵ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 114.

⁵¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 114-115.

⁵¹⁷ “XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”. BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 ago. 2013.

⁵¹⁸ “Art. 37. A administração pública [...] obedecerá aos princípios de [...] publicidade [...]. § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...] II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;”. Idem. O art. 5º, X, CF consagra o direito fundamental à privacidade.

⁵¹⁹ “Art. 216, § 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.”. Idem.

⁵²⁰ BRASIL. Lei 12.527/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em 25 ago 2013.

⁵²¹ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Acesso à Informação no Brasil*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/acesso-informacao-brasil/>>. Acesso em 15 jun. 2014.

⁵²² Cf. art. 1º, Lei 12.257/2011.

outros instrumentos congêneres. Neste caso, a publicidade se refere à parcela dos recursos públicos recebidos pelas entidades privadas e à sua destinação⁵²³.

A LAI adota como regra geral o acesso pleno⁵²⁴, imediato⁵²⁵ e gratuito⁵²⁶ às informações, sendo possível sua recusa somente mediante decisão devidamente fundamentada⁵²⁷ que indique o prazo para a interposição de recurso e a autoridade que o decidirá⁵²⁸⁻⁵²⁹. A negativa não fundamentada de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades da Administração Pública, sujeita o responsável a medidas disciplinares, nos termos do art. 32, da LAI e da Lei 8.112/1990⁵³⁰.

Os órgãos e entidades públicas devem dar ampla publicidade às informações sobre gestão, programas, projetos, metas indicadores, licitações, contratos e prestação de contas⁵³¹, publicando-as em sítio da rede mundial de computadores⁵³², assegurada a adoção de mecanismos que viabilizem o acesso de portadores de deficiências⁵³³⁻⁵³⁴.

Cada órgão e entidade da administração pública deve criar seu próprio “serviço de informações ao cidadão” que terá a incumbência de: atender e orientar o público quanto ao acesso a informações; informar sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades; bem como protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações⁵³⁵. A existência de seção especialmente destinada ao fornecimento de informações visa a dar maior eficiência a esta atividade e, conseqüentemente, a ampliar o respeito ao direito correspondente.

Os órgãos e entidades da administração pública devem indicar a publicação adequada aos requerentes cujos pedidos estejam relacionados à informação já

⁵²³ Cf. art. 2º, parágrafo único, Lei 12.527/2011.

⁵²⁴ Cf. art. 7º, IV, Lei 12.527/2011.

⁵²⁵ Cf. art. 11, caput, Lei 12.527/2011.

⁵²⁶ Cf. art. 12, Lei 12.527/2011.

⁵²⁷ Cf. art. 7º, §4º, Lei 12.527/2011.

⁵²⁸ Cf. art. 11, §4º, Lei 12.527/2011.

⁵²⁹ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Exposição de Motivos: Projeto de Lei de Acesso a Informações*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/materiais-interesse/exposicao-motivos-projeto-lei-acesso-informacao.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

⁵³⁰ Cf. art. 7º, §4º, Lei 12.527/2011.

⁵³¹ Cf. art. 7º, caput, Lei 12.527/2011.

⁵³² Cf. art. 8º, §2º, Lei 12.527/2011.

⁵³³ Cf. art. 8º, §3º, VIII, Lei 12.527/2011.

⁵³⁴ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Exposição de Motivos: Projeto de Lei de Acesso a Informações*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/materiais-interesse/exposicao-motivos-projeto-lei-acesso-informacao.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

⁵³⁵ Art. 9º, Lei 12.527/2011.

publicada⁵³⁶, bem como orientar os requerentes a reformular seus pedidos, quando estes sejam obscuros, ou excessivamente abrangentes⁵³⁷.

A Constituição Federal somente admite o sigilo quanto a informações sob a guarda de órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta quando este é imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado⁵³⁸, ou quando diz respeito a dados pessoais cuja preservação é necessária à garantia do direito fundamental à privacidade⁵³⁹.

A informação relativa à distribuição de verbas publicitárias entre órgãos do Estado, conforme a categoria de publicidade, tipo de mídia, veículo de comunicação e agência de publicidade é pública, já que não existe, quanto a esta, sigilo imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado. Assim, a administração pública deve fornecê-la a qualquer pessoa que a solicite⁵⁴⁰.

⁵³⁶ “Art. 11 [...] §6º Caso a informação solicitada esteja disponível ao público em formato impresso, eletrônico ou em qualquer outro meio de acesso universal, serão informados ao requerente, por escrito, o lugar e a forma pela qual se poderá consultar, obter ou reproduzir a referida informação, procedimento esse que desonerará o órgão ou entidade pública da obrigação de seu fornecimento direto, salvo se o requerente declarar não dispor de meios para realizar por si mesmo tais procedimentos.”. BRASIL. Lei 12.527/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em 03 set. 2013.

⁵³⁷ ARTICLE 19. *The public's right to know: principles on freedom of information legislation*. Disponível em: <<http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/righttoknow.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

⁵³⁸ Cf. art. 5º, XXXIII, CF.

⁵³⁹ Cf. art. 5º, X, CF.

⁵⁴⁰ Nesse sentido, já decidiu, por unanimidade a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE DADOS RELATIVOS AOS VALORES GASTOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM PUBLICIDADE E PROPAGANDA. DIREITO À INFORMAÇÃO. PUBLICIDADE. DADOS NÃO SUBMETIDOS AO SIGILO PREVISTO NO ART. 5º, XXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Mandado de segurança impetrado contra ato que negou o fornecimento de dados relativos aos valores gastos pelos órgãos da Administração Federal, direta e indireta, nos anos 2000 a 2010, e no atual, com publicidade e propaganda, discriminando-os por veículo de comunicação. 2. Nos termos do art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal, todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. 3. O art. 220, § 1º, da Constituição Federal, por sua vez, determina que nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XVI. 4. A regra da publicidade que deve permear a ação pública não só recomenda, mas determina, que a autoridade competente disponibilize à imprensa e a seus profissionais, sem discriminação, informações e documentos não protegidos pelo sigilo. 5. Os motivos aventados pela autoridade coatora, para não atender a pretensão feita administrativamente - "preservar estratégia de negociação de mídia" e que "Desnudar esses valores contraria o interesse público" (fl. 26e) -, não têm respaldo jurídico. Ao contrário, sabendo-se que milita em favor dos atos administrativos a presunção de legitimidade e que a regra é dar-lhes a mais irrestrita transparência - sendo, ainda, as contratações precedidas das exigências legais, incluindo-se licitações -, nada mais lícito e consentâneo com o interesse público divulgá-los, ou disponibilizá-los, para a sociedade, cumprindo, fidedignamente, a Constituição Federal. 6. Segurança concedida”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 16.903/DF, da Primeira Seção, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 14/11/2012, DJe 19/12/2012. Disponível: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 ago. 2013.

De acordo com a LAI, a restrição do acesso à informação será permitida em caso de informações pessoais⁵⁴¹ ou imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado⁵⁴², caso em que a restrição será imposta por meio de classificação da informação como sigilosa, mediante decisão devidamente fundamentada e a adoção do critério menos restritivo possível para a definição do grau de sigilo que lhe será atribuído⁵⁴³. Mesmo assim, será assegurado ao cidadão o acesso à parte não sigilosa, caso o sigilo abranja apenas parte do documento que contém a informação⁵⁴⁴. Transcorrido o prazo do sigilo estipulado no momento da classificação ou após evento específico, eventualmente fixado como termo para o sigilo, a informação será automaticamente desclassificada, tornando-se acessível a qualquer cidadão⁵⁴⁵.

A própria lei LAI realizou uma ponderação entre o sigilo de determinadas informações quando este for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado⁵⁴⁶ e o direito fundamental à informação, determinando que este deva prevalecer quando os dados forem necessários à defesa judicial ou administrativa de direitos fundamentais, consagrados pela própria Constituição Federal. A norma teve por principal finalidade a defesa da dignidade humana⁵⁴⁷ das vítimas de crimes perpetrados por agentes públicos no exercício de suas funções, bem como de seus familiares⁵⁴⁸.

⁵⁴¹ Cf. art. 31, Lei 12.527/2011.

⁵⁴² “Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas; VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional; VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações”. BRASIL. Lei 12.527/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm>. Acesso em 03 set. 2013. Quanto à última categoria, não se pode pretender, por exemplo, dar publicidade às rotas de patrulha das viaturas policiais durante uma operação. Da mesma forma, a divulgação prévia de detalhes acerca de uma operação policial, tais como data, hora, local, contingente, meios e rotas de patrulha das viaturas policiais pode comprometer o sucesso da ação estatal. Assim, essas informações são passíveis de ser classificadas como sigilosas, tornando-se públicas somente após a realização da operação. ARAGÃO, Alexandre Santos. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 76.

⁵⁴³ Cf. art. 24, §5º, Lei 12.527/2011.

⁵⁴⁴ Cf. art. 7º, §2º, Lei 12.527/2011.

⁵⁴⁵ Cf. art. 24, §4º, Lei 12.527/2011.

⁵⁴⁶ Cf. art.5º, XXXIII, CF/1988.

⁵⁴⁷ Cf. art.1º, III, CF/1988.

⁵⁴⁸ O art. 21 da Lei 12.527/2011 estabelece exceção ao sigilo ao dispor: “Art. 21. Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais. Parágrafo único. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos

A LAI impõe uma série de limitações à possibilidade de restrição do acesso à informação e exige a aferição constante da existência das razões que justificaram a restrição de acesso, obrigando os órgãos e entidades públicas a revisarem no prazo máximo de dois anos, as informações classificadas como secretas ou ultrassecretas, de modo a decidir sobre a necessidade de manutenção do sigilo⁵⁴⁹. Caso a reavaliação deixe de ser procedida no referido prazo, as informações sigilosas serão consideradas, automaticamente, de acesso público. No âmbito da administração pública federal, a reavaliação poderá ser revista, a qualquer tempo, pela Comissão Mista de Reavaliação de Informações⁵⁵⁰.

A LAI foi dividida em seis capítulos: das disposições gerais; do acesso a informações e da sua divulgação; do procedimento de acesso à informação; das restrições de acesso à informação; das responsabilidades e das disposições finais e transitórias⁵⁵¹⁻⁵⁵².

Nas disposições gerais, dois pontos merecem destaque: os conceitos do art. 2º e a diretriz apresentada no art. 3º. Juntos, esses dispositivos representam os ideais de transparência, celeridade e responsabilidade que devem nortear a relação entre Estado e cidadão no que diz respeito às informações da Administração Pública⁵⁵³.

No segundo capítulo, a LAI assinala quais são os direitos do cidadão em matéria de acesso à informação e quais os deveres da Administração Pública para com o cidadão, impondo ao poder público uma conduta pró-ativa em matéria de transparência de suas informações. O art. 6º da LAI foi formulado com o intuito de mostrar que, além de se dispor de instrumentos legais adequados, é necessária a formação de uma cultura de acesso à informação de que sejam partes ativas a população e os servidores públicos. Nesse sentido, o art. 9º da LAI determina a criação de um serviço de informações ao

humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso”. BRASIL. Lei 12.527/2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm#art46> Acesso em 14 mar. 2012.

⁵⁴⁹ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Exposição de Motivos: Projeto de Lei de Acesso a Informações*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/materiais-interesse/exposicao-motivos-projeto-lei-acesso-informacao.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

⁵⁵⁰ Cf. art. 39, Lei 12.527/2011.

⁵⁵¹ BRASIL. Lei 12.527/2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm#art46> Acesso em 16 jun. 2014.

⁵⁵² BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Exposição de Motivos: Projeto de Lei de Acesso a Informações*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/materiais-interesse/exposicao-motivos-projeto-lei-acesso-informacao.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

⁵⁵³ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Exposição de Motivos: Projeto de Lei de Acesso a Informações*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/materiais-interesse/exposicao-motivos-projeto-lei-acesso-informacao.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

cidadão em cada órgão ou entidade pública, com a finalidade de atender e orientar o público, informar sobre a tramitação de documentos e receber requerimentos de acesso a informações⁵⁵⁴.

Nos procedimentos de acesso à informação, importa destacar a inovação de se acabar com a necessidade de justificativa nos pedidos de acesso, como já ocorre em países com legislação reconhecidamente avançada no assunto, como a Suécia⁵⁵⁵, o México⁵⁵⁶ e os Estados Unidos da América (EUA)⁵⁵⁷, em que o motivo do requerimento do acesso não é relevante. O art. 10 da LAI exige do interessado apenas sua identificação e a especificação da informação requerida. Ora, se um documento foi produzido pela Administração Pública, não contém informação de caráter pessoal, nem está classificado como sigiloso, será necessariamente de interesse público e, portanto, acessível por todos⁵⁵⁸.

A refletir a preocupação com as barreiras econômicas que poderiam ser opostas ao acesso à informação, o art. 12, parágrafo único da LAI estabeleceu a gratuidade da cópia dos documentos àqueles que não tenham condições de pagar por elas. Além disso, o art. 11, §5º, da LAI prevê que as informações armazenadas em meio digital sejam fornecidas por este meio, a pedido ou com anuência do requerente, o que reduz substancialmente o custo para o exercício do direito de acesso⁵⁵⁹.

A LAI estabeleceu um recurso hierárquico da decisão da autoridade administrativa que indeferir o acesso à informação pleiteada⁵⁶⁰, bem como instituiu

⁵⁵⁴ Idem.

⁵⁵⁵ SUÉCIA. *Public access to information and secrecy act: information concerning public access to information and secrecy legislation, etc.* p. 15. Disponível em: <<http://www.government.se/content/1/c6/13/13/97/aa5c1d4c.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

⁵⁵⁶ “Art. 40 [...] *En ningún caso la entrega de información estará condicionada a que se motive o justifique su utilización, ni se requerirá demostrar interés alguno.*”. MÉXICO. *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental*. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/244.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

⁵⁵⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *5 USC § 552 - Public information; agency rules, opinions, orders, records, and proceedings/ 5 USC § 552a - Records maintained on individuals*. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/5/part-I/chapter-5/subchapter-II>>. Acesso em 25 ago. 2013.

⁵⁵⁸ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Exposição de Motivos: Projeto de Lei de Acesso a Informações*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/materiais-interesse/exposicao-motivos-projeto-lei-acesso-informacao.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

⁵⁵⁹ Idem.

⁵⁶⁰ “Art. 15. No caso de indeferimento de acesso a informações ou às razões da negativa do acesso, poderá o interessado interpor recurso contra a decisão no prazo de 10 (dez) dias a contar da sua ciência. Parágrafo único. O recurso será dirigido à autoridade hierarquicamente superior à que exarou a decisão impugnada, que deverá se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias.”. BRASIL. Lei 12.527/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em 03 set. 2013.

recurso para a Controladoria-Geral da União, quando negado o acesso à informação pelos órgãos ou entidades do Poder Executivo Federal⁵⁶¹.

A LAI estabeleceu a Comissão Mista de Reavaliação de Informações⁵⁶², para a qual cabe recurso, quando a Controladoria-Geral da União negar ao requerente o acesso à informação⁵⁶³. Entretanto, deve-se observar que a maioria dos membros da Comissão são ministros de Estado⁵⁶⁴, o que, a nosso ver, deveria ser modificado. O ideal seria que todos os membros da comissão fossem eleitos diretamente pelo povo para o exercício de um mandato. Entendemos que isto contribuiria para a independência da Comissão em relação ao Poder Executivo da União.

As hipóteses de restrição de acesso à informação estão previstas no capítulo IV da LAI, que está dividido em cinco seções que, além das disposições gerais, versam sobre classificação de informação como sigilosas, procedimentos de classificação, reclassificação e desclassificação, e sobre informações pessoais⁵⁶⁵⁻⁵⁶⁶.

O art. 24 da LAI reduziu os quatro níveis de sigilo outrora previstos para apenas três, bem como os prazos máximos de sigilo dessas informações. Assim, no nível mais alto de sigilo, pelo novo texto, a restrição de acesso à informação somente poderá vigorar por vinte e cinco anos. O prazo não destoa dos previstos nas legislações de outras democracias, tais como a finlandesa⁵⁶⁷ e a norte-americana⁵⁶⁸, que também estipulam tal prazo em vinte e cinco anos, com possibilidade de prorrogação⁵⁶⁹.

⁵⁶¹ Cf. art. 16, Lei 12.527/2011.

⁵⁶² Cf. 35, Lei 12.527/2011.

⁵⁶³ Cf. art. 16, §3º, Lei 12.527/2011.

⁵⁶⁴ “Art. 2º Comissão será integrada pelos titulares dos seguintes órgãos: I - Casa Civil da Presidência da República, que a presidirá; II - Ministério da Justiça; III - Ministério das Relações Exteriores; IV - Ministério da Defesa; V - Ministério da Fazenda; VI - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; VII - Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; VIII - Advocacia-Geral da União; IX - Controladoria-Geral da União; e X - Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.”. BRASIL. Resolução nº 1, de 21 de dezembro de 2012 da Comissão Mista de Reavaliação de Informações (CMRI). Aprova o Regimento Interno da CMRI. Disponível em: <<http://www.acessoinformacao.gov.br>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

⁵⁶⁵ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Exposição de Motivos: Projeto de Lei de Acesso a Informações*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/acessoinformacao/materiais-interesse/exposicao-motivos-projeto-lei-acesso-informacao.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

⁵⁶⁶ BRASIL. Lei 12.527/2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm#art46> Acesso em 16 jun. 2014.

⁵⁶⁷ Cf. Section 31- *Declassification* (2) e (3). FINLAND. *Act on the Openness of Government Activities*. Disponível em: <<http://legislationline.org/topics/country/32/topic/3>>. Acesso em 25 ago. 2013.

⁵⁶⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Executive Order 13526- Classified National Security Information*. Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov>>. Acesso em 26 ago. 2013.

⁵⁶⁹ BRASIL. Controladoria Geral da União. *Exposição de Motivos: Projeto de Lei de Acesso a Informações*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/acessoinformacao/materiais-interesse/exposicao-motivos-projeto-lei-acesso-informacao.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

O art. 27 da LAI estabelece o grupo restrito de pessoas que pode classificar informações como sigilosas. Além disso, a LAI restringe a possibilidade de renovação do prazo de sigilo às informações ultrassecretas que representem ameaça à soberania ou integridade do território nacional, cuja competência será da Comissão de Reavaliação de Informações, responsável também por rever a classificação de informações secretas e ultrassecretas⁵⁷⁰.

A exemplo do que acontece nos EUA, o art. 30 da LAI determina que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade publique, anualmente e pela rede mundial de computadores, o rol das informações desclassificadas e o número de documentos classificados em cada grau de sigilo, o que possibilita um maior controle e fiscalização da sociedade sobre a aplicação da lei e também permite ao Poder Público avaliar sua aplicação com o objetivo de ajustar seus próprios procedimentos⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ Cf. art. 35, Lei 12.527/2011.

⁵⁷¹ BRASIL. Controladoria Geral da União. *Exposição de Motivos: Projeto de Lei de Acesso a Informações*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/materiais-interesse/exposicao-motivos-projeto-lei-acesso-informacao.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

6 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO EXTRAJUDICIAL

Inspirando-se nas *Civil Procedure Rules (CPR)*, que regem o Processo Civil na Inglaterra e no País de Gales desde 1998, e nas *Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)*, que disciplinam o Processo Civil nas cortes federais dos Estados Unidos da América (EUA), o Grupo de Pesquisa Institucional “Observatório das Reformas Processuais” liderado pelo professor Leonardo Greco, no âmbito da Faculdade de Direito da UERJ, propõe, em seu Anteprojeto de Lei sobre Direito Probatório (ADP-UERJ) a implantação, no Brasil, de um procedimento probatório extrajudicial que pode ser instaurado pelas partes de qualquer relação jurídica, independentemente de qualquer demanda judicial, no seu curso, ou antes dela, para a definição precisa dos fatos e para a identificação e revelação do conteúdo das provas que correspondam a estes.

O mencionado procedimento está baseado no dever de cooperação e na boa-fé dos sujeitos processuais e tem as seguintes finalidades: propiciar a tempestiva troca de informações entre as partes para o eventual esclarecimento da controvérsia; favorecer uma rápida solução amigável das divergências entre as partes, evitando custos e prejuízos em consequência da possível necessidade de submetê-las à apreciação judicial; ou, caso a obtenção de um acordo não seja possível, contribuir para uma adequada preparação de demanda futura⁵⁷².

Os objetivos do mencionado procedimento probatório extrajudicial se assemelham àqueles dos *pre-action protocols* adotados pelas *CPR* da Inglaterra e do País de Gales. Os propósitos da orientação prática (*practice direction*) referente à conduta prévia à ação (*pre-action conduct*) são: capacitar as partes a resolver a questão existente entre elas, sem que haja necessidade de iniciar um processo judicial e dar suporte a uma gestão eficiente pela corte e pelas partes dos processos que não possam ser evitados. A orientação prática dispõe, ainda, que esses objetivos devem ser alcançados pelo encorajamento das partes a trocarem informações sobre a disputa e a considerarem o uso de algum método de resolução de conflitos alternativo à jurisdição⁵⁷³.

⁵⁷² BRASIL. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Grupo de Pesquisa Institucional “Observatório das Reformas Processuais”. *Anteprojeto de Lei. Dispõe sobre as provas no processo civil*. Não publicado.

⁵⁷³ “1. Aims 1.1 The aims of this Practice Direction are to – (1) enable parties to settle the issue between them without the need to start proceedings (that is, a court claim); and (2) support the efficient management by the court and the parties of proceedings that cannot be avoided. 1.2 These aims are to be

O procedimento extrajudicial tem por fim, ainda, propiciar a modificação da cultura brasileira de excessiva judicialização dos litígios, onde as partes não costumam fazer uma avaliação séria de suas reais condições de sucesso, antes do ajuizamento da ação. Assim, o procedimento tem por objetivo aumentar a participação e a responsabilidade dos advogados e das instituições na solução dos conflitos antes do processo. O objetivo não é simplesmente aprimorar a lei, mas propiciar, por meio desta, uma mudança cultural que leve à maior atuação dos indivíduos e das instituições na solução dos seus próprios conflitos e que coloque fim ou minimize substancialmente a inércia burocrática de advogados, promotores, defensores e procuradores que, a qualquer problema, lançam mão automaticamente da petição inicial, atribuindo ao Judiciário a solução do conflito⁵⁷⁴.

O procedimento probatório extrajudicial será iniciado e conduzido pelas partes. Entretanto, qualquer parte pode contar com o auxílio do juízo na remoção de eventual obstáculo no acesso à prova, decorrente da falta de cooperação de outra parte ou de um terceiro, independentemente de urgência⁵⁷⁵.

A falta, no processo judicial, de definição precisa dos fatos relevantes alegados pelo autor ou de identificação e revelação do conteúdo das provas que a eles correspondam, decorrente da não instauração do procedimento probatório extrajudicial, implicará na extinção do processo sem resolução do mérito⁵⁷⁶.

A falta, no processo judicial, de explicitação dos fatos alegados pelo réu ou de indicação das provas que correspondam a esses fatos, decorrente da não instauração do procedimento probatório extrajudicial, impedirá o juiz de deferir as provas requeridas para demonstrá-los, salvo se o interesse do réu for indisponível⁵⁷⁷.

O procedimento probatório extrajudicial poderá anteceder qualquer ação judicial em que se verifique a conveniência de prévio esclarecimento dos fatos, de identificação

achieved by encouraging the parties to – (1) exchange information about the issue, and (2) consider using a form of Alternative Dispute Resolution ('ADR')". INGLATERRA E PAÍS DE GALES. *Practice direction – pre-action conduct*. Disponível em: <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct#IDAZZ2S>. Acesso em: 02 jul. 2013.

⁵⁷⁴ ARAÚJO, José Aurélio de. *Capítulo VI - Procedimento Probatório Extrajudicial*. In: BRASIL. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Grupo de Pesquisa Institucional "Observatório das Reformas Processuais". *A reforma do Direito Probatório no processo civil brasileiro - Anteprojeto do Grupo de Pesquisa "Observatório das Reformas Processuais" da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Justificativas*. Não publicado, p. 65-66.

⁵⁷⁵ BRASIL. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Grupo de Pesquisa Institucional "Observatório das Reformas Processuais". *Anteprojeto de Lei. Dispõe sobre as provas no processo civil*. Não publicado.

⁵⁷⁶ Idem.

⁵⁷⁷ Idem.

e revelação do conteúdo das provas que a eles correspondam, inclusive a ação civil pública, demais ações coletivas e as ações que envolvam interesses de órgãos públicos, não induzindo a prevenção do juízo para qualquer processo futuro⁵⁷⁸.

O interesse de esclarecimento dos fatos é suficiente para justificar a instauração do procedimento probatório extrajudicial, que pode ter por objeto: a produção de prova documental, pericial, testemunhal; os depoimentos dos próprios litigantes ou de seus prepostos; ou a simples vistoria informal de pessoas, coisas ou documentos⁵⁷⁹.

O ADP-UERJ estabelece que organizações representativas de categorias ou grupos que frequentemente se defrontam em demandas judiciais sobre determinados tipos de interesses podem celebrar convenções coletivas para estabelecer as informações e os documentos que devem ser exigidos, no procedimento probatório extrajudicial, as regras a serem adotadas neste procedimento, bem como a instauração de mediação ou de outro meio de solução autocompositiva do conflito. Os juízes e tribunais, no âmbito da sua competência, com a colaboração da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público e da Defensoria Pública, das Agências Reguladoras e de outras instituições, estimularão a negociação, celebração e efetiva aplicação dessas convenções⁵⁸⁰. As referidas convenções coletivas foram inspiradas nas “convenções coletivas de consumo” previstas pelo art. 107 do Código de Defesa do Consumidor⁵⁸¹, nas convenções coletivas trabalhistas, na experiência inglesa dos *pre-action protocols*⁵⁸² e na experiência italiana dos *protocolli*⁵⁸³. Quanto à eficácia das normas coletivas, o

⁵⁷⁸ Idem.

⁵⁷⁹ Idem.

⁵⁸⁰ Idem.

⁵⁸¹ “Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo. § 1º A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos. § 2º A convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias. § 3º Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento.”. BRASIL. Lei 8.078/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 05 set. 2013.

⁵⁸² INGLATERRA E PAÍS DE GALES. CPR – *Pre-Action Protocols*. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

⁵⁸³ Na Itália os Protocolos foram criados pelos vários Observatórios da Justiça a partir da experiência positiva da “*Prassi Comune*” de Bolonha entre os advogados e os magistrados, expandido-a para diversas províncias e comunas, como Salerno, Reggio Calabria, Milão, Roma, Rovereto, Florença, Genova, Verona e Napoli. Os *Protocolli*, celebrados no âmbito desses Observatórios, regulam matéria que se encontra no espaço deixado sem normatização pela lei: *spazi bianchi*. São normas de eficácia persuasiva, incentivadoras de práticas forenses virtuosas, procedimentais ou meramente organizacionais, criadas em conjunto pelos grupos envolvidos - *regole condivise* - para facilitar o andamento processual. O maior exemplo é o Protocolo do Observatório de Bolonha de 23 de dezembro de 2009, que regula o melhor funcionamento das audiências dos artigos 180, 183 e 184 do c.p.c. italiano, não satisfatoriamente

sistema projetado, apesar de também adequar-se às considerações anteriores, se aproxima mais do modelo inglês vinculativo e impositivo do que do modelo persuasivo italiano⁵⁸⁴.

O requerente deve enviar a petição inicial do procedimento probatório extrajudicial ao requerido por carta registrada com aviso de recebimento, ou por qualquer outro meio de comunicação eficaz contratual ou convencionalmente adotado. A referida petição deve conter: a síntese da controvérsia ou da possível controvérsia, com a indicação precisa dos fatos e circunstâncias a serem esclarecidos, suficiente para a compreensão do requerido; uma cópia de cada documento disponível em que se fundamenta o direito alegado; o pedido de uma primeira resposta imediata em cinco dias do recebimento da notificação postal e de uma segunda resposta mais extensa em trinta dias; a proposição dos esclarecimentos e provas solicitados ao destinatário; a advertência de que o procedimento se submete às disposições da lei e a eventual convenção coletiva em vigor, cujas cópias serão anexadas ao requerimento; a advertência de que a não apresentação de resposta ou o descumprimento do dever de colaboração no procedimento probatório extrajudicial importará, ao final do processo judicial, na imposição à parte remissa de condenação ao pagamento das custas e dos honorários de sucumbência, ainda que vencedora ou beneficiária da assistência judiciária gratuita⁵⁸⁵; a advertência de que se os fatos alegados pelo autor, na petição

detalhado pela lei. O Protocolo regula, por exemplo, a organização da agenda do juízo - horários e a realização de audiências sobre a mesma matéria no mesmo dia -, a obrigação de juízes e advogados de comparecerem às audiências conhecendo o processo, o incentivo ao comparecimento pontual para evitar atrasos, a promoção do contato telefônico com o advogado faltante à audiência para informar se comparecerá, etc. O encontro de magistrados, advogados, chefes de secretarias e professores universitários nos vários Observatórios de cada localidade, produzem a codificação das práticas virtuosas, respeitando a lei processual e dando à prática valor de fonte do direito processual. A partir da flexibilização procedimental este espaço tem se expandido deveras no Direito processual italiano, notadamente após a inserção do artigo 702-bis do CPC que criou, em 2009, o procedimento sumário, cuja característica primordial é a instrução desformalizada. O acordo sobre as boas práticas e sua codificação fazem o caminho em direção à legalidade ao legitimarem, com a participação dos envolvidos, a lei que integram em respeito imediato ao princípio da Democracia. ARAÚJO, José Aurélio de. Capítulo VI - Procedimento Probatório Extrajudicial. In: BRASIL. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Grupo de Pesquisa Institucional "Observatório das Reformas Processuais". *A reforma do Direito Probatório no processo civil brasileiro - Anteprojeto do Grupo de Pesquisa "Observatório das Reformas Processuais" da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Justificativas*. Não publicado, p. 70-72.

⁵⁸⁴ ARAÚJO, José Aurélio de. Capítulo VI - Procedimento Probatório Extrajudicial. In: BRASIL. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Grupo de Pesquisa Institucional "Observatório das Reformas Processuais". *A reforma do Direito Probatório no processo civil brasileiro - Anteprojeto do Grupo de Pesquisa "Observatório das Reformas Processuais" da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Justificativas*. Não publicado, p. 73.

⁵⁸⁵ Na Inglaterra e no País de Gales, as *practice directions*, apesar de não constituírem condições para a proposição ou prosseguimento da ação, podem gerar, caso descumpridas, sanções a serem aplicadas pelo

inicial do futuro processo judicial, não estiverem explicitados ou as provas que lhes correspondam não estiverem precisamente indicadas, o juiz extinguirá o processo sem resolução do mérito; a advertência de que se os fatos alegados pelo réu não estiverem explicitados ou as provas que lhes correspondam não estiverem precisamente indicadas, o juiz não poderá deferir as provas requeridas para demonstrá-los, salvo se a causa versar sobre direitos indisponíveis; a indicação do endereço do requerente para recebimento de resposta ou para a entrega das informações e das cópias dos documentos solicitados. A petição também poderá conter: a declaração da intenção do requerente de instaurar uma demanda contenciosa, no caso de falta de resposta; o convite ao requerido para um encontro em dia, hora e local determinados, a fim de iniciarem uma tentativa de conciliação ou para a tomada de depoimentos das partes, dos seus prepostos ou de testemunhas; o pedido de exibição ou de fornecimento de informações e de cópias de documentos; o pedido de autorização do requerido de que sejam submetidos a exame pericial por pessoas habilitadas documentos, pessoas, coisas, locais e arquivos que se encontrem sob o seu domínio, com a indicação de perito da confiança do requerente e o pedido de indicação de perito de confiança do requerido ou a concordância com a escolha de perito comum; o pedido de autorização do requerido para que seja promovida vistoria informal com indicação de pessoa de confiança do requerente e o pedido de indicação de pessoa de confiança do requerido ou a concordância deste com a escolha do primeiro; e a proposta de mediação ou de adoção de outro meio de solução autocompositiva do conflito. No caso de fornecimento de cópias qualquer um dos interessados poderá exigir do outro sua conferência com original. Em se tratando de perícia, ainda que tenham concordado com a indicação extrajudicial de perito, as partes poderão designar assistentes técnicos de sua confiança para acompanhá-las, formular quesitos e influir no resultado das conclusões do perito⁵⁸⁶.

juiz no case management – Rules 3.1 (4) e (5) e 3.9 (1) (e) das *Civil Procedure Rules* – ou quando da distribuição das despesas - Rule 44.3 (5) (a) das *Civil Procedure Rules*. São considerados como inadimplemento aos *pre-action protocols* quando a parte do futuro processo não tenha fornecido informações suficientes à outra ou não tenha cumprido disposições do Protocolo. ARAÚJO, José Aurélio de. Capítulo VI - Procedimento Probatório Extrajudicial. In: BRASIL. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Grupo de Pesquisa Institucional “Observatório das Reformas Processuais”. A reforma do Direito Probatório no processo civil brasileiro - Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Justificativas. Não publicado, p. 73.

⁵⁸⁶ BRASIL. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Grupo de Pesquisa Institucional “Observatório das Reformas Processuais”. *Anteprojeto de Lei. Dispõe sobre as provas no processo civil*. Não publicado.

A disposição do ADP-UERJ quanto à petição inicial do procedimento probatório extrajudicial se assemelha àquela do anexo “A” da orientação de prática (*practice direction*) referente à conduta prévia à ação (*pre-action conduct*) do direito inglês, quanto à carta do requerente. Este procedimento se aplica àqueles casos em que inexistente previsão legal específica. A carta do requerente deve trazer uma descrição concisa da matéria que possibilite ao requerido entender e investigar as questões sem precisar pedir informações adicionais. A epístola deve incluir: o nome completo do requerente e seu endereço; a base em que o requerimento é feito, isto é, porque o peticionário afirma que o requerido é responsável; um resumo dos fatos em que o requerimento se baseia; o que o requerente quer do requerido; se a indenização de prejuízo financeiro é requerida, uma explicação de como sua quantia foi calculada. A missiva deve ainda listar os documentos essenciais em que o requerente pretende basear eventual ação judicial; indicar o método de resolução de conflitos alternativo à jurisdição que o requerente considera mais adequado e convidar o requerido a aderir a este. Deve também fixar o prazo que o requerente considera adequado para a resposta completa do requerido; identificar e pedir cópias de quaisquer documentos relevantes que não estejam na posse do requerente e que este deseje ver. A menos que o requerente saiba que o requerido está legalmente representado, a carta deve se referir à *Practice Direction - Pre-action Conduct* e, particularmente, chamar a atenção para o poder da corte de impor sanções à parte que se recusa a colaborar; e informar que, caso o requerido ignore a carta, o requerente poderá ajuizar ação e que a responsabilidade do requerido pelas custas poderá ser agravada⁵⁸⁷.

⁵⁸⁷ “2. *Claimant’s letter before claim* 2.1 *The claimant’s letter should give concise details about the matter. This should enable the defendant to understand and investigate the issues without needing to request further information. The letter should include – (1) the claimant’s full name and address; (2) the basis on which the claim is made (i.e. why the claimant says the defendant is liable); (3) a clear summary of the facts on which the claim is based; (4) what the claimant wants from the defendant; (5) if financial loss is claimed, an explanation of how the amount has been calculated; and (6) details of any funding arrangement (within the meaning of rule 43.2(1)(k) of the CPR) that has been entered into by the claimant. 2.2 The letter should also – (1) list the essential documents on which the claimant intends to rely; (2) set out the form of ADR (if any) that the claimant considers the most suitable and invite the defendant to agree to this; (3) state the date by which the claimant considers it reasonable for a full response to be provided by the defendant; and (4) identify and ask for copies of any relevant documents not in the claimant’s possession and which the claimant wishes to see. 2.3 Unless the defendant is known to be legally represented the letter should – (1) refer the defendant to this Practice Direction and in particular draw attention to paragraph 4 concerning the court’s powers to impose sanctions for failure to comply with the Practice Direction; and (2) inform the defendant that ignoring the letter before claim may lead to the claimant starting proceedings and may increase the defendant’s liability for costs.”. INGLATERRA E PAÍS DE GALES. Practice direction – pre-action conduct. Disponível em: <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct#IDAZZ2S>. Acesso em: 02 jul. 2013. Deve-se observar que a referida *rule* 43.2(1)(k) foi revogada.*

O ADP-UERJ estabelece que o requerido poderá, nas suas respostas, em igualdade de condições com o requerente, pedir esclarecimentos, documentos e diligências, negar o dever de informação, justificar a impossibilidade do seu atendimento por não ter o requerente prestado as suas informações adequadamente, observando as mesmas disposições concernentes à petição inicial do procedimento probatório extrajudicial⁵⁸⁸.

Segundo o mesmo anteprojeto, o requerido poderá exigir o depósito prévio pelo requerente, em conta-corrente bancária, que indicará, do montante necessário ao custeio do fornecimento dos documentos e informações solicitados⁵⁸⁹.

O ADP-UERJ estabelece que o requerido poderá solicitar ao juiz, ouvido o requerente, que limite a extensão das informações que lhe forem requeridas: se estas forem manifestamente desnecessárias ou puderem ser obtidas por outra fonte mais acessível ou mais econômica; se o requerente, em procedimento anterior, judicial ou extrajudicial, tiver tido ampla oportunidade de obtê-las; se o custo das informações solicitadas superar acentuadamente a sua utilidade, levando em conta as necessidades do caso concreto, o valor da controvérsia, os recursos das partes e a importância das questões que visam a esclarecer; ou se contrariar a necessidade de proteção de direitos fundamentais, da segurança da sociedade ou do Estado. O fim da norma é evitar que o requerente abuse do seu direito de exigir a exibição de documentos ou coisas⁵⁹⁰.

Eventual limitação estabelecida para o procedimento extrajudicial não se estende a qualquer procedimento judicial subsequente⁵⁹¹, onde o juiz não deve proceder a uma ponderação entre o custo da produção de uma prova e o valor da causa. Uma prova de valor relativamente elevado pode ser essencial ao esclarecimento da verdade e deixar de produzi-la pode favorecer a parte que não tem razão.

A possibilidade de limitar o dever de exibição do requerido foi inspirada pela *rule 26(b)(2)(C)(iii)* das *FRCP* norte-americanas, segundo a qual a frequência ou a extensão dos métodos de *discovery*⁵⁹² de outra forma permitidos pelas *FRCP* ou por quaisquer regras locais podem ser limitados pela corte caso esta considere: que a

⁵⁸⁸ BRASIL. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Grupo de Pesquisa Institucional “Observatório das Reformas Processuais”. *Anteprojeto de Lei. Dispõe sobre as provas no processo civil*. Não publicado.

⁵⁸⁹ *Idem*.

⁵⁹⁰ *Idem*.

⁵⁹¹ *Idem*.

⁵⁹² O procedimento probatório anterior ao *trial* é conhecido nos EUA como “*discovery*”. O *trial* assemelha-se a uma audiência de instrução e julgamento.

discovery buscada é cumulativa ou duplicativa, ou pode ser obtida por outro meio mais conveniente ou menos oneroso; que a parte que busca a *discovery* já teve ampla oportunidade de obter a informação desejada; ou se o custo da *discovery* supera o seu provável benefício, levando em consideração as necessidades do caso, os recursos das partes, a quantia controvertida, a importância das matérias em questão no litígio e a importância da *discovery* proposta para resolver as questões. A corte pode limitar a *discovery* por sua própria iniciativa, após razoável notícia, ou a requerimento do interessado⁵⁹³.

Na Inglaterra, a criação da *rule* 31.12 das *CPR* teve o mesmo propósito de evitar a prática abusiva de certos autores que, na fase pré-ação, buscavam a exibição de um grande número de documentos que estavam em poder do potencial réu tendo em vista encontrar uma razão para processá-lo⁵⁹⁴. Esta prática, chamada *fishing expedition*, é uma busca ‘voraz’ do autor por provas, a fim de provocar uma ação imaginada, mas que

⁵⁹³ “26(b)(2)(C)(iii): *By order, the court may alter the limits in these rules on the number of depositions and interrogatories or the length of depositions under Rule 30. By order or local rule, the court may also limit the number of requests under Rule 36. The frequency or extent of use of the discovery methods otherwise permitted under these rules and by any local rule shall be limited by the court if it determines that: (i) the discovery sought is unreasonably cumulative or duplicative, or is obtainable from some other source that is more convenient, less burdensome, or less expensive; (ii) the party seeking discovery has had ample opportunity by discovery in the action to obtain the information sought; or (iii) the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit, taking into account the needs of the case, the amount in controversy, the parties' resources, the importance of the issues at stake in the litigation, and the importance of the proposed discovery in resolving the issues. The court may act upon its own initiative after reasonable notice or pursuant to a motion under Rule 26(c)*”. Estados Unidos da América. Federal Rules of Civil Procedure. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/uscourts/rulesandpolicies/rules/2010%20rules/civil%20procedure.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2013.

⁵⁹⁴ Assim dispõe a regra 31.12 das *Civil Procedure Rules*: “*Specific disclosure or inspection 31.12 (1) The court may make an order for specific disclosure or specific inspection. (2) An order for specific disclosure is an order that a party must do one or more of the following things – (a) disclose documents or classes of documents specified in the order; (b) carry out a search to the extent stated in the order; (c) disclose any documents located as a result of that search. (3) An order for specific inspection is an order that a party permit inspection of a document referred to in rule 31.3(2). (Rule 31.3(2) allows a party to state in his disclosure statement that he will not permit inspection of a document on the grounds that it would be disproportionate to do so) (Rule 78.26 contains rules in relation to the disclosure and inspection of evidence arising out of mediation of certain cross-border disputes.)*. Tradução: Revelação ou inspeção específica 31.12 (1) A corte pode dar uma ordem para revelação específica ou inspeção específica. (2) Uma ordem para revelação específica é uma ordem para que uma parte proceda a uma das seguintes ações (a) revele documentos ou classes de documentos especificados na ordem; (b) proceda a uma busca à extensão mencionada na ordem; (c) revele quaisquer documentos localizados em razão dessa busca. (3) Uma ordem para inspeção específica é uma ordem para que uma parte permita a inspeção de um documento referido pela regra 31.3(2). (A regra 31.3(2) permite que uma parte afirme em sua declaração de revelação que ela não vai permitir a inspeção de um documento sob o argumento de que seria desproporcional fazê-lo) (A regra 78.26 contém regras relativas à revelação e inspeção de evidências advindas de mediação de certas disputas transfronteiriças). (Tradução nossa). INGLATERRA E PAÍS DE GALES. *Rule 31.12. Civil Procedure Rules. Part 31. Disclosure and inspection of documents*. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules3/civil/rules/part31#IDAUTSBB>>. Acesso em 11 out. 2012.

não passa de especulação. Entretanto, a chamada *fishing expedition* é permitida pelos tribunais ingleses, na fase pré-ação, no caso de danos pessoais ou físicos, sendo vedada nos conflitos provocados por outras causas⁵⁹⁵.

Antes da implementação das *CPR*, prevalecia na Inglaterra o modelo adversarial onde a corte não podia limitar os meios de prova escolhidos pelas partes, ainda que estes se revelassem impertinentes ou excessivamente onerosos. Entendia-se, então, que a parte poderia optar por qualquer meio de prova desde que estivesse disposta a pagar por ele. Este raciocínio era falho, já que a escolha de determinados meios de prova também gerava ônus ao adversário e à corte⁵⁹⁶.

A *discovery*, como era então chamado o procedimento probatório inglês na fase *pre-trial*, revelou-se, na prática, não raro fator de aumento do custo e da duração do processo. O avanço tecnológico na reprodução de documentos e o sistema da remuneração por hora dos serviços profissionais dos advogados combinaram-se para estimular a produção de enormes quantidades de papel, geralmente em proveito da parte mais dotada de recursos financeiros, e com a consequência de complicar a solução das questões e prejudicar a pesquisa da verdade pelo juiz. Tratava-se de ato de má-fé do requerido que, muitas vezes, revelava ao requerente grande volume de documentos irrelevantes. Assim, com o propósito de reprimir excessos, as *CPR* procuraram limitar a *disclosure*, como então passou a ser chamado o referido procedimento, sobretudo no procedimento destinado às pequenas causas (*small claims track*), mas também nos demais procedimentos, nos quais a disciplina se contém essencialmente na Parte 31 do código⁵⁹⁷.

O ADP-UERJ abre exceção à independência da instância privada, permitindo que o juiz zele pela cooperação entre as partes, ao estabelecer que, em caso de ausência de resposta, de prova de insinceridade, ou de falta de consistência da resposta negativa, o requerente poderá pedir ao juiz que, ouvido o requerido, determine a busca e apreensão de documentos ou coisas. Entretanto, a norma protege o requerido do risco de

⁵⁹⁵ ANDREWS, Neil. O Moderno Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.216.

⁵⁹⁶ ZUCKERMAN, Adrian. *A Reform of Civil Procedure - Rationing Procedure Rather than Access to Justice*, (1995) 22 *Journal of Law and Society* 155. Disponível em: <<http://www.adrianzuckerman.co.uk/files/File/Economy.dr7%20PDF%20test.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2013.

⁵⁹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A revolução processual inglesa*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69-86.

sofrer a *fishing expedition*⁵⁹⁸, ou seja, a prospecção investigatória e invasiva de seu patrimônio ou de seus registros, ao exigir que o requerente prove a existência dos documentos ou coisas cuja busca e apreensão pede, bem como que indique os fatos de seu interesse que com eles pretende demonstrar ou esclarecer⁵⁹⁹⁻⁶⁰⁰.

De acordo com o ADP-UERJ, as partes não estão vinculadas, em procedimento judicial subsequente, às declarações feitas no procedimento probatório extrajudicial, ressalvada as referentes aos fatos de seu interesse que pretenderam demonstrar ou esclarecer por meio de busca e apreensão de documentos e/ou coisas⁶⁰¹.

O ADP-UERJ dispõe que as provas resultantes do procedimento probatório extrajudicial serão apresentadas pelas partes em eventual demanda judicial subsequente e livremente apreciadas pelo juiz⁶⁰².

Para que o novo mecanismo possa ter êxito, com a sincera colaboração das partes no esclarecimento prévio das suas divergências, é preciso desfazer quaisquer temores de que as suas declarações nessa fase possam vir a ser utilizadas em seu prejuízo num futuro processo judicial. As partes devem agir de forma livre para restabelecimento e aprimoramento da relação existente entre ambas. Relações negociais complexas entre empresas e relações familiares delicadas são exemplos de conflitos cujo conteúdo propicia esclarecimento mais adequado na troca de informações diretamente entre os próprios interessados, para não enfrentarem a publicidade do processo judicial. O princípio, portanto, que rege a relação entre ambas as instâncias, a extrajudicial e a judicial, é o da autonomia. As partes devem ser motivadas a agir livremente, aproveitando-se no processo subsequente ou em curso das provas produzidas nesta fase de acordo com sua própria vontade, preservando a sua a liberdade

⁵⁹⁸ ZUCKERMAN, Adrian. Learning the facts – discovery. In: CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF Helen (Coords.). *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thomson/West, 2007, pp. 224, 238 e 260.

⁵⁹⁹ BRASIL. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Grupo de Pesquisa Institucional “Observatório das Reformas Processuais”. *Anteprojeto de Lei. Dispõe sobre as provas no processo civil*. Não publicado.

⁶⁰⁰ ARAÚJO, José Aurélio de. Capítulo VI - Procedimento Probatório Extrajudicial. In: BRASIL. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Grupo de Pesquisa Institucional “Observatório das Reformas Processuais”. *A reforma do Direito Probatório no processo civil brasileiro - Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Justificativas*. Não publicado, p. 69.

⁶⁰¹ BRASIL. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Grupo de Pesquisa Institucional “Observatório das Reformas Processuais”. *Anteprojeto de Lei. Dispõe sobre as provas no processo civil*. Não publicado.

⁶⁰² Idem.

de processualizar aquilo que considerarem relevante e adequado, que será livremente apreciado pelo juiz⁶⁰³.

No curso do procedimento probatório extrajudicial, qualquer das partes poderá solicitar esclarecimentos, informações ou documentos a terceiros. A eventual recusa deste poderá ser suprida mediante procedimento judicial de exibição de documento ou coisa⁶⁰⁴.

As despesas dos atos do procedimento probatório extrajudicial serão antecipadamente custeadas pela parte que os tiver requerido e serão a final imputadas ao vencido, caso dele decorra demanda judicial. A cada uma das partes caberá a remuneração dos peritos que designar. Entretanto, se qualquer das partes não tiver condições de arcar com os honorários do perito que designou, poderá solicitar ao juiz a concessão da gratuidade de justiça e a indicação de peritos cadastrados, cuja remuneração será custeada por fundo do Tribunal⁶⁰⁵.

As convenções coletivas acima referidas e a Defensoria Pública poderão constituir fundos para o custeio dos procedimentos preparatórios de interesse dos beneficiários da assistência jurídica, bem como dos que não estiverem obrigados por lei a antecipar o custeio das despesas judiciais⁶⁰⁶.

O procedimento probatório extrajudicial não impede a instauração dos procedimentos judiciais de exibição, de produção antecipada de provas e de justificação, regulados no ADP-UERJ e no Código de Processo Civil, bem como de outros procedimentos cautelares e antecipatórios, preenchidos os respectivos requisitos, já que isto viria de encontro à inafastabilidade da jurisdição⁶⁰⁷⁻⁶⁰⁸⁻⁶⁰⁹.

⁶⁰³ ARAÚJO, José Aurélio de. Capítulo VI - Procedimento Probatório Extrajudicial. In: BRASIL. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Grupo de Pesquisa Institucional "Observatório das Reformas Processuais". *A reforma do Direito Probatório no processo civil brasileiro - Anteprojeto do Grupo de Pesquisa "Observatório das Reformas Processuais" da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Justificativas*. Não publicado, p. 69.

⁶⁰⁴ BRASIL. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Grupo de Pesquisa Institucional "Observatório das Reformas Processuais". *Anteprojeto de Lei. Dispõe sobre as provas no processo civil*. Não publicado.

⁶⁰⁵ Idem.

⁶⁰⁶ Idem.

⁶⁰⁷ Cf. art. 5º, XXXV, CF.

⁶⁰⁸ BRASIL. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Grupo de Pesquisa Institucional "Observatório das Reformas Processuais". *Anteprojeto de Lei. Dispõe sobre as provas no processo civil*. Não publicado.

⁶⁰⁹ ARAÚJO, José Aurélio de. Capítulo VI - Procedimento Probatório Extrajudicial. In: BRASIL. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Grupo de Pesquisa Institucional "Observatório das Reformas Processuais". *A reforma do Direito Probatório no processo civil brasileiro - Anteprojeto do Grupo de Pesquisa "Observatório das Reformas Processuais" da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Justificativas*. Não publicado, p. 70.

As partes não precisam estar necessariamente assistidas por advogado no procedimento probatório judicial⁶¹⁰.

⁶¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 68.

7 EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA À LUZ DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

7.1 Exibição e dever de colaboração

O requerimento de exibição de documento ou coisa tem como fundamentos infraconstitucionais o dever das partes e dos terceiros de colaborar com o Poder Judiciário no esclarecimento da verdade⁶¹¹⁻⁶¹² e o dever de auxílio do juiz⁶¹³, tipificado no art. 7º, item n.º 4, do Código de Processo Civil português de 2013⁶¹⁴.

O direito da parte de exigir de seu adversário ou de terceiro a exibição de documento ou coisa com o qual pretende produzir prova em juízo está amparado pela garantia constitucional do acesso à ordem jurídica justa⁶¹⁵⁻⁶¹⁶, já que, muitas vezes, a recusa do requerido em cooperar poderá dificultar ou impedir a satisfação ou a defesa do direito material. Um processo efetivo, que confere a tutela jurisdicional àquele que tem razão⁶¹⁷⁻⁶¹⁸, depende do esclarecimento da verdade acerca dos fatos e esta não pode ser alcançada em tempo razoável⁶¹⁹⁻⁶²⁰ sem a colaboração de todos os sujeitos processuais. Em alguns casos, será mesmo impossível apurar a verdade sem a cooperação do requerido.

A determinação compulsória de exibição, sob pena de impor-se a consequência da admissão tácita ou da ordem de busca e apreensão, “terá como causa, sempre, a recusa, do sujeito em apresentar certo documento ou coisa. Daí ser legítimo presumir que a recusa vem respaldada pelo suposto prejuízo que a parte teria com a sua

⁶¹¹ Cf. art.339, CPC/1973.

⁶¹² GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 180.

⁶¹³ SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 93, n. 338, pp. 149-158, abr./ jun. 1997.

⁶¹⁴ “Art. 7º. [...] 4. Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ônus ou dever processuais, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”. PORTUGAL. Código de Processo Civil: anexo da Lei n.º 41/2013. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 05 ago. 2014.

⁶¹⁵ Cf. art. 5º, XXXV, CF.

⁶¹⁶ WATANABE, Kazuo. Op. cit., p. 129.

⁶¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do Processo e Técnica Processual. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. (Org.). *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.17-29.

⁶¹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e Processo de Conhecimento*. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira\(3\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira(3)%20-formatado.pdf)>. Acesso em 28 nov. 2012.

⁶¹⁹ Cf. art.5º, LXXVIII, CF.

⁶²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp.31 e 49-51.

exibição”. Surge então a questão acerca do dever (ou não) de se produzir prova contra si mesmo⁶²¹. Os direitos constitucionais das partes e dos terceiros à privacidade e à intimidade⁶²², bem como de não se autoincriminar⁶²³ trazem limitações ao seu dever de cooperar com o descobrimento da verdade. Entretanto, como se demonstrará adiante, tal limitação nem sempre é absoluta, e depende do grau de privacidade em questão⁶²⁴, bem como do tipo de pena aplicada.

7.2 Espécies de exibição de documento ou coisa

O Código de Processo Civil disciplina a exibição de documento ou coisa nos artigos 355 a 363, 381, 382, 844 e 845, que pode ser requerida através de três procedimentos diferentes⁶²⁵.

O primeiro deles é “a exibição de documento ou coisa como medida cautelar preparatória, antecedente da ação principal em que se pretende utilizar o documento ou a coisa como prova de algum fato”⁶²⁶. O artigo 845 do CPC estabelece que os sujeitos processuais devem observar o disposto nos artigos 355 a 363, 381 e 382 do mesmo Código quanto a esse procedimento. Trata-se de procedimento cautelar preparatório de exibição de uma coisa ou de um documento, que será aproveitado em demanda futura⁶²⁷. Esta ação cautelar se assemelha ao instituto inglês da *Disclosure Before Proceedings Start*, onde a corte pode emitir uma ordem de revelação ou de inspeção do documento ou da coisa antes mesmo do ajuizamento do processo principal. Segundo José Carlos Barbosa Moreira, o interessado pode requerer a *disclosure* mesmo antes do início do processo, caso: seja provável que requerente e requerido venham a ser partes

⁶²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.499-500.

⁶²² Cf. art.5º, X, CF.

⁶²³ Cf. art.5º, LXIII, CF.

⁶²⁴ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 120-123.

⁶²⁵ GRECO, Leonardo. *Ibid.*, p. 179.

⁶²⁶ Cf. arts. 844 e 845, CPC/1973. O art. 844, CPC/1973 dispõe que: “Art. 844. Tem lugar, como procedimento preparatório, a exibição judicial: I - de coisa móvel em poder de outrem e que o requerente repute sua ou tenha interesse em conhecer; II - de documento próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamentário, depositário ou administrador de bens alheios; III - da escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei”. BRASIL. Código de Processo Civil (Lei 5.869/1973). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 17 jun. 2014. A súmula 390 do STF dispõe no mesmo sentido do art.844, III, CPC/1973: “A exibição judicial de livros comerciais pode ser requerida como medida preventiva”.

⁶²⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 179.

em processo subsequente; na hipótese de instaurar-se tal processo, caiba a *standard disclosure* em relação aos documentos em jogo; e a *disclosure* pareça desejável para conduzir a bom julgamento o futuro pleito, ou para facilitar uma solução extrajudicial do litígio, ou ainda para evitar despesas (rule 31.16)⁶²⁸⁻⁶²⁹.

O segundo tipo de exibição de documento ou coisa é a que se efetiva através de um procedimento probatório incidente, disciplinado pelos artigos 355 a 363 do Código de Processo Civil de 1973. Não constitui ação cautelar, mas simples procedimento probatório incidente proposto no curso de um processo já existente, com o fim de provar determinado fato por meio da exibição de coisa ou de documento, que se encontra na posse de terceiro ou da contraparte⁶³⁰⁻⁶³¹.

⁶²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Revolução Processual Inglesa. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. (Org.). *Temas de Direito Processual: Nona Série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69-86.

⁶²⁹ Assim dispõe a Regra 31.16 das *Civil Procedure Rules* para a Inglaterra e o País de Gales: “*Disclosure before proceedings start 31.16 (1) This rule applies where an application is made to the court under any Act for disclosure before proceedings have started. (2) The application must be supported by evidence. (3) The court may make an order under this rule only where – (a) the respondent is likely to be a party to subsequent proceedings; (b) the applicant is also likely to be a party to those proceedings; (c) if proceedings had started, the respondent’s duty by way of standard disclosure, set out in rule 31.6, would extend to the documents or classes of documents of which the applicant seeks disclosure; and (d) disclosure before proceedings have started is desirable in order to – (i) dispose fairly of the anticipated proceedings; (ii) assist the dispute to be resolved without proceedings; or (iii) save costs.*(4) *An order under this rule must – (a) specify the documents or the classes of documents which the respondent must disclose; and (b) require him, when making disclosure, to specify any of those documents – (i) which are no longer in his control; or (ii) in respect of which he claims a right or duty to withhold inspection. (5) Such an order may – (a) require the respondent to indicate what has happened to any documents which are no longer in his control; and (b) specify the time and place for disclosure and inspection. (Rule 78.26 contains rules in relation to the disclosure and inspection of evidence arising out of mediation of certain cross-border disputes.*). Tradução: 31.16 Revelação antes dos procedimentos começarem (1) Essa regra se aplica quando um pedido é feito à corte sob qualquer Ato para revelação antes que o procedimento tenha começado. (2) O pedido deve estar baseado em provas. (3) A corte deve proferir uma ordem sob esta regra somente quando - (a) o réu provavelmente será parte em um procedimento subsequente; (b) o requerente também será provavelmente uma parte neste procedimento; (c) se o procedimento já começou, o dever do réu quanto à revelação padrão, a que se refere a regra 31.6, se estenderá aos documentos ou classes de documentos a que o peticionário busca revelação; e (d) a revelação antes do procedimento ter começado é desejável para - (i) desfazer-se de forma justa do procedimento antecipado; (ii) permitir que a disputa seja resolvida sem um processo; ou (iii) economizar custos. (4) Uma ordem sob esta regra deve - (a) especificar os documentos ou classes de documentos que o réu deve revelar; e (b) exigir que ele, quando estiver fazendo revelação, especifique quaisquer dos documentos - (i) que não estão mais sob o seu controle; ou (ii) a respeito dos quais ele invoca um direito ou um dever de evitar inspeção. (5) Uma ordem desse tipo pode - (a) exigir que o réu indique o que aconteceu com quaisquer documentos que não se encontrem mais em seu poder; e (b) especificar o tempo e o lugar para revelação e inspeção. (A regra 78.26 contém regras em relação à revelação e inspeção de evidências surgidas da mediação de certas disputas transfronteiriças.). (Tradução nossa) INGLATERRA E PAÍS DE GALES. *Civil Procedure Rules. Part 31. Disclosure and inspection of documents*. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules3/civil/rules/part31#IDAUTSBB>>. Acesso em: 11 out. 2012.

⁶³⁰ Cf. arts. 355 e 360, CPC/1973.

⁶³¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 179. No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart aduzem que os artigos 355 a 363 do CPC não tratam de ação autônoma de exibição, mas sim de exibição que ocorre incidentalmente em processo já constituído. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.501.

A terceira espécie corresponde ao procedimento da ação exhibitória autônoma, que é uma ação condenatória a uma prestação de fazer. Qualquer pessoa que se considere titular do direito ao conhecimento do conteúdo de um documento ou de uma coisa que se encontre em poder de outrem, pode propor um ação para condenar esta pessoa a exhibir o aludido documento ou coisa⁶³².

A ação autônoma de exibição pode ter uma das seguintes finalidades: a) possibilitar ao autor o exercício do direito de opção, nas obrigações alternativas; b) dar ao autor orientação sobre uma relação jurídica de que se considere parte⁶³³; c) ensejar ao autor o exame do estado da coisa locada, comodada, depositada ou apenhada⁶³⁴.

Os direitos de certidão e petição, inscritos na Constituição, asseguram a pretensão à exibição de documento em poder de outrem⁶³⁵, em especial em face do Poder Público. Nesse sentido, o *habeas data* é outra ação autônoma de exibição para conhecer dados pessoais que estejam em bancos de dados públicos⁶³⁶⁻⁶³⁷. O CPC/1973 trata a exibição contra o Poder Público em separado, no art. 399. Da mesma forma, o art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009) também impõe ao Poder Público o dever de exibição de documento⁶³⁸.

Na ação autônoma de exibição de documento, aplicam-se as regras da exibição contra terceiro, ou seja, julgado procedente o pedido, o juiz mandará exhibir o documento ou coisa em determinado prazo, sob pena de busca e apreensão e crime de desobediência, que será apurado na esfera criminal. Assim, caso descumprida a ordem de exibição, o juiz oficiará aos órgãos responsáveis pela persecução penal⁶³⁹.

Quando se dirige contra a parte a exibição será mero incidente processual, que não culminará diretamente com a decisão do incidente, mas, ao contrário, com a exibição do documento ou com a aplicação da admissão do fato probando, na sentença final. De outra parte, havendo a determinação de exibição contra terceiro, haverá, então, verdadeira ação incidental, que terá por ápice uma sentença em que o juiz determinará a exibição, liberará o terceiro dessa imposição (por ter como legítima a recusa em fazê-lo)

⁶³² GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 179.

⁶³³ Cf. art. 1.191 do Código Civil de 2002.

⁶³⁴ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 40. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.585.

⁶³⁵ Cf. art.5º, XXXIV e LXXII, CF.

⁶³⁶ Cf. art. 5º, LXXII, CF e Lei n. 9.507/1997.

⁶³⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 179.

⁶³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p.501.

⁶³⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 181.

ou apenas declarará a autossatisfação da pretensão à exibição (porque esta ocorreu espontaneamente) ⁶⁴⁰.

A exibição de livros comerciais é objeto dos artigos 381 e 382 do Código de Processo Civil, mas não chega a constituir uma quarta espécie de procedimento próprio, porque preparatória, incidente ou autônoma. Ela poderá ser integral⁶⁴¹ na liquidação de sociedade, na sucessão por morte de sócio e em outras hipóteses legalmente previstas, como a do art. 105 da Lei das Sociedades por Ações (Lei n.º 6.404/1976), ou parcial, sempre que necessária⁶⁴²⁻⁶⁴³.

7.3 A necessidade de requerimento prévio à pessoa que detém o documento ou a coisa

Questão relevante consiste em saber se deve ou não exigir-se, como pressuposto de admissibilidade da ação de *habeas data*, que aquele que pretende inteirar-se do conteúdo do registro ou banco de dados se dirija, antes de ajuizar ação, à própria entidade que o mantém. Afirmativa que seja a resposta, somente se abrirá a via judicial na hipótese de recusa ao acesso ou à retificação cabível⁶⁴⁴.

O ponto foi objeto de controvérsia no período anterior à Lei nº 9.507. Parte da doutrina considerou dispensável a provocação prévia da entidade supostamente depositária da informação⁶⁴⁵. A jurisprudência, entretanto, inclinou-se para a tese

⁶⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.501.

⁶⁴¹ Cf. art. 381, CPC/1973.

⁶⁴² Cf. art. 382, CPC/1973.

⁶⁴³ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 180.

⁶⁴⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O *habeas data* brasileiro e sua lei regulamentadora. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 138, p.89-101, abr./jun. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/handle/id/369/r138-09.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 27 jun. 2013.

⁶⁴⁵ Nesse sentido, BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 365; SIDOU, José Maria Othon. *Habeas data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 440-2, admitindo embora que a lei regulamentadora viesse a formular a exigência – o que em todo caso, ao ver do autor, desvirtuaria o instituto “enquanto garantia constitucional célere”; BORJA, Célio. O mandado de injunção e o *habeas data*. *Revista Forense*, v. 85, n. 306, p. 43-48, abr./jun. 1989, o qual, todavia, se contentava com a “negativa (...) tácita do fornecimento da informação” – e, ajunte-se, levava em conta exclusivamente o caso de registros ou bancos de dados mantidos pela Administração Pública. Igual limitação compreende-se em GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 177, que, porém, chegava à conclusão oposta: “A impetração não depende de prévio pedido administrativo”.

contrária⁶⁴⁶. Não configurada a resistência da entidade, faltaria ao impetrante interesse processual⁶⁴⁷.

O legislador optou pela solução restritiva. Com efeito: antes de disciplinar o processo do *habeas data*, cuida a Lei nº 9.507/1997, nos arts. 2º a 4º, do requerimento a ser feito pelo interessado “ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados”; e, ao tratar da petição inicial da ação, no art. 8º, preceitua que ela seja instruída com prova da recusa em atender a tal requerimento, sob pena de indeferi-la o juiz *in limine* (art. 10, caput). É certo que não se exige manifestação expressa do órgão ou entidade: basta ao impetrante provar que se escoou o prazo legal sem decisão sobre o requerimento, o que caracterizará recusa tácita⁶⁴⁸.

De acordo com o art. 2º e seu parágrafo único da Lei nº 9.507/1997, uma vez apresentado o requerimento administrativo, deve o órgão ou entidade destinatária deferi-lo ou indeferi-lo no prazo de 48 horas e comunicar a decisão ao requerente em 24 horas (nas 24 horas subsequentes, entende-se). O contexto mostra que, em princípio, o escopo desse requerimento é o acesso do interessado ao conteúdo do registro ou banco de dados. Bem se compreende, aliás, que normalmente não possa ele, até então, requerer outra coisa, por ignorar o que consta ali. Se, contudo, em hipótese especial, o interessado já tiver ciência daquele conteúdo (por exemplo, mediante certidão que lhe haja sido expedida pela repartição administrativa), afigura-se evidente a possibilidade, que desde logo se lhe abre, de requerer diretamente a retificação a seu ver cabível⁶⁴⁹.

Deferido o requerimento de acesso ao registro ou banco de dados, o depositário “marcará dia e hora para que o requerente tome conhecimento das informações”⁶⁵⁰. Então, uma de duas: ou estas se afiguram exatas, ou não. No primeiro caso, *tollitur quaestio*; no segundo, “o interessado, em petição acompanhada de documentos comprobatórios, poderá requerer sua retificação”⁶⁵¹. Fazendo-a, no decêndio seguinte à entrega do requerimento, a entidade ou órgão disso dará ciência ao interessado⁶⁵². Concebe-se que este, embora não descubra propriamente inexatidão, queira fazer

⁶⁴⁶: “Não cabe o *habeas data* (cf, art. 5.º, LXXII, letra "a") se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula da Jurisprudência Predominante, nº 2.

⁶⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O *habeas data* brasileiro e sua lei regulamentadora. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 138, p.89-101, abr./jun. 1998, p.89-101.

⁶⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 89-101.

⁶⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 89-101.

⁶⁵⁰ Cf. art. 3º, caput, Lei 9.507/1997.

⁶⁵¹ Cf. art. 4º, caput, Lei 9.507/1997.

⁶⁵² Cf. art. 4º, § 1º, Lei 9.507/1997.

constar do registro ou do banco de dados “explicação ou contestação” a respeito, “justificando possível pendência sobre o fato objeto do dado”. Em tal hipótese, a explicação “será anotada no cadastro do interessado”⁶⁵³⁻⁶⁵⁴.

A recusa da entidade ou órgão depositário, em qualquer caso – indeferindo o requerimento de acesso ao registro ou banco de dados, ou rejeitando o pedido de retificação, ou ainda negando-se a inserir a “explicação ou contestação” –, justifica o exercício, pelo interessado, da ação de *habeas data*⁶⁵⁵.

Contudo, mesmo após a vigência da Lei n.º 9.507/1997, parte da doutrina ainda defende que o prévio requerimento administrativo das informações pessoais desejadas não é condição de procedibilidade do *habeas data*, já que a Constituição não instituiu tal exigência⁶⁵⁶.

O Supremo Tribunal Federal (STF) orientou a sua jurisprudência no sentido da desnecessidade do requerimento administrativo prévio para haja interesse no ajuizamento de ação. Assim, em 13 de maio de 2009, o STF, por maioria, deferiu parcialmente medidas cautelares em duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI n.º 2.139 MC/DF e ADI n.º 2.160 MC/DF), para dar ao art. 625-D da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) interpretação conforme com a Constituição Federal, a fim de afastar o sentido da obrigatoriedade da submissão prévia dos litígios individuais trabalhistas à Comissão de Conciliação Prévia criada pela Lei n.º 9.958/2000, como condição de procedibilidade das ações judiciais trabalhistas. As decisões referidas baseiam-se no fundamento de que a Constituição Federal de 1988 teria sido exaustiva quanto às situações concretas que condicionam o ingresso em juízo à fase

⁶⁵³ Cf. art. 4º, § 2º, Lei 9.507/1997.

⁶⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O *habeas data* brasileiro e sua lei regulamentadora. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 138, p.89-101, abr./jun. 1998.

⁶⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 89-101.

⁶⁵⁶ Nesse sentido, Flávia Piovesan aduz que: “Se a Constituição de 1988 não faz qualquer exigência desta natureza, não há como condicionar o cabimento desta garantia à prévia recusa das informações. Isto significaria impor a necessidade de prévio requerimento administrativo como garantia de acesso ao Poder Judiciário. Como se sabe, à luz do novo texto constitucional não há como condicionar o acesso ao Judiciário ao prévio esgotamento das vias administrativas, na medida em que o texto constitucional, no art. 5º, inc. XXXV, assegura o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário [...]. Ademais, qualquer interpretação restritiva afrontaria a o princípio de que os direitos e as garantias fundamentais hão de ser interpretados da forma mais ampla possível, cabendo ao intérprete doar-lhes a máxima carga de efetividade”. PIOVESAN, Flávia. O *habeas data* e seus pressupostos à luz da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.507/1997. In: WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). *Habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 101.

administrativa⁶⁵⁷⁻⁶⁵⁸. O Supremo Tribunal Federal manteve o referido entendimento em decisões posteriores⁶⁵⁹.

Parte da doutrina entende que a Lei n.º 9.507/1997 não instituiu o requerimento administrativo prévio das informações pessoais como condição de procedibilidade do *habeas data*⁶⁶⁰.

O Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF) entende que o ajuizamento da ação de concessão de benefício da seguridade social reclama prévio requerimento administrativo⁶⁶¹. Entretanto, dispensa o prévio requerimento administrativo no caso de ajuizamento da ação revisional de benefício da seguridade social que não envolva matéria de fato⁶⁶². Para o FONAJEF, a comprovação de denúncia da negativa de protocolo de pedido de concessão de benefício, feita perante a ouvidoria da Previdência Social, supre a exigência de comprovação de prévio requerimento administrativo nas ações de benefícios da seguridade social⁶⁶³.

O entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça, hoje, é no sentido da dispensa de prévio requerimento administrativo para o ingresso na via judicial⁶⁶⁴.

⁶⁵⁷ A ementa da ADI n.º 2.139 MC/DF dispõe: “[...] JURISDIÇÃO TRABALHISTA - FASE ADMINISTRATIVA. A Constituição Federal em vigor, ao contrário da pretérita, é exaustiva quanto às situações jurídicas passíveis de ensejar, antes do ingresso em juízo, o esgotamento da fase administrativa, alcançando, na jurisdição cível-trabalhista, apenas o dissídio coletivo.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.139 MC/DF. Pleno, rel. Min. Octavio Gallotti, rel. p/ acórdão: Min. Marco Aurélio, j. 13/05/2009, DJe-200 de 23/10/2009.

⁶⁵⁸ A ementa da ADI n.º 2.160 MC/DF está assim redigida: “JUDICIÁRIO - ACESSO - FASE ADMINISTRATIVA - CRIAÇÃO POR LEI ORDINÁRIA - IMPROPRIEDADE. Ao contrário da Constituição Federal de 1967, a atual esgota as situações concretas que condicionam o ingresso em juízo à fase administrativa, não estando alcançados os conflitos subjetivos de interesse. Suspensão cautelar de preceito legal em sentido diverso.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.160 MC/DF. Pleno, rel. Min. Octavio Gallotti, rel. p/ acórdão: Min. Marco Aurélio, j. 13/05/2009, DJe-200 de 23/10/2009.

⁶⁵⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 549055 AgR/SP da Segunda Turma, Relator(a): Min. Ayres Britto, j. 05/10/2010, DJe-240 de 10/12/2010 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 545214 AgR/MG da Segunda Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 02/03/2010, DJe-055 de 26-03-2010.

⁶⁶⁰ MATTA, José Eduardo Nobre. *Habeas data*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p.188-194.

⁶⁶¹ Cf. Enunciado n.º 77 do FONAJEF.

⁶⁶² Cf. Enunciado n.º 78 do FONAJEF.

⁶⁶³ Cf. Enunciado n.º 79 do FONAJEF.

⁶⁶⁴ “[...] 2. O entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido da dispensa de prévio requerimento administrativo para o ingresso na via judicial que objetive a percepção de benefício previdenciário, afastando-se a alegação de ausência de interesse de agir.

3. Não se olvida que a Segunda Turma possui compreensão de que "o interesse processual do segurado e a utilidade da prestação jurisdicional concretizam-se nas seguintes hipóteses: recusa de recebimento do requerimento; negativa de concessão do benefício previdenciário, seja pelo concreto indeferimento do pedido, seja pela notória resistência da autarquia à tese jurídica esposada" (AgRg no AREsp 283.743/AL, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 26/4/13). [...]”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 304.348/SE, da Primeira Turma, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 28/05/2013, DJe 04/06/2013.

Entendemos que carece de interesse de agir, na modalidade interesse-necessidade, o autor que ajuíza ação de exibição de documento ou coisa⁶⁶⁵ sem que antes tenha requerido a exibição diretamente à pessoa física ou jurídica em cuja posse ou detenção está o objeto a ser exibido ou a informação a ser prestada. O direito de acesso ao Poder Judiciário não é absoluto, podendo ser restringido em prol de outro direito fundamental como a duração razoável do processo⁶⁶⁶ para os jurisdicionados em geral. Além disso, o acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, CF não deve ser compreendido como um simples direito de acesso ao Judiciário, mas sim como um direito à ordem jurídica justa⁶⁶⁷, que pode ser concretizado por meio do processo administrativo. Entretanto, a exigência de prévio requerimento administrativo deve ser dispensada quando:

- 1) houver urgência na prestação de informação necessária à salvaguarda de direito do requerente;
- 2) existir ato administrativo normativo que imponha ao agente da administração o dever de indeferir o requerimento do administrado;
- 3) o juiz puder constatar que já existem inúmeros precedentes administrativos contrários à exibição;
- 4) houver recusa da Administração no recebimento do requerimento; ou
- 5) for excessivamente difícil ao administrado formular o requerimento administrativo, tendo em consideração sua condição socioeconômica, bem como o local de sua residência⁶⁶⁸.

Tal como a Lei 9.503/1997, a Lei de Acesso à Informação (LAI) traz um procedimento administrativo para a obtenção de informação em poder dos órgãos e entidades da administração pública, estabelecendo os prazos a serem observados pelo administrador público⁶⁶⁹.

⁶⁶⁵ Cf. arts. 355 a 363, 381, 382, 844 e 845, CPC/1973.

⁶⁶⁶ Cf. art. 5º, XXXV, CF/1988.

⁶⁶⁷ WATANABE, Kazuo. Op. cit., p. 129.

⁶⁶⁸ Nesse sentido, o enunciado n.º 80 do FONAJEF dispõe que: “Em juizados itinerantes, pode ser flexibilizada a exigência de prévio requerimento administrativo, consideradas as peculiaridades da região atendida.”. BRASIL. *Enunciados do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF)*. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/Lista%20completa%20dos%20enunciados%20do%20Fonajef.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2013.

⁶⁶⁹ O art. 11, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei de Acesso à Informação estabelece que: “Art. 11. O órgão ou entidade pública deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível. § 1º Não sendo possível conceder o acesso imediato, na forma disposta no *caput*, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá, em prazo não superior a 20 (vinte) dias: I - comunicar a data, local e modo para se realizar a consulta, efetuar a reprodução ou obter a certidão; II - indicar as razões de fato ou de direito da recusa,

Os artigos 15 a 20 da LAI estabelecem o sistema recursal do procedimento de acesso às informações que estão sob a guarda do Estado⁶⁷⁰. Entretanto, entendemos que o administrado não está obrigado interpor recurso hierárquico da decisão de indeferimento quanto ao fornecimento da informação, já que a não interposição do referido recurso dentro do prazo estipulado pela lei não leva à perda do direito.

Dessa forma, caso a autoridade administrativa competente deixe de decidir, nos prazos estabelecidos pelo art. 11, *caput*, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 12.527/2011 quanto à expedição de certidão ou quanto à exibição de documento ou coisa que esteja em poder da Administração Pública, o requerente terá interesse-necessidade em requerer a exibição judicialmente.

O art.18, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor pelo vício de informação, que consiste na disparidade entre o produto e as indicações constantes do recipiente, da embalagem, da rotulagem ou da mensagem publicitária. Já o §1º do mesmo artigo dispõe que o fornecedor tem o prazo de trinta dias, a contar do requerimento do consumidor, para sanar o vício de informação. Não obstante, as partes podem convencionar a redução ou ampliação deste prazo, que nunca pode ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias⁶⁷¹. Desse modo, o consumidor não tem interesse-necessidade em ajuizar ação visando à condenação do fornecedor na obrigação de corrigir o vício informativo sem que antes tenha requerido a prestação da informação diretamente ao fornecedor. O consumidor deve demonstrar a necessidade de demandar em juízo provando que o fornecedor se negou expressamente a fornecer a informação requerida ou que este deixou transcorrer *in albis* o prazo previsto no art. 18, §1º, CDC⁶⁷².

Caso o autor tenha ajuizado ação sem que antes tenha formulado requerimento administrativo ou, caso o tenha feito, sem que tenha esperado o decurso dos prazos legais⁶⁷³, o juízo deve, em atenção ao seu dever de advertência inerente ao princípio da cooperação, alertar o demandante acerca na necessidade de atender à referida exigência,

total ou parcial, do acesso pretendido; ou III - comunicar que não possui a informação, indicar, se for do seu conhecimento, o órgão ou a entidade que a detém, ou, ainda, remeter o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa de seu pedido de informação. § 2º O prazo referido no § 1º poderá ser prorrogado por mais 10 (dez) dias, mediante justificativa expressa, da qual será cientificado o requerente". BRASIL. Lei 12.527/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 17 jun. 2014.

⁶⁷⁰ Idem.

⁶⁷¹ Cf. art. 18, §2º, CDC.

⁶⁷² BRASIL. Lei n.º 8.078/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 28 jun. 2013.

⁶⁷³ Cf. artigos 49 e 59, §1º, da Lei n.º 9.784 e art. 18, §1º, da Lei n.º 8.078/1990.

bem como suspender o processo judicial por prazo razoável, antes da citação, para que o autor possa cumpri-la. O juízo deve se abster de extinguir imediatamente o processo judicial por falta de condição da ação, na forma do art. 267, VI, CPC/1973, em observância ao princípio da economia dos atos processuais, devendo fazê-lo, tão somente, caso o autor deixe de formular o requerimento administrativo dentro do prazo de suspensão do processo judicial ou caso deixe de dar andamento ao feito após o fim do referido prazo.

Caso o juízo deixe de proceder à suspensão do feito para que o autor tenha a oportunidade de requerer seu direito, pela primeira vez, ao réu, e indevidamente determine a citação do demandado, deve-se buscar alternativa que aproveite as atividades jurisdicionais desenvolvidas até então. Como a citação válida constitui o devedor em mora⁶⁷⁴, o processo não pode mais ser extinto sem julgamento do mérito por falta de interesse processual. O juiz deverá julgar procedente ou improcedente o pedido. Caso o réu venha a argumentar, em sua defesa, que o autor carece de interesse processual, por ter deixado de requerer seu direito extrajudicialmente antes de ajuizar a ação, tal alegação deverá ser rejeitada pelo juízo, já que a própria contestação caracteriza a resistência do réu em cumprir o pedido do autor, ainda que o demandado deixe de contestar o mérito⁶⁷⁵.

7.4 Procedimento de exibição incidente em face da parte

⁶⁷⁴ Cf. art. 612, CPC.

⁶⁷⁵ Nesse sentido, é a lição de José Roberto dos Santos Bedaque: “Se não havia realmente resistência ao cumprimento espontâneo, ainda que o autor tenha afirmado o contrário na inicial, a partir da citação tal situação ficou configurada. Se o réu estava realmente disposto a cumprir a obrigação, tem a oportunidade de fazê-lo em juízo. O depósito do valor devido é prova de que não havia resistência. Caso o autor não demonstre esse fato, não terá direito à tutela condenatória. Não há óbice, todavia, a que o depósito seja levantado por ele, ante o reconhecimento judicial da dívida pelo réu. Pelas consequências processuais responderá aquele que indevidamente deu causa ao processo. O raciocínio é análogo ao adotado para justificar a possibilidade de a tutela declaratória ser deferida ao autor ainda que não demonstrada a crise de certeza. Lá, a conclusão decorre do reconhecimento feito pelo réu da existência da obrigação, pois ele limita-se a negar a dívida objetiva. Supera-se a questão da falta de interesse e declara-se a existência do direito, afastando o risco de futuras demandas. Aqui peço a condenação do réu porque tenho direito de exigir determinado comportamento (direito subjetivo material), que ele se nega a adotar. Vencida e não cumprida a obrigação, preciso da tutela jurisdicional. A prova dos fatos constitutivos do direito e dos fatos que configuram o inadimplemento pelo devedor é necessária à procedência do pedido. Não demonstrado um deles a pretensão será rejeitada. A obrigação pode ter existido e ter sido extinta pelo pagamento ou pela prescrição, restando descaracterizado o inadimplemento. A lide será resolvida de forma desfavorável ao autor, que não demonstrou parte dos fatos constitutivos. Mas também é possível que o réu limite-se a impugnar outro elemento da relação material: a exigibilidade do direito ou a resistência dele. Nesse caso, deve pagar imediatamente, e o processo continuará apenas para a apuração de quem deu causa a ele. Se não o fizer, como a citação o constitui em mora, estará caracterizada a resistência, devendo ser acolhida a pretensão do autor”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 342-343.

O procedimento da exibição promovida em face da parte está regulamentado nos artigos 355 a 359 do CPC de 1973. O pedido de exibição pode ser feito por qualquer das partes em face da outra, ou ainda pelo terceiro interveniente, na medida em que, ingressando no processo, ele passa a ser sujeito parcial. O juiz também pode determinar de ofício que a parte exhiba documento ou coisa⁶⁷⁶⁻⁶⁷⁷ com base no art. 130, CC/1973 c/c art. 155, CC/1973.

O incidente gerado pelo pedido de exibição deverá ser instruído junto com a causa principal e nos mesmos autos dela, sem suspensão do curso do processo. Havendo necessidade, porém, poderá o magistrado suspender o processo para decidir apenas o incidente de exibição⁶⁷⁸⁻⁶⁷⁹.

A exibição incidente deve ser proposta pelo autor na petição inicial e pelo réu na contestação, já que as provas devem ser apresentadas nessas peças⁶⁸⁰⁻⁶⁸¹. Entretanto, não ocorre preclusão caso a parte tenha deixado de requerer a exibição na petição inicial ou na contestação, podendo fazê-lo até a sentença. Caso a parte já soubesse da existência do documento ou da coisa por ocasião da fase postulatória e tenha deixado de pedi-la na petição inicial ou na contestação, visando a prolongar o feito, deverá o juiz puni-la por litigância de má-fé com base nos arts. 17, IV; e 18 do CPC/1973, mas não deverá deixar de determinar a exibição caso entenda ser esta pertinente tendo em vista o princípio da verdade real e a justiça da decisão. Caso a parte tenha deixado de requerer a exibição do documento ou da coisa até a sentença, o tribunal ainda poderá determiná-la de ofício com base no art. 130 do CPC, em fase de apelação, mesmo quando não se tenha verificado motivo de força maior para a não produção da prova na primeira instância. As mesmas observações quanto ao momento da propositura valem para a exibição em face do Poder Público, disciplinada pelo art.399, CPC/1973⁶⁸²⁻⁶⁸³.

⁶⁷⁶ MILHOMENS, Jônatas. *A Prova no Processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 316 a 318.

⁶⁷⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p.193.

⁶⁷⁸ Por exemplo, art. 265, IV, “b”, CPC/1973.

⁶⁷⁹ DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, p. 196.

⁶⁸⁰ Cf. art.282 e 300, CPC/1973.

⁶⁸¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 180.

⁶⁸² No mesmo sentido, Moacyr Amaral Santos afirma que: “O pedido poderá ser formulado, desde logo, na petição inicial ou na contestação. Mas nada obsta o seja posteriormente antes ou depois do despacho saneador. Ocorrerá, por vezes, que o conhecimento da existência do documento se verifique em plena audiência de instrução, porque somente então a ele se refiram a própria parte sua detentora, testemunhas ou perito. Em todo e qualquer momento, enquanto não for proferido julgamento da causa, a exibição incidente poderá ser admitida. Atendendo ao que dispõe o art. 517, consentindo que as questões de fato não propostas na instância inferior possam ser suscitadas no processo da apelação, se as partes deixaram de fazê-lo por motivo de força maior, parece-nos certo, isso ocorrendo, possa autorizar-se a exibição,

O terceiro interveniente deverá pedir a exibição de documento ou coisa na peça que lhe servir de ingresso nos autos, mas pode requerer o incidente por petição autônoma, se a necessidade de utilização do documento surgir no curso do processo⁶⁸⁴.

O art. 355 do CPC dispõe que o juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder, sempre que a medida se mostre útil na apuração dos fatos relevantes e controvertidos da causa⁶⁸⁵.

O requerente deve formular uma petição ao juiz contendo a individualização, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa⁶⁸⁶⁻⁶⁸⁷. Não basta dizer que a parte detém uma carta, um impresso, um disco fonográfico, que a nada conduzem. É necessário esclarecer, por exemplo, que se trata de uma carta comercial emitida pela empresa A, dirigida a B, no ano tal; que se trata de um impresso distribuído pela agência de viagem C, no primeiro semestre do ano corrente, com algumas alterações manuscritas, que se trata de disco sonoro gravado em São Paulo, na 12ª Delegacia, em que ficaram as vozes de D e F⁶⁸⁸. A especificação do objeto deve atender, ao menos, aos mínimos requisitos que possibilitarão ao requerido saber a que coisa ou documento o pedido se refere. Não se há, entretanto, de exigir grau excessivamente elevado de pormenorização do objeto, uma vez que a parte, por vezes, não tem condições de fornecer todos os elementos identificadores da coisa ou do documento, especialmente porque não está de posse deles. Suficiente, portanto, para atender aos fins do dispositivo, que os elementos indicados habilitem o requerido a compreender de que documento ou coisa trata o pedido de exibição⁶⁸⁹.

O art. 356, I, CPC/1973 apenas admite a exibição de certo documento ou de certa coisa específicos, e impede o pedido genérico, em que o demandante busca obter provimento judicial para forçar outro sujeito à exibição de qualquer prova de que este

mesmo na instância da apelação”. SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil. v. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.143.

⁶⁸³ Em sentido contrário, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart entendem que ocorre preclusão quando a exibição deixar de ser proposta pelo autor na petição inicial ou pelo réu na contestação tendo em vista o disposto nos artigos 282, IV e 300 do CPC/1973. Segundo estes autores, a parte somente poderá propor a exibição após a fase inicial do processo, quando não tinha conhecimento da existência do documento ou da coisa, quando a necessidade desta prova surgir posteriormente, no curso da demanda, ou quando ela se destinar a provar fato superveniente. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.542.

⁶⁸⁴ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p.193.

⁶⁸⁵ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 97 e 180.

⁶⁸⁶ Cf. art. 356, I, CPC/1973.

⁶⁸⁷ Idem, ibidem, p. 180.

⁶⁸⁸ MILHOMENS, Jônatas. Op. cit., p.320.

⁶⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.508.

disponha e que possa ser a este desfavorável, ou que possa abalizar as afirmações daquele outro requerente. E essa vedação não decorre do fato de que – como comumente se pensa – o sujeito não é obrigado a fazer prova contra si, mas apenas de que não se pode exigir dele o impossível, ou seja, impor a ele que traga ao processo tudo aquilo que poderia, ainda que eventualmente, interessar à parte contrária⁶⁹⁰.

Na Inglaterra e no País de Gales, a ordem de revelação ou de inspeção de um documento ou coisa também devem ser específicos, não se permitindo uma ordem genérica⁶⁹¹.

O pedido formulado pela parte conterà a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou a coisa (art. 356, II, CPC/1973). Assim, o requerente deverá relatar, por exemplo, que pretende provar com a carta, cuja exibição pleiteia, que solicitou ao réu a prestação de certo serviço ou a entrega de certa coisa⁶⁹². A previsão decorre da necessária exigência, comum a todos os meios de prova – da utilidade na produção da prova. A determinação contida no art. 331, §2º, *in fine*, expressa a intenção da lei no sentido de que o juiz decida sobre as provas que mandará produzir – e, para tanto, deverá fundamentar sua decisão na necessidade e na utilidade da produção de certa prova. A necessidade residirá no questionamento sobre a exigibilidade ou não de prova sobre certo fato para a causa em apreço (basicamente, cinge-se o problema às hipóteses do art. 334, à existência ou não de outras provas já produzidas sobre aquele mesmo fato ou à possibilidade de se provar o fato por outro meio, mais adequado – tão ou mais eficiente e menos gravoso). Já a utilidade terá em vista a capacidade do meio probatório em comprovar certo fato. Cotejando esses elementos – que estarão expressos no requerimento da exibição, terá o juiz condições de avaliar a real dependência, para o exame da causa, da determinação de exibição daquele específico documento ou daquela coisa. As mesmas observações se aplicam ao

⁶⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.508.

⁶⁹¹ Cf. rule 31.12 das *Civil Procedure Rules*, transcrita acima.

⁶⁹² Nesse sentido, Moacyr Amaral Santos aduz que o requerente deve expor os fatos que pretende provar por meio do documento ou da coisa, para que o juiz possa, “em face da designação do documento e da indicação de seu conteúdo, considerar sobre a pertinência ou não do pedido de exibição e sobre o interesse manifestado pelo requerente. Assim, se entre os fatos e o documento houver nexo, parecendo que a exibição destes poderá prová-los ou, ao menos, esclarecê-los, será admissível a exibição. [...] Mas, se tal utilidade não emanar das informações do pedido ou, principalmente, se destas se inferir que a exibição é solicitada com o mero intuito de molestar o detentor do documento ou coisa, ou mesmo com o simples propósito protelatório, ao juiz cumpre, desde logo, indeferir o pedido”. AMARAL SANTOS, Moacyr. Comentários ao Código de Processo Civil. v. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.143.

procedimento de exibição de documento em face do Poder Público, disciplinado pelo art.399, CPC/1973⁶⁹³.

De acordo com o art. 356, III, CPC, o requerente deve apontar as circunstâncias em que se funda para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária. Estabelece-se, neste elemento, a necessidade do sujeito requerente apontar indícios ou demonstrar, por outra forma, a real existência do documento ou da coisa que pretende seja exibida; da mesma forma, deve o requerente reunir elementos de convencimento do juiz, para fazê-lo crer que efetivamente o referido documento ou a aludida coisa está em posse do requerido daquele incidente⁶⁹⁴.

O requerido poderá oferecer resposta no prazo de cinco dias a contar de sua intimação. Se afirmar que não possui o documento ou a coisa, o juiz permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade⁶⁹⁵. Assim, requerente deve provar o fato constitutivo do seu direito⁶⁹⁶, ou seja, que a outra parte tem o documento ou a coisa em seu poder⁶⁹⁷.

Se o requerido, em sua resposta, concorda com a exibição do documento ou da coisa, o juiz acolhe o incidente e ordena que ele o apresente em determinado prazo, para ser conhecido e examinado pelo requerente⁶⁹⁸.

O art. 359, CPC estabelece que, ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357; ou se a recusa for havida por ilegítima⁶⁹⁹.

O Direito Processual Civil inglês e galês possui norma semelhante. Naquele ordenamento, o Tribunal pode extrair inferências contrárias à parte que deixar de cumprir as normas da *disclosure* inscritas na Seção 31 das *Civil Procedure Rules* (CPR) para a Inglaterra e o País de Gales⁷⁰⁰.

⁶⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.508,509 e 542.

⁶⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.509.

⁶⁹⁵ Cf. art. 357, CPC/1973.

⁶⁹⁶ Cf. art.333, I, CPC/1973.

⁶⁹⁷ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 180.

⁶⁹⁸ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 180.

⁶⁹⁹ BRASIL. Lei 5.869/1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 17 jun. 2014.

⁷⁰⁰ ANDREWS, Neil. Op. cit., p.221. O autor cita como exemplo a decisão de primeira instância em *Infabrics v. Jaytext* [1985] FSR 75 (affmd [1987] FSR529, CA), que foi tomada com base em normas anteriores às CPR, porém ainda relevantes.

As *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americanas possuem norma no mesmo sentido do art.359, do CPC/1973. Trata-se da *Rule 37 (b)(2)(A)(i)*⁷⁰¹.

O Código de Processo Civil do Estado norte-americano da Califórnia estabelece como uma das consequências do mau uso da *discovery* a presunção de veracidade dos fatos alegados pela contraparte. O item 2023.10 daquele diploma traz rol não exaustivo de condutas que consistem em mau uso da *Discovery*, entre os quais a desobediência às ordens de exibição de documento ou coisa emitidas pela corte. Já o item 2023.30(b) estabelece que a corte pode impor uma sanção-consequência ordenando que fatos designados sejam tidos no processo tal como alegados pela parte adversamente afetada pelo mal uso da *discovery*⁷⁰².

Os fatos que serão tidos como verdadeiros de acordo com o art. 359, do CPC/1973 serão somente aqueles elencados expressamente no pedido de exibição, não apanhando, ao menos em princípio, outros ali não arrolados. O reconhecimento da veracidade de outros fatos que não os especificamente descritos na petição de exibição,

⁷⁰¹ RULE 37. FAILURE TO MAKE DISCLOSURES OR TO COOPERATE IN DISCOVERY; SANCTIONS [...] (b) Failure to Comply with a Court Order. [...] (2) Sanctions in the District Where the Action Is Pending. [...] (A) For Not Obeying a Discovery Order. If a party or a party's officer, director, or managing agent—or a witness designated under Rule 30(b)(6) or 31(a)(4)—fails to obey an order to provide or permit discovery, including an order under Rule 26(f), 35, or 37(a), the court where the action is pending may issue further just orders. They may include the following: (i) directing that the matters embraced in the order or other designated facts be taken as established for purposes of the action, as the prevailing party claims; [...]. Tradução: “Regra 37. Ausência de revelação ou de cooperação na revelação; sanções (...) (b) Não cumprimento de uma ordem da corte. [...] (2) Sanções no distrito onde o processo tramita. (A) Por desobedecer uma ordem de revelação. Se uma parte ou um funcionário, diretor ou agente de administração – ou uma testemunha designada de acordo com a Regra 30(b)(6) ou 31(a)(4) – deixa de obedecer uma ordem para prover ou permitir revelação, incluindo uma ordem nos termos da Regra 26(f), 35, ou 37(a), a corte onde o processo tramita pode proferir outras ordens adequadas, incluindo as seguintes: (i) dispondo que os assuntos abrangidos pela ordem ou outros fatos designados sejam considerados para os fins da ação como alegados pela parte prevalecente;”. (Tradução nossa). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Rules of Civil Procedure*. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_37>. Acesso em 04 jan. 2013.

⁷⁰² “2023.030. *To the extent authorized by the chapter governing any particular discovery method or any other provision of this title, the court, after notice to any affected party, person, or attorney, and after opportunity for hearing, may impose the following sanctions against anyone engaging in conduct that is a misuse of the discovery process: [...] (b) The court may impose an issue sanction ordering that designated facts shall be taken as established in the action in accordance with the claim of the party adversely affected by the misuse of the discovery process. The court may also impose an issue sanction by an order prohibiting any party engaging in the misuse of the discovery process from supporting or opposing designated claims or defenses*”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. CALIFÓRNIA. *Code of Civil Procedure*. Disponível em <http://www.leginfo.ca.gov/html/ccp_table_of_contents.html>. Acesso em: 17 jun. 2014. Tradução: “Na extensão autorizada pelo capítulo que dispõe sobre o método particular de *discovery* ou por qualquer outra determinação deste título, a corte, depois de notificar qualquer parte, pessoa ou advogado afetado, e de oportunizar a sua audiência, pode impor as seguintes sanções contra qualquer um engajado em conduta que seja um mau uso do processo de *discovery*: (b) A corte pode impor uma sanção-consequência ordenando que fatos designados sejam tidos no processo tal como alegados pela parte adversamente afetada pelo mal uso do processo de *discovery*. A corte também pode impor uma sanção consequência por uma ordem proibindo qualquer parte engajada no mau uso do processo de *discovery* de apoiar ou se opor a determinadas alegações ou defesas”. (Tradução nossa).

pelo juiz, haverá de vir acompanhado de justificativa plausível do órgão jurisdicional, capaz de apresentar juízo dedutivo da verossimilhança desse fato outro, não apontado no pedido do requerente⁷⁰³.

O juiz somente poderá aplicar a presunção de que trata o art. 359 do CPC pela falta de exibição do documento quando estiver convencido de que o documento ou a coisa realmente existe e de que o requerido mesmo o possuindo, negou-se a apresentá-lo⁷⁰⁴.

O art. 359 do CPC/1973, ao contrário do art. 219 do CPC/1939⁷⁰⁵, não faz menção à indispensabilidade da prova documental, à verossimilhança das alegações da parte, à coerência destas com as demais provas dos autos, e tampouco à suspeita de ocultação ou destruição do documento por seu possuidor. Segundo o dispositivo do CPC/1973, verificada a omissão (incisos I e II), o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar. Entretanto o CPC/1973 não adotou, quanto ao ponto, o sistema das provas legais. O art. 359, CPC/1973 deve ser interpretado à luz do art. 131 do mesmo Código, que consagrou o sistema do livre convencimento motivado, por ser este um princípio que abrange todo o processo civil⁷⁰⁶. O CPC português de 2013 adotou esta solução de forma expressa⁷⁰⁷.

⁷⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.509.

⁷⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.509.

⁷⁰⁵ “Art. 219. Desde que só o exame do documento possa confirmar ou destruir as alegações do requerente, o juiz poderá considerá-las provadas, si forem verossímeis e estiverem coerentes com as demais provas dos autos: I – quando a parte condenada a exibi-lo negar que o possua, ou recusar a exibição; II – quando as circunstâncias convencerem de que a parte condenada à exibição ocultou ou inutilizou o documento, para impedir-lhe o uso pelo requerente”. BRASIL. Decreto-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm>. Acesso em: 18 jun. 2014.

⁷⁰⁶ MILHOMENS, Jónatas. Op. cit., p. 326-327.

⁷⁰⁷ O art. 430 do CPC português de 2013 dispõe: “Se o notificado não apresentar o documento, é-lhe aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 417.º”. Já o art. 417, n.º 2, do novo CPC português estabelece: “2 - Aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ônus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil”. PORTUGAL. Código de Processo Civil: anexo da Lei n.º 41/2013. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 05 ago. 2014. O art. 344, n.º2, do Código Civil português dispõe que: “Há também inversão do ônus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações”. PORTUGAL. Código Civil. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=200240>. Acesso em 18 jun. 2014. Carlos Francisco de Oliveira Lopes do Rego, juiz conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, entende que a falta de colaboração da parte que torne inviável à parte inicialmente onerada a produção da prova gera a inversão do encargo de provar, ao passo que a violação ao dever de colaboração que apenas dificulte a produção da prova deve ser valorada em prejuízo do sujeito parcial que o descumpriu. O mencionado doutrinador interpretou da seguinte maneira o art.519, n.º 2, do CPC português de 1961 c/c art.344, n.º, do Código Civil daquele país: “Provindo a recusa da colaboração da parte e revelando-se inviável (por

O art. 359, CPC trata de presunção relativa. Assim, quando o juiz se convencer pelas demais provas dos autos que o fato alegado pelo requerente não ocorreu, a recusa do requerido em apresentar o documento não implicará, por si só, a conclusão de que o fato existiu⁷⁰⁸. O juiz pode afastar a presunção desde que fundamente sua sentença em outras provas dos autos que se mostrarem incompatíveis com as alegações de fato cuja veracidade se pretendia demonstrar. Além disso, como toda presunção relativa, ela opera a inversão do ônus da prova, podendo a parte prejudicada produzir prova no sentido de desconstituí-la⁷⁰⁹.

O requerido pode alegar que o documento ou a coisa não está em seu poder ou que o requerente não tem direito à sua exibição. Entretanto, caso o juiz se convença, ao julgar o incidente, de que essas defesas não procedem, aplicará ao requerido a pena de confissão, presumindo verdadeiros os fatos que o requerente queria provar com a exibição⁷¹⁰⁻⁷¹¹.

O requerido poderá alegar, em sua defesa, que o documento ou a coisa não existe, pereceu, foi perdido(a) ou, ainda, que o requerente não tem direito à sua exibição⁷¹².

Afirmando o requerido que o documento não existe ou que não o detém compete ao requerente provar que este existe e encontra-se em poder do requerido por força do art. 333, I, CPC/1973. Neste caso, o juiz permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade⁷¹³⁻⁷¹⁴⁻⁷¹⁵.

razões de fato ou jurídicas) a realização específica e coerciva da diligência determinada, a recusa de cooperação é susceptível de influir no conteúdo da decisão do tribunal que aprecia as provas produzidas. Assim: (a) se a recusa tiver tornado impossível a prova à outra parte, sobre quem recaía o ônus probatório de certo fato (v. g. a diligência probatória culposamente frustrada recaía sobre matéria de fato absolutamente essencial, que só podia ser demonstrada por esse meio, já que o onerado não dispõe de outros meios de prova que, em concreto, demonstrem o fato) ocorre a inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 344.º, nº2, do Código Civil... (b) se não for assim - isto é, se a recusa não implicar aquela impossibilidade de o onerado provar fato absolutamente essencial à ação ou à defesa - deverá o tribunal apreciar livremente o valor probatório da recusa (nomeadamente, dela inferindo que a parte, ao menos no plano subjetivo, receava seriamente o resultado daquela diligência instrutória)⁷¹. LOPES DO REGO, Carlos Francisco de Oliveira. Comentários ao Código de Processo Civil. v. I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 454-455 apud PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Revista. Processo n.º 09A197. N.º convencional: JSTJ000. N.º do documento: SJ200903310001976. Relator: Fonseca Ramos. Julgado em 31/03/2009. Disponível em <<http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>>. Acesso em 18 jun. 2014.

⁷⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.511.

⁷⁰⁹ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p.196.

⁷¹⁰ Cf. art. 359, CPC/1973.

⁷¹¹ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 180.

⁷¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.511-512.

⁷¹³ Cf. art. 357, *in fine*, CPC/1973.

⁷¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.511.

Se o requerido afirmar que o documento ou a coisa pereceu ou foi perdido, deduzirá fato novo. Neste caso, deverá provar que não teve dolo nem culpa pela perda ou deterioração, tendo esta ocorrido por caso fortuito ou força maior, circunstâncias que excluem a responsabilidade civil⁷¹⁶⁻⁷¹⁷.

A obrigação de exhibir tem como condição que a coisa esteja na disponibilidade jurídica da parte ou do terceiro, mas não necessariamente na disponibilidade de fato, pois que, de outra forma, seria muito fácil fugir à ordem de exibição, depositando a coisa nas mãos de estranho⁷¹⁸.

Na Inglaterra e no País de Gales, a *Rule 31.8* das *Civil Procedure Rules* condiciona o dever de exibição de um documento à sua disponibilidade jurídica pela parte ou pelo terceiro ou à oportunidade que o requerido teve de tirar cópia do documento⁷¹⁹.

Caso o requerido venha a alegar que a parte contrária não tem direito de exigir a exibição daquele específico elemento, a defesa cingir-se-á, na maioria das vezes, a questão de direito que dispensa prova⁷²⁰.

A parte ou o terceiro poderá, ainda, afirmar e comprovar que a exibição se mostra inútil ou desnecessária, seja em face dos demais elementos de prova constantes dos autos, seja porque a prova não se presta à comprovação do fato pretendido, seja

⁷¹⁵ Nesse sentido é expresso o art. 431, n.º1, do CPC português de 2013: “Se o notificado declarar que não possui o documento, o requerente é admitido a provar, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade”. PORTUGAL. Código de Processo Civil: anexo da Lei n.º 41/2013. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 05 ago. 2014.

⁷¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.512.

⁷¹⁷ Nesse sentido dispõe o art. 431, n.º2, do CPC português de 2013: “Incumbe ao notificado que haja possuído o documento e que pretenda eximir-se ao efeito previsto no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil demonstrar que, sem culpa sua, ele desapareceu ou foi destruído”. PORTUGAL. Código de Processo Civil: anexo da Lei n.º 41/2013. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 05 ago. 2014.

⁷¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.512.

⁷¹⁹ Em inglês no original: “*Duty of disclosure limited to documents which are or have been in a party’s control. 31.8 (1) A party’s duty to disclose documents is limited to documents which are or have been in his control. (2) For this purpose a party has or has had a document in his control if – (a) it is or was in his physical possession; (b) he has or has had a right to possession of it; or (c) he has or has had a right to inspect or take copies of it*”. Tradução: “31.8 Dever de revelação limitado a documentos que estão ou estiveram em poder de uma parte (1) O dever de uma parte de revelar documentos está limitado aos documentos que estão ou estiveram em seu poder. (2) Para esse propósito, uma parte tem ou teve um documento em seu poder se - (a) esse está ou esteve em sua posse física [posse direta]; (b) ela tem ou teve um direito de posse sob o documento [posse indireta]; ou (c) ela tem ou teve um direito de inspecionar ou tirar cópias deste”. (Tradução nossa). INGLATERRA E PAÍS DE GALES Rule 31.8. Part 31. *Disclosure and inspection of documents. Civil Procedure Rules*. Disponível em <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules3/civil/rules/part31#IDAUTSBB>>. Acesso em 11 out. 2012.

⁷²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.512.

porque há outros meios mais idôneos (e menos onerosos) para se obter tal comprovação⁷²¹.

7.5 Inadmissibilidade da recusa à exibição

O art. 358 do CPC/1973 traz as hipóteses em que nem a parte nem o terceiro podem deixar de exhibir o documento ou a coisa sob nenhuma escusa, já que, nestas situações, o legislador presumiu de forma absoluta ser inviável a recusa por particularidades da legislação material ou processual⁷²².

O art. 358, I, CPC determina que o juiz não admitirá a recusa se o requerido tiver a obrigação legal de exhibir. O dispositivo não se refere a toda espécie de obrigação de exhibir, mas sim à obrigação que corresponde ao direito à exibição concedido pela lei a certas pessoas, em casos expressos, como ocorre no direito comercial e concursal⁷²³⁻⁷²⁴.

A obrigação legal a que se refere o art.358, I, CPC/1973 tanto pode ser de direito material como de direito processual. A fonte deste dispositivo e do correspondente art. 218, I, do CPC de 1939 foram os então vigentes diplomas processuais civis da Alemanha e da Áustria. O §423 do CPC alemão dispunha: “A parte que tenha em seu poder o documento estará obrigada a exhibi-lo se à outra for facultado, por direito civil, a exigir a entrega ou a exibição”. Já o § 304 do CPC austríaco estabelecia: “A apresentação do documento não poderá ser negada se o adversário é, segundo o direito civil, obrigado a consignar ou apresentar o documento”⁷²⁵⁻⁷²⁶.

Alguns exemplos de obrigação legal oriunda do próprio CPC/1973 são o art. 656, §1º, segundo o qual “é dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exhibir a prova de sua

⁷²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.512.

⁷²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.514.

⁷²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. IV. apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Prova. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.514.

⁷²⁴ No mesmo sentido, o art. 195, caput, do Código Tributário Nacional dispõe que: “Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los”. BRASIL. Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 18 jun. 2014.

⁷²⁵ MILHOMENS, Jônatas. Op. cit., p.322.

⁷²⁶ O vigente Código de Processo Civil da Alemanha (*Zivilprozessordnung*), editado em 2005, possui disposição semelhante em seu §422. ALEMANHA. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html>. Acesso em 19 nov. 2012.

propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus (...)” e o art. 991, IV, CPC/1973, segundo o qual incumbe ao inventariante exibir em cartório, a qualquer tempo, para exame das partes, os documentos relativos ao espólio. O inventariante detém, de regra, a posse da herança e os documentos relativos aos bens do espólio e, como simples administrador, tem obrigação legal de exibir referidos documentos quando necessário para exame das partes – herdeiros, ou representantes do Ministério Público e da Fazenda⁷²⁷.

O requerido também não poderá se negar a exibir o documento ou a coisa quando a obrigação derivar de direito pessoal (contrato) ou real⁷²⁸.

O art. 358, II, CPC/1973 dispõe que o juiz não admitirá a recusa se o requerido aludiu ao documento ou à coisa no processo com o intuito de constituir prova. A restrição liga-se ao princípio da comunhão da prova, que gera, para quem propôs certo meio de prova, o dever de produzi-lo em juízo⁷²⁹⁻⁷³⁰⁻⁷³¹.

Caso a parte tenha aludido ao documento ou à coisa no processo com o intuito de utilizá-lo como prova, pode-se concluir que o elemento referido existe, está em poder do sujeito e que não ocorre, no caso, nenhuma escusa do art. 363 do CPC/1973. Da mesma forma, não há razão para admitir que um documento ou coisa possam ser utilizados como prova a favor de um sujeito, mas não em benefício da parte adversária⁷³².

Podem ser apontados, ainda, como fundamentos do art. 358, II, CPC/1973 o dever geral de colaboração da parte e a necessidade estatal de mais perfeita solução das lides⁷³³.

O art.358, III, CPC estabelece que o magistrado não poderá admitir a recusa quanto à exibição de um documento quando seu conteúdo for comum às partes, ou seja,

⁷²⁷ MILHOMENS, Jônatas. Op. cit., p.322.

⁷²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.514.

⁷²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.515.

⁷³⁰ MILHOMENS, Jônatas. Op. cit., p.323.

⁷³¹ Moacyr Amaral Santos explica que: “Segundo o direito probatório, proposta uma prova por uma das partes, torna-se ela comum aos litigantes. Mesmo que a proposta não se concretize pela produção. Assim, se a parte oferece determinadas testemunhas, ao seu adversário surge o direito de exigir que elas sejam ouvidas; proposta perícia por um dos litigantes, ela poderá realizar-se a pedido do adversário, mesmo que aquele venha a desistir desse meio de prova. Do mesmo modo, se uma das partes alude a certo documento ou coisa, com o propósito de com ele constituir prova, nasce para a outra parte o direito de conhecer esse documento ou coisa, de reclamar desde logo sua produção em juízo. Não se trata de documento ou coisa propriamente comum às partes, mas de documento que, por força do princípio da comunhão da prova, se tornou processualmente comum a elas, porque referido na causa como meio de prova dos fatos controvertidos”. AMARAL SANTOS, Moacyr. Op. cit., p. 148.

⁷³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.515.

⁷³³ MILHOMENS, Jônatas. Op. cit., p.323.

quando o documento houver sido elaborado com a finalidade de provar a existência de certa relação jurídica entre elas. Neste caso, seu detentor não poderá alegar que se trata de documento particular para evitar a revelação⁷³⁴.

O art. 358, III, CPC não exige nem o condomínio, nem a comosse do documento, mas tão somente que seu conteúdo seja comum às partes⁷³⁵.

Embora o dispositivo faça menção tão somente às partes, não será admitida a recusa de exibição por parte de terceiro quando o conteúdo do documento for comum a uma das partes do processo e ao terceiro, ou seja, quando o documento houver sido elaborado para fazer prova de relação jurídica entre uma das partes e o terceiro⁷³⁶.

O dispositivo se refere tão somente a documento e não à coisa porque quando esta for condomínio das partes, o direito à exibição decorre de simples exercício do direito real, que não pode ser tolhido pelo outro coproprietário possuidor. O mesmo pode ser dito acerca do documento que pertence a ambas às partes. O que importa para o art. 358, III, CPC é o conteúdo do documento e não a propriedade deste⁷³⁷.

7.6 Decisão do incidente contra a parte

A exibição de documento ou coisa contra a parte adversária é um incidente processual⁷³⁸.

O incidente de exibição contra a parte termina com uma decisão interlocutória do juiz, recorrível por meio de agravo, onde este apreciará o direito do requerente à exibição e, reconhecendo-o, examinará sua satisfação ou não pelo requerido. Poderá ocorrer, entretanto, que este cumpra espontaneamente o pedido de exibição do requerente e, neste caso, não haverá necessidade de decisão para encerrar o incidente⁷³⁹⁻

740-741

⁷³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.515-516.

⁷³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. IV. p. 322. Apud MILHOMENS, Jônatas. A Prova no Processo. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p.322.

⁷³⁶ Documento comum. Não é apenas o relativo a ambas as partes, mas também o referente a uma das partes e terceiro (RT 622/ 161). Apud NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.651.

⁷³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.515-516.

⁷³⁸ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p.193.

⁷³⁹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.651.

⁷⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p.196.

⁷⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.517.

Caso verifique que o requerido deixou de exibir o documento injustificadamente, o juiz deve declarar esta situação a fim de aplicar a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo requerente na sentença e não na decisão interlocutória que conclui este incidente. O juízo deve esclarecer o requerido de que considerou injusta sua recusa de exibir o documento ou a coisa, oportunizando a este prazo até a sentença para que o exhiba, evitando, assim, uma decisão surpresa que prejudique seu direito de defesa. Importa salientar que, até a decisão do incidente de exibição, o requerido podia considerar sua recusa conforme ao direito⁷⁴²⁻⁷⁴³.

O art. 359 do CPC traz hipótese de presunção relativa, que pode ser afastada pelo juiz diante de outros elementos contidos nos autos, tendo em vista o princípio da persuasão racional do órgão jurisdicional contido no art. 131 do CPC. Assim, a lei não pode impor ao juiz a valoração de um fato, estabelecendo a priori o grau de verossimilhança que há de criar na mente do julgador. Não obstante, o juiz deve proceder a uma fundamentação analítica sempre que afastar a presunção legal⁷⁴⁴.

O juiz não precisa necessariamente aplicar a presunção do art. 359, CPC/1973 diante da recusa injusta do requerido, podendo determinar a exibição coercitiva do documento ou da coisa que esteja em poder da parte, quando os considerar essenciais à formação de seu convencimento. Assim, poderia aplicar analogicamente o art. 362 do CPC, que se refere ao terceiro, determinando a busca e apreensão da fonte de prova, bem como aplicar multa por tempo de atraso⁷⁴⁵ ou a sanção a que se refere o art.14, parágrafo único, CPC/1973 por descumprimento do provimento jurisdicional⁷⁴⁶.

O juiz pode utilizar, para buscar o cumprimento de ordem de exibição, medidas coercitivas diretas ou indiretas, em lugar da presunção de veracidade ou em apoio a ela. Isso é possível não só nos casos em que essa presunção é inadmissível como também, mesmo sendo ela admissível, quando o juiz estiver em busca de um melhor convencimento acerca dos fatos envolvidos na causa⁷⁴⁷.

⁷⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.517-518.

⁷⁴³ Em sentido contrário, Carlos Henrique Bezerra Leite, referindo-se à aplicação subsidiária do art. 359, CPC ao Processo do Trabalho, aduz que se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo legal ou judicial, ou se a recusa for havida por ilegítima, o juiz proferirá decisão interlocutória admitindo como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 517.

⁷⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.518.

⁷⁴⁵ Cf. art. 461, §5º, CPC/1973.

⁷⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.519.

⁷⁴⁷ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p.196.

O Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado n.º 372 de sua Súmula com o seguinte teor: “na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”. Entretanto, o próprio STJ vem restringindo a aplicação desta súmula à ação cautelar de exibição de documento ou coisa disciplinada pelos artigos 844 e 845 do CPC/1973, entendendo que o juiz pode cominar multa por tempo de atraso contra a parte no caso de exibição incidental de documento ou coisa⁷⁴⁸. Além disso, o STJ entende ser cabível a busca e apreensão de documento ou coisa em poder da parte em ação cautelar de exibição de documentos⁷⁴⁹⁻⁷⁵⁰.

A súmula 372 do STJ deve ser lida com reservas, devendo-se considerar que o juiz pode adotar contra a parte medidas tendentes à obtenção do documento em si, especialmente quando não haja sentido na aplicação da presunção de veracidade do fato a ser provado⁷⁵¹.

O art. 386, parágrafo único, do Projeto de Lei n.º 166/2010 do Senado Federal (Relatório Geral do Senador Valter Pereira) – Projeto do Novo CPC – previa que “Sendo necessário, pode o juiz adotar medidas coercitivas, *inclusive de natureza pecuniária*, para que o documento seja exibido”⁷⁵².

O art. 407, §1º, do Projeto de Lei n.º 8.046/2010 da Câmara dos Deputados – Projeto do Novo CPC – admite expressamente que o juiz possa adotar medidas coercitivas ou sub-rogatórias contra a parte visando a forçá-la a exibir o documento, não tendo que aplicar, necessariamente, a presunção de veracidade dos fatos que o requerente pretendia provar com o documento⁷⁵³.

7.7 Excludentes da presunção

⁷⁴⁸ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 115.2872/SP da Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 18/11/2010, DJe 04/11/2010; e _____. Decisão monocrática na Rcl 4855, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 01/02/2011, DJ 11/02/2011. Ambas as decisões disponíveis em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2014.

⁷⁴⁹ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 980.797/DF da Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23/03/2010, DJU 06/04/2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2014.

⁷⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.520.

⁷⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.520.

⁷⁵² BRASIL. Senado Federal. Quadro comparativo entre a redação original do projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010, o Código de Processo Civil em vigor e as alterações apresentadas no substitutivo do senador Valter Pereira. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84033>>. Acesso em 18 jun. 2014.

⁷⁵³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8.046/2010. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em 27 mar. 2014.

A presunção do art. 359 do CPC não se aplica à hipótese do art. 366 do CPC, isto é, quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, a não exibição deste não pode ser suprida pela presunção de veracidade dos fatos alegados pelo requerente. O mesmo se dará se o fato a ser tido como verdadeiro for manifestamente inverossímil, esdrúxulo ou notoriamente inverídico. Nesses casos, a decisão judicial deve ater-se à realidade afastando-se do comando genérico da lei⁷⁵⁴.

Na liquidação por artigos⁷⁵⁵, em que se faz necessária a prova de fato novo, pode ser necessária a exibição de documento pelo executado para que se possa chegar ao *quantum debeatur*. Caso este se recuse a exhibir o documento, pode não ser possível chegar-se ao valor da dívida. Assim, entendemos que o juiz deve determinar a busca e apreensão do mencionado documento não podendo simplesmente presumir a veracidade de um *quantum* excessivamente alto, alegado pelo exequente.

As causas excludentes previstas no art. 302 do CPC sempre se aplicam à presunção de veracidade dos fatos alegados pelo requerente, quando há recusa injusta por parte do requerido. Assim, não se considerarão verdadeiros tais fatos sempre que não for admissível, a seu respeito, a confissão; ou se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto, ou seja, com as demais provas trazidas pelo requerido⁷⁵⁶. O mesmo sucederá quando a petição inicial ou a contestação onde é pedida a exibição do documento pela parte contraposta, não esteja acompanhada do instrumento público, que a lei considera da essência do ato, por força dos artigos 302, II; 320, III; e 366 do CPC/1973⁷⁵⁷.

Se houver vários requeridos quanto à exibição e um deles exhibe o documento ou apresenta escusa legítima para todos, não se pode impor aos demais a presunção de veracidade do art. 359, CPC/1973 por força do art. 320, I, CPC.

Nas causas que versem sobre direitos indisponíveis, a recusa de exibição não pode implicar confissão. Nesses casos, se a exibição tiver sido dirigida em face da parte contrária, e esta se recusar a exhibir sem motivo justificável, o juiz, não podendo aplicar a pena de confissão por causa da indisponibilidade do direito, deve determinar a busca e apreensão do documento ou coisa⁷⁵⁸.

⁷⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.518.

⁷⁵⁵ Cf. arts. 475-E e 475-F, CPC/1973.

⁷⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.518,519 e 521.

⁷⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.511 e 521.

⁷⁵⁸ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 181.

7.8 Exibição de documento ou coisa e litigância de má-fé

A parte que se recusa a cumprir ordem judicial de exibição de documento ou coisa que se encontra em seu poder, sem que esteja amparada por nenhuma escusa legítima, litiga de má-fé ao opor resistência injustificada ao andamento do processo⁷⁵⁹⁻⁷⁶⁰.

O requerente que demanda a exibição de documento impertinente ou que sabe não estar na posse do requerido viola seu dever de boa-fé objetiva, ao provocar incidente manifestamente infundado⁷⁶¹⁻⁷⁶².

A parte que, intencionalmente ou deixando de proceder às cautelas necessárias, junta documento falso aos autos ou exhibe coisa diversa da requisitada pelo juízo litiga de má-fé, ao alterar a verdade dos fatos⁷⁶³. Aquele que propõe demanda baseada em documento falso altera a verdade dos fatos e procede de modo temerário, agindo, portanto, de má-fé⁷⁶⁴.

Em todos os casos supramencionados, o juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou⁷⁶⁵.

7.9 Ação de exibição contra terceiro

⁷⁵⁹ Cf. art. 17, IV, CPC/1973.

⁷⁶⁰ Nesse sentido, dispõe o art. 437 do CPC português de 2013: “As partes e terceiros que não cumpram a requisição incorrem em multa, salvo se justificarem o seu procedimento, sem prejuízo dos meios coercitivos destinados ao cumprimento da requisição”. PORTUGAL. Código de Processo Civil: anexo da Lei n.º 41/2013. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 05 ago.. 2014.

⁷⁶¹ Cf. art.17, VI, CPC.

⁷⁶² Nesse sentido, dispõe o art. 438, n.º 2, do CPC português de 2013: “2 - Quando o juiz verifique que os documentos requisitados se revelam manifestamente impertinentes ou desnecessários e caso a parte requerente não tenha atuado com a prudência devida, é a mesma condenada ao pagamento de multa nos termos do Regulamento das Custas Processuais”. PORTUGAL. Código de Processo Civil: anexo da Lei n.º 41/2013. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 17 jun. 2014.

⁷⁶³ Cf. art. 17, II, CPC/1973.

⁷⁶⁴ Cf. art. 17, II e V, CPC/1973. Nesse sentido, decidiu o TJRS: “[...] 3. Manutenção da condenação do autor ao pagamento de multa por litigância de má-fé, nos termos do artigo 17 do Código de Processo Civil, ante a proposição de lide infundada e temerária, e a juntada de documento falso aos autos com a pretensão de alterar a verdade dos fatos. [...]”. BRASIL. TJRS. Nona Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70054035928, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, j. 15/05/2013, DJ 17/05/2013.

⁷⁶⁵ Cf. art. 18, CPC/1973.

O CPC trata da exibição dirigida contra terceiro (particular) juridicamente interessado ou não nos artigos 360 a 362. Este procedimento se aplica aos terceiros indiferentes ao processo, bem assim aos assistentes simples que, embora intervindo no processo pendente, não adquirem a condição de partes⁷⁶⁶.

A exibição requerida frente a terceiro é ação incidental e processo incidente e não somente um incidente processual como ocorre quando a exibição é formulada em oposição à parte. Assim, o pretendente à exibição deverá formular sua solicitação, oralmente ou por petição escrita, que obedecerá aos requisitos do art. 282 (no que for cabível) e, em especial, do art. 356. O incidente deverá ser autuado em apartado, processando-se sob o rito ordinário – ressalvadas as regras próprias dos artigos 360 a 362. O requerido deve ser citado para responder à ação incidental, havendo específica fase instrutória, e encerrando-se o procedimento em primeiro grau por meio de sentença, que desafiará apelação⁷⁶⁷. Importa salientar que existe entendimento no sentido de que cabe agravo contra a sentença do incidente de exibição de documento ou coisa contra terceiro⁷⁶⁸. Esta corrente indevidamente equipara este incidente ao indeferimento liminar da reconvenção e à ação declaratória incidental, contra as quais, segundo a doutrina dominante, cabe agravo, porque o ato judicial que indefere liminarmente tais ações incidentais não encerra o processo. Entretanto, a exibição de documento ou coisa contra terceiro não é somente uma ação incidental dentro do processo principal, mas um processo incidente encerrado por meio de sentença que desafia apelação. Aplica-se aqui o princípio da correspondência entre o tipo de decisão e o recurso cabível, bem como a regra do art. 513 do CPC de 1973⁷⁶⁹.

Entretanto, tendo em vista a controvérsia existente na doutrina sobre o recurso cabível contra a sentença proferida no processo incidente de exibição de documento ou coisa contra terceiro, deve ser aceito o recurso de agravo em atenção ao princípio da fungibilidade⁷⁷⁰.

⁷⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.521.

⁷⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.522. No mesmo sentido, NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p.652.

⁷⁶⁸ Nesse sentido, João Carlos Pestana de Aguiar entende que a apelação, nestes casos, acarretaria “disjunções dos feitos dependentes, além de se sujeitar, essa apelação, a possíveis interpretações acerca do efeito suspensivo”. AGUIAR, João Carlos Pestana de. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 1974, v. 4 apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.522.

⁷⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.522. No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p.193.

⁷⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.522.

Interposta a apelação no processo onde se busca a exibição de documento ou coisa contra o terceiro, este subirá ao tribunal, enquanto o processo principal continuará tramitando na primeira instância⁷⁷¹.

Tal apelação será recebida tão somente no efeito devolutivo, pelo que não impedirá a imediata expedição da ordem de exibição, ou mesmo a satisfação coercitiva desta pelo mandado de apreensão, salvo, eventualmente, a concessão de efeito suspensivo à apelação, na forma do art. 558, parágrafo único. Isso porque a exibição de documento ou coisa foi prevista nos artigos 844 e 845 como ação cautelar e o art. 520, IV, do CPC estabelece que a apelação contra sentença que decide processo cautelar será recebida tão somente no efeito devolutivo. Assim, não há razão para estabelecer tratamento diferenciado entre a ação cautelar de exibição de documento ou coisa e a ação de exibição incidental contra terceiro, já que ambas têm idêntico procedimento e idêntica finalidade⁷⁷².

Importa salientar que o art. 409 do Projeto de Lei n.º 8.046/2010 da Câmara dos Deputados – Projeto do Novo CPC – dispõe que caberá agravo da decisão que resolver o incidente de exibição de documento ou coisa contra terceiro. De qualquer forma o agravo será processado no Tribunal por instrumento, tendo em vista que o PLC n.º 8.046/2010 não previu o agravo retido. O agravo não tem, em regra, efeito suspensivo, mas o art.1.032, *caput* e I, do PLC n.º 8.046/2010 estabelece que o relator, se não for o caso de decisão monocrática, poderá atribuir este efeito ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão. O agravo apresenta algumas limitações para a defesa das partes quando comparado com a apelação. Assim, no regime do agravo⁷⁷³ não há possibilidade de sustentação oral por parte do recorrente nem do recorrido e, tampouco, há possibilidade de interpor recurso adesivo⁷⁷⁴. Entretanto, neste caso, trata-se de uma decisão interlocutória de mérito, razão pela qual entendemos que este agravo deve receber a mesmo tratamento dispensado à apelação.

⁷⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.522.

⁷⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.522.

⁷⁷³ Cf. arts. 1028 a 1033 do PLC 8.046/2010 e arts. 522 a 529 do CPC/1973.

⁷⁷⁴ Cf. art. 1010, §2º, II, PLC 8.046/2010 e art. 500, II, CPC/1973. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 8.046/2010. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 27 mar. 2014 e BRASIL. Lei 5.869/1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em 28 mar. 2014.

7.10 Determinação de ofício da exibição em face de terceiro

O juiz pode ordenar de ofício que o terceiro exhiba documento ou coisa que se achem à sua disposição⁷⁷⁵⁻⁷⁷⁶, tendo em vista que o art. 341, II, CPC/1973 dispõe que compete a este em relação a qualquer pleito exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder e que o art. 339 do CPC/1973 estabelece o dever de todos de colaborar com o Poder Judiciário no descobrimento da verdade. O fundamento para tal provimento oficioso não está no art. 360 do CPC/1973, uma vez que este dispositivo trata de ação e fala em citação do terceiro, ato que inaugura o processo⁷⁷⁷, o qual só pode começar por iniciativa da parte⁷⁷⁸. Se o juiz pode convocar o terceiro para depor em juízo, na condição de testemunha, inquirindo-o sobre o documento (ou a coisa) bem como sobre seu conteúdo, não há sentido em vedar-se ao magistrado a possibilidade de tomar conhecimento direto do objeto. O juiz pode, ainda, determinar a exibição de coisa de ofício para os fins da inspeção judicial, de que trata o ar. 440 e seguintes⁷⁷⁹.

Quando o juiz determina de ofício ao terceiro a exibição de documento/coisa, não se deflagra um processo incidente, mas apenas um incidente do processo, semelhante àquele disciplinado pelo art.399 do CPC/1973⁷⁸⁰.

O dever de cooperação do juiz para com as partes inclui o de suprir, em caráter assistencial, as eventuais deficiências defensivas – postulatórias e probatórias – das

⁷⁷⁵ Jônatas Milhomens entende que o juiz pode ordenar de ofício que o terceiro ou a parte exibam documento ou coisa que se achem à sua disposição com base nos seguintes argumentos: “a) A amplitude de poderes concedidos ao juiz se acentua no tema das provas, segundo a regra geral do art. 130, CPC/1973 ‘Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias’ e segundo regras inseridas no regular a lei a produção de provas em especial: o art. 342 (determinação especial do comparecimento das partes para prestarem depoimento); art. 382 (determinação ex officio à parte, a exibição parcial de livros); 418 (inquirição, ordenada de ofício, de testemunhas referidas); 437 (determinação oficial de nova perícia); 440 (inspeção de ofício, de pessoas ou coisas). b) Observa-se, na evolução do direito processual, o crescente aumento das hipóteses legais de exibição – um aspecto da política processual de franquear ao juiz prova real não formal, dos fatos da causa”. Além disso, chama a atenção para o fato de que no regime do CPC de 1939, em que a lei não o admitia expressamente, formou-se jurisprudência no sentido da legalidade da determinação oficial de exibição. Logo, não há razão para discordância no regime de 1973, que conferiu à actio de exibendo maior alento. MILHOMENS, Jônatas. Op. cit., p. 316 a 318;

⁷⁷⁶ Em sentido contrário, Moacyr Amaral Santos defende que o juiz não tem poderes para determinar a exibição *ex officio*. AMARAL SANTOS, Moacyr. Op. cit, p. 141. Humberto Theodoro Jr. aceita a restrição apontada por Amaral Santos somente para as medidas preparatórias que assumem a feição de ação cautelar, não para as incidentais, porque para estas há de prevalecer o poder de iniciativa, assegurado pelo art. 130, CPC/1973 ao juiz, no tocante à completa instrução da causa. THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. v. I. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 437.

⁷⁷⁷ Cf. art. 213, CPC/1973.

⁷⁷⁸ Cf. art. 262, CPC/1973.

⁷⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.522 e 524.

⁷⁸⁰ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p.196-197.

partes, de modo a assegurar a igualdade concreta e a efetiva paridade de armas⁷⁸¹. Assim, quando a exibição de documento ou coisa em poder de terceiro se fizer necessária para o adequado esclarecimento da verdade, mas não tiver sido requerida pela parte interessada, deverá ser determinada de ofício pelo juiz, quer em uma ação cautelar, quer no processo principal. O magistrado deve, sempre que possível, julgar com base na verdade real, já que a pura e simples aplicação das regras sobre o ônus da prova pode conduzir a uma decisão injusta porque distante da realidade⁷⁸².

7.11 Indenização paga ao terceiro pela exibição

O terceiro fará jus a uma indenização nos casos em que a coisa exibida seja necessária ao exercício de sua atividade profissional ou à sua subsistência, já que ficará impedido de usá-la ou de fruí-la enquanto estiver na posse do Poder Judiciário. De qualquer forma, não poderá esquivar-se do dever de colaboração, inscrito nos artigos 339 e 341 do CPC, alegando o prejuízo⁷⁸³. Neste caso, a indenização deverá ser adiantada pela parte que requereu a exibição, podendo esta pleitear ressarcimento do sucumbente, caso saia vitoriosa no processo principal.

7.12 Atitude do terceiro frente à ação de exibição

Regularmente citado, o terceiro pode adotar uma das seguintes condutas:

⁷⁸¹ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo – o processo justo. Disponível em <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 11 jan. 2011.

⁷⁸² Nesse sentido, Barbosa Moreira aduz que: “[...] as leis costumam estabelecer regras sobre o chamado *onus probandi*: v. g., no Código de Processo Civil brasileiro, o art. 333, cujo caput distribui o ônus entre o autor, para o fato constitutivo do alegado direito, e o réu, para os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dele. É essa a única solução possível? Não poderá o juiz, por sua própria iniciativa, ordenar a realização de prova destinada a suprir lacuna? Sempre nos pareceu, e parece a muitos outros, que a semelhante pergunta se há de responder afirmativamente. Julgar segundo as regras de distribuição do ônus não é atitude que tranquilize de todo o juiz consciente de sua responsabilidade: ele atira no escuro; pode acertar o alvo, mas pode igualmente errar, e sua sentença, injusta, produzirá na vida dos litigantes efeitos diversos dos queridos pelo ordenamento, quando não diametralmente opostos. Não será preferível que ele faça jorrar alguma luz sobre os desvãos escuros da causa – e, se possível, baseie o julgamento numa ciência mais exata e completa do que realmente aconteceu? [...]”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. (Org.) *Temas de Direito Processual: Nona Série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87-102.

⁷⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.525.

a) Pode exibir o documento ou a coisa exigida, caso em que satisfeita estará a pretensão exibirória da parte e a ação incidental será concluída, com sentença homologatória⁷⁸⁴⁻⁷⁸⁵.

b) Pode manter-se inerte diante do requerimento, caso em que o juiz deve decretar a revelia do demandado⁷⁸⁶, e julgar antecipadamente a lide incidental⁷⁸⁷. Neste caso, o comportamento do terceiro deve ser equiparado à recusa tácita⁷⁸⁸⁻⁷⁸⁹.

c) Pode alegar, no prazo para resposta, uma das escusas do art. 363 do CPC⁷⁹⁰.

d) Pode ainda o terceiro/ requerido negar que o documento ou a coisa esteja em seu poder, caso em que o juiz determinará a instrução, se necessário, do processo incidental, facultando-se ao requerente produzir prova para demonstrar que o documento ou coisa está com o requerido⁷⁹¹⁻⁷⁹².

O art. 361 do CPC de 1973 dispõe que caso o terceiro negue a obrigação de exibir, ou a posse do documento ou da coisa, o juiz designará audiência especial, tomando-lhe o depoimento, bem como o das partes e, se necessário, de testemunhas; em seguida proferirá a sentença. Entretanto, o dispositivo não estabelece que a audiência seja indispensável ou ainda que o magistrado esteja obrigado a colher as provas ali indicadas. Assim, o juiz somente determinará a realização de audiência se entender necessária a colheita de prova oral. Caso considere suficientes as provas documentais juntadas ao incidente, seja por meio do requerimento, seja por meio da resposta do requerido, dispensará a audiência, devendo decidir a questão de plano⁷⁹³.

O requerente poderá empregar todos os meios de prova previstos pela lei (documentos, perícias, inspeção judicial), bem como aqueles atípicos, mas moralmente legítimos⁷⁹⁴, para demonstrar que o documento ou coisa que pretende ver exibido existe e se encontra em poder do terceiro, não estando adstrito às provas colhidas na audiência de que trata o art. 361, CPC⁷⁹⁵.

⁷⁸⁴ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p.197.

⁷⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.525.

⁷⁸⁶ Cf. art.319, CPC/1973.

⁷⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.525.

⁷⁸⁸ Cf. art. 362, CPC/1973.

⁷⁸⁹ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p.197.

⁷⁹⁰ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p.197.

⁷⁹¹ Cf. art. 361, CPC/1973.

⁷⁹² DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p.197.

⁷⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.525-526.

⁷⁹⁴ Cf. art.332, CPC/1973.

⁷⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.526.

O juiz também poderá determinar de ofício a produção de todos os meios de prova que entender pertinentes para esclarecer a questão da existência do documento ou coisa e da posse desta⁷⁹⁶.

O requerido pode alegar qualquer fato em sua defesa, não estando limitado a negar a obrigação de exhibir ou a posse do documento ou da coisa como faz parecer uma interpretação literal do art. 361, CPC. Poderá, por exemplo, afirmar que a coisa a ser exibida não está suficientemente individualizada, que não há finalidade para a exibição ou mesmo necessidade desta⁷⁹⁷. Caber-lhe-á, ainda, apontar, em preliminar, eventual irregularidade processual – como a falta de condição da ação ou de pressuposto processual –, se for o caso⁷⁹⁸.

O terceiro pode pedir em reconvenção que o requerente seja condenado a lhe indenizar o prejuízo sofrido com a restrição do uso e gozo do bem exibido, tendo em vista que a coisa tende a ficar retida pelo juízo, até a prolação da sentença. Esta hipótese não se confunde com a obrigação do requerente de reembolsar o requerido das despesas que efetuou para trazer a coisa até o juízo, inscrita no art.362, CPC, razão pela qual pressupõe o pedido expresso do requerido⁷⁹⁹. O legislador procura tornar eficaz a disponibilidade da prova, colocando a pessoa que sofre o comando judicial a salvo de dano⁸⁰⁰.

O juiz deve cuidar para que eventual dano ao patrimônio do terceiro ou da parte decorrente da exibição da coisa seja o mínimo necessário. Trata-se de aplicação do princípio da razoabilidade/ proporcionalidade. Caso uma fotografia ou um molde da coisa exibida ou uma fotocópia do documento sejam suficientes à produção da prova, não há porque determinar a retenção do bem no juízo até a sentença⁸⁰¹. Da mesma forma, caso a coisa tenha sido exibida visando a possibilitar a realização de perícia, uma vez efetuada esta, pode o magistrado permitir ao terceiro ou à parte a sua retirada. Nesse sentido, o art. 118 do *Codice di Procedura Civile* da Itália dispõe que o juiz pode ordenar às partes ou aos terceiros que consentam em inspeções sobre a sua pessoa ou

⁷⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.526.

⁷⁹⁷ Cf. art. 356, I e II, CPC/1973.

⁷⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.526.

⁷⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.527.

⁸⁰⁰ MILHOMENS, Jônatas. Op. cit., p. 313. O autor cita como exemplos os artigos 118, 210 e 211 do Código de Processo Civil italiano.

⁸⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.530.

sobre coisa em sua posse que pareçam indispensáveis para conhecer os fatos da causa, desde que isso possa se realizar sem grave dano para a parte ou para o terceiro⁸⁰².

O art. 210 do CPC italiano regula a emissão de ordem de exibição de prova contra a parte ou o terceiro. O art. 211 tutela o direito do terceiro, assegurando-lhe o direito ao contraditório não somente em relação à posse do documento ou coisa e a existência de alguma escusa, mas também quanto à necessidade e à extensão da medida⁸⁰³.

O juiz brasileiro deve adotar a mesma postura em relação ao terceiro, já que nenhuma pessoa pode sofrer restrição em sua esfera de direitos sem que lhe seja previamente assegurado o direito constitucional ao contraditório participativo⁸⁰⁴. O contraditório somente poderá ser postergado caso a exibição seja urgente. Nesse sentido deve ser interpretado o art. 360 do CPC/1973 que determina a citação do terceiro alegado possuidor da coisa para responder ao pedido de exibição no prazo de 10 dias.

Embora a sentença, onde é decidido o processo incidente de exibição contra terceiro, seja referida no art. 361, CPC/1973 e o art. 362, CPC/1973 disponha que, caso o requerido, sem justo motivo, se recuse a exhibir o documento ou a coisa o juiz lhe ordenará que proceda ao respectivo depósito em cartório ou noutro lugar designado no prazo de 5 dias, não é correto concluir que a ordem de depósito é proferida após a sentença, caso haja resistência do requerido. Na realidade, esta ordem é conteúdo da própria sentença onde foi decidido o incidente: julgando procedente o pedido de exibição, deverá o magistrado, na própria sentença, impor ao requerido o dever de

⁸⁰² “Art. 118. *Il giudice può ordinare alle parti e ai terzi di consentire sulla loro persona o sulle cose in loro possesso le ispezioni che appaiono indispensabili per conoscere i fatti della causa, purché ciò possa compiersi senza grave danno per la parte o per il terzo [...]*”. ITÁLIA. *Codice di Procedura Civile*. Disponível em <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33728>>. Acesso em 21 out. 2012.

⁸⁰³ “Art. 211. (*Tutela dei diritti del terzo*) *Quando l'esibizione è ordinata ad un terzo, il giudice istruttore deve cercare di conciliare nel miglior modo possibile l'interesse della giustizia col riguardo dovuto ai diritti del terzo, e prima di ordinare l'esibizione può disporre che il terzo sia citato in giudizio, assegnando alla parte istante un termine per provvedervi. Il terzo può sempre fare opposizione contro l'ordinanza di esibizione, intervenendo nel giudizio prima della scadenza del termine assegnatogli*”. Tradução: Art. 211 (Tutela dos direitos do terceiro) Quando a exibição é ordenada contra um terceiro, o juiz instrutor deve procurar conciliar do melhor modo possível o interesse da justiça com o resguardo devido ao direito do terceiro e antes de ordenar a exibição pode dispor que o terceiro seja citado em juízo, assinado à parte um prazo para fazê-lo. O terceiro sempre pode se opor à ordem de exibição, intervindo no juízo antes do fim do prazo que lhe é assinado. (Tradução nossa). ITÁLIA. *Codice di Procedura Civile*. Disponível em <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33728>>. Acesso em 21 out. 2012.

⁸⁰⁴ Cf. art. 5.º, LV, CF/1988.

depósito da coisa ou do documento. Após, apenas poderá sobrevir a necessidade de realização coativa da determinação imposta na decisão⁸⁰⁵.

O requerente da exibição não precisa propor nova ação para cumprimento da sentença de exibição. Assim, não será utilizado o processo de execução para entrega de coisa certa fundamentado em título executivo extrajudicial⁸⁰⁶ e não poderão ser opostos embargos do executado, já que a disciplina da atuação da presente sentença é totalmente fixada no art. 362, estando ali designados os meios coercitivos utilizáveis pelo juiz para a realização concreta de sua ordem⁸⁰⁷.

7.13 Cumprimento espontâneo da sentença de exibição

Caso o terceiro cumpra a ordem judicial, depositando o bem no local indicado no prazo legal, o juiz emitirá ordem para que o requerente embolse ao requerido as despesas da apresentação da coisa ou do documento na forma do art. 362 do CPC. O requerente poderá ser, ao final, reembolsado no processo principal pelo sucumbente. O descumprimento da ordem de reembolso não sujeitará o postulante à execução por quantia certa, mas sim aos meios coercitivos entendidos adequados pelo magistrado, para a realização concreta do comando, além da sanção criminal por desobediência. Satisfeitas as despesas da exibição encerra-se o incidente⁸⁰⁸.

Caso a exibição contra terceiro tenha sido determinada de ofício pelo magistrado ou requerida pelo Ministério Público, tendo em vista o disposto no art. 19, §2º, CPC, deverá o autor da ação principal adimplir tais despesas, podendo, futuramente, caso venha a vencer a demanda principal, receber os valores pagos do sucumbente⁸⁰⁹.

7.14 Recusa no cumprimento da obrigação pelo terceiro

Caso o terceiro se recuse a cumprir a ordem de exibição do documento ou da coisa, o juiz mandará expedir mandado de busca e apreensão a ser cumprido por oficial de justiça, se necessário, com o apoio da força policial. Além disso, o terceiro deverá

⁸⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.527.

⁸⁰⁶ Cf. arts. 621 a 628 do CPC/1973.

⁸⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.528.

⁸⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.529.

⁸⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.529.

responder pelo crime de desobediência⁸¹⁰, independentemente do resultado da execução do mandado de apreensão⁸¹¹.

Caso o terceiro se recuse a informar a localização do documento ou da coisa, o juiz poderá impor-lhe multa por tempo de atraso com base no art. 461, §5º, CPC/1973. Mas se a negativa do terceiro em colaborar tornar inviável a análise do objeto, a parte requerente poderá exigir que este a indenize pelo prejuízo experimentado no processo principal. Entretanto, não se poderá aplicar, no caso, a presunção de veracidade a que se refere o art. 359, CPC, já que a parte contrária não poderá ser penalizada pela falta de cooperação do terceiro⁸¹².

7.15 Escusas de exibição

O art. 363 do CPC/1973 prevê as hipóteses em que a parte ou o terceiro não estão obrigados a exhibir o documento ou a coisa em juízo. Trata-se de rol exemplificativo, já que o inciso V estabelece que o juízo pode aceitar “outros motivos graves” apresentados pelo requerido para dispensá-lo da exibição. Neste caso, deverá fundamentar sua decisão de forma analítica, já que estará restringindo o direito à prova do adversário para salvaguardar algum direito fundamental do requerido que considerou mais valioso no caso concreto⁸¹³.

7.15.1 Se concernente a negócios da própria vida da família

A hipótese elencada no art. 363, I, CPC decorre do fato de ninguém ser obrigado a produzir provas que sejam devassadoras da sua intimidade, da sua privacidade familiar, exceto nas causas entre os próprios familiares⁸¹⁴. A ressalva quanto às lides

⁸¹⁰ Cf. art. 330, CP.

⁸¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.529.

⁸¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.529.

⁸¹³ “Art. 363. A parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa: I - se concernente a negócios da própria vida da família; II - se a sua apresentação puder violar dever de honra; III - se a publicidade do documento redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau; ou lhes representar perigo de ação penal; IV - se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo; V - se subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição. Parágrafo único. Se os motivos de que tratam os ns. I a V disserem respeito só a uma parte do conteúdo do documento, da outra se extrairá uma suma para ser apresentada em juízo. BRASIL. Lei n.º 5.869/1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

⁸¹⁴ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 181.

intrafamiliares decorreria de aplicação analógica do art. 347, parágrafo único, CPC/1973 que ao se referir às causas de escusa ao depoimento pessoal assevera que estas não se aplicam “às ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento”⁸¹⁵.

O art. 417, n.º 3, “b”, do Código de Processo Civil português de 2013 também procura proteger a intimidade e a privacidade das pessoas ao dispor que é legítima a recusa de colaboração com o Judiciário quando este dever importar em “intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”⁸¹⁶.

A intimidade e a privacidade são resguardadas pelo direito material tanto em nível constitucional⁸¹⁷ como infraconstitucional⁸¹⁸. Entretanto, essa proteção não é absoluta podendo ceder, em um juízo de razoabilidade/ proporcionalidade, quando for preciso proteger outro direito fundamental considerado mais valioso no caso concreto. De qualquer forma, a exibição do documento ou da coisa deve-se mostrar adequada e necessária à prova que o requerente pretende produzir, diante da inexistência de outro meio menos gravoso⁸¹⁹⁻⁸²⁰.

⁸¹⁵ MILHOMENS, Jônatas. Op. cit., p.338.

⁸¹⁶ PORTUGAL. Código de Processo Civil: anexo da Lei n.º 41/2013. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 05 ago.. 2014. O correspondente art. 519, n.º 3, “b”, do CPC português de 1961 é citado por MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.532.

⁸¹⁷ Cf. art.5º, incisos X e XII, da CF/1988.

⁸¹⁸ Cf. art. 21 do Código Civil.

⁸¹⁹ COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 386.

⁸²⁰ Tércio Sampaio Ferraz Júnior aduz, acertadamente, que: “Analisando-se, pois, o público e o privado na sua acepção contemporânea, deve-se reconhecer que o público-político é dominado pelo princípio da transparência e da igualdade; já o social-privado está sob o domínio do princípio da diferenciação [...]; por fim, o terreno da individualidade privativa é regido pelo princípio da exclusividade. Este último [...] visa a assegurar ao indivíduo a sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político. Aquilo que é exclusivo é o que passa pelas opções pessoais, afetadas pela subjetividade do indivíduo e que não é dominada nem por normas nem por padrões objetivos. O princípio da exclusividade comporta três atributos principais: a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência de sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações). No recôndito da privacidade se esconde, pois, em primeiro lugar, a intimidade. A intimidade não exige publicidade, porque não envolve direitos de terceiros. No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos. Há, porém, uma certa gradação nos direitos da privacidade. Também o direito ao nome, à imagem, à reputação compõem o campo da privacidade. A imagem, a reputação, o nome, à diferença da intimidade, são exclusivos (próprios), mas perante os outros. Como direito à privacidade, demarcam a individualidade em face dos outros. Ninguém tem um nome, uma imagem, uma reputação só para si mesmo, mas como condição de comunicação. Contudo, embora sejam de conhecimento dos outros, que deles estão informados, não podem transformar-se em objeto de troca do mercado, salvo se houver consentimento. Segue-se daí que o princípio da exclusividade, que rege o direito à privacidade, aplica-se diferentemente aos seus objetos específicos. Assim, o inciso X do art. 5º da Constituição, ao tornar invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegura-lhes o domínio exclusivo e em vários sentidos. Embora os comentadores não vejam diferença entre vida privada e intimidade [...], pode-se vislumbrar um diferente grau de exclusividade entre ambas. A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva

A ressalva do art. 363, I, CPC/1973 trata da exoneração do dever de exhibir em casos em que o documento ou a coisa somente interessa à família e a ninguém mais⁸²¹⁻
⁸²². Por isso, qualquer terceiro que pretenda a exibição daquele documento não terá justificativa plausível para a pretensão, uma vez que o documento ou a coisa a ser exibido não lhe dirá respeito. Sempre, porém, que este objeto a ser exibido puder, de alguma forma, ter relevância para o deslinde da causa (porque é o próprio objeto do litígio), então a regra de exclusão torna-se inaplicável, mostrando-se cabível a exibição. Assim, se um credor pretender anular contrato de compra e venda celebrado entre pai e filho, desconfiando que a alienação deu-se em fraude contra credores, terá direito de

para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar-só, não exclui o segredo e a autonomia. Nestes termos, é possível exemplificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange. Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações e em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, e em princípio, são excluídos terceiros. Seu atributo máximo é o segredo, embora inclua também a autonomia e, eventualmente, o estar-só com os seus. Terceiro é, por definição, o que não participa, que não troca mensagens, que está interessado em outras coisas. Numa forma abstrata, o terceiro compõe a sociedade, dentro da qual a vida privada se desenvolve, mas que com esta não se confunde [...]. A vida privada pode envolver, pois, situações de opção pessoal (como a escolha do regime de bens no casamento) mas que, e em certos momentos, podem requerer a comunicação a terceiros (na aquisição, por exemplo, de um bem imóvel). Por aí ela difere da intimidade, que não experimenta esta forma de repercussão. Já a honra e a imagem têm um sentido comunicacional, que inevitavelmente envolve terceiros. Ambos, especialmente a imagem, são situações personalíssimas perante os outros. Direito à honra é, assim, direito de sustentar o modo pelo qual cada um supõe e deseja ser bem-visto pela sociedade. É uma combinação entre auto-respeito e respeito dos outros. A honra se projeta na imagem que, embora de alguém, é sempre como alguém julga e quer aparecer para os outros. Deve-se dizer, nestes termos, que seu atributo básico é a autonomia. O direito à imagem é o direito de não vê-la mercantilizada, usada, sem o seu exclusivo consentimento, e em proveito de outros interesses que não os próprios. Por último, embora graduando-se nos diferentes objetos, o princípio da exclusividade tem, perante todos, um mesmo propósito: a integridade moral do indivíduo, aquilo que faz de cada um o que é e, desta forma, lhe permite inserir-se, na vida social e na vida pública". FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 441-443. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67231/69841>. Acesso em: 19 jun. 2014. Gilmar Ferreira Mendes definiu o direito à intimidade de forma diversa. Segundo este autor, o direito à intimidade faz parte do direito à privacidade, que é mais amplo. O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e os acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 377.

⁸²¹ No mesmo sentido é a lição de Jônatas Milhomens para quem “não estão compreendidos no item I todos os negócios concernentes à família, sim aqueles da própria vida interna da família, capazes de revelar a intimidade do lar e pôr em risco a sua estabilidade”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.533.

⁸²² MILHOMENS, Jônatas. Op. cit., p.338.

exigir a exibição do instrumento contratual para que possa demonstrar o *consilium fraudis*⁸²³.

A busca da verdade não pode devassar o grau mais elevado da privacidade humana que diz respeito às relações do ser humano consigo mesmo, e que inclui o direito a não exibir voluntária ou compulsoriamente, a sua agenda pessoal, o diário em que registra as suas memórias ou as suas observações íntimas sobre fatos ou pessoas, os arquivos físicos ou eletrônicos que contêm essas anotações, o seu próprio corpo, os objetos de uso pessoal íntimo, salvo aqueles cuja posse seja ilícita ou criminoso⁸²⁴.

Os negócios da vida da família referentes às relações entre seus próprios membros estão incluídos no 2º grau de proteção da privacidade, estando sujeitos, portanto, à ponderação *in concreto* pelo juiz com o direito material do requerente. Neste caso estaria incluída a exibição do caderno de recados telefônicos de uso comum a todos os integrantes da família. Entretanto, estão fora da proteção conferida pelo art. 363, I, CPC/1973 as relações entre os membros da família e terceiros, que, por dizerem respeito ao 3º grau de proteção da privacidade, devem ceder diante do interesse da busca da verdade. Um exemplo é a fotografia de um familiar num espetáculo público tirada pelo próprio requerente⁸²⁵.

De qualquer forma, caso o juiz venha a determinar a exibição de quaisquer documentos concernentes às relações intrafamiliares, deverá, fundamentadamente, decretar segredo de justiça⁸²⁶, tendo em vista evitar que terceiros tenham acesso a estes⁸²⁷.

7.15.2 Violação do dever de honra

Um dos conceitos mais difíceis de atingir é a noção de dever de honra (bem como de desonra)⁸²⁸. Sendo um dever muito abstrato, impreciso, ninguém pode dele se valer tão somente para ocultar fatos ou documentos que comprovam o direito de outrem. Caso contrário, tal situação implicaria reconhecer que alguém pudesse criar um obstáculo à apuração da verdade que interesse a outrem, ferindo o direito à tutela

⁸²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit., p.533.

⁸²⁴ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 182.

⁸²⁵ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 182.

⁸²⁶ Cf. art. 5º, LX e art.93, IX, CF/1988.

⁸²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.533.

⁸²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.533.

jurisdicional efetiva⁸²⁹. Assim mais adequada e precisa é a redação do art. 417, n.º 3, “b”, do Código de Processo Civil português, segundo a qual a recusa em cooperar para a descoberta da verdade é legítima se a obediência importar “violação da integridade física ou moral das pessoas”⁸³⁰. Os vocábulos “dever de honra” e “desonra” constantes dos incisos I e II do CPC/1973 devem ser interpretados como proteção a todos os aspectos da integridade moral da pessoa, aí se incluindo sua reputação, sua imagem, etc.⁸³¹. O Projeto do Novo Código Civil manteve a mesma redação do CPC/1973, referindo-se, igualmente à “dever de honra” e a “desonra”. Assim é no art.390, II e III, do PLS 166/2010⁸³² e no art. 411, II e III, do PLC 8.046/2010⁸³³. Perdeu-se a oportunidade de aprimorar o texto da lei.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a pessoa jurídica possui honra objetiva passível de ser lesionada⁸³⁴. Assim, é razoável entender que os incisos I e II do art. 363 do CPC/1973 se aplicam às pessoas jurídicas nos casos em que sua reputação possa ser atingida pela exibição de um documento ou de uma coisa e que, ao menos, deve ser decretado o segredo de justiça caso a exibição seja necessária⁸³⁵.

A escusa de exibição baseada no dever de honra⁸³⁶ deve ter seu alcance restringido à proteção da privacidade de 1º grau do próprio requerido ou ao resguardo da privacidade de 2º grau dele próprio ou de seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, neste caso, após juízo de ponderação em concreto que justifique esta proteção tanto ou mais valiosa do ponto de vista dos valores humanos em jogo, do que a do interesse cuja apuração persegue o adversário. Neste último caso, se entender o juiz que o documento ou a coisa deva ser exibido, deverá impor o segredo de justiça, para

⁸²⁹ GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 182.

⁸³⁰ PORTUGAL. Código de Processo Civil: anexo da Lei n.º 41/2013. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 05 ago. 2014.

⁸³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.534.

⁸³² BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n.º166/2010. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em 31 out. 2012.

⁸³³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 8.046/2010. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 27 mar. 2014.

⁸³⁴ Nesse sentido é o enunciado n.º 227 da súmula daquela corte segundo o qual “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral” e seus precedentes. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado n.º227 da Súmula do STJ. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 31 out. 2012. Este enunciado tem como precedentes os seguintes julgados: REsp 161913 MG, REsp 177995 SP, REsp 161739 PB, REsp 129428 RJ, e REsp 134993 MA. Disponíveis em <www.stj.jus.br>. Acesso em 31 out. 2012.

⁸³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.534.

⁸³⁶ Cf. art. 363, incisos II e III, CPC/1973.

que a informação trazida não seja usada para outro fim. Caso o documento corresponda apenas no terceiro grau de privacidade, a exibição não poderá ser recusada⁸³⁷.

A atual jurisprudência⁸³⁸ e doutrina em matéria de Direito de Família reconhecem a existência de parentesco baseado unicamente no afeto e na convivência entre as pessoas, dito socioafetivo, e não no vínculo biológico ou na presunção legal⁸³⁹.

O 227, §6º, CF/1988 garante os mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, e proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Assim, entendemos que a parte ou o terceiro pode se escusar de exibir documento ou coisa que possa provocar desonra ou representar perigo de ação penal a parente socioafetivo até o terceiro grau⁸⁴⁰. De qualquer forma, o parentesco baseado no afeto deve ser provado pelo requerido que o alegar.

Ainda que o documento ou a coisa estivesse acobertado pelo 1º grau de proteção da privacidade, seu titular renuncia à sua impenetrabilidade, no momento em que o veicula ao terceiro. A obrigação de sigilo eventualmente imposta ao terceiro se inclui, no máximo, no 2º grau de privacidade sujeito à ponderação *in concreto* com o interesse que o requerente da exibição pretende alcançar⁸⁴¹.

7.15.3 Perigo de ação penal

⁸³⁷ GRECO, Leonardo. Op. cit., p.183.

⁸³⁸ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. EXAME DE DNA COMPROVANDO NÃO SER O DE CUJOS PAI BIOLÓGICO DO MENOR. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO A MACULAR O REGISTRO VOLUNTÁRIO. Embora constatada a inexistência de filiação biológica, pelo exame de DNA, inviável anular o registro civil do apelado, realizado por livre vontade pelo filho dos apelantes, quando se verifica a existência de parentalidade socioafetiva. (Tribunal de Justiça do RS, Sétima Câmara Cível, Apelação Cível Nº 70044392389, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 17/10/2012, Diário da Justiça do dia 19/10/2012).

⁸³⁹ Nesse sentido é a lição de Maria Berenice Dias: “Para o reconhecimento da posse do estado de filho, a doutrina atenta a três aspectos: (a) tractatus – quando o filho é tratado como tal, criado, educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe; (b) nominatio – usa o nome da família e assim se apresenta; e (c) reputatio – é conhecido pela opinião pública como pertencente à família de seus pais. Trata-se de conferir à aparência os efeitos de verossimilhança que o direito considera satisfatória. A filiação que resulta da posse do estado de filho constitui modalidade de parentesco civil de ‘outra origem’, isto é, de origem afetiva (CC 1.593). A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. A necessidade de manter a estabilidade da família, que cumpre sua função social, faz com que se atribua um papel secundário à verdade biológica. Revela constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva”. DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 363-364.

⁸⁴⁰ Cf. art. 363, III, CPC/1973.

⁸⁴¹ GRECO, Leonardo. Op. cit., p.183.

O art. 363, III, do CPC/1973 busca proteger o sujeito passivo da exibição da autoincriminação, bem como o dispensa de incriminar seus parentes próximos. Trata-se de um corolário do direito constitucional ao silêncio⁸⁴². Assim, este dispositivo deve ser aplicado, por analogia, ao processo penal, não assistindo razão àqueles que entendem que o direito à não autoincriminação estaria restrito tão somente aos depoimentos orais, não se aplicando aos demais meios de prova que dependam da colaboração do acusado⁸⁴³. Interessante notar que o art.348 do Código Penal, que tipifica o crime de favorecimento pessoal como o ato de “auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão”, traz, em seu §2º, uma escusa absolutória⁸⁴⁴ ao estabelecer que “se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena”. O Supremo Tribunal Federal vem dando interpretação extensiva ao art.5º, LXIII, CF, ao considerar que o direito à não autoincriminação não abrange somente o direito ao silêncio no interrogatório, mas também o direito do acusado de não colaborar com o Ministério Público ou com o querelante na produção de qualquer prova que o incrimine⁸⁴⁵.

Não somente as pessoas físicas estão abrangidas pela escusa do art. 363, III, do CPC/1973, mas também as pessoas jurídicas caso o documento ou a coisa objeto da exibição possa lhe acarretar perigo de ação penal por crime ambiental, tendo em vista o disposto no art.225, §3º, CF/1988.

⁸⁴² Cf. art. 5º, LXIII, CF.

⁸⁴³ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. A garantia de não autoincriminação: extensão e limites. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. 2008, p.91. Apud SILVA, Rodrigo Vaz. Garantia da não autoincriminação. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8467>. Acesso em 02 nov. 2012.

⁸⁴⁴ DELMANTO, Celso; DELMANTO; Roberto; DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. Código Penal Comentado. 7. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.891.

⁸⁴⁵ Nesse sentido, o HC 99289, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-149, Divulgação 03-08-2011, Publicação 04-08-2011, Ement. Vol. 02559-01, p. 75. “(...) ALCANCE E CONTEÚDO DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO. - A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente quando se tratar de pessoa exposta a atos de perseguição penal. O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação. Aquele que sofre perseguição penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal (...)”.

A recusa na exibição na hipótese em exame somente se justifica se o documento ou a coisa exibida acarretar direto e imediato perigo de ação penal. Não basta, portanto a mera suposição do sujeito, no sentido de que o elemento poderia representar prova para futura e eventual instauração de investigação criminal contra si. Indispensável se faz que haja flagrante situação – demonstrada no documento ou na coisa – capaz de, imediatamente, e por si só, representar o perigo de ação penal⁸⁴⁶.

O requerido não precisa alegar que a exibição do documento ou da coisa acarretar-lhe-á perigo de ação penal para se escusar de exibi-la na hipótese do art. 363, III, CPC/1973, já que, caso o fizesse, sua justificativa seria suficiente para lhe gerar o mesmo risco, fornecendo indícios de ilícito que forçariam o juiz a comunicar o fato à polícia para investigação⁸⁴⁷. Assim, o magistrado deve analisar cuidadosamente o requerimento e, caso verifique, pela descrição do documento, ou da coisa a ser exibida, bem como pela finalidade da exibição, que vislumbra a possibilidade de incriminação, deverá declará-la, exonerando o sujeito de exibi-lo em juízo⁸⁴⁸.

O juiz deve proceder a uma ponderação entre o direito material perseguido pelo requerente no processo civil e o direito deste à ampla defesa, de um lado, e o direito constitucional do requerido de não se autoincriminar, de outro. Assim, por exemplo, quando o requerente tiver por fim proteger direito material fundamental seu ou de outrem por meio do processo civil, ao passo que o documento ou a coisa possam servir como prova de crime punido com pena restritiva de direitos⁸⁴⁹, o juiz deve determinar a exibição, já que o prejuízo decorrente da medida será muito menor do que o dano a evitar⁸⁵⁰. Já quando houver a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade e o direito material buscado pelo requerente por meio do processo civil for puramente patrimonial, o magistrado deverá dispensar o requerido da exibição, aplicando o art. 363, III, CPC/1973. Por outro lado, quando o direito material pleiteado pelo requerente da exibição for puramente patrimonial e o crime de que o documento ou a coisa possa fazer prova for apenado com pena restritiva de direitos, deverá prevalecer o direito do requerente à ampla defesa, devendo o juiz determinar a exibição.

⁸⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.534.

⁸⁴⁷ Cf. art. 40, Código de Processo Penal.

⁸⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.535.

⁸⁴⁹ Cf. art. 44 do Código Penal.

⁸⁵⁰ MESQUITA, Eduardo de Melo de. As tutelas cautelar e antecipada. São Paulo: RT, 2002, p.390.

Embora a vedação constitucional à tortura seja absoluta⁸⁵¹, o magistrado poderá impor multa cominatória para forçar o requerido a colaborar com o descobrimento da verdade, quando o direito material fundamental perseguido pelo requerente e o direito deste à ampla defesa devam prevalecer, em um juízo de ponderação, sobre o direito do requerido à não autoincriminação.

7.15.4 Proteção do segredo de estado e do segredo profissional

O sigilo profissional e o sigilo de estado, referidos pelo art.363, IV, CPC/1973, são distintos e tratados de forma diversa também pela lei penal. O primeiro concerne a casos em que, por determinação de lei, são postas a salvo certas relações havidas entre o profissional e seu cliente, de tal forma que os fatos que se conhecem dentro dessa relação ficam fora do âmbito de ingerência pública. O art. 154 do Código Penal (CP) prevê sanção à sua violação, tipificando a conduta de “revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”. O conceito de profissão, para fins de sigilo, é o mais amplo possível, assim se entendendo também o ofício, a função pública, o ministério, etc. Na segunda das situações, o segredo não é determinado pela relação profissional, mas sim por certa circunstância especial em que é transmitido. O caso mais evidente dessa situação é descrito pelo art.153 do CP, que aponta como crime “divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem”. Em tal caso, o “estado” especial do destinatário de documento particular ou correspondência confidencial torna seu conteúdo sigiloso, importando para este o dever de manter o segredo⁸⁵².

Para que se configurem os crimes previstos pelos artigos 153 e 154 do Código Penal, é necessário que a revelação do segredo profissional ou de estado tenha provocado dano a alguém. Assim, caso a exibição do documento ou da coisa não seja

⁸⁵¹ Cf. art. 5º, XLIII, CF.

⁸⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.535. No mesmo sentido é o entendimento de Jônatas Milhomens, para quem “estado” significa condição pessoal relativa à atividade distinta de profissão. MILHOMENS, Jônatas. Op. cit., p. 340. Pontes de Miranda adota posicionamento distinto ao atribuir à palavra “estado” o sentido de “estado civil”. Assim, se o terceiro está casado e o documento ou a coisa se pretende a estado anterior (solteiro, viúvo), ou se viúvo, se ligaria ao matrimônio extinto. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. IV. p. 335 apud MILHOMENS, Jônatas. A Prova no Processo. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p.340.

idônea a gerar prejuízo a outrem, o requerido não poderá invocar a escusa do art. 363, IV, CPC/1973⁸⁵³.

O art. 363, IV, CPC/1973 se refere ao sacerdote, ao advogado e ao médico, que gozam de sigilo profissional ou de estado e, portanto, não podem ser obrigados a exhibir documentos ou coisas que divulguem fatos acobertados por esse sigilo. O mencionado dispositivo também se aplica às instituições financeiras e a outras organizações que detêm informações sobre a vida privada dos seus clientes⁸⁵⁴.

É de interesse social que os indivíduos confiem uns nos outros, máxime naqueles de quem recebem conselhos em assuntos importantes da vida e pela autoridade moral ou profissional de que desfrutam⁸⁵⁵⁻⁸⁵⁶.

O art.7º, inciso XIX, da Lei 8.906/1994 proíbe o advogado de depor como testemunha acerca de fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, o que o impede de prestar informações ou exhibir documentos relativos à sua atividade profissional, salvo os relativos a fatos públicos⁸⁵⁷.

O sigilo médico tem por fim proteger o primeiro grau de privacidade do paciente. Assim, somente se este expressamente abre mão deste segredo, o médico pode e deve exhibir documentos relativos aos tratamentos ministrados ao cliente, ressalvados os casos de doenças de notificação compulsória⁸⁵⁸ e de outros casos em que a saúde do paciente afeta interesses de terceiros ou da coletividade como um todo, em que a exibição deve ficar sujeita a um juízo de ponderação⁸⁵⁹.

O sigilo religioso se inclui também no primeiro grau de proteção da privacidade, razão pela qual o sacerdote não pode exhibir documento ou coisa que possa violar este segredo, salvo por expresse consentimento do fiel⁸⁶⁰.

O sigilo bancário, estabelecido pelo art.1º da Lei Complementar n.º 105/2001⁸⁶¹, se localiza no segundo grau de privacidade, devendo, portanto, ser submetido a um juízo de ponderação em face do direito material que o requerente busca por meio do

⁸⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.536.

⁸⁵⁴ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 184.

⁸⁵⁵ AMARAL SANTOS, Moacyr. Op. cit., p. 112.

⁸⁵⁶ MILHOMENS, Jônatas. Op. cit., p.340.

⁸⁵⁷ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 184.

⁸⁵⁸ Cf. arts. 7º a 13 da Lei 6.259/1975.

⁸⁵⁹ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 184.

⁸⁶⁰ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 184 e 205.

⁸⁶¹ “Art.1º. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”. BRASIL. Lei Complementar n.º 105/2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em 05 nov. 2012.

processo. Caso o magistrado decida pela exibição, deve decretar segredo de justiça⁸⁶². A instituição financeira, da mesma forma, não pode exibir documento que devesse o sigilo bancário sem o expresse consentimento de seu cliente ou sem ordem ou autorização judicial.

7.15.5 Outros motivos graves

O art. 363, V, CPC/1973 deve ser interpretado no sentido de que o requerido não está obrigado a apresentar o documento ou a coisa quando a exibição possa provocar grave dano⁸⁶³ a si ou a qualquer pessoa com quem tenha relação afetiva, bem como quando houver qualquer motivo ponderável a ser aferido pelo juiz no caso concreto. Assim, não se pode exigir a publicidade do documento, se esta pode redundar em desonra ou representar perigo de ação penal a outro parente além do terceiro grau, mas com estreitos laços afetivos, ou mesmo um amigo íntimo, desde que comprovada a afetividade ou intimidade⁸⁶⁴⁻⁸⁶⁵.

A norma aberta do art. 363, V, CPC/1973 inclui os casos em que a parte ou o terceiro se encontra impossibilitados de exibir apenas porque não têm condições de levar o documento ou a coisa ao juízo – no caso, por exemplo, de documentos históricos, de coisas de difícil mobilidade, etc. Nessas hipóteses, embora seja válida a recusa, pode-se obter o mesmo fim da exibição por outra forma, seja pela inspeção judicial, seja mesmo pela extração de cópia do documento ou pela fotografia da coisa. Assim, o juízo deve determinar que o possuidor permita o acesso do juiz ao objeto para que ele possa ser examinado judicialmente ou o de auxiliar da justiça de modo a possibilitar a realização das fotografias ou das cópias⁸⁶⁶. Neste caso, se o requerido se recusar a colaborar para o esclarecimento da verdade, cometerá ato atentatório ao

⁸⁶² GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 184.

⁸⁶³ A expressão “grave dano” é empregada pelo art. 118 do *Codice di Procedura Civile* da Itália, acima referido.

⁸⁶⁴ PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 188 apud MILHOMENS, Jônatas. A Prova no Processo. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 340.

⁸⁶⁵ Em sentido contrário, Leonardo Greco entende que inciso V do art. 363 do CPC não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista o conceito de motivos graves estabelecido por este dispositivo ser absolutamente indeterminado e que no Estado de Direito não pode existir qualquer autorização ao arbítrio em detrimento da busca da verdade e do direito de acesso à justiça. GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 184.

⁸⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.536.

exercício da jurisdição⁸⁶⁷, bem como crime de desobediência⁸⁶⁸. Quando o requerido for parte, incidirá, ainda, nas penas da litigância de má-fé⁸⁶⁹, por opor resistência injustificada ao andamento do processo⁸⁷⁰. Em qualquer caso, o órgão jurisdicional poderá impor multa por tempo de atraso para forçar o requerido a franquear o acesso ao documento ou à coisa⁸⁷¹. O mesmo raciocínio pode ser adotado quanto às coisas imóveis, já que estas, em razão de sua natureza, não podem ser exibidas em juízo.

O art. 434 do Código de Processo Civil português de 2013 possui cláusula aberta semelhante àquela do art.363, V, CPC/1973, já que prevê que o possuidor pode alegar qualquer outra “justa causa” como escusa para deixar de exibir o documento ou a coisa, além daquelas expressamente previstas no art. 417, n.º3. Neste caso, o requerido deverá “facultar o documento para o efeito de ser fotografado, examinado judicialmente, ou se extraírem dele as cópias ou reproduções necessárias”, sob pena de ser-lhe aplicada a multa prevista no art. 433 do mesmo código⁸⁷².

7.16 Exibição de documento ou coisa e ato atentatório ao exercício da jurisdição

Tanto a parte quanto o terceiro que se recusam injustificadamente a cumprir ordem judicial de exibição de documento ou coisa que se encontra em seu poder devem ser punidos por ato atentatório ao exercício da jurisdição com base no art.14, V e parágrafo único do CPC/1973 tendo em vista o descumprimento de provimento mandamental.

Interessante notar que no direito processual civil português, o terceiro, e não somente a parte, está sujeito à multa caso se recuse injustificadamente a exibir documento ou coisa que se encontre em seu poder, sem prejuízo dos meios coercitivos destinados ao cumprimento da requisição⁸⁷³.

⁸⁶⁷ Cf. art.14, V e parágrafo único, CPC/1973.

⁸⁶⁸ Cf. art.330 do Código Penal.

⁸⁶⁹ Cf. art. 18, CPC/1973.

⁸⁷⁰ Cf. art. 17, IV, CPC/1973.

⁸⁷¹ Cf. art. 461, §§4º e 5º, CPC/1973.

⁸⁷² PORTUGAL. Código de Processo Civil: anexo da Lei n.º 41/2013. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 05 ago. 2014.

⁸⁷³ Nesse sentido, o art. 437 do CPC Português dispõe que “As partes e terceiros que não cumpram a requisição incorrem em multa, salvo se justificarem o seu procedimento, sem prejuízo dos meios coercitivos destinados ao cumprimento da requisição”. Idem.

7.17 Proibição de decisões-surpresa em matéria de exibição de documento ou coisa

Caso a parte ou o terceiro tenha apresentado escusa para deixar de exibir o documento ou haja requerido uma prorrogação do prazo fixado pelo juiz para a exibição, o magistrado deverá apreciar as razões invocadas pela parte. Entretanto, não poderá aplicar as sanções previstas pelos artigos 356 e 362, CPC/1973, a punição pela litigância de má-fé⁸⁷⁴, ou por ato atentatório ao exercício da jurisdição⁸⁷⁵ aos particulares ou à Administração Pública, sem primeiro advertir o requerido de que considera impertinentes os motivos que este invocou para deixar de exibir o documento ou a coisa dentro do prazo assinado. Trata-se do dever de esclarecimento do órgão jurisdicional, que tem por fim evitar as decisões-surpresa⁸⁷⁶.

7.18 Sigilo de correspondência e das comunicações de dados

O sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas é consagrado pelo art. 5º, XII, da Constituição Federal⁸⁷⁷.

O dispositivo trata de quatro liberdades: (1) comunicação postal ou de correspondência; (2) comunicação telegráfica; (3) comunicação de dados; (4) comunicação telefônica, sendo que somente esta última se caracteriza por sua instantaneidade. Por outro lado, nas demais formas de comunicação não instantâneas, embora não se possa interceptar o processo de comunicação em si – o envio da correspondência, do telegrama, e o dado que foi comunicado ou armazenado), - como tais elementos são perenes (a carta, o telegrama e o dado que foi comunicado e armazenado), a forma de restrição à privacidade não será a interceptação da

⁸⁷⁴ Cf. art.17, IV e 18, CPC/1973.

⁸⁷⁵ Cf. art.14, V, e parágrafo único, CPC/1973.

⁸⁷⁶ Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal: “[...] 3. A condenação como litigante de má fé não pode ser decretada sem prévia audição da parte a sancionar, sob pena de se violar o princípio do contraditório, na vertente da proibição de decisão-surpresa, cometendo-se nulidade que influi na decisão da causa, sendo que tal omissão infringe os princípios constitucionais da igualdade, do acesso ao direito, do contraditório e da proibição da indefesa”. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. 6ª Secção. Recurso de Revista n.º 2326/11.09TBLLE.E1.S1. Relator: Fonseca Ramos. Data do julgamento: 11 set. 2012. Disponível em <<http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

⁸⁷⁷ “Art. 5º [...] XII - É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2014.

comunicação, mas a apreensão do meio em que se consubstancia a comunicação. Por exemplo, embora não se possa interceptar a correspondência, desde quando enviada, até chegar ao seu destinatário, é perfeitamente possível, antes ou depois destes momentos extremos, realizar, em conformidade com a constituição e com a lei, a busca e a apreensão da carta. O mesmo se daria com o telegrama e com os dados armazenados, pela apreensão dos computadores⁸⁷⁸⁻⁸⁷⁹.

Assim, o art.5º, XII, CF não veda a adoção de medidas coercitivas tendentes a forçar a parte ou um terceiro a exibir uma carta ou uma mensagem eletrônica que fique armazenada num banco de dados, mas, tão somente, a interceptação da comunicação que se dá por estes meios.

Os dados cadastrais não podem ser livremente fornecidos ou vendidos pelos seus detentores, já que tal conduta poderá provocar danos ao consumidor ou administrado que forneceu seus dados a determinado fornecedor ou à Administração Pública, tendo em vista viabilizar sua relação com este(a), mas que não deseja ser importunado por terceiros que venham a conhecer seus dados. Na verdade, tais informações gozam de um grau menor de proteção à luz do art.5º, X, CF, do que aquelas referentes às dívidas da pessoa, sua situação financeira e fiscal, razão pela qual podem ser fornecidas ao Judiciário para fins de proteção de direito, independentemente de requisição⁸⁸⁰.

As informações contidas em bancos de dados pertencerão ao segundo grau de proteção da privacidade caso digam respeito somente à relação entre a pessoa a que se referem e a entidade mantenedora do registro. Neste caso, o órgão jurisdicional deverá proceder a um juízo de ponderação entre o direito material perseguido pelo requerente

⁸⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 349 e 351.

⁸⁷⁹ No mesmo sentido é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, para quem a proteção do art.5º, XII, CF limita-se à comunicação de dados e não à manutenção destes em arquivo. Segundo estes autores: “[...] pretender estabelecer que qualquer dado, inserto em base pública ou privada, fica inacessível a todo e qualquer interessado, salvo ao Judiciário, mas somente para fins penais, é incluir na regra algo que ela não contém, e, portanto, limitar indevidamente o alcance de outras previsões constitucionais (art.5º, XXXIII e XXXIV)”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p.540.

⁸⁸⁰ Em sentido contrário, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart entendem que a proteção conferida à privacidade pelo art.5º, X, CF não abrange todas as informações contidas em bancos de dados, mas tão somente aquelas de caráter pessoal e íntimo como, por exemplo, as referentes às dívidas da pessoa, sua situação financeira e fiscal. Dessa forma, dados cadastrais de pessoa física ou jurídica (como seu endereço, profissão, identificação, etc) não seriam sigilosos, podendo e devendo ser livremente divulgados pelos seus detentores. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p.540.

no processo e o direito à privacidade⁸⁸¹ do requerido ao decidir pela exibição ou não de tais dados. Já quando disserem respeito a relações entre a pessoa a que se referem e terceiros que não a entidade que mantém o banco, estarão incluídas no terceiro grau de proteção da privacidade que deve ceder diante dos direitos do requerente à prova, ao acesso à ordem jurídica justa⁸⁸², à informação⁸⁸³, e de certidão⁸⁸⁴⁻⁸⁸⁵⁻⁸⁸⁶.

7.19 Exibição parcial

O art.363, parágrafo único, CPC/1973 dispõe que se os motivos de escusa de disserem respeito só a uma parte do documento, da outra se extrairá uma suma para ser apresentada em juízo⁸⁸⁷.

Além do resumo, também será possível o recurso à fotocópia da parcela do documento não amparada pelo sigilo, como dispõe expressamente o art.382, CPC/1973⁸⁸⁸.

Embora a lei não estabeleça a quem compete a extração da suma, cabe ao requerido fazê-lo para que seja alcançado o objetivo legal de proteção do sigilo. Em todo caso, o magistrado deverá conferir o resumo a fim de apreciar a sua conformidade com o original e a exclusão apenas daquilo que se insere no direito do requerido à não exibição. O procedimento de exibição da suma correrá em segredo de justiça⁸⁸⁹, para afinal constar do processo apenas a sinopse aprovada⁸⁹⁰⁻⁸⁹¹.

7.20 Exibição de documento pelo Poder Público

O dever de colaboração dos órgãos públicos no esclarecimento dos fatos que estão documentados em seus arquivos ou que são do conhecimento de seus agentes decorre principalmente da Constituição da República, por ser esta o ápice do

⁸⁸¹ Cf. art. 5º, X, CF.

⁸⁸² Cf. art.5º, XXXV, CF.

⁸⁸³ Cf. art.5º, XIV e XXXIII, CF.

⁸⁸⁴ Cf. art.5º, XXXIV, “b”, CF.

⁸⁸⁵ GRECO, Leonardo. Op. cit., pp. 122-123.

⁸⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.540.

⁸⁸⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 20 jun. 2014.

⁸⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.537.

⁸⁸⁹ Cf. art. 155, I, CPC/1973.

⁸⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.537.

⁸⁹¹ AMARAL SANTOS, Moacyr. Op. cit., p. 160.

ordenamento jurídico brasileiro e apenas secundariamente da legislação processual civil⁸⁹²⁻⁸⁹³.

Em regra, todo órgão público, seja da administração direta ou indireta, tem o dever de fornecer informações a qualquer pessoa que comprove delas necessitar para defesa de seus interesses particulares, bem como do interesse coletivo ou geral, e para o esclarecimento de sua situação pessoal. Óbices à aplicação desta norma deverão estar previstos no próprio texto constitucional, sob pena de constituir interdições ilegítimas, passíveis de serem afastadas por meio do *habeas data*⁸⁹⁴ ou, incidentalmente, na ação ordinária baseada no art.399, CPC. São exceções ao dever de exibição da Administração Pública, por exemplo, o sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado⁸⁹⁵ ou as informações contidas em processos que devem correr em segredo de justiça⁸⁹⁶⁻⁸⁹⁷.

O procedimento de exibição de documento movido em face do Poder Público é disciplinado pelo art. 399, CPC/1973 e, subsidiariamente, no que couber, pelos arts. 355 a 363 do CPC/1973. Assim, a requisição do documento à repartição pública poderá ser requerida pela parte, que, neste caso deve obedecer aos requisitos do art.356, CPC/1973, ou determinada de ofício. Da mesma forma, caso a Administração Pública, na condição de parte, se recuse, sem justa causa, a apresentar certidão ou processo administrativo, o juízo deverá aplicar a presunção relativa de veracidade dos fatos que o adversário pretendia provar por meio destes documentos, como estabelece o art.359, CPC/1973. Quando o Ente Público for terceiro em relação ao feito, delineiam-se duas situações distintas: a) caso se negue, sem qualquer escusa legítima, a apresentar documento ou processo administrativo, o juízo deverá determinar a busca e apreensão deste, nos termos do art.362, CPC; b) na hipótese de se recusar, sem justa causa, a elaborar certidão, o juízo deverá aplicar-lhe alguma das sanções do art.461, §§ 4º e 5º, como forma de forçar a confecção do documento⁸⁹⁸.

A parte deverá demonstrar seu interesse-necessidade em utilizar o procedimento incidental do art.399, CPC/1973, comprovando que requereu diretamente ao órgão

⁸⁹² Cf. arts. 339, 341 e 399, CPC/1973; Lei 9.051/1995; Lei 9.507/1997, etc.

⁸⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.538.

⁸⁹⁴ Cf. art.5º, LXXII, CF e Lei 9.507/1997.

⁸⁹⁵ Cf. art.5º, LXXII, CF e Lei 9.507/1997.

⁸⁹⁶ Cf. art. 93, IX, CF.

⁸⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.538-539.

⁸⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.538.

público a expedição de certidão ou a exibição de processo administrativo, mas teve seu pleito negado⁸⁹⁹⁻⁹⁰⁰.

Segundo o art.399, II, CPC, o juízo somente poderá requisitar a apresentação de processo administrativo quando a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta tiverem interesse jurídico ou, no caso da União, meramente econômico⁹⁰¹ no processo judicial. Quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, que têm regime jurídico de direito privado, é preciso distinguir em sua atuação aquilo em que agem como órgão do Poder Público, integrando a Administração Pública, e aquilo em que possam agir como entidade privada. Neste último caso surgirá óbice ao emprego da norma inscrita na disposição comentada: prevalecerão, sim, as regras alusivas à exibição de documento ou coisa⁹⁰².

A requisição será comunicada à repartição a quem compete a expedição da certidão ou onde esteja arquivado o processo administrativo mediante ofício, onde deverá constar prazo razoável fixado pelo juiz⁹⁰³ para o cumprimento da ordem⁹⁰⁴⁻⁹⁰⁵. O princípio da duração razoável do processo⁹⁰⁶ impõe que a pendência da requisição apenas obsta a prolação da decisão final sobre o litígio, mas não o seguimento do feito, inclusive com a produção de outras provas independentes, salvo se do conteúdo do documento depender o encaminhamento do processo⁹⁰⁷⁻⁹⁰⁸.

Não cumprida a determinação no prazo fixado, o magistrado deverá aplicar o art.356 ou o art.362, CPC, conforme a repartição seja parte ou terceiro, bem como comunicar o fato ao superior hierárquico do servidor negligente, para as providências administrativas cabíveis, e à autoridade policial ou ao Ministério Público, para adoção das pertinentes medidas de ordem criminal e de improbidade⁹⁰⁹⁻⁹¹⁰.

⁸⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.541-542.

⁹⁰⁰ Em sentido contrário, Leonardo Greco afirma que a parte pode requerer ao juiz que requisite o documento à repartição pública, independentemente de prévio pedido a esta. GRECO, Leonardo. Op. cit., p.184.

⁹⁰¹ Cf. art.5º, Lei 9.469/1997.

⁹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.543.

⁹⁰³ Cf. art.177, CPC/1973.

⁹⁰⁴ AMARAL SANTOS, Moacyr. Op. cit., p. 160

⁹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.543.

⁹⁰⁶ Cf. art.5º, LXXVIII, CF.

⁹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.544.

⁹⁰⁸ Em sentido contrário, Moacyr Amaral Santos entende que, enquanto estiver em curso o prazo e ainda não atendida a requisição, o processo ficará suspenso por força do art.265, IV, “b”, CPC. Entretanto, se o documento não for fundamental à ação ou à resposta, devem-se realizar as diligências que independam do documento, devendo a audiência de instrução ser marcada somente depois que a repartição se definir perante o juiz acerca do atendimento da ordem. AMARAL SANTOS, Moacyr. Op. cit., p.256-257.

⁹⁰⁹ Cf. art.11, II, Lei 8.429/1992.

O art.399, §1º, CPC dispõe que, uma vez recebidos os autos do processo administrativo, o juiz mandará extrair, no prazo máximo e improrrogável de trinta dias, certidões ou reproduções fotográficas das peças indicadas pelas partes ou de ofício e que, findo o prazo, devolverá os autos à repartição de origem. Entretanto, este prazo pode ser excedido desde que a prorrogação não prejudique a Administração Pública ou os demais interessados⁹¹¹⁻⁹¹².

O juiz deverá dar vista do procedimento administrativo às partes, para que elas indiquem as peças que desejam ver reproduzidas. Em seguida o magistrado determinará que o escrivão extraia as certidões ou as fotocópias das peças indicadas pelas partes, bem como daquelas que ele próprio considera relevantes para o esclarecimento da verdade. Após, o processo administrativo deve ser restituído à sua repartição de origem⁹¹³.

O art. 399, §2º, CPC, introduzido pela Lei 11.419/2006, que trata do processo judicial eletrônico, prevê que as repartições públicas podem fornecer todos os documentos em meio eletrônico, certificando, pelo mesmo meio, que se trata de extrato fiel do que consta em seu banco de dados ou do documento digitalizado.

O Projeto do Novo CPC não trouxe nenhuma alteração significativa quanto ao procedimento de exibição de documento pelo Poder Público em relação ao CPC/1973⁹¹⁴.

⁹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.544.

⁹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.545.

⁹¹² No mesmo sentido, Leonardo Greco aduz que: “[...] tanto a requisição presente no artigo 399, §1º, limitada a trinta dias de duração, quanto a simples exibição do processo administrativo a que alude o artigo 41 da Lei n. 6.830/80, não constituem limitações absolutas ao poder do juiz de reter os autos daquele processo pelo tempo que for necessário à apuração da verdade. Isso porque, às vezes, faz-se necessária uma análise mais profunda ou demorada do teor dos documentos que instruem os autos do processo administrativo, como ocorre, por exemplo, no exame da falsidade de algum documento, que pode exigir a presença física daqueles autos na sede do juízo, inclusive por prazo superior a trinta dias. Em muitos casos, esse exame exigirá também a nomeação de um perito, que precisará dispor do original do documento impugnável por considerável período de tempo, afim de que proceda à produção da prova pericial. A apuração da verdade em juízo não pode sofrer as limitações impostas pelos artigos 399, §1º, do Código de Processo Civil, e 41 da Lei de execuções Fiscais. Logo, se for necessária a retenção dos autos ou a sua prorrogação por mais de trinta dias, o juiz deverá determiná-las em decisão fundamentada, não se aplicando as regras contidas nos artigos mencionados, que, estritamente observadas, implicariam evidente obstáculo à garantia da tutela jurisdicional efetiva”. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo Civil*. Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 186.

⁹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.545.

⁹¹⁴ O art. 445 do PLC n.º 8.046/2010 dispõe sobre a exibição de documentos pelo Poder Público nos seguintes termos: “Art. 445. O juiz requisitará às repartições públicas em qualquer tempo ou grau de jurisdição: I – as certidões necessárias à prova das alegações das partes; II – os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios ou entidades da administração indireta. § 1º Recebidos os autos, o juiz mandará extrair, no prazo máximo e improrrogável de um mês, certidões ou reproduções fotográficas das peças que indicar e

A Lei 6.830/1980, que trata da execução fiscal, prevê procedimento diferenciado para a extração de cópias ou certidões de peças de procedimentos administrativos de inscrição na dívida ativa, ou em que contribuintes discutem matéria fiscal. Segundo o art.41 desta lei, tais procedimentos serão mantidos na repartição competente que deverá extrair as cópias autenticadas ou as certidões que forem requeridas pelas partes, bem como as que forem requisitadas pelo Juiz ou pelo Ministério Público. O art. 41, parágrafo único, da Lei 6.830/1980 abre a possibilidade de exibição dos autos destes processos administrativos em juízo, entretanto prevê que a repartição onde este tramita deverá designar um funcionário para levá-lo à sede do juízo, na data e na hora previamente marcados pelo juiz. O serventuário da Justiça lavrará termo da ocorrência e fará o traslado das peças indicadas pelas partes ou pelo órgão jurisdicional.

7.21 Incidente de exibição de documentos comerciais

Segundo o art. 381 do CPC/1973, quando se estiver discutindo no processo judicial a liquidação de uma sociedade empresária, a sucessão por morte de sócio, ou qualquer outra questão expressamente prevista em lei, a parte poderá requerer a exibição de todos os livros comerciais e documentos do arquivo da empresa. O art.1.191, *caput*, do Código Civil estabelece que “O juiz só poderá autorizar a exibição integral dos livros e papéis de escrituração quando necessária para resolver questões relativas à sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência”. Assim, a exibição integral é possível: nas questões de sucessão, isto é, quando os sucessores de um dos sócios da sociedade empresária têm interesse no exame integral da escrituração ou dos balanços gerais, para conhecerem de assuntos relativos aos seus direitos decorrentes da sucessão, quer se trate de sucessão *mortis causa*, quer se trate de sucessão *inter vivos*, competindo, portanto, esse direito: 1º, aos sucessores a título universal, legítimos ou testamentários; 2º, aos donatários contra os herdeiros do sócio para verificação de que a doação não excede da quota disponível; 3º, aos credores do espólio, quando a herança é renunciada ou aceita a

das que forem indicadas pelas partes; findo o prazo, devolverá os autos à repartição de origem. § 2º As repartições públicas poderão fornecer todos os documentos em meio eletrônico, conforme disposto em lei, certificando, pelo mesmo meio, que se trata de extrato fiel do que consta em seu banco de dados ou do documento digitalizado. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 8.046/2010. Relatório de 27 mar. 2014. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 27 mar. 2014.

benefício do inventário; nas questões de comunhão, isto é, quando há dúvida entre o cônjuge sobrevivente do sócio de uma sociedade empresária e os outros sócios, ou os herdeiros do *de cujus* relativamente a questões referentes à comunhão; nas questões da sociedade, isto é, entre os sócios da firma comercial com referência à sociedade; nas questões de administração ou gestão por conta de outrem, isto é, entre mandante e mandatário, ou gestor sem mandato; nos casos de falência, isto é, quando forem interessados em seu exame os credores e o Ministério Público⁹¹⁵.

Nestes tipos de demanda o autor normalmente terá interesse nesta exibição ampla porque reivindica parcela do patrimônio da sociedade, sendo, então, necessário apurar a totalidade deste, bem como o movimento dos negócios da empresa. Assim, não poderá a pessoa jurídica requerida, em regra, opor-lhe seu sigilo contábil. Entretanto, o autor deverá indicar em seu pedido a finalidade da prova⁹¹⁶ e o juiz deverá avaliar, diante deste elemento e da resposta do réu, a necessidade da exibição de toda a escrituração mercantil da empresa, podendo limitá-la aos documentos que considerar pertinentes ao julgamento da causa⁹¹⁷.

O art.381, CPC permite concluir que a devassa completa da “vida privada” da empresa só é autorizada nos casos expressamente previstos em lei e, ainda assim, fica condicionada à situação específica do interessado, já que os livros ficarão à disposição do juízo, durante o curso da ação, deixando ao desabrigo o sigilo da empresa e dificultando a utilização desses documentos e a escrituração da firma⁹¹⁸⁻⁹¹⁹. Não obstante, o juiz deve decretar segredo de justiça nos processos em houver a exibição integral, tendo em vista a necessidade de preservar a privacidade da pessoa jurídica⁹²⁰.

A súmula 260 do STF, segundo a qual “O exame dos livros comerciais, em ação judicial, fica limitado às transações entre os litigantes” não se aplica à exibição integral disciplinada pelo art.381, CPC/1973, mas tão somente à exibição parcial do art. 382, CPC/1973, já que, nos casos em que a lei autoriza a exibição da integralidade dos livros comerciais e dos documentos de uma empresa, o requerente tem direito de conhecer

⁹¹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p.213.

⁹¹⁶ Cf. art. 356, II, CPC/1973.

⁹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., pp.643 e 644.

⁹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 644.

⁹¹⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p.212.

⁹²⁰ Cf. art. 5º, X, CF.

todo o patrimônio e as transações comerciais desta, seja por ser sócio na liquidação ou herdeiro de sócio em razão da morte deste, etc.⁹²¹⁻⁹²².

A exibição de todos os livros comerciais e documentos do arquivo da sociedade somente pode ser ordenada a requerimento da parte, sendo vedado ao juiz determiná-la de ofício⁹²³. O legislador omitiu intencionalmente a expressão “de ofício” do texto do art.381, CPC/1973. O Congresso Nacional rejeitou a proposta da Comissão Revisora do CPC/1973 no sentido de acrescentar tal locução ao dispositivo. Da mesma forma, uma interpretação sistemática do CPC/1973 levaria à mesma conclusão, tendo em vista que o art. 382, CPC autoriza a exibição parcial dos livros e documentos da empresa por iniciativa do magistrado, ao passo que o art. 381, CPC/1973 somente utiliza a expressão “a requerimento da parte”. O Poder Legislativo fez esta opção porque, nesta exibição, não apenas um fato conflituoso poderá vir á tona, mas também toda a vida da empresa, o que nem sempre é conveniente para os litigantes e mesmo para os fins do Direito⁹²⁴.

A sanção prevista no art. 359, CPC/1973 deve ser aplicada à parte que se recusar a cumprir a ordem para exibir a totalidade de seus livros comerciais e dos documentos de seu arquivo, constituindo-se uma presunção relativa dos fatos que o requerente pretendia provar por meio da exibição. Entretanto, nem sempre esta consequência será suficiente e adequada ao descobrimento da verdade⁹²⁵, princípio norteador de todo o sistema do código. Assim, por exemplo, naqueles casos em que o requerente ignora a situação patrimonial da empresa e busca conhecê-la por meio da exibição integral para que possa apurar seus haveres, seja na liquidação da empresa, seja em sua dissolução parcial (retirada de um sócio), será inútil aplicar à sociedade recalcitrante o art.359, CPC. Nestas hipóteses o juiz deverá determinar a busca e apreensão de todos os livros e documentos⁹²⁶ ou impor multa por tempo de atraso à requerida para forçá-la a exibi-los. Embora a súmula 372 do STJ disponha que “na ação de exibição de documentos não cabe a aplicação de multa cominatória”, deve-se concluir, em atenção ao dever de colaboração das partes na busca da verdade⁹²⁷, que a impossibilidade do uso da multa coercitiva somente deve se impor se e quando a sanção própria – a presunção de

⁹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., pp.643 e 644.

⁹²² SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p.212.

⁹²³ SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p.213.

⁹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.645.

⁹²⁵ Cf. art. 339, CPC/1973.

⁹²⁶ Cf. art.362, CPC/1973.

⁹²⁷ Cf. art.339, CPC/1973.

veracidade ou a busca e apreensão do documento – se mostrar suficiente para o resultado almejado pela parte⁹²⁸.

A súmula 260 do STF que limita o exame de livros comerciais, em ação judicial, às transações entre os litigantes não impede a exibição integral ou mesmo parcial de documentos mercantis pertencentes a sociedades que não fazem parte do processo, já que livros comerciais pertencentes a terceiros podem provar transações entre as partes. Assim pode acontecer com a hipótese do art. 381, II, CPC/1973 “sucessão por morte de sócio”, em que, podendo se tratar de situação de jurisdição voluntária, não se cogitaria sequer da existência de partes e muito menos de dizer que a empresa é ré na ação. Não obstante, seria admissível a exibição contra a empresa da qual o *de cujus* era sócio⁹²⁹.

A exibição integral ou parcial da escrituração mercantil de terceiro é regida pelos artigos 360 a 363 do CPC/1973, já que os artigos 381 e 382 do CPC/1973 não as disciplina. Consequentemente, as causas de exclusão do dever de exibir deverão se adequar a uma das hipóteses de exclusão capituladas pelo art. 363, CPC/1973 – não podendo o terceiro alegar para se eximir da determinação simplesmente o sigilo de suas informações⁹³⁰.

A exibição parcial, regida pelo art. 382, CPC/1973, deve restringir-se às partes dos livros e documentos da sociedade empresária referentes à questão discutida no processo judicial⁹³¹⁻⁹³².

Esta modalidade de exibição não está restrita às hipóteses em que a lei admite a exibição integral, podendo ser determinada de ofício ou a requerimento da parte interessada⁹³³⁻⁹³⁴.

Caberá ao requerido elaborar uma suma de seus livros e documentos referente aos fatos discutidos no processo ou fotocopiar as páginas relevantes à solução da controvérsia. O magistrado deverá conferir o resumo ou as cópias diante dos originais, mandando acrescentar aquilo que entender relevante, nos termos do art. 363, parágrafo único, CPC. O requerente terá acesso, tão somente, ao resumo ou às reproduções aprovadas que constarem dos autos⁹³⁵.

⁹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., pp. 646-648.

⁹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 648.

⁹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 649.

⁹³¹ SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., pp.214-215.

⁹³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 650.

⁹³³ SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p.215.

⁹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 650.

⁹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 651.

Como o art. 382, CPC/1973 não regulamenta o modo do exercício do direito de exibição, este deve dar-se de acordo com os artigos 355 e seguintes do CPC/1973⁹³⁶⁻⁹³⁷.

⁹³⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p.215.

⁹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 650.

CONCLUSÃO

A cooperação é um princípio constitucional implícito, decorrente de princípios constitucionais expressos tais como a solidariedade⁹³⁸, o devido processo legal⁹³⁹, o contraditório participativo⁹⁴⁰, o acesso à ordem jurídica justa⁹⁴¹ e a garantia de fundamentação das decisões judiciais⁹⁴².

O dever de cooperação do Estado em matéria probatória decorre, ainda, do direito fundamental à informação⁹⁴³, do direito fundamental de certidão⁹⁴⁴ e da garantia constitucional do *habeas data*⁹⁴⁵.

O contraditório deve ser compreendido como um diálogo cooperativo entre todos os sujeitos processuais e não como um embate entre os mesmos. Assim, eventual contraposição aos argumentos expostos pelo outro sujeito deve respeitar os limites impostos pela lealdade.

O dever de todos os sujeitos processuais de dizer a verdade sobre os fatos relevantes para a causa, ainda que esta seja prejudicial aos seus interesses, é um pressuposto da cooperação. Quem não diz a verdade não coopera.

A cooperação entre todos os sujeitos processuais é essencial à justiça da decisão, já que permite a descoberta da verdade dos fatos controvertidos, a identificação e correta compreensão das normas jurídicas aplicáveis ao caso, bem como o adequado enquadramento dos fatos às categorias jurídicas⁹⁴⁶.

A cooperação entre todas as pessoas que, de qualquer forma, participam do processo é indispensável à efetividade deste, pois garante o cumprimento das decisões judiciais.

Para que haja verdadeira cooperação, as partes devem cumprir seus deveres de *esclarecimento*, redigindo suas demandas com clareza e coerência; *de lealdade*, abstendo-se de litigar de má-fé⁹⁴⁷, e agindo de boa-fé⁹⁴⁸; *de proteção*, deixando de

⁹³⁸ Cf. art. 3º, I, CF.

⁹³⁹ Cf. art. 5º, LIV, CF.

⁹⁴⁰ Cf. art. 5º, LV, CF.

⁹⁴¹ Cf. art. 5º, XXXV, CF.

⁹⁴² Cf. art. 93, IX, CF.

⁹⁴³ Cf. art. 5º, XXXV, CF.

⁹⁴⁴ Cf. art. 5º, XXXIV, “b”, CF.

⁹⁴⁵ Cf. art. 5º, LXXII, “a”, CF.

⁹⁴⁶ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 126.

⁹⁴⁷ Cf. art. 17, CPC/1973.

⁹⁴⁸ Cf. art.14, II, CPC.

causar danos à parte adversária⁹⁴⁹⁻⁹⁵⁰; e de *urbanidade*, tratando os demais sujeitos processuais com respeito e educação⁹⁵¹. Por outro lado, o órgão jurisdicional deve adimplir seus deveres *de esclarecimento, de prevenção, de consulta, de auxílio, e de urbanidade*⁹⁵².

As partes e os terceiros devem colaborar com o Judiciário para o esclarecimento da verdade dos fatos controvertidos⁹⁵³, somente podendo se abster de fazê-lo quando presente alguma escusa reconhecida pelo ordenamento jurídico. A escusa deve estar sempre baseada em alguma garantia constitucional que seja capaz de suplantar, em um juízo de ponderação, no caso concreto, o dever de colaboração, tal como a privacidade⁹⁵⁴, a solidariedade familiar⁹⁵⁵, o direito à não autoincriminação⁹⁵⁶, e o sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado⁹⁵⁷.

O direito ao conhecimento de informações pessoais contidas em bancos de dados públicos ou privados não se submete ao sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, já que o art. 5º, XXXIII, CF não se aplica à própria pessoa a que as informações se referem⁹⁵⁸.

Sempre que algum sujeito deixa de cumprir com seu dever de cooperação, o resultado tempestivo e justo que se espera do processo será comprometido em alguma medida. Por isso, são fundamentais os mecanismos de controle da atividade dos sujeitos processuais e de punição de eventual conduta inadequada. O órgão jurisdicional deve estar atento às atitudes das partes e aplicar as penas estabelecidas pelo CPC para a litigância de má-fé⁹⁵⁹, sempre que estas se façam necessárias. Da mesma forma, as partes devem ter livre acesso às Corregedorias do Tribunal e do Ministério Público, órgãos que devem fiscalizar a operosidade⁹⁶⁰ dos agentes do Estado que participam do processo.

⁹⁴⁹ Cf. a punição do atentado, artigos 879 - 881, do CPC.

⁹⁵⁰ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p.90.

⁹⁵¹ Cf. art. 416, §1º, CPC.

⁹⁵² SOUZA. Miguel Teixeira de. Op. cit., p. 151-152.

⁹⁵³ Cf. art. 339, CPC.

⁹⁵⁴ Cf. art. 5º, X, CF.

⁹⁵⁵ Cf. art. 5º, X, CF e art. 226, §6º, CF.

⁹⁵⁶ Cf. art. 5º, LXIII, CF.

⁹⁵⁷ Cf. art. 5º, XXXIII, CF.

⁹⁵⁸ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 151 e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Data n.º 4-DF. Rel. p/ o acórdão Min. Vicente Cernicchiaro, j. 13/06/1989, DJU 28/08/1989, p. 13.673. Voto do Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 ago. 2014.

⁹⁵⁹ Cf. artigos 18; 195; 538, parágrafo único; e 881, todos do CPC.

⁹⁶⁰ CARNEIRO, P. C. P. Op. cit., p. 63.

O juízo que indefere provas manifestamente impertinentes ou impede a prática, pelas partes, de atos protelatórios não é autoritário, nem prejudica o contraditório. Pelo contrário, apenas obsta o abuso do direito de ação ou de defesa e zela pelo resultado justo e tempestivo do processo⁹⁶¹. Assim, os magistrados não devem ter medo de sancionar a má-fé das partes, nem de oficiar à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), relatando quaisquer condutas antiéticas dos advogados. Da mesma forma, a OAB deve ser firme com aqueles que infringem o Código de Ética e Disciplina da Advocacia, aplicando as penas cabíveis. Entretanto, o juiz deve deferir a produção de uma prova sempre que estiver em dúvida quanto à sua utilidade ou quando esta puder ter alguma utilidade para demonstrar a existência do fato, segundo a linha de argumentação da parte que a propôs⁹⁶².

Entendemos não ser adequado que a lei atribua ao próprio juiz do processo o poder de punir o advogado que pratica atos de má-fé neste, como verificado em outras legislações, a exemplo da *rule 56 (h)* das *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americanas e do art. 45 do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* argentino, pois este modelo não assegura a imparcialidade do julgador, favorecendo a prática de abusos por parte do órgão jurisdicional. Por outro lado, o fato de os órgãos encarregados de julgar as infrações disciplinares cometidas por advogados⁹⁶³, juízes⁹⁶⁴, e membros do

⁹⁶¹ Cf. art. 5.º, LXXVIII, CF.

⁹⁶² GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 91.

⁹⁶³ O Tribunal de Ética e Disciplina da OAB, órgão a que o art. 49 do Código de Ética e Disciplina da OAB atribui competência para julgar as infrações disciplinares cometidas por advogados é composto, tão somente, por advogados.

⁹⁶⁴ O art. 93, CF estabelece que: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] VIII - o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa”. Já o art. 103-B, CF dispõe que: “Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2013. Embora existam membros do Ministério Público e advogados na composição do CNJ, a maioria de

Ministério Público⁹⁶⁵, no âmbito de suas instituições, serem compostos exclusivamente por membros das respectivas carreiras favorece o corporativismo e impede a aplicação adequada das normas que sancionam a deslealdade processual. Os referidos órgãos deveriam ser compostos, de forma paritária, por integrantes da advocacia, da magistratura e do Ministério Público.

Entendemos ser necessária a substituição da atual responsabilidade civil subjetiva dos sujeitos processuais pela prática de determinados atos desleais, pela responsabilidade objetiva. Para tal é necessário que a lei passe a adotar, tão somente, uma cláusula geral de boa-fé objetiva no Processo Civil, como a constante do art. 14, inciso II, do CPC/1973, e passe a determinar que a responsabilidade civil objetiva dos sujeitos processuais decorre da simples violação desta cláusula, independentemente de perquirição de dolo ou culpa. Da mesma forma, devem ser abandonados os exemplos legais de condutas desleais, como aqueles constantes dos incisos do art. 17 do CPC/1973, pois estes favorecem uma interpretação restritiva e literal que leva à inoperância do mencionado preceito punitivo⁹⁶⁶. Entretanto a lei deve ressaltar que o dever dos sujeitos processuais de expor os fatos em juízo conforme a verdade diz respeito à verdade subjetiva. Em outras palavras, os sujeitos processuais somente devem se abster de fazer alegações que entendem não corresponder à realidade dos fatos. Tais medidas favoreceriam sobremaneira a observância da lealdade no processo, ao tornar mais frequente e efetiva a aplicação das regras que sancionam a deslealdade no Processo Civil.

A cooperação pressupõe o abandono da visão da parte adversa como um inimigo a ser derrotado e deixado à míngua. O adversário deve ser visto como um ser humano,

seus membros integra a magistratura. Importa salientar, ainda, que o julgamento de magistrados por infrações disciplinares, no âmbito dos tribunais que integram, é realizado, tão somente, por magistrados.

⁹⁶⁵ O art. 130-A, CF, dispõe que: “O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: I o Procurador-Geral da República, que o preside; II quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras; III três membros do Ministério Público dos Estados; IV dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça; V dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2013. Embora existam magistrados e advogados na composição do CNMP, a maioria de seus membros pertence aos quadros do Ministério Público (MP). Importa salientar, ainda, que o julgamento de membros do MP por infrações disciplinares, no âmbito do próprio MP, é realizado, tão somente, por membros do MP.

⁹⁶⁶ CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n.126, p. 59-81, ago. 2005.

cuja dignidade e direitos, assegurados pelo ordenamento jurídico, devem ser reconhecidos e respeitados⁹⁶⁷. Essa nova maneira de ver a parte adversa levará ao abandono de pretensões abusivas e evitará ou colocará fim a muitos litígios.

Para que haja uma efetiva cooperação, é preciso mudar a mentalidade da grande maioria dos profissionais do direito, que atualmente segue uma lógica bélica. É preciso conscientizá-la de que o processo civil não é uma guerra a ser vencida pelo mais forte ou pelo mais esperto, mas sim uma comunidade de trabalho onde todos os envolvidos devem colaborar em prol de um objetivo comum: o esclarecimento da verdade dos fatos relevantes para a causa e a solução do conflito de acordo com o ordenamento jurídico. Para tal, a lógica cooperativa deve ser ensinada nas faculdades de direito e nos cursos de formação e de aperfeiçoamento de todas as carreiras jurídicas, inclusive com a adoção de disciplina obrigatória acerca dos métodos consensuais de solução dos conflitos.

O dever de cooperação obriga a parte a exibir documento ou coisa, ainda quando a exibição venha de encontro aos seus próprios interesses. A parte e o terceiro somente se escusam da exibição nas hipóteses legais.

O juiz pode fixar uma multa cominatória para forçar o terceiro a exibir documento ou coisa, desde que:

- 1) seja fisicamente possível ao terceiro exibir o documento ou a coisa;
- 2) não esteja presente, no caso concreto, qualquer das hipóteses legais de escusa de exibição;
- 3) a medida se revele mais adequada e menos onerosa que a busca e apreensão, no caso concreto.

Embora inexista previsão legal expressa nesse sentido, o juiz pode fixar multa cominatória para forçar a parte a exibir documento ou coisa, desde que:

- 1) a solução legal da presunção de veracidade dos fatos que a contraparte pretendia provar por meio do documento ou da coisa cuja exibição pleiteava não se mostrar satisfatória à tutela do direito material buscado pela mesma⁹⁶⁸;

⁹⁶⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Poderes do Juiz e Novo CPC. Disponível em: <<http://humbertodalla.podomatic.com/>>. Acesso em: 05 abr. 2012. Cf., ainda, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. Revista *Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro v. VIII, p. 446. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 29 mai. 2014.

⁹⁶⁸ A solução do art. 359, CPC/1973 para a não exibição do documento ou da coisa pela parte não é adequada, quando o autor ajuizou a ação com o único fim de ter acesso ao documento ou à coisa, como na hipótese do *habeas data* ajuizado para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público (art. 7º, I, da Lei 9.507/1997).

- 2) seja fisicamente possível à parte exibir o documento ou a coisa;
- 3) não esteja presente, no caso concreto, qualquer das hipóteses legais de escusa de exibição.

Embora a vedação constitucional à tortura seja absoluta⁹⁶⁹, o direito de não se autoincriminar⁹⁷⁰ não o é no que se refere às provas materiais ou físicas. Assim, o juiz pode fixar multa cominatória para forçar o terceiro a exibir documento ou coisa que o incrimine, desde que:

- 1) a prova não possa ser produzida por outro meio como a busca e apreensão;
- 2) seja fisicamente possível a este terceiro exibir o documento ou a coisa;
- 3) o direito material fundamental pleiteado pela parte que busca a prova e o direito desta à ampla defesa devam prevalecer sobre o direito do terceiro à não autoincriminação, em um juízo de razoabilidade/ proporcionalidade.

A fundamentação da decisão judicial que fixar multa cominatória para forçar o terceiro a fornecer provas materiais ou físicas que o incriminem deve demonstrar a razoabilidade da medida. Assim, deve demonstrar sua adequação à apuração do fato investigado; a necessidade ou exigibilidade da fixação da astreinte, ou seja, a inexistência de meio menos gravoso para que se alcance o fim visado; bem como a proporcionalidade em sentido estrito desta, isto é, que o benefício trazido supera o ônus imposto⁹⁷¹.

O juiz deve proceder a uma ponderação entre o direito material perseguido pelo requerente no processo civil e o direito deste à ampla defesa, de um lado, e o direito constitucional do requerido de não se autoincriminar, de outro. Assim, por exemplo, quando o requerente tiver por fim proteger direito material fundamental seu ou de outrem por meio do processo civil, ao passo que o documento ou a coisa possam servir como prova de crime punido com pena restritiva de direitos⁹⁷², o juiz deve determinar a exibição, já que o prejuízo decorrente da medida será muito menor do que o dano a evitar⁹⁷³. Já quando houver a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade e o direito material buscado pelo requerente por meio do processo civil for puramente patrimonial, o magistrado deverá dispensar o requerido da exibição, aplicando o art.

⁹⁶⁹ Cf. art.5º, XLIII, CF.

⁹⁷⁰ Cf. art. 5º, LXIII, CF.

⁹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 229.

⁹⁷² Cf. art. 44 do Código Penal.

⁹⁷³ MESQUITA, Eduardo de Melo de. As tutelas cautelar e antecipada. São Paulo: RT, 2002, p.390.

363, III, CPC/1973. Por outro lado, quando o direito material pleiteado pelo requerente da exibição for puramente patrimonial e o crime de que o documento ou a coisa possa fazer prova for apenado com pena restritiva de direitos, deverá prevalecer o direito do requerente à ampla defesa, devendo o juiz determinar a exibição.

O disposto no art.5º, LXIII, CF, não confere à parte ou ao terceiro o direito de mentir, mas impõe uma irrelevância jurídica quanto às falsas alegações do acusado, decorrente do direito à não autoincriminação⁹⁷⁴.

A parte e o terceiro sempre estarão dispensados de colaborar com o esclarecimento da verdade quando o documento ou a coisa estiverem relacionados com o primeiro grau de privacidade, ou seja, com as relações do sujeito consigo mesmo⁹⁷⁵.

Quando o objeto estiver ligado ao segundo grau de privacidade, dizendo respeito às relações existentes entre o requerido e seus parentes e amigos mais próximos, o juiz deverá proceder a um juízo de ponderação entre o direito material perseguido pelo requerente no processo principal e o direito do requerido à privacidade, ao decidir sobre o dever de exibição. Assim, o magistrado deverá decidir pela exibição sempre que considerar o primeiro mais valioso do que o segundo no caso concreto⁹⁷⁶.

Quando o documento ou a coisa estiverem ligados ao terceiro grau de privacidade, ou seja, às relações do requerido com outras pessoas que não seus parentes e amigos próximos, o direito à privacidade deverá ceder diante do direito fundamental do requerente à prova e ao acesso à justiça⁹⁷⁷, estando a parte ou o terceiro sempre obrigados a exhibir o objeto requerido⁹⁷⁸.

⁹⁷⁴ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Elsevier, 2012, p. 307.

⁹⁷⁵ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 182.

⁹⁷⁶ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 182.

⁹⁷⁷ Cf. art.5º, XXXV, CF.

⁹⁷⁸ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 182.

REFERÊNCIAS

- ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ALEMANHA. Código Civil (*BGB*). [S.l.: s.n, 2014]. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>>. Acesso em: 13 jun. 2014.
- _____. Código de Processo Civil. *Zivilprozessordnung (ZPO)*. [S.l.: s.n, 2014]. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>>. Acesso em: 13 jun. 2014.
- _____. Código de Processo Penal. *Strafprozeßordnung (StPO)*. [S.l.: s.n, 2014]. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>>. Acesso em: 13 jun. 2014.
- _____. Corte Federal Constitucional – *Bundesverfassungsgericht*. Primeira Câmara da Corte Federal Constitucional. 1 BvR 1493/96, 1724/01, j. 04 abr. 2003 [S. l.: s.n, 2003]. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/rs20030409_1bvr149396en.htm>. Acesso em: 16 dez. 2012.
- _____. Lei de Procedimento em Questões de Família e em Questões de Jurisdição Voluntária – *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)*. [S.l.: s.n, 20--]. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/famfg/___178.html>. Acesso em: 16 dez. 2012.
- ALI/ Unidroit. *Principles of Transnational Civil Procedure*. [S.l.: s.n., 20--]. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2012.
- ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- ANDREWS, Neil. Relações entre a corte e as partes na era do *case management*. Tradução de Fernanda Medina Pantoja, Marcela Kohlbach Faria e Paula Bezerra de Menezes. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 217, p. 181-195, mar. 2013.
- ARGENTINA. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. [S.l.: s.n., 19--]. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2012.
- _____. Província de Buenos Aires. *Código Procesal Civil y Comercial de Buenos Aires*. [S.l.: s.n., 19--]. Disponível em: <<http://www.eft.com.ar/legislac/argentina/bsasprov/codigo-procesal-civil-y-comercial-de-buenos-aires.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2013.
- _____. Província de Buenos Aires. *Suprema Corte de Justicia*. CC0002 AZ 36924 RSD-6-96 S 18-3-1996, *Juez GALDOS (SD)*. *CARATULA: Lucas, Francisco c/ Recchia, Domingo s/ Daños y perjuicios*. *MAG. VOTANTES: Galdós-De Benedictis-*

Fortunato. *Publicaciones*: DJBA 150, 253 - ED 171, 623. Disponível em <<http://www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

_____. Província de Buenos Aires. *Suprema Corte de Justicia*. CC0002 SI 88348 RSD-73-2 S 9-4-2002, *Juez MALAMUD (SD)*. *CARATULA: Barbalace, Juan Carlos c/ Jockey club hipódromo de San Isidro s/ Daños y perjuicios. MAG. VOTANTES: Malamud-Krause-Bialade*. Disponível em <<http://www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos. A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da Supremacia do interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.1-22.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

ARTICLE 19. *The public's right to know: principles on freedom of information legislation*. London: [s.n.], 1999. Disponível em: <<http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/righttoknow.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

ARAUJO, José Aurélio de. Procedimento probatório extrajudicial. In: A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro - anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. 13, p. 501-506. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11923/9336>>. Acesso em 19 set. 2014

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

AZÁRIO, Márcia Pereira. *Dinamização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro*. 2006. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/7478/000545981.pdf?sequence=1>>. Acesso em 29 dez. 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Habeas data*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 83-93.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BENTHAM, Jeremy. *A Treatise on Judicial Evidence*. Londres: Messrs. Baldwin, Cradock, and Joy, Paternoster-row, 1825.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BRASIL. Projeto de Lei n.º 8.046/2010 da Câmara dos Deputados. [S.l.: s.n], [2014]. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em 28 maio 2014.

_____. Projeto de Lei n.º 8.046/2010 da Câmara dos Deputados – relatório de 18 set. 2012. [S.l.: s.n], [2014]. Disponível em:
<<http://www2.camara.gov.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoestemporarias/especiais/54alegislatura/804610codigodeprocessocivil/arquivos/ParecerRelatorGeraautenticadoem18091222h47.pdf>> Acesso em 14 out. 2012.

_____. Projeto de Lei n.º 8.046/2010 da Câmara dos Deputados – relatório de 08. maio 2013. [S.l.: s.n], [2014] (data certa não indicada na publicação). Disponível em:
<<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios>>. Acesso em: 03 jul. 2013.

_____. *Novo CPC. Relatório das atividades elaborado pelo deputado Sérgio Barradas*. [S.l.: s.n], [2014] (data certa não indicada na publicação). Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?iidProposicao=490267>>. Acesso em 07 mai. 2012.

_____. Comissão Mista de Reavaliação de Informações (CMRI). Resolução nº 1, de 21 de dezembro de 2012 da. Aprova o Regimento Interno da CMRI. [S.l.: s.n], [2014] (data certa não indicada na publicação). Disponível em:
<<http://www.acaoainformacao.gov.br>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

_____. Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990). [S.l.: s.n], [2014] (data certa não indicada na publicação). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 08 jun. 2014.

_____. Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848/1940). [S.l.: s.n], [2014] (data certa não indicada na publicação). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 nov. 2012.

_____. Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939). [S.l.: s.n], [2014] (data certa não indicada na publicação). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 19 out. 2012.

_____. Código de Processo Civil de 1973 (Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973). [S.l.: s.n], [2014] (data certa não indicada na publicação). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 30 abr. 2012.

_____. Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172 de 25 de outubro de 1966). [S.l.: s.n], [2014] (data certa não indicada na publicação). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 05 nov. 2012.

_____. Decreto n.º 592/1992: promulga o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. [S.l.: s.n], [2014] (data certa não indicada na publicação). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 28 mai. 2014.

_____. Decreto n.º 678/1992: promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. [S.l.: s.n], [2014] (data certa não indicada na publicação). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 28 mai. 2014.

_____. Enunciados do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF). [S.l.: s.n], [2014] (data certa não indicada na publicação). Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/Lista%20completa%20dos%20enunciados%20do%20Fonajef.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

_____. Senado Federal. *Quadro comparativo entre a redação original do projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010, o Código de Processo Civil em vigor e as alterações apresentadas no substitutivo do senador Valter Pereira*. [S.l.: s.n.], [2014] (data certa não indicada na publicação). Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84033>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 115.2872/SP, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julgado em: 18 nov. 2010, Diário da Justiça Eletrônico, [S.l.], 04 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

_____. AgRg no AREsp 177.250/MT, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em: 23 out. 2012, Diário da Justiça Eletrônico, [S.l.], 30 out. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 09 jan. 2013.

_____. AgRg no REsp 980.797/DF da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em: 23 mar. 2010, Diário da Justiça da União, [S.l.], 06 abr. 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2014.

_____. AgRg no AREsp 304.348/SE, da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em: 28 mai. 2013, Diário da Justiça Eletrônico, [S.l.], 04 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 08 jul. 2013.

_____. _____. AgRg no REsp 1.186.876/PB, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em: 14 ago. 2012, Diário da Justiça Eletrônico, [S.l.], 20 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 09 jan. 2013.

_____. _____. Decisão monocrática na Rcl 4855, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em: 01 fev. 2011, Diário da Justiça, [S.l.], 11 fev. 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2014.

_____. _____. *Habeas Corpus* n.º 107.285/RJ, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em: 09/11/2010, Diário da Justiça Eletrônico 07/02/2011, [S.l.], 07 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 27 dez. 2012.

_____. _____. *Habeas Data* n.º 4/DF, da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/ o acórdão Min. Vicente Cernicchiaro, julgado em: 13 jun. 1989, Diário da Justiça da União, [S.l.], 28 ago. 1989, p. 13.673. Voto do Min. Ilmar Galvão.

_____. _____. MS 16.903/DF, da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em: 14 nov. 2012, Diário da Justiça Eletrônico, [S.l.], 19 dez. 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 ago. 2013.

_____. _____. REsp 1.059.214/RS, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em: 16 fev. 2012, Diário da Justiça Eletrônico, [S.l.], 12 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

_____. _____. REsp 69.309/SC da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em: 18 jun. 1996, Diário da Justiça, [S.l.], 26 ago. 1996, p. 29.688. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 08 jun. 2014.

_____. _____. REsp. 661.016/SP da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em: 04 set. 2007, Diário da Justiça, [S.l.], 01 out. 2007, p. 214. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2014.

_____. _____. REsp 1.111.566/DF, da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, rel. p/ acórdão Min. Adilson Vieira Macabu (Des. convocado do TJRJ), julgado em: 28/03/2012, Diário da Justiça Eletrônico, [S.l.], 04 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 06 jan. 2013.

_____. _____. REsp. N.º 721.346/RJ da Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em: 18.04.2006, Diário da Justiça, [S.l.], 08 mai. 2006, p. 207. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2014.

_____. _____. REsp 764.320/PR, da Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em: 21/09/2006, Diário da Justiça, [S.l.], 27 nov. 2006, p. 283. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 06 jan. 2013.

_____. REsp 833.712/RS, da Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em: 17/05/2007, Diário da Justiça, [S.l.], 04 jun. 2007, p. 347. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 01 jan. 2013.

_____. REsp 807.849/RJ, da Segunda Seção, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em: 24 mar. 2010, Diário da Justiça Eletrônico. [S.l.], 06 ago. 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 15 dez. 2012.

_____. Súmula da Jurisprudência Predominante, nº 2, [S.l.] Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática da Rel. Min. Rosa Weber no *Habeas Corpus* n.º 115767, julgado em: 16/11/2012, Diário da Justiça Eletrônico-244 de 13/12/2012, [S.l.]. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 27 dez. 2012.

_____. *Habeas Corpus* n.º 83.096/RJ, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em: 18 nov. 2003, Diário da Justiça: [S.l.], 12 dez. 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 27 dez. 2012.

_____. *Habeas Corpus* n.º 110.905/RS, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em: 05/06/2012, Diário da Justiça Eletrônico-123, [S.l.], 25 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 dez. 2012.

_____. RE 545214 AgR/MG, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em: 02/03/2010, Diário da Justiça Eletrônico-055, [S.l.], 26 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

_____. RE 549055 AgR/SP, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em: 05/10/2010, Diário da Justiça Eletrônico-240, [S.l.], 10 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação cível n.º 555.178, Proc. n.º 2010.51.01.019965-5, da Sexta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, julgado em: 08/10/2012, Diário Eletrônico da Justiça Federal da 2ª Região, [S.l.], 18 out. 2012. Disponível em: <http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=base_jur:v_juris>. Acesso em: 10 jan. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação cível n.º 200405990011557, da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Rel. Des. Fed. Amanda Lucena, julgado em: 27/08/2009, Diário Eletrônico da Justiça Federal da Terceira Região, [S.l.], 18 set. 2009. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br/>>. Acesso em: 26 set. 2013.

BRASIL. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Grupo de Pesquisa Institucional “Observatório das Reformas Processuais”. *Anteprojeto de Lei. Dispõe sobre as provas no processo civil*. Não publicado.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n.126, p. 59-81, ago. 2005.

_____. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. O amicus e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 29, n.117, p. 9-41, set./ out. 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista dialética de direito processual*, São Paulo: Dialética, n. 31, p. 9-18, out. 2005.

_____. *A nova execução de sentenças*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Direito fundamental à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei 11.690/2008*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/ARTIGO%20-%20Neoprivatismo.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

CAPONI, Remo. *Note in tema di poteri probatori dele parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*. In: *Studi in onore di Carmine Punzi*. v. IV. 1. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, p. 473-496.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHASE Oscar G.; Hershkoff, Helen (eds.) *Civil litigation in comparative context*. 1. ed. St. Paul: Thomson/West, 2007.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2014.

_____. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Case Jalloh versus Germany*. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["blood test"\],"documentcollectionid":\["COMMITTEE","DECISIONS","COMMUNICATEDCASES","CLIN","ADVISORYOPINIONS","REPORTS","RESOLUTIONS"\],"itemid":\["001-76307"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em 07 jan. 2013.

_____. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Case J. B. versus Switzerland*. Disponível em <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Saunders"\],"documentcollectionid":\["COMMITTEE","DECISIONS","COMMUNICATEDCASES","CLIN","ADVISORYOPINIONS","REPREPO","RESOLUTIONS"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em 07 jan. 2013.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n.788, pp. 92-107, jun. 2001.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 14. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Rules of Civil Procedure*. Disponível em:

<<http://www.uscourts.gov/uscourts/rulesandpolicies/rules/2010%20rules/civil%20procedure.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2013.

_____. *Supreme Court of The United States. Missouri v. Mcneely*. Processo pendente de julgamento. Disponível em

<<http://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/11-1425.htm>>. Acesso em 04 fev. 2013.

_____. *Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966)*. Disponível em

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=384&invol=757>>. Acesso em 04 fev. 2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Disponível em:

<www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67231/69841>. Acesso em: 19 jun. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FICCARELLI Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. 1. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

FRANÇA. *Code de Procédure Civile*. Disponível em

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=B21726D18A867978CC0284958045A41E.tpdjo17v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006149639&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20120502>. Acesso em 02 mai. 2012.

_____. *Court de Cassation*. Ch. mixte, 10 juillet 1981, *Bull.*, CM, n° 6, pourvoi n° 77-10.745. Disponível em <

http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2005_1877/n_615_1902/communication_1903/thodologie_ue_principe_5287.html#>. Acesso em 11 mai. 2012.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 6, p. 47-59, set. 2003.

GRÃ-BRETANHA. *Road Traffic Act 1988*. Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/52/contents?commentary-c1397137>>. Acesso em 03 fev. 2012.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo – o processo justo*. Disponível em <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 11 jan. 2011.

_____. *Instituições de processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. V.I.

_____. *Instituições de processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. V.II.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano 33, n.164, p. 29-56, out. 2008.

GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*. Tradução de Ronaldo Kochem, *Revista de Processo*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 206, p. 123-129, abr. 2012.

GUEDES, Cintia Regina. *A estabilização da demanda no Direito Processual Civil*. In: FUX, Luiz (Coord.). *O Novo Processo Civil Brasileiro: Direito em Expectativa: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 232-296.

INGLATERRA E PAÍS DE GALES. *Civil Procedure Rules*. Disponível em <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>>. Acesso em 11 out. 2012.

ITÁLIA. *Codice di Procedura Civile*. Disponível em <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33728>>. Acesso em 21 out. 2012.

_____. *Corte di Cassazione . Sezioni unite civili . Sentenza n. 20935 del 30 settembre 2009*. Disponível em <http://www.innovazionediritto.unina.it/archivionewsletter/0912/evind_04.html>. Acesso em 11 mai. 2012.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Constituição e Processo: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2006, pp. 942-951.

_____. *A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006.

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

- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. críticas e propostas*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2010.
- MATTA, José Eduardo Nobre. *Habeas data*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.
- MAZZEI, Rodrigo. Algumas notas sobre o (dispensável) art.232 do CC. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.
- MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *A fase pré-processual: o ônus de preparação da demanda e os filtros legítimos à propositura de ações judiciais*. 2011. 148f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.
- MILHOMENS, Jônatas. *A Prova no Processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 1.0620.09.033085-8/002, da 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Rel. Des. Tibúrcio Marques, julgado em: 14/06/2012, Diário do Judiciário, [S.l.], 22 jun. 2012. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 08 jul. 2013.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 194, pp. 55-68, abr. 2011.
- _____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Anotações sobre o título “da prova” no Novo Código Civil. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 141-158.
- _____. A Revolução Processual Inglesa. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69-86.
- _____. Efetividade do processo e técnica processual. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17-29.

_____. *La negativa de la parte a someterse a una pericia médica (según el nuevo Código Civil brasileño)*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). *Temas de Direito Processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 159-166.

_____. *O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 138, p.89-101, abr./jun. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/handle/id/369/r138-09.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 27 jun. 2013.

_____. *O processo penal norte-americano e sua influência*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (org.). *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 223-237.

MORELLO, Augusto Mario. *La prueba: tendencias modernas*. 1. ed. Buenos Aires: Platense – Abeledo Perrot, 1991.

MOTA, Tercio de Sousa; CARVALHO, Dimitre Soares Braga de; SILVA, Emanuela Severo da. *O princípio da cooperação e a aplicação do art. 267, § 3º, do CPC, em face da nova perspectiva da garantia do contraditório*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8257>. Acesso em 15/05/2013.

MOTTA, Francisco José Borges; STRECK, Lenio Luiz. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “Colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 213, p. 13-34, nov. 2012.

MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *German Civil Justice*. 1. ed. Durham: Carolina Academic Press, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e Processo de Conhecimento*. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(3\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(3)%20formatado.pdf)>. Acesso em 28 nov. 2012.

_____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Disponível em <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm>. Acesso em 02 set. 2012.

OLIVEIRA, Vallisley de Souza. Juiz não está limitado às regras indicadas pelas partes. *Consultor Jurídico*, São Paulo, publicado em: 22 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-22/vallisney-oliveira-juiz-nao-limitado-regras-indicadas-pelas-partes>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. DOXA, n.14, p. 169-194. 1993. Disponível em <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14_10.pdf>. Acesso em 20 ago. 2012.

JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. VIII, p. 443 - 471, jul./ dez. 2011. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 27 ago. 2012.

_____. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

_____. Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/2010. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. VI, p. 49 - 92, jul./ dez. 2010. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 11 jan. 2011.

_____. *Poderes do Juiz e Novo CPC*. Disponível em <<http://humbertodalla.podomatic.com/>>. Acesso em 05 abr. 2012.

PIOVESAN, Flávia. O *habeas data* e seus pressupostos à luz da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.507/1997. In: WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). *Habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PORTUGAL. Código Civil. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=200240>. Acesso em 06 nov. 2012.

_____. Código de Processo Civil: anexo da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 05 ago. 2014.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=199&pagina=1&tabela=leis&nversao=>>. Acesso em 04 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. 1ª Seção. Recurso de Revista n.º 2005/03.0TVLSB.L1.S1., julgado em 27.09.2011. Relator: Gabriel Catarino. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f462157142267ee180257921004c5d7a?OpenDocument&Highlight=0,princ%C3%ADpio,coopera%C3%A7%C3%A3o,dever,esclarecimento>>. Acesso em 11 mai. 2012.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Revista. Processo n.º 09A197. N.º convencional: JSTJ000. N.º do documento: SJ200903310001976. Relator: Fonseca Ramos. Julgado em 31/03/2009. Disponível em: <<http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>>. Acesso em: 31 dez. 2012.

QUEIROZ, Pedro Gomes de. O procedimento especial das ações de família e a mediação no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica Lex*, v. 60, p. 196-220, nov./dez. 2012.

RAATZ, Igor. Colaboração no Processo Civil e o Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n.31, p. 23-36, ago. 2011. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/issue/view/34>. Acesso em: 07 set. 2013.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação n.º 0044173-97.2011.8.19.0203, da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rel. Ferdinando do Nascimento, julgado em: 22/08/2012, [S. l.: s. n.], [2012] (data certa não indicada na publicação). Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

_____. Apelação Criminal n.º 2004.050.00025, da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, rel. Manoel Alberto Rebêlo dos Santos, julgado em: 14/12/2004. Diário da Justiça, [S. l.], [2004] (data certa não indicada na publicação). Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 07 jan. 2012.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70010648103, da Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Rel. Des. Alexandre Mussoi Moreira, julgado em: 29 mar. 2005, Diário da Justiça, [S. l.], 01 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 01 jan. 2013.

_____. Apelação Cível N° 70054035928, da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Rel. Iris Helena Medeiros Nogueira, julgado em: 15/05/2013, Diário da Justiça, [S. l.], 17 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 20 jun. 2013.

_____. Apelação Cível n.º 70046906129, da Oitava Câmara Cível do Estado do Rio Grande do Sul, Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, julgado em: 16/02/2012, Diário da Justiça Eletrônico, [S. l.], 23 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

_____. Apelação Crime n.º 70026766659, da Quarta Câmara Criminal do Estado do Rio Grande do Sul, Rel. Gaspar Marques Batista, julgado em: 20/11/2008, Diário da Justiça, [S. l.], 10 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 06 jan. 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. *Prova Judiciária no cível e comercial*. v. I. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SIDOU, José Maria Othon. *Habeas data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SILVA, Paula Costa e. A realização coercitiva de testes de ADN em ações de estabelecimento da filiação. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, Porto Alegre: AJURIS, v. 30, n. 92, pp. 81-99, dez. 2003.

SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 93, n. 338, pp. 149-158, abr./ jun. 1997.

STRECK, Lenio Luiz. O positivismo discricionarista e a crise do direito no Brasil: A resposta correta (adequada a constituição) como um direito fundamental do cidadão. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (Coord.). *Temas sobre direitos humanos: estudos em homenagem a Vicente de Paulo Barreto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional: a filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto*. Disponível em <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/13.pdf>>. Acesso em 28 abr. 2012.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In: *Sui confini – scritti sulla Giustizia Civile*. Bolonha: Il Mulino, 2002.

_____. *La prueba, artículos y conferencias*. 1. ed. Santiago do Chile: Editorial Metropolitana, 2009.

_____. *La prueba de los hechos*. 2. ed. Madri: Editorial Trota, 2005.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

VARELLA, Drauzio. Doação de medula óssea. Disponível em <<http://drauziovarella.com.br/doencas-e-sintomas/doacao-de-medula-ossea/>>. Acesso em 15 dez. 2012.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Tradução de Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985.

WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e sociedade moderna, In: GRINOVER, Ada Pelegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, e WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ZUCKERMAN, Adrian. *A Reform of Civil Procedure - Rationing Procedure Rather than Access to Justice*, (1995) 22 *Journal of Law and Society* 155. Disponível em: <<http://www.adrianzuckerman.co.uk/files/File/Economy.dr7%20PDF%20test.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2013.